

## PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE

Il presente lavoro è il risultato di un primo tentativo di inquadrare sistematicamente, aggiornandole, alcune riflessioni in tema di diritto alla salute elaborate dall'autrice nel corso degli ultimi anni.

In considerazione della finalità prevalentemente didattica del volume, l'obiettivo della trattazione è quello di fornire al lettore una sintetica introduzione alle principali questioni di natura costituzionale collegate alla tutela del diritto alla salute nell'ordinamento italiano. Tuttavia, come spesso accade nei lavori destinati agli studenti universitari, lo sforzo di chiarezza che accompagna l'analisi dei diversi argomenti propone, a sua volta, nuovi interrogativi e dubbi talvolta inaspettati, dai quali affiorano problematiche irrisolte che meritano di essere approfondite. Lavori in corso, dunque, che si spera possano essere ulteriormente arricchiti ed alimentati da quella continuità di dialogo che in un'aula universitaria non dovrebbe mai mancare.

L'oggetto della riflessione, dal canto suo, si presta in modo ottimale ad un'indagine *in fieri*, i cui punti di approdo ben difficilmente potranno essere ritenuti definitivi, in virtù dell'accentuato dinamismo che caratterizza la corrispondente realtà effettuale. I risultati della ricerca scientifica e sperimentale, l'innovazione tecnologica in campo medico, la percezione della stessa idea di salute e le molteplici dimensioni valoriali e culturali che ne sono coinvolte, il condizionamento delle dinamiche economico-finanziarie sull'effettività della tutela, le trasformazioni della domanda di prestazioni sanitarie connesse al mutare degli stili di vita ed all'evoluzione del quadro demografico, sono soltanto alcuni tra i fattori che impediscono all'interprete di rinvenire soluzioni durature alle quali ancorarsi solidamente.

Rispetto alla velocità dei cambiamenti che interessano l'universo della salute, la scelta di impostare una riflessione giuridica sul tema muovendo

dalla Costituzione corre il rischio di apparire limitativa, se non addirittura *rétro*. Ma è un rischio che l'autrice assume volentieri, nella convinzione che, proprio in tale ambito, in misura maggiore che in altri, la disciplina costituzionale – oltre ad introdurre nel sistema un'impostazione radicalmente innovativa rispetto al passato – ha saputo mostrare nel corso degli anni potenzialità prescrittive inizialmente inaspettate, i cui riverberi sul complessivo ordinamento sono stati ampi e profondi.

Non può sfuggire, d'altro canto, che alcune questioni di stretta attualità in materia di diritto alla salute, le quali non di rado sollecitano l'interesse della stessa opinione pubblica, per venire adeguatamente focalizzate richiedono di essere valutate alla luce della disciplina costituzionale.

Si pensi, a titolo di esempio, all'impegnativo quesito circa le modalità per garantire al meglio il diritto di cui si parla in un periodo di grave crisi economica. È un interrogativo cui non può sottrarsi lo stesso legislatore: in questo senso, le Commissioni riunite Bilancio e Affari sociali della Camera dei Deputati hanno avviato nel giugno 2013 una indagine conoscitiva (“La sfida della tutela della salute tra nuove esigenze del sistema sanitario e obiettivi di finanza pubblica”), allo scopo, tra l'altro, di acquisire elementi per procedere ad un ponderato ripensamento delle forme di erogazione delle prestazioni sanitarie. È evidente, però, che questo nodo non può essere sciolto omettendo di considerare i termini della protezione che la Costituzione offre alla salute.

Oppure si pensi alle situazioni in cui la domanda di tutela della salute si manifesta come richiesta di erogazione di farmaci non dispensati dal Servizio sanitario nazionale, in quanto non ancora adeguatamente sperimentati; o ai casi in cui ad essere sollecitata è proprio la sperimentazione di determinate terapie. In simili ipotesi, l'intreccio tra profilo giuridico e profilo scientifico, tra ruolo del legislatore e ruolo dei giudici, è particolarmente complesso ed è arduo immaginare di dipanarlo senza una previa indagine volta a ricostruire l'estensione, sul piano costituzionale, degli interessi coinvolti.

Ma il rilievo della salute come diritto costituzionale continua anche ad incidere su istituti e su discipline strettamente inerenti alla regolazione dei rapporti privatistici. La più recente conferma viene da una decisione della Corte costituzionale (la sent. n. 278/2013), la quale ha censurato il carattere assoluto e irriducibile della garanzia dell'anonimato per la madre biologica che decida di non essere nominata nell'atto di nascita del

figlio. Ad avviso della Corte, infatti, è necessario ammettere, sia pure a determinate condizioni, che la scelta della madre sia reversibile, al fine di tutelare il «diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico».

Nelle pagine che seguono, dunque, il diritto alla salute verrà ricostruito percorrendo la “strada maestra” che ha nella disciplina costituzionale il costante punto di riferimento.

In questo percorso sono stati seguiti alcuni canoni metodologici ed ermeneutici messi a punto da un insuperato insegnamento, rispetto al quale chi scrive avverte il proprio continuo debito di gratitudine.

Anzitutto, si è tenuta a mente la necessità di partire dal testo delle disposizioni costituzionali, privilegiandone una lettura sistematica, valorizzandone in ogni caso la portata prescrittiva, cercando di evitare qualunque *commodus discessus* interpretativo fondato sulla svalutazione del tenore letterale e perseguendo la «tormentata, e spesso ingrata, ricerca delle effettive significazioni normative».

