

Donatella Morana

# La salute come diritto costituzionale

Lezioni



QUARTA EDIZIONE



**Giappichelli**

## PREMESSA ALLA QUARTA EDIZIONE

Due sono le ragioni che hanno indotto a licenziare una nuova edizione di questo volume.

La prima, consueta e del tutto fisiologica per un testo giuridico che si confronti con il diritto positivo, fa capo alla necessità di dare conto, fornendone una valutazione, delle più rilevanti novità normative e giurisprudenziali intervenute negli ultimi tre anni. È noto, del resto, come da tempo il diritto costituzionale alla salute e le questioni ad esso più o meno direttamente legate, abbiano guadagnato una posizione di indiscutibile rilievo nell'attenzione di giurisdizione e dottrina (e, talvolta, perfino del legislatore), dando origine, in modo pressoché ininterrotto, a inediti riflessi problematici sia sul piano pratico che su quello teorico. Anche limitandosi a considerare soltanto la recente giurisprudenza costituzionale, infatti, evidentissimi sono gli apporti da essa forniti non solo in tema di rifiuto delle cure e, più in generale, di "autodeterminazione" del paziente nelle scelte relative al c.d. fine vita, ma anche con riferimento all'accesso alle cure delle persone che si trovino in situazioni di difficoltà, fragilità e disagio.

Basti pensare, a titolo esemplificativo, alle decisioni della Corte costituzionale sul c.d. caso Cappato, nelle quali l'art. 32 Cost. è stato il punto d'appoggio normativo per forgiare un "diritto a morire dignitosamente" anche nelle modalità del suicidio assistito, in presenza di determinati presupposti e condizioni. Parimenti rilevante è stata l'evoluzione della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di diritto alle cure: dopo una lunga stagione nella quale il condizionamento finanziario ha rappresentato un'immane qualificazione (limitativa) della piena effettività dell'accesso alle cure, negli ultimi anni sono finalmente emersi ripetuti segnali di maggiore attenzione alla dimensione "incomprimibile" che pure deve connotare il diritto a ricevere prestazioni sanitarie.

Un altro fronte su cui il dibattito pubblico è stato di recente particolarmente acceso è quello riguardante gli obblighi vaccinali, da più punti di vista. Anzitutto, da una prospettiva per così dire “tradizionale”, si è riaperta la questione relativa ai limiti che il legislatore incontra nel disporre la loro obbligatorietà, anche in rapporto al peso delle evidenze scientifico-sperimentali: si tratta più in generale della riproposizione dell’irrisolto tema dei rapporti tra scienza e diritto, tra conoscenza tecnica e discrezionalità legislativa. Inoltre, un profilo che negli ultimi tempi tende a guadagnare sempre più spazio attiene alla distinzione tra vaccinazioni imposte e vaccinazioni meramente raccomandate, anche lungo il versante della indennizzabilità delle eventuali conseguenze pregiudizievoli per la salute.

Merita di essere segnalata, infine, in tema di procreazione medicalmente assistita, quella giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto non illegittima la scelta legislativa di escludere le coppie omosessuali dall’accesso a tali pratiche terapeutiche.

La seconda esigenza che, come si accennava, ha reso non rinviabile l’aggiornamento del volume è conseguenza immediata della eccezionalità dell’emergenza pandemica da Covid-19: eccezionalità che certo non necessita di particolari dimostrazioni, essendo stata sperimentata e avendo determinato ripercussioni nella quotidiana esistenza di ciascuno. Va da sé che le straordinarie condizioni che la pandemia ha creato sul piano effettuale hanno prodotto conseguenze altrettanto straordinarie sul piano normativo, imponendo al giurista – e anzitutto al costituzionalista – l’ineludibile compito di confrontarsi con esse.

La pandemia ha imposto risposte regolatorie che hanno inciso sulla nozione di salute e sul ruolo della prevenzione in sanità; ha riproposto in modo deciso il tema dei trattamenti sanitari obbligatori che il legislatore può introdurre per assicurare la tutela della salute della collettività, limitando il godimento della libertà di cura; ha suscitato un ampio ripensamento del rapporto tra libertà individuale e doveri di solidarietà proprio in relazione alla protezione della salute in ogni ambito della vita associata: nella scuola, nel lavoro, nello sport, nei luoghi di aggregazione sociale.