Nel tratteggiare le linee portanti del sistema costituzionale in materia, si è poi inteso evitare un approccio interpretativo che, partendo dai “diritti” relativi alla salute, finisse con lo scantonare nel “valore-salute” ad essi sottostante. I “valori”, infatti, poco si prestano ad essere ricondotti alla logica prescrittiva che caratterizza norme e principi giuridici, e dunque risultano collocati in un terreno particolarmente sdruciolevole per il giurista. Sicché, il rischio fatale che si corre, ragionando in termini di “valori” e di loro bilanciamento, è quello di pervenire ad una personale ricomposizione dell’ordinamento fortemente esposta all’arbitrio ed alle opzioni soggettive dell’interprete.

Infine, analizzando i diritti costituzionali riguardanti la salute, si è dedicata particolare attenzione a sottolineare la loro diversa struttura. È un aspetto che, anche dal punto di vista didattico, riveste una importanza notevole: il diritto di libertà inerente alla salute, infatti, non deve essere confuso con i connessi (ma distinti) diritti a ricevere prestazioni per la sua tutela. Nonostante taluni indirizzi interpretativi (anche autorevoli) tendano a minimizzare le distinzioni strutturali che sussistono tra tali posizioni soggettive di garanzia, è invece da preferirsi l’impostazione che, cogliendo la differenza dei diritti a prestazione rispetto ai diritti di libertà, ne mette contestualmente in evidenza le conseguenze sul piano delle rispettive dinamiche di tutela.

Di ogni eventuale incoerenza nello sviluppo di tale insegnamento resta responsabile, ovviamente, soltanto chi scrive.

L'autrice esprime un vivo e sincero ringraziamento a Concetta Giunta, Stefania Mabellini e Marta Mengozzi per il loro prezioso contributo alla realizzazione del presente volume.

## PREMESSA ALLA SECONDA EDIZIONE

Questa seconda edizione conserva l'impostazione originaria del volume, integrandone tuttavia i contenuti sia con gli opportuni aggiornamenti bibliografici, giurisprudenziali e normativi, sia con l'aggiunta di un ulteriore capitolo, relativo alla procreazione medicalmente assistita.

Sotto il profilo dell'aggiornamento, si segnala in particolare l'epilogo – almeno sul piano più strettamente normativo – della vicenda relativa al c.d. “caso Stamina”, in tema di appropriatezza delle cure, sperimentazione ed erogabilità a carico del Servizio sanitario di prestazioni dalla efficacia terapeutica non scientificamente dimostrata.

In proposito, com'è noto, le sollecitazioni provenienti da una parte dell'opinione pubblica e da alcuni *mass media*, nonché una serie di decisioni giurisdizionali che in via cautelare avevano accolto le richieste di diversi pazienti di essere ammessi al “protocollo Stamina”, avevano indotto il Governo – nel 2013 – ad utilizzare lo strumento della decretazione d'urgenza, avallato dalle Camere in sede di conversione, per disporre la sperimentazione del “metodo” e, contestualmente, consentire la prosecuzione dei relativi trattamenti soltanto nei confronti di coloro che ne fossero già destinatari.

Nell'anno successivo, la sperimentazione è stata interrotta per decisione ministeriale e sulla questione è giunta a pronunciarsi anche la Corte costituzionale con la sent. n. 274/2014. In essa la Corte, pur non ravvisando profili di illegittimità nella disciplina che aveva permesso la continuazione dei trattamenti Stamina nei termini anzidetti – giustificata quale «deroga al principio di doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci» – ha rilevato però come l'assenza di risultati sperimentali acquisiti non consentisse neppure di escludere «collaterali effetti nocivi» derivanti dagli stessi trattamenti. Proprio tale ultima osservazione, tuttavia, suscita più di una perplessità: non può negarsi, infatti, una forma di frizione tra l'art. 32 Cost. e quelle decisioni – siano esse giuri-

sdizionali o legislative – che aprono la strada a pratiche “sanitarie” per le quali non soltanto manchi la dimostrazione scientifica della loro efficacia terapeutica, ma possano altresì trovare spazio dubbi riguardanti la loro nocività. È evidente che in simili ipotesi i mezzi utilizzati al fine di tutelare la salute, lungi dal conseguire l’obiettivo, rischiano di produrre risultati drammaticamente opposti.

Per quel che concerne, invece, il sesto capitolo, dedicato alla normativa sulla procreazione medicalmente assistita (PMA) ed assente nella precedente edizione, la sua aggiunta è dovuta all’esigenza di “misurare” esclusivamente con il metro del diritto alla salute una disciplina che, sin dalla sua introduzione ad opera della legge n. 40/2004, è stata oggetto di valutazioni contrastanti. È agevole constatare, infatti, come la PMA sia stata in grado di animare nell’ultimo decennio, in modo pressoché continuativo, un dibattito pubblico la cui attualità sembra perdurare e nel quale hanno avuto voce i cittadini, le loro associazioni, gli studiosi di diritto ed i giudici, tra cui la Corte costituzionale.

Quest’ultima, in particolare, con la sent. n. 151/2009 aveva già dichiarato illegittime le norme restrittive che stabilivano il numero massimo di embrioni producibili e l’obbligo di procedere al loro contestuale impianto; successivamente, la più recente sent. n. 162/2014 ha fatto cadere anche il divieto di fecondazione eterologa, che rappresentava un aspetto qualificante, per quanto controverso, dell’originaria impostazione legislativa. Dalla stessa Corte, peraltro, è ora attesa una ulteriore decisione sulla legge n. 40/2004 (che dovrebbe intervenire entro il mese di aprile 2015), relativamente alla legittimità costituzionale della esclusione dalle tecniche di PMA delle coppie che, pur non infertili, siano portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

Tra le novità della seconda edizione, inoltre, si colloca la scelta di presentare i riferimenti bibliografici, inseriti in coda al volume, mediante una suddivisione che rinvia all’articolazione in capitoli, nell’intento di facilitare la correlazione tra i contributi scientifici indicati ed i diversi argomenti trattati.

Infine, si sente il bisogno di ribadire che il presente testo resta essenzialmente destinato a studenti universitari: ne rimane immutato, quindi, il carattere didattico, alla luce del quale si spera possa trovare giustificazione anche l’insistenza, cui talora si indulge, su alcuni concetti basilari.

*Roma, febbraio 2015*

## PREMESSA ALLA TERZA EDIZIONE

Una nuova edizione di questo lavoro si è resa opportuna, a più di tre anni dalla precedente, per impellenti ragioni di aggiornamento del suo contenuto. In questo ultimo periodo, infatti, alcuni dei temi affrontati nelle pagine che seguono sono stati oggetto di un attivismo normativo particolarmente significativo. A ciò si aggiunga che pure dal versante della giurisprudenza è provenuta qualche decisione di rilievo che ha contribuito, anch'essa, a rendere incomplete, imprecise o non più attuali talune considerazioni e riflessioni presenti nella edizione anteriore. Ri-considerare gli argomenti trattati alla luce dell'insieme di queste novità è in breve divenuto un onere ineludibile. Del resto, un simile onere, lungi dall'essere episodico, grava pressoché costantemente su chiunque scelga di presentare in forma scritta le proprie valutazioni su questo o quel settore dell'ordinamento da una prospettiva di diritto positivo.

Gli interventi normativi di cui si è dovuto tener conto hanno spaziato su molteplici aspetti della disciplina legislativa inerente al diritto costituzionale alla salute. Per richiamarne alcuni, si va dalle innovazioni in tema di sicurezza delle cure e di linee guida sulle pratiche clinico-assistenziali, in connessione con la responsabilità professionale del personale sanitario (legge n. 24/2017), alla modifica delle norme riguardanti il numero ed il regime delle vaccinazioni obbligatorie per i minori (d.l. n. 73/2017 e relativa legge di conversione n. 119/2017). Quest'ultima scelta legislativa, com'è noto, si è accompagnata ad un vivace dibattito anche nell'opinione pubblica, nei cui accenti più polemici, peraltro, non sempre è stato possibile rinvenire posizioni accuratamente ragionate. Inoltre, ulteriori rimaneggiamenti della stessa normativa sembrano prospettarsi, stando almeno agli annunci, sì che anche l'onere di cui si è sopra detto avrà eventualmente modo di ravvivarsi.

Ancora nell'ottica di una più efficace ed estesa protezione del diritto

alla salute dei minori, in questo caso stranieri, si è posto l'indirizzo normativo per effetto del quale è divenuta sempre obbligatoria l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale (con conseguente pienezza delle prestazioni erogabili) sia per i minori stranieri non accompagnati (in base all'art. 34, comma 1, del Testo unico sull'immigrazione, come modificato dalla legge n. 47/2017), sia per i minori stranieri c.d. "irregolari" (secondo quanto stabilito nel d.P.C.M. 12 gennaio 2017, col quale sono stati introdotti i "nuovi" livelli essenziali di assistenza sanitaria – LEA).

Di rilevante impatto sistematico, poi, è stata la legge n. 219/2017, per quel che concerne il consenso informato e, soprattutto, le disposizioni anticipate di trattamento. Dopo il fallimento di analoghe iniziative precedenti, infatti, la regolazione del c.d. "testamento biologico" è giunta a stabilizzare e completare gli esiti che sul punto erano stati prodotti, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza.

Con specifico riguardo alla giurisprudenza costituzionale, si è dovuto tener conto, tra l'altro, della sent. n. 96/2015 e della sent. n. 5/2018. La prima sentenza (di cui nella premessa alla precedente edizione si immaginava l'imminenza) ha ricondotto a legittimità costituzionale un ulteriore aspetto della legge n. 40/2004, facendo cadere il divieto di accedere alla PMA e alla diagnosi embrionale preimpianto per le coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili; con la seconda, invece, la Corte ha accertato l'infondatezza di una serie di censure riguardanti la menzionata ultima disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie. Un tratto comune alle due pronunce, può notarsi, è dato dal ruolo che, ancora una volta, ha svolto la sostenibilità medico-scientifica delle scelte del legislatore. Infatti, mentre la legge n. 40/2004 è stata colpita *in parte qua* (anche) per l'ostacolo che essa poneva all'accesso ad una tecnica scientificamente validata, le previsioni sui vaccini non sono state trovate illegittime proprio perché conformi a risultanze scientifiche accreditate.