Ma, allo stesso tempo, proprio il punto di vista più specificamente incentrato sulla protezione costituzionale della salute, a partire dal compito della Repubblica di tutelarla come diritto individuale e come interesse collettivo, fornisce una valida chiave interpretativa per tentare di inquadrare sistematicamente l’insieme degli accennati interventi normativi,

consentendo di coglierne la natura complessa e la pluralità di piani intersecati. In questa ottica, le diverse limitazioni delle libertà costituzionali cui si è assistito nel periodo emergenziale possono essere lette (nonostante i tratti di caoticità che hanno contraddistinto l'incedere del legislatore) non già come mere produzioni *extra vagantes*, in quanto tali estranee alla logica strutturale dell'ordinamento, ma (anche) come altrettanti strumenti di protezione di un diritto costituzionale. La tutela della salute, cioè, viene in rilievo come giustificazione dei limiti apposti a molteplici libertà giuridiche (inclusa la stessa libertà di salute) e, contestualmente, come adempimento di un preciso dovere costituzionale assegnato alla Repubblica.

È proprio sulla base di questo ordine di idee che si è scelto di non confinare in una sezione apposita la trattazione delle novità introdotte dalla disciplina anti-Covid che più da vicino ineriscono al tema affrontato nel volume: ragioni metodologiche hanno suggerito di “riconduurre a sistema”, nei limiti del possibile e del coerente, la pluralità ed eterogeneità degli apporti normativi del periodo pandemico. In altre parole, chi scrive ritiene che l'emergenza sanitaria e la correlativa risposta normativa non abbiano dato vita a un ordinamento alternativo cui applicare canoni ermeneutici alternativi; al contrario, lo sforzo deve essere quello di leggere tali esiti prescrittivi attraverso le consuete categorie costituzionali, a partire da quelle implicate dalla tutela del diritto alla salute, al fine di individuare la loro collocazione ordinamentale più pertinente e di esaminare, alla luce di ciò, anche gli eventuali dubbi di legittimità cui possano dar luogo.

Infine, va segnalato che nella presente quarta edizione si è deciso di seguire una diversa tecnica redazionale per quel che concerne i riferimenti bibliografici. Le note a piè di pagina, che contraddistinguevano le edizioni precedenti, sono state eliminate in favore della sommaria indicazione nel corpo del testo, tra parentesi quadre, del cognome dell'Autore, dell'anno e della pagina dell'opera di volta in volta citata. Ciascun riferimento viene poi adeguatamente dettagliato nella nota bibliografica collocata in appendice a ogni capitolo, nella quale le opere richiamate sono indicate seguendo un ordine che tendenzialmente replica quello con cui compaiono nel testo. Nella stessa nota bibliografica posta a fine capitolo, peraltro, si è tentato di inquadrare i riferimenti secondo un criterio ragionato, che aiuti il lettore a collocare le opere sia rispetto ai diversi argo-

menti affrontati, sia nel più ampio contesto del dibattito dottrinale sugli stessi temi.

\*\*\*

Anche per questa edizione, l'autrice sente il bisogno di ringraziare, per l'aiuto prestato nella revisione dell'opera, Concetta Giunta, Stefania Mabbellini, Marta Mengozzi, Camilla Petrillo, Valentina Tamburrini e Michela Tresca. Uno speciale ringraziamento va a Francesca Morganti per l'attenta e intelligente rilettura dell'intero testo.

\*\*\*

È trascorso un anno dalla scomparsa del prof. Pierfrancesco Grossi: potrà facilmente constatarsi come gli echi del Suo insegnamento, per quanto fiaccati dai limiti dell'autrice, risuonino nelle pagine anche del presente volume.

*Roma, luglio 2021*

## Capitolo I

# TUTELA DELLA SALUTE E DIRITTO (“DIRITTI”) ALLA SALUTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 1. Diritti e interessi nell’art. 32 Cost.: profili introduttivi. – 2. L’attuazione ritardata dell’art. 32 Cost. – 3. Il riconoscimento dell’identità costituzionale del concetto di salute e la sua progressiva estensione. – 4. Il diritto alla salute come «diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati». – 4.1. La risarcibilità del danno alla salute: il tormentato percorso giurisprudenziale sul danno biologico. – 5. I “diritti” alla salute. – 5.1. La differenza strutturale tra libertà di salute e diritti a prestazioni relativi alla salute. – 5.2. Il diritto alla salute tra immediatezza e programmaticità della tutela. – 6. Ancora sull’ampliamento della nozione di salute: dalla dimensione statica a quella dinamico-funzionale; salute e integrità. – Nota bibliografica.

### 1. *Diritti e interessi nell’art. 32 Cost.: profili introduttivi*

La Costituzione italiana, com’è noto, dedica una specifica disposizione alla protezione della salute. Si tratta dell’art. 32, ai sensi del quale «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti». Lo stesso articolo, al comma successivo, prescrive inoltre che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», aggiungendo che «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Emerge evidente, già ad una sommaria lettura del disposto, come il Costituente abbia delineato per la salute non soltanto una tutela di carattere meramente oggettivo (vale a dire, riferita al bene-salute in sé), ma abbia altresì configurato, con riguardo ad essa, un vero e proprio *diritto soggettivo* dell’individuo.