Ad ogni modo, al di là di questi e di altri cambiamenti che hanno richiesto una puntuale attività di adeguamento e *maquillage* del testo, quel che non muta neppure nella terza edizione è il metodo seguito – con le sue caratteristiche o, magari, i suoi limiti – come pure resta invariata la finalità per la quale il volume è stato pensato.

*Roma, agosto 2018*

## 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.

### 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*. Accanto a ciò, nella previsione costituzionale acquista rilevanza anche la dimensione soggettiva *della collettività*, il cui *interesse* alla salute è parimenti tutelato.

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<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Sulla complessità del diritto alla salute cfr. in particolare B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 25, e M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 5. La molteplicità delle situazioni soggettive contemplate dall’art. 32 è messa in risalto anche da A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 25 ss., e da A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, p.te generale, III ed. agg. modif., Padova, 2003, 83, che sottolinea la differenza strutturale dei diritti riconducibili all’art. 32, negando tuttavia la sussistenza di un profilo di libertà (ivi, 95). V. anche R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5394-5395, A. SIMONCINI-E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 655 ss., nonché R. BALDUZZI-D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 23 ss., che si riferiscono alla multidimensionalità soggettiva ed oggettiva del diritto alla salute.

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 significati, riferendosi sia al “diritto fondamentale 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<sup>2</sup>.

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 ed 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)<sup>3</sup>. In

---

<sup>2</sup> Su tale significato da attribuire ai verbi *riconoscere* e *garantire* utilizzati nell’art. 2 Cost., v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, p.te generale, cit., 17, nonché già ID., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 111-112.

<sup>3</sup> Sulla riconducibilità alla tutela della salute dell’attività amministrativa per la tutela del-

tali ipotesi, l'attività di tutela oggettiva della salute – la quale certamente influisce sui presupposti materiali del godimento della 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 ad un soggetto.

La complessità del diritto alla salute (e della corrispondente tutela) costituisce, dunque, un solido riferimento nell'odierna riflessione in materia.

Nel seguito della trattazione si metteranno in luce le peculiari caratteristiche delle posizioni giuridiche soggettive comprese nel “diritto alla salute”. Per ora sia sufficiente 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 particolare 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, portata a ragionare in materia prevalentemente in termini di *sanità pubblica*.

---

l'igiene v. già G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, *Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 1959, 151 s.

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 ed assicurare la conservazione della c.d. "società dei sani"<sup>4</sup>. Nell'ottica della sanità pubblica, dunque, scompare il profilo individuale (ed individualistico) della protezione della sfera giuridica del singolo con riguardo alla propria salute, ed assumono rilevanza esclusivamente le implicazioni e le ricadute che da essa possano derivare sul piano sociale<sup>5</sup>.

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, infatti, oltre a rilevarne il presunto carattere "spiccatamente demagogico", quando non addirittura la superfluità<sup>6</sup>, escludeva 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<sup>7</sup>; quasi che

---

<sup>4</sup> Sul concetto di sanità pubblica in relazione alla tutela della salute cfr. F.D. BUSNELLI-U. BRECCIA, *Premessa*, in IDD. (a cura di), *Il diritto alla salute*, Bologna, 1979, X ss.

<sup>5</sup> Si consideri, al riguardo, quanto osservato da uno dei primi commentatori dell'art. 32, secondo cui il fine preferibile che la tutela della salute può assumere 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»: così S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI-A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 335. Vale la pena di notare 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: cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, sent. 10 giugno 1955, n. 855, ove si ritiene che la disposizione costituzionale si sarebbe limitata a porre «un indirizzo di carattere generale rivolto a tutelare la salute pubblica».

<sup>6</sup> Per queste opinioni cfr., rispettivamente, R. LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, 1952, 275, e E. CROSA, *Diritto costituzionale*, V ed., Torino, 1955, 146.

<sup>7</sup> Per impostazioni di questo tipo, cfr. ad es., ancora negli anni Settanta, P. RESCIGNO,

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 la previsione dell'art. 38, comma 2, Cost. Ai sensi di quest'ultima disposizione, è attribuito 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 ad un inquadramento del diritto alla salute in una prospettiva meramente «assicurativo-corporativa»<sup>8</sup>.

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 (riferito ai soli lavoratori) ma anche una identificazione del concetto stesso di salute con la mera assenza di malattia<sup>9</sup>. Con la conseguenza, tra l'altro, che l'assistenza ospedaliera (quale prestazione derivante dalla tutela del diritto alla salute ai sensi dell'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.<sup>10</sup>.

---

*Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1973, 200; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, II ed., Milano, 1975, 26.

<sup>8</sup> L'Autore che per primo ha utilizzato tale qualificazione è G. AMATO, *Regioni e assistenza sanitaria: aspetti costituzionali*, in *Probl. sic. soc.*, 1969, 551.

<sup>9</sup> L'indebita assimilazione tra il concetto di "salute" e quello di "assenza di malattia" appare ancora più evidente se si considera che l'Atto costitutivo dell'Organizzazione mondiale della sanità (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*» (enfasi aggiunta).

<sup>10</sup> Nel contesto dell'art. 38, comma 2, Cost., è difatti evidente che la salute non sia intesa quale oggetto di una tutela immediata, ma soltanto quale condizione affinché il lavoratore, godendone, possa svolgere un'attività produttiva e provvedere alle sue esigenze; essa, quin-

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 limitativo 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»<sup>11</sup>.

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»<sup>12</sup>.

L'esattezza delle due considerazioni appena riportate, tuttavia, non consente di spingersi fino al punto di negare la compiuta ed autonoma

---

di, si risolve nella mera condizione di assenza di malattie che risultino ostative rispetto a tale scopo. Per analoghi rilievi critici, cfr. B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 31. Va aggiunto, peraltro, che in una prima fase la stessa Corte costituzionale avallava una lettura dell'art. 32 integralmente alla luce dell'art. 38: si v., in particolare, la sent. n. 116/1967, nella quale veniva rilevato 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» (corsivi aggiunti).

<sup>11</sup> In questi termini, R. ALESSI, *L'amministrazione sanitaria*, in ID. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 12.

<sup>12</sup> La considerazione, risalente alla seconda metà degli anni Sessanta ed interessante anche per il dato statistico, è di M. ZANELLA, *L'assistenza sanitaria direttamente erogata dagli enti mutualistici attraverso propri ospedali ed ambulatori*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, cit., 220.

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»<sup>13</sup>.

### 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 ed 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 sua stessa concezione.

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<sup>14</sup>. Di conseguenza, anche il concetto di tutela va incon-

---

<sup>13</sup> Come invece ritenuto ancora da M. ZANELLA, *op. ult. cit.*, 221.

<sup>14</sup> Con riguardo alla pluralità di dimensioni che il concetto di salute è in grado di attingere, si v., per tutti, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 21-25.

Può aggiungersi che un'analogia evoluzione del concetto di salute nel senso di una sua

tro ad 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 delle malattie, ovvero interventi di natura curativa finalizzati a ripristinare la condizione precedente, compromessa da una malattia in atto.

È siffatta concezione statica della salute ad 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”<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>.

---

progressiva estensione si rinviene anche nel diritto internazionale: su tale profilo cfr., per tutti, P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, spec. 1 ss., 42 ss.

<sup>15</sup> Questa dimensione è evidenziata, in particolare, da chi valorizza la collocazione dell’art. 32 nel titolo della Costituzione dedicato ai rapporti etico-sociali; cfr., ad es., con specifico riferimento ai principi informatori della legge n. 833/1978, F. ROVERSI MONACO-C. BOTTARI, *Artt. 1 e 2*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il Servizio sanitario nazionale (Commento alla l. 833/1978)*, Milano, 1979, 12.

<sup>16</sup> 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 ed integrata dall’art. 31, 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’illiceità, mentre le norme che lo consentono, dettate a

Le potenzialità di una interpretazione dinamico-relazionale del concetto di salute si sono rivelate numerose. Tra esse, 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'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»<sup>17</sup>.

---

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, più di recente, sull'interpretazione da dare all'art. 1, comma 1, legge n. 164/1982. Nella sent. n. 221/2015 si precisa, infatti, 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 prerequisite per accedere al procedimento di rettificazione [...], ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico». 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 avvalorata, la necessità di un acceramento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza l'intento così manifestato».

<sup>17</sup> Nella stessa prospettiva si è venuta collocando anche la giurisprudenza costituzionale. Cfr., ad esempio, Corte cost., sent. n. 399/1996, in tema di rischi derivanti dal fumo passivo, in cui 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» (corsivo aggiunto): concetto ribadito nella sent. n. 361/2003, dove, con rife-

Con particolare riguardo all’aspetto ambientale, poi, è progressivamente emerso, quale risvolto o “prolungamento” del diritto alla salute, il diritto ad un ambiente salubre<sup>18</sup>; 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»<sup>19</sup>.

Sempre da una concezione dinamica della salute deriva la possibilità

---

rimento anche alla normativa antifumo introdotta dall’art. 15, legge n. 3/2003, 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». Sulla rilevanza della tutela della salute in relazione alle diverse tipologie di attività lavorativa, ma solo a titolo esemplificativo, cfr. Corte cost., sent. n. 360/2000, che ha esteso alle lavoratrici a domicilio, in stato di gravidanza, l’interdizione anticipata dal lavoro qualora si verificino eventi e condizioni pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino, nonché Corte cost., sent. n. 361/2000, che ha riconosciuto alle imprenditrici agricole la corresponsione dell’indennità di maternità (introdotta dalla legge n. 546/1987 per le lavoratrici autonome), giacché la mancata previsione di tale trattamento economico contrasta 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.».

<sup>18</sup> 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 le Sezioni unite 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” e della salute, di cui agli artt. 9 e 32 Cost. (cfr., in particolare, Corte cost., sentt. nn. 210/1987, 641/1987, 800/1988, 324/1989, 437/1991 e 54/1994), per approdare gradualmente ad isolare la tutela degli interessi ambientali dagli altri interessi costituzionalmente rilevanti. Sul rapporto tra tutela dell’ambiente e tutela della salute, anche per i successivi sviluppi giurisprudenziali, v., per tutti, S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, Milano, 2012, spec. 17 ss. e 116 ss., e B. CARAVITA-A. MORRONE, *L’ambiente e i suoi confini*, in B. CARAVITA-L. CASSETTI-A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Bologna, 2016, 41 ss.