Non meraviglia, quindi, che la dottrina, con sostanziale convergenza di posizioni, abbia messo in evidenza il carattere “complesso” del diritto

in questione. Con l'unica locuzione "diritto alla salute", in definitiva, si richiamano in maniera congiunta e sintetica posizioni giuridiche soggettive diverse per struttura e contenuto, o comunque non pienamente sovrapponibili [PEZZINI, 1983, 25; LUCIANI, 1991, 5].

In prima approssimazione può osservarsi che in tale diritto deve essere considerata inclusa la protezione, efficace *erga omnes*, del benessere e dell'equilibrio psico-fisico dell'essere umano rispetto a qualsiasi forma di condizionamento, impedimento o comportamento lesivo proveniente da altri soggetti, anche per quanto attiene alla scelta di sottoporsi (o di non sottoporsi) a taluni trattamenti sanitari. Viene in rilievo, in questo primo volto del diritto, un profilo di libertà, che pretende l'astensione altrui, che "respinge" cioè ogni forma di intrusione o aggressione riferita alla sfera della salute individuale.

Dall'altra parte, però, il diritto alla salute si manifesta anche come pretesa dell'individuo ad ottenere le prestazioni sanitarie che, di volta in volta, si rendano necessarie per la tutela della propria salute: pretesa che, per i soggetti "indigenti", si qualifica ulteriormente come diritto alla gratuità delle medesime prestazioni. È il volto propriamente "prestazionale", o sociale, del diritto, che richiede interventi attivi, positivi, consistenti in attività di prevenzione, cura e riabilitazione della salute del soggetto-paziente.

Le posizioni giuridiche soggettive fin qui richiamate, dunque, sono tutte contestualmente presenti nell'espressione "diritto costituzionale alla salute", senza che tuttavia ciò possa implicare una loro reciproca riducibilità. I due diversi aspetti di protezione di cui si è appena detto, infatti, si riconducono a distinte posizioni soggettive, ciascuna delle quali dotata di una propria identità giuridica; tecnicamente, esse identificano da un lato un diritto di libertà, dall'altro un diritto a ricevere prestazioni positive, come si avrà modo di approfondire nelle pagine che seguono.

Tuttavia, le brevi osservazioni svolte consentono di evidenziare da subito che anche il termine «tutela», utilizzato nel primo comma dell'art. 32, assume una pluralità di declinazioni, riferendosi sia al «fondamentale diritto dell'individuo» (che può atteggiarsi, a sua volta, come diritto di libertà e come diritto a prestazioni), sia all'«interesse della collettività».

Possono così individuarsi tre principali "direzioni" nella tutela accordata alla salute dall'art. 32.

Anzitutto, essa si traduce nel dovere di tutti (soggetti pubblici e soggetti privati) di non mettere a rischio il *bene* della salute altrui.

In secondo luogo, la tutela comporta il dovere della Repubblica di vigilare affinché il *diritto* alla salute non sia compromesso o violato da parte di alcuno, reprimendo le eventuali lesioni, ma anche di attivarsi per assicurare l'erogazione delle prestazioni tese a soddisfare il bisogno di salute della persona. La tutela della salute come diritto, in altre parole, ricade nella più ampia previsione dell'art. 2 Cost., che impegna la Repubblica non solo a *riconoscere* ma anche a *garantire* i diritti inviolabili dell'uomo (fra i quali è certamente da includere quello alla salute) e quindi a rispettarli (riconoscerli) e a “farli rispettare” (garantirli) anche nei rapporti tra soggetti privati [PACE, 2003, 17].

Infine, vi è un profilo oggettivo di tutela riferito alla salute come «interesse della collettività» che si sostanzia in interventi tesi a salvaguardare il bene della salute in una molteplicità di contesti e ambienti di vita, per lo più attraverso prestazioni rivolte alla generalità dei consociati e perciò definite “indivisibili” (ad esempio, le prestazioni per la prevenzione delle malattie diffuse o alcuni interventi nel campo dell'igiene). In tali ipotesi, l'attività di tutela oggettiva della salute – la quale certamente influisce sui presupposti materiali del godimento della relativa libertà, prima ancora che del diritto a prestazioni – non è però di per sé idonea a configurare una situazione giuridica soggettiva in capo ai singoli, se non qualora la mancata (o non adeguata) realizzazione di tali interventi si risolva anche in una lesione del bene-salute in capo a un soggetto.