<sup>19</sup> In questi termini M. LUCIANI, *Salute*, cit., 6, che aggiunge altresì 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».

di ritenere “coperte” 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 ad 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 “sanità” 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 lo stato di invalidità. Un’applicazione significativa di questa declinazione del concetto di salute consente di ritenere, ad esempio, che la socializzazione dei portatori di handicap attraverso la frequenza scolastica si ponga come elemento essenziale per il benessere psichico di tali soggetti, svolgendo una funzione terapeutica assimilabile alle pratiche di cura e di riabilitazione<sup>20</sup>.

Un ulteriore aspetto implicato dal concetto di tutela della salute in senso dinamico, e dunque disancorato dalla guarigione come unica finalità, può essere infine colto 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 cosiddette cure palliative), benché da essi non ci si possa aspettare come conseguenza il ripristino di un buono stato di salute<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> In questi termini, Corte cost., sent. n. 167/1999; in senso analogo, v. anche sentt. nn. 215/1987, 80/2010, 275/2016.

<sup>21</sup> 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; tra l’altro, essa prevede espressamente il diritto ad accedere alle cure palliative ed alla terapia del dolore nell’ambito dei livelli essenziali di assistenza, 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 mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un’appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l’erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38». Nella giurisprudenza, nel senso di riconoscere che il diritto alla salute

Di evidenza meno immediata, invece, sembra essere l’inclusione in tale ambito della mera aspettativa suscitata dalla sperimentazione in atto di una nuova terapia, ancor prima che siano noti gli esiti della stessa. Su questo aspetto, tuttavia, si rinvia a quanto si dirà in seguito<sup>22</sup>.

#### 4. *Il diritto alla salute come «diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati»*

Anche un altro profilo della prima, riduttiva interpretazione del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* iniziò ad essere superato negli anni Settanta, sempre sul piano giurisprudenziale. Ci si riferisce al modo di intendere il diritto costituzionale in questione come efficace esclusivamente nei rapporti tra soggetto privato e pubblici poteri (secondo la tradizionale impostazione dei diritti pubblici soggettivi). In senso contrario, a partire da una fondamentale pronuncia della Corte di Cassazione del 1973, cominciò a riconoscersi esplicitamente l’operatività del diritto alla salute anche all’interno dei rapporti tra privati, quale diritto assoluto e quindi con efficacia *erga omnes*<sup>23</sup>.

In sostanza, trovò spazio quella diffusa e condivisibile corrente interpretativa dei diritti costituzionali secondo cui è erroneo ravvisare la loro efficacia soltanto nei rapporti tra individuo e autorità pubblica, dovendosi invece ritenere implicita nella loro stessa previsione, ed in assenza di indicazioni testuali contrarie, la c.d. efficacia verso terzi (o *Drittwirkung*, al modo tedesco), cioè verso gli altri soggetti privati. Ciò per la evidente ragione che le minacce che possono provenire ad un diritto costituzionale da parte degli altri privati non sono necessariamente meno intense, o meno invasive, di quelle provenienti dai soggetti pubblici<sup>24</sup>.

---

assume una dimensione più ampia rispetto al mero diritto alla cura, comprendendo non solo l’approntamento di mezzi destinati alla guarigione di una patologia ma anche gli interventi concretamente idonei ad alleviare la limitazione funzionale del paziente, ancorché senza apprezzabili risultati in ordine al possibile regresso della malattia, cfr. Cass., Sez. L, sent. 18 giugno 2012, n. 9969.

<sup>22</sup> V. *infra*, cap. III, § 6, in relazione a Corte cost., sentt. nn. 185/1998 e 274/2014, riguardanti, rispettivamente, il “multitattamento Di Bella” e il “caso Stamina”.

<sup>23</sup> Ci si riferisce a Cass., S.U., sent. 21 marzo 1973, n. 796.

<sup>24</sup> Cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, 86 ss. e A. PA-

Le conseguenze di tale svolta interpretativa con riguardo all'art. 32 Cost. sono notevoli e si collocano su due piani, egualmente rilevanti.

Anzitutto, l'efficacia tra privati del diritto costituzionale alla salute impone una riconsiderazione delle norme legislative civilistiche: il compiuto senso normativo di queste ultime, infatti, può emergere solo se esse vengano considerate alla luce del primo. In particolare, dalla piena efficacia *erga omnes* della garanzia di cui all'art. 32 Cost. deriva «un preciso indirizzo di tendenza circa la soluzione da dare ad eventuali conflitti tra il diritto alla salute e i diritti di rango inferiore, specie se a contenuto patrimoniale»<sup>25</sup>.

A partire da questo assunto, la giurisprudenza ha via via intrapreso – benché con andamento non sempre lineare né costante – un'attività di rinnovata interpretazione di talune norme del codice civile, la cui portata viene intesa ed integrata tenendo conto della immediata operatività del diritto costituzionale in questione.

Sono molteplici le disposizioni codicistiche oggetto di rilettura: ad esempio, l'art. 844 c.c., riguardante le immissioni su un fondo altrui<sup>26</sup>, il quale deve essere estensivamente inteso nel senso che è accordata al proprietario (o al titolare di altro diritto sul fondo) la tutela nei confronti anche di immissioni ritenute intollerabili in quanto dannose per la salute; ed

---

CE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, cit., 107-112, e soprattutto 111, dove l'A., muovendo dall'art. 2 Cost., e in particolare dal significato della “garanzia” dei diritti inviolabili dell'uomo, afferma che «al riconoscimento che una situazione giuridica soggettiva appartiene, per la sua struttura, ai diritti assoluti, non può non accompagnarsi anche il riconoscimento della efficacia *erga omnes* della stessa». Con particolare riguardo alla *Dritt-wirkung* del diritto alla salute v. L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma, Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 152, e G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 768 ss. (che utilizza a tale proposito l'espressione di diritto sociale *double face*).