La Repubblica può perseguire la finalità della tutela oggettiva della salute, intesa come «fondamentale» interesse collettivo, anche attraverso l'imposizione di obblighi e divieti, i quali possono perfino intervenire in senso limitativo su diritti costituzionalmente tutelati. Quest'ultimo profilo è anzitutto riscontrabile in ordine ai trattamenti sanitari obbligatori, i quali possono essere imposti (alle condizioni costituzionalmente stabilite) al fine di proteggere l'interesse collettivo alla salute e consistono in una limitazione della libertà di salute dei singoli (v. *infra*, cap. II, § 3). Ma lo stesso fine può legittimare il legislatore a introdurre restrizioni anche nei confronti di altre libertà costituzionali, come si è avuto modo di sperimentare, in forma particolarmente intensa, nel corso della pandemia da Covid-19. Con una serrata (e non di rado confusa) sequenza di atti normativi, che ha trovato avvio nel d.l. n. 6/2020 e nel d.l. n. 19/2020, è stata infatti configurata una pluralità di imposizioni e di divieti che hanno inciso su molteplici diritti costituzionali: libertà di circolazione (art. 16 Cost.), libertà di riunione (art. 17 Cost.), libertà di iniziativa economica

(art. 41 Cost.) ecc. (v. *infra*, cap. II, § 3.2). Lo scopo comune a tali limitazioni va individuato, appunto, nella dimensione oggettiva della tutela della salute, sul presupposto della necessità di queste misure restrittive per il contenimento del massivo contagio in atto.

Sulla scorta dell'insieme delle considerazioni esposte, deve allora ribadirsi che la complessità del diritto alla salute (e della corrispondente tutela) costituisce oramai un solido riferimento nell'odierna riflessione in materia.

Nel seguito della trattazione si metteranno in luce le peculiari caratteristiche delle diverse posizioni giuridiche soggettive comprese nel "diritto alla salute". Ma prima di giungere a ciò, bisogna anzitutto rilevare che, nonostante la sua accentuata ricchezza normativa, l'art. 32 Cost., per oltre un ventennio dall'entrata in vigore della Carta, non ha destato un apprezzabile interesse, non solo nella dottrina, ma neppure nella giurisprudenza e, soprattutto, nel legislatore. In particolare, dal punto di vista legislativo, può dirsi che la comprensione della rilevanza della disposizione costituzionale in esame inizia ad emergere soltanto con la legge n. 132/1968 (c.d. legge ospedaliera), per poi perfezionarsi nella legge n. 833/1978 (istitutiva del Servizio sanitario nazionale). Vale la pena di interrogarsi sulle ragioni di una disattenzione tanto prolungata.

## 2. L'attuazione ritardata dell'art. 32 Cost.

Un primo rilievo utile a spiegare la diffusa negligenza manifestata per il contenuto dell'art. 32 Cost. può essere il seguente.

Il concetto di salute, quale referente di un vero e proprio diritto soggettivo, rappresentava, in tema di garanzie individuali, uno dei dati più profondamente innovativi recati dal nuovo assetto costituzionale. Di conseguenza, esso finiva con l'andare incontro ad un evidente ostracismo, soprattutto ad opera di quella ampia corrente di pensiero giuridico, ancora profondamente diffusa nel secondo dopoguerra, incline a ragionare in materia prevalentemente in termini di *sanità pubblica*.

Quest'ultima nozione, di matrice ottocentesca, com'è noto tende ad appiattire la rilevanza della tutela della salute in una dimensione eminentemente pubblicistica, considerandola come una delle funzioni assegnate allo Stato, allo scopo di preservare il bene-salute oggettivamente considerato e assicurare la conservazione della c.d. società dei sani. Nell'ottica

della sanità pubblica, dunque, scompare il profilo individuale (e individualistico) della protezione della sfera giuridica del singolo con riguardo alla propria salute, e assumono rilievo esclusivamente le implicazioni e le ricadute che da essa possano derivare sul piano sociale. Si consideri, al riguardo, quanto osservato da uno dei primi commentatori dell'art. 32 Cost., secondo cui il fine preferibile in cui la tutela della salute può tradursi in un ordinamento «consisterebbe nell'obbligare a curarsi chiunque sia malato e ciò anche quando la malattia non costituisce pericolo sociale diretto»; ciò «perché tanto migliore sarà la vita di una società quanto migliore sarà la condizione della salute fisica degli individui che la compongono» [LESSONA, 1950, 335].

Vale la pena di notare, peraltro, che anche nella giurisprudenza la tutela costituzionale della salute veniva interpretata come semplice protezione della salute pubblica, al fine di negare il carattere precettivo dell'art. 32 Cost. come disposizione atta a configurare un diritto soggettivo. In questa ottica, si affermava, ad esempio, che la disposizione costituzionale si sarebbe limitata a porre «un indirizzo di carattere generale rivolto a tutelare la salute pubblica» (Cons. Stato, Sez. V, sent. 10 giugno 1955, n. 855).

Inoltre, la garanzia costituzionale conferita al bene-salute non venne inizialmente compresa, non solo nella sua valenza di diritto soggettivo, ma ancor meno nella sua configurazione di diritto complesso. La dottrina costituzionalistica che per prima veniva a confrontarsi con l'interpretazione dell'art. 32 Cost., infatti, oltre a rilevarne il presunto carattere «spiccatamente demagogico» [LUCIFREDI, 1952, 275], quando non addirittura la asserita superfluità [CROSA, 1955, 146], escludeva comunque che da esso potesse trarsi altro contenuto concreto diverso dal diritto degli indigenti a cure gratuite.

Né migliore accoglienza venne riservata alla disposizione costituzionale in esame dagli studiosi di diritto civile, per molti dei quali essa era da intendersi come priva di efficacia nei rapporti tra privati [tra questi, RESCIGNO, 1973, 200; TRIMARCHI, 1975, 26]; quasi che una norma costituzionale attributiva di un diritto fosse da ritenersi collocata in un ordinamento parallelo, incapace *ex se* di produrre conseguenze in senso orizzontale, ossia nella regolazione delle relazioni giuridiche tra persone.

Un ulteriore ostacolo alla piena comprensione del significato delle previsioni dell'art. 32 Cost. in tutta la loro portata è da rinvenirsi, poi, nella arbitraria sovrapposizione tra il diritto alla salute e quanto stabilito dall'art. 38, comma 2, Cost. Ai sensi di quest'ultima disposizione, è attri-

buito ai lavoratori «il diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria». L'attrazione interpretativa del diritto *ex art. 32* nell'orbita concettuale sottesa all'*art. 38*, comma 2, Cost., conduceva a un inquadramento del diritto alla salute in una prospettiva meramente «assicurativo-corporativa» [AMATO, 1969, 551].

Ciò equivale a dire che il diritto alla salute finiva per essere identificato, mediante una sorta di indebita endiadi, nel diritto dei lavoratori a beneficiare di una assistenza sanitaria pubblica in caso di malattia; si determinava, in tal modo, una restrizione della titolarità del diritto alla salute (che veniva riferito, appunto, ai soli lavoratori) ma anche una riduttiva identificazione del concetto stesso di salute con la mera assenza di malattia. Con la conseguenza, tra l'altro, che l'assistenza ospedaliera (quale prestazione derivante dalla tutela del diritto *ex art. 32* Cost.) veniva ricondotta all'assistenza sociale, espressamente garantita ai soli inabili al lavoro, sprovvisti di mezzi, dal primo comma dell'*art. 38* Cost.

Nel contesto dell'*art. 38* Cost. risulta evidente, infatti, che la salute non è considerata come oggetto di una tutela diretta, ma soltanto quale condizione affinché il lavoratore, godendone, possa svolgere un'attività produttiva e provvedere alle sue esigenze di vita; essa, quindi, si risolve nella mera condizione di assenza di malattie che risultino ostative rispetto a tale scopo [CARAVITA, 1984, 31].

L'indebita assimilazione tra il concetto di "salute" e quello di "assenza di malattie" appare ancora più evidente e limitativa se si considera che l'Atto costitutivo dell'OMS (Organizzazione mondiale della sanità, l'agenzia delle Nazioni Unite dedicata alle questioni sanitarie), firmato a New York nel 1946, aveva già accolto una nozione di salute in termini di «*state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*».

Va aggiunto, peraltro, che in una prima fase la stessa Corte costituzionale avallava una lettura dell'*art. 32* integralmente alla luce dell'*art. 38*, e in tal senso rilevava che «la Costituzione impone di tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e di garantire cure gratuite agli indigenti (*art. 32*), nonché di assicurare ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere l'assistenza sociale (*art. 38*), che, in questa sede, comprende, com'è ovvio, l'assistenza ospedaliera» (Corte cost., sent. n. 116/1967).

L'approccio interpretativo di cui si parla appare influenzato anche dal

rilievo attribuito a due assunti, in sé indubbiamente corretti, dai quali veniva implicitamente tratta una conseguenza non condivisibile.