<sup>25</sup> Così M. SANTILLI-A. GIUSTI, *Salute, II) Tutela della salute – dir. civ.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 7; nello stesso senso anche M.C. CHERUBINI, *Diritto alla salute*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VI, Torino, 1997, 78 ss., spec. 79.

<sup>26</sup> L'art. 844 c.c. recita: «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi. Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso».

ancora, l'art. 1580 c.c., che riguarda la disciplina dei rapporti di locazione e che contiene un espresso riferimento alla "salute"<sup>27</sup>.

Tuttavia, è soprattutto la disciplina codicistica relativa alla salute del lavoratore ad essere stata oggetto di particolare attenzione, anche perché tale ambito rappresenta il versante del diritto alla salute destinatario, come in precedenza detto, del primo (e per molto tempo esclusivo) interesse da parte degli interpreti. In materia, la disposizione che riceve una considerazione particolarmente rafforzata ed ampliata è l'art. 2087 c.c., che impone all'imprenditore di adottare «le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

In tale norma si individua anzitutto il fondamento di un primo diritto soggettivo del lavoratore: il diritto alla predisposizione delle necessarie misure di sicurezza, prevenzione e tutela dell'igiene sul lavoro. Trattandosi di una posizione giuridica di garanzia sussistente direttamente in capo al lavoratore, l'intervento attraverso cui le pubbliche autorità stabiliscono le regole per la tutela delle condizioni di igiene e sicurezza e ne verificano l'osservanza da parte del datore di lavoro, non ne fa venir meno il carattere di diritto soggettivo: l'attività pubblica accentua la tutela di tale diritto, senza sostituirlo con l'esigenza di tutelare un superiore e diverso interesse della collettività.

L'altro diritto soggettivo del lavoratore che si trae dall'art. 2087 c.c. è quello al risarcimento del danno biologico derivante dall'omissione delle misure anzidette<sup>28</sup>. Proprio quest'ultimo profilo fornisce lo spunto per evi-

---

<sup>27</sup> L'art. 1580 c.c. dispone che «se i vizi della cosa o di parte notevole di essa espongono a serio pericolo la salute del conduttore o dei suoi familiari o dipendenti, il conduttore può ottenere la risoluzione del contratto, anche se i vizi gli erano noti, nonostante qualunque rinuncia». Così, ad esempio, è garantito il diritto del conduttore al risarcimento del danno alla salute subito in conseguenza delle condizioni abitative dell'immobile locato (come gli effetti dell'inquinamento acustico), anche qualora egli fosse a conoscenza di tali condizioni al momento della conclusione del contratto, poiché «la tutela del diritto alla salute prevale su qualsiasi patto interpretato di esclusione o limitazione della responsabilità»: Cass., Sez. III, sent. 3 febbraio 1999, n. 915, sulla quale v. M. ESPOSITO, *Locazione e tutela della salute: interferenza di norme e rapporti*, in *Giur. cost.*, 1999, 3201 ss.

<sup>28</sup> L'art. 2087 c.c., infatti, «non enuncia soltanto un dovere nell'interesse generale, ma impone anche all'imprenditore un vero e proprio obbligo, la cui inosservanza è fonte di responsabilità risarcitoria nei confronti del lavoratore, sempreché si accerti la sussistenza di un nesso di causalità fra l'omissione (almeno colposa) delle cautele da parte dell'imprenditore e

denziare, in termini generali e non soltanto all'interno dell'ambito gius-lavoristico, la seconda relevantissima conseguenza derivante dall'evoluzione interpretativa sulla immediata efficacia tra privati dell'art. 32 Cost.: la risarcibilità del danno alla salute.

#### 4.1. *La risarcibilità del danno alla salute: il tormentato percorso giurisprudenziale sul danno biologico*

In questo caso, il contributo della giurisprudenza costituzionale al consolidamento dell'evoluzione di cui si parla risulta considerevole, a partire dalla fine degli anni Settanta.

In particolare, la prima pronuncia rilevante in materia è la sent. n. 88/1979; in essa la Corte costituzionale, sulla base del riconoscimento che il bene afferente alla salute è tutelato dall'art. 32 Cost. «non solo come interesse della collettività, ma anche e *soprattutto* come diritto fondamentale dell'individuo», ha affermato che quest'ultimo «si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati [...] da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione».

Tale ricostruzione del diritto si accompagna al riconoscimento della diretta risarcibilità del “danno alla salute”, considerato in modo autonomo rispetto alle conseguenze economiche del fatto lesivo.

Per la Corte costituzionale, infatti, non potendosi dubitare della «sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso», ne deriva che «la indennizzabilità non può essere limitata alle conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito ma deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza»<sup>29</sup>. La posizione

---

l'insorgenza degli effetti patologici o traumatici nel lavoratore medesimo»: così Cass., Sez. L, sent. 6 luglio 1990, n. 7101.