Il primo assunto sta nella constatazione che il mettere a disposizione strumenti di tutela della salute dei lavoratori, mediante l'erogazione di prestazioni curative e preventive ad opera di enti mutualistici, ha rappresentato una sicura estensione dell'intervento pubblico in materia sanitaria, contribuendo a superare il precedente carattere, puramente restrittivo o repressivo nei confronti dei singoli, dell'intervento statale in tale ambito. In conseguenza di tale evoluzione, l'attività pubblica in questo settore veniva ad assumere lo scopo, come è stato osservato, di «rafforzare e garantire la salute dei sani per creare un terreno inidoneo all'attecchire delle malattie» [ALESSI, 1967, 12].

Il secondo elemento, sulla base del quale si poteva essere indotti a ravvisare una fusione tra gli ambiti di tutela individuati dagli artt. 32 e 38 Cost., è un elemento di ordine effettuale, anch'esso oggettivamente riscontrabile: si deve proprio al *corpus* delle norme previdenziali, istitutive dell'assicurazione sociale contro le malattie, il raggiungimento di un obiettivo assai rilevante, ossia «la protezione sanitaria della grandissima maggioranza dei cittadini (oltre l'80% della popolazione), protezione spettante di diritto ed articolata su una vasta gamma di prestazioni» [ZANELLA, 1967, 220].

L'esattezza delle due considerazioni appena riportate, tuttavia, non consente di spingersi fino al punto di negare la compiuta e autonoma configurazione costituzionale del diritto alla salute, quale diritto che non si esaurisce nell'imporre un intervento pubblico finalizzato alla sua tutela ma protegge altresì, nella relativa sfera, una posizione di libertà dell'individuo. Né consente di inquadrare la tutela della salute in una ridotta e riduttiva dimensione produttivistica, alla quale si è invece costretti a pervenire se, nella ricostruzione del corrispondente diritto, si attribuisce rilevanza soltanto alle connessioni direttamente esistenti tra idoneità fisica e potenzialità produttiva del titolare, «sotto il duplice profilo del danno emergente – cioè il mantenimento degli inidonei che grava a carico della collettività nazionale – e del lucro cessante – ossia del minor apporto di energie lavorative alla formazione del reddito» [ZANELLA, 1967, 221].

### 3. *Il riconoscimento dell'identità costituzionale del concetto di salute e la sua progressiva estensione*

Si deve soprattutto alla giurisprudenza se, sin dai primi anni Settanta, il diritto alla salute inizia a fuoriuscire, sul piano interpretativo, da quell'ottica "produttivistica" di cui si è detto, per acquisire finalmente una configurazione a tutto tondo nella quale emerge pienamente la sua natura di diritto individuale, primario e assoluto, oggetto di una protezione diretta ad opera dell'art. 32 Cost.

L'inversione di tendenza di cui si parla andò a toccare tutti gli aspetti salienti della protezione costituzionale della salute, poiché riguardava sia l'efficacia del diritto e l'operatività degli strumenti per la sua tutela, sia la sua natura di diritto complesso, sia – e prima ancora – la stessa concezione della salute.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, nella nuova prospettiva la garanzia della salute viene valorizzata non solo per la sua dimensione biologica, ma anche per ulteriori profili e proiezioni: sia quelli sociali e relazionali, sia quelli "spaziali", ossia connessi alla salubrità dell'ambiente e dei luoghi di lavoro [PEZZINI, 1983, 25]. Di conseguenza, anche il concetto di tutela va incontro a una evoluzione, per la quale essa non implica soltanto la conservazione della integrità psico-fisica del soggetto, ma richiede altresì interventi di promozione e di sviluppo.

Si tratta di una evoluzione che merita di essere ulteriormente evidenziata. Come si è sopra detto, infatti, per una prima, lunga fase il concetto di salute *ex art. 32 Cost.* veniva ordinariamente fatto coincidere con uno stato di "assenza di malattie" (inizialmente solo fisiche, in seguito anche psichiche). La tutela della salute, quindi, consisteva essenzialmente nel conservare tale stato, attraverso interventi di natura preventiva che scongiurassero l'insorgere o il diffondersi di patologie, ovvero interventi di natura curativa finalizzati a ripristinare la condizione precedente, compromessa da una malattia in atto.

È siffatta concezione statica della salute a essere progressivamente superata, a partire dagli anni Settanta, in favore di una sua visione dinamica, la quale mira a sottolinearne non soltanto la dimensione biologica ma anche quella «etico-sociale» [ROVERSI MONACO-BOTTARI, 1979, 12]. In tal modo, viene in primo piano il carattere relazionale insito in una lettura del diritto costituzionale alla salute che non si focalizzi semplicemente sulla preservazione della integrità fisica. In quest'ottica, anzi, poiché la salute

da tutelarsi coincide in definitiva con lo stato di benessere derivante dall'equilibrio tra *soma* e *psiche*, può ammettersi che talvolta l'equilibrio in parola possa essere raggiunto proprio mediante una alterazione dell'integrità fisica del soggetto.

È quanto espressamente affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 161/1985, pronunciandosi su alcune questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto la disciplina dettata dalla legge n. 164/1982 («Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso»), successivamente modificata e integrata dagli artt. 31 e 34, comma 39, d.lgs. n. 150/2011. In particolare la Corte, riconosciuto il valore terapeutico dell'intervento chirurgico demolitorio-ricostruttivo per la sindrome transessuale, ha sottolineato che «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti» e che «la natura terapeutica che la scienza assegna all'intervento chirurgico – e che la legge riconosce – nella fattispecie considerata ne esclude l'illeceità, mentre le norme che lo consentono, dettate a tutela della persona umana e della sua salute “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività” non offendono per certo i parametri costituzionali invocati» e cioè, per il profilo che qui interessa, l'art. 32 Cost.

Peraltro la Corte ha avuto modo di tornare a pronunciarsi sull'interpretazione da dare all'art. 1, comma 1, legge n. 164/1982. Nella sent. n. 221/2015 si precisa che la mancanza nella disposizione «di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali», poiché «la prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione [...], ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico».

Infine, con la successiva sent. n. 180/2017, la Corte, dopo aver ribadito «che l'interpretazione costituzionalmente adeguata della legge n. 164/1982 consente di escludere il requisito dell'intervento chirurgico di normoconformazione» come indispensabile, aggiunge che «tuttavia ciò non esclude affatto, ma anzi avvalorava, la necessità di un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta og-

gettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza l'intento così manifestato».

Può affermarsi, più in generale, che le potenzialità e gli sviluppi di una interpretazione dinamico-relazionale del concetto di salute si sono rivelati numerosi. Tra essi, il rafforzamento dell'azione preventiva e la necessità di includere nel concetto di tutela le attività volte ad assicurare determinati *standard* di salubrità anche al contesto in cui il soggetto si trova inserito, sia esso lavorativo o ambientale, indipendentemente dall'esistenza in atto di processi morbosi.

Emblematico è, da questo punto di vista, l'art. 2 della legge n. 833/1978, che, nell'indicare le modalità di intervento per il raggiungimento delle finalità di tutela della salute affidate all'(allora) istituendo Servizio sanitario nazionale, annovera, oltre a quelle strettamente inerenti ai processi di diagnosi, cura e riabilitazione, anche «la formazione di una moderna coscienza sanitaria sulla base di un'adeguata educazione sanitaria del cittadino e delle comunità», «la prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e di lavoro» nonché «la promozione e la salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro».

Nella stessa prospettiva si è venuta collocando anche la giurisprudenza costituzionale. Così, ad esempio, nella sent. n. 399/1996, in tema di rischi derivanti dal fumo passivo, si ribadisce che «la tutela della salute riguarda la generale e comune pretesa dell'individuo a *condizioni di vita, di ambiente e di lavoro* che non pongano a rischio questo suo bene essenziale». Tale concetto viene ribadito anche nella successiva sent. n. 361/2003 (con riferimento alla normativa antifumo introdotta dall'art. 15, legge n. 3/2003), in cui si sottolinea come tali interventi del legislatore mirino a tutelare «la salubrità dell'ambiente atmosferico in determinati luoghi nei quali i singoli si trovano a dover trascorrere parte del loro tempo, per esigenze di lavoro, cura, trasporto, svago e affinamento culturale».

La stessa Corte costituzionale ha avuto anche occasione di far valere la rilevanza della tutela della salute in relazione alle diverse forme di attività lavorativa. Ad esempio, è stata estesa alle lavoratrici a domicilio in stato di gravidanza l'interdizione anticipata dal lavoro, in presenza di eventi e condizioni pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino (in questo senso, sent. n. 360/2000). O ancora, è stata riconosciuta alle imprenditrici agricole la corresponsione dell'indennità di maternità (introdotta dalla legge n. 546/1987 per le lavoratrici autonome), sulla base

dell'argomento che la mancata previsione di tale sostegno economico non è compatibile con «l'esigenza primaria di tutela della salute della madre e del bambino, specialmente nelle fasi più delicate della gravidanza e del puerperio, voluta dall'art. 32 Cost.» (così sent. n. 361/2000).

Con particolare riguardo all'aspetto ambientale, poi, è progressivamente emerso, quale risvolto o "prolungamento" del diritto alla salute, il diritto ad un ambiente salubre; si tratta di una emersione del tutto consequenziale, una volta affermato che la valutazione del livello di protezione della salute va effettuata con riferimento «non più soltanto alla situazione momentanea (e perciò incerta) dell'essere fisico o psico-fisico dell'individuo, ma alla sfera esterna in cui questi si muove, vive e lavora [...] e che costituisce il principale fattore condizionante del mantenimento o della perdita, nel futuro talora anche immediato, dello stato di salute» [LUCIANI, 1991, 6]. In tal senso, viene evidenziato come nella coscienza della società civile del nostro tempo «la salute del singolo ed il suo ambiente vitale sono [...] considerati tanto strettamente legati, da essere vissuti quasi come due facce della stessa medaglia» [LUCIANI, 1991, 6].

Sulla configurazione del diritto all'ambiente salubre come «posizione soggettiva inquadrabile nell'ambito del diritto alla salute, che la Costituzione riconosce e tutela in via primaria, assoluta, non condizionata ad eventuali interessi di ordine collettivo o generale» (e quindi anche nei confronti della pubblica amministrazione), si sono espresse, tra l'altro, anche le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, sin dalla nota sent. 6 ottobre 1979, n. 5172. La giurisprudenza costituzionale ha poi radicato le esigenze di protezione ambientale soprattutto nei precetti costituzionali dedicati alla tutela del paesaggio (art. 9 Cost.) e della salute (art. 32 Cost.), per approdare gradualmente a isolare la tutela degli interessi ambientali dagli altri interessi costituzionalmente rilevanti (cfr., tra le prime, Corte cost., sentt. nn. 210/1987, 641/1987, 800/1988, 324/1989, 437/1991 e 54/1994).

Con la revisione costituzionale del 2001, peraltro, la «tutela dell'ambiente» e «dell'ecosistema» è stata inclusa tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. s, Cost.). Si aggiunga che negli ultimi anni sono state ricorrenti nel dibattito pubblico le voci a favore dell'inserimento nel testo della Costituzione di un'apposita clausola dedicata alla protezione ambientale e una proposta di legge di revisione costituzionale in questo senso è stata approvata in prima lettura dal Senato della Repubblica il 9 giugno 2021 (A.S. 83).

Tornando alla concezione dinamica della salute, da essa deriva altresì la possibilità di ritenere “coperta” dalla tutela costituzionalmente fissata anche una serie di casi nei quali l’irrimediabilità di una situazione di alterazione dell’integrità psico-fisica della persona non è comunque sufficiente a escludere, con riguardo ad essi, l’operatività dell’art. 32 Cost. Si tratta delle ipotesi in cui l’originaria invalidità della persona non consente una guarigione o un recupero di uno stato di “buona salute” tradizionalmente intesa: in tali casi, non viene comunque meno lo spazio per la tutela della salute, da intendersi connessa con il pieno sviluppo della persona umana al miglior livello compatibile con la situazione di invalidità. Un’applicazione significativa di questa declinazione del concetto di salute consente di ritenere, ad esempio, che la socializzazione delle persone con disabilità attraverso la frequenza scolastica si ponga come elemento essenziale per il loro benessere psichico, svolgendo una funzione terapeutica assimilabile alle pratiche di cura e di riabilitazione (in questo senso, Corte cost., sentt. nn. 167/1999, 215/1987, 80/2010, 275/2016).

Un ulteriore aspetto implicato dal concetto di tutela della salute in senso dinamico (e dunque disancorato dalla guarigione come unica finalità) può essere colto, infine, in relazione al trattamento del dolore. Si vuole intendere che nelle situazioni di malattia, soprattutto negli eventuali stadi incurabili o terminali di essa, il diritto alla salute deve implicare anche il diritto a ricevere quegli interventi finalizzati a lenire o eliminare il dolore (le c.d. cure palliative), benché da essi non ci si possa aspettare come conseguenza il ripristino di un buono stato di salute (in questi termini, nella giurisprudenza, Cass. civ., Sez. L, sent. 18 giugno 2012, n. 9969).

In proposito va segnalato come con riferimento al trattamento del dolore sia intervenuto anche il legislatore ordinario. Dopo la legge n. 12/2001 (che forniva una prima, parziale risposta alla necessità dell’impiego di farmaci in favore di malati affetti da gravi sintomatologie dolorose), con la legge n. 38/2010 è stata introdotta una disciplina più adeguata in tema di cure palliative. Essa, oltre a prevedere espressamente il diritto ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore nell’ambito dei livelli essenziali di assistenza (LEA), detta una procedura semplificata per l’accesso ai medicinali impiegati nella terapia del dolore e obbliga a riportare la rilevazione del dolore all’interno della cartella clinica. Il dovere del personale sanitario di intervenire allo scopo di ridurre per quanto possibile le sofferenze del paziente è espressamente ribadito anche nella recente legge n. 219/2017, per il cui art. 2, comma 1, «Il medico, avvalendosi di