<sup>29</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 88/1979; sulla decisione, v. A. ANZON, *L'altra “faccia” del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 663, che ritiene particolarmente apprezzabile la posizione assunta dalla Corte, per aver conferito «sanzione definitiva al principio della autonoma rilevanza al danno alla salute in sé e per sé considerato, spezzando una volta per tutte gli schemi della concezione patrimonialistica dell'individuo» e dando in tal modo

è ribadita ed estesa nella giurisprudenza successiva, la quale trae dall'ordinamento costituzionale la necessità che la lesione del bene-giuridico salute sia autonomamente risarcita, al di là degli «ulteriori ed eventuali» danni aventi carattere patrimoniale od economico, e «derivanti dalla menomazione psico-fisica»<sup>30</sup>.

In altri termini, il danno alla salute indicato come "danno biologico" assume connotati eminentemente non patrimoniali, in quanto sussiste indipendentemente dalla eventuale menomazione della capacità di produrre reddito<sup>31</sup>.

Bisogna subito aggiungere, peraltro, che la sent. n. 88/1979, nell'affermare il carattere «primario ed assoluto» del diritto alla salute e la necessità di risarcire il relativo danno al di là dei profili strettamente patrimoniali, rappresenta soltanto la prima, fondamentale tappa dell'articolato tragitto che la Corte costituzionale ha compiuto verso un più esteso riconoscimento della risarcibilità del danno biologico e la connessa identificazione dello stesso concetto costituzionale di salute<sup>32</sup>.

In questa prima pronuncia la Corte, infatti, rilevando che il risarcimen-

---

concreta applicazione ai valori scaturenti dagli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. «che garantiscono una protezione globale di tutti gli aspetti della persona umana e del suo pieno sviluppo, senza che possa considerarsene prevalente o, peggio, esclusivo, il riflesso economico-patrimoniale».

<sup>30</sup> In questi termini, Corte cost., sent. n. 184/1986.

<sup>31</sup> Il carattere non patrimoniale del danno biologico può oramai considerarsi acquisito, essendo stato ribadito in maniera pressoché costante dalla giurisprudenza nel corso degli anni: cfr. ad es., da ultimo, Cass., Sez. VI, ord. 22 giugno 2018, n. 16507. Inoltre, nello stesso senso si indirizza la definizione legislativa di danno biologico, la disciplina della cui risarcibilità in ambito assicurativo è contenuta negli artt. 138 e 139, d.lgs. n. 209/2005 («Codice delle assicurazioni private»), come modificato da ultimo dalla legge n. 124/2017, rubricati sotto la locuzione «danno non patrimoniale»; in base a tali disposizioni, il danno biologico consiste nella «lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito».

<sup>32</sup> Tragitto nel corso del quale si rinviene anche qualche momentaneo arretramento: v. in particolare Corte cost., sent. n. 202/1981 (con nota critica di A. ANZON, *La Corte ritorna alla concezione patrimonialista del danno alla persona?*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1945 ss.), nella quale si afferma riduttivamente che «l'art. 32 Cost. ha innanzitutto come oggetto di tutela l'integrità fisica, ma detta tutela si realizza nella duplice direzione di apprestare misure di prevenzione e di assicurare cure gratuite agli indigenti».

to del danno conseguente alla lesione della salute è dovuto nella misura della tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali *ex* artt. 2059 c.c. e 185 c.p., ne limita il riconoscimento alle sole ipotesi in cui il fatto lesivo sia configurato come reato<sup>33</sup>.

Tale ridotta estensione della risarcibilità, circoscritta soltanto ai casi in cui il danno sia causato da un comportamento penalmente rilevante, viene tuttavia superata dalla stessa Corte costituzionale a partire dalla successiva sent. n. 184/1986. In essa si chiarisce che quando si è davanti a situazioni soggettive costituzionalmente garantite, come specificamente quella inerente alla salute, è da escludersi che il legislatore possa scegliere discrezionalmente in ordine all'adozione di trattamenti differenziati per la tutela risarcitoria di situazioni differenti. In altri termini, la garanzia costituzionale del diritto fondamentale alla salute non può non implicare l'obbligo del legislatore di apprestare una piena tutela risarcitoria, al di là della circostanza che il fatto lesivo sia inquadrabile come reato. Se così non fosse, aggiunge la Corte, «la solenne dichiarazione della Costituzione si ridurrebbe ad una lustra» ed il legislatore «rimarrebbe arbitro dell'effettività della predetta dichiarazione»<sup>34</sup>.

Sulla base di tale argomentazione, nella sentenza si giunge ad evidenziare la piena ed autonoma configurabilità del danno biologico, per la cui risarcibilità non è necessario che il comportamento lesivo della salute consista in un reato. La pretesa risarcitoria di tale danno non patrimoniale, per quel che si afferma nella pronuncia, non può dunque ritenersi fondata sull'art. 2059 c.c., dovendo invece essere basata sul combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c.<sup>35</sup>.

In particolare, quest'ultima disposizione codicistica viene considerata dalla Corte idonea a garantire, attraverso una sua «lettura costituzionale», la risarcibilità non solo dei danni patrimoniali, ma anche di tutti quei danni «che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici

---

<sup>33</sup> Per l'art. 2059 c.c. «il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge», mentre l'art. 185, comma 2, c.p. stabilisce che «ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui».

<sup>34</sup> Corte cost., sent. n. 184/1986.

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 2043 c.c., «qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

della persona umana»<sup>36</sup>. Nella stessa decisione, invece, si ritiene che l’art. 2059 c.c. si riferisca esclusivamente al c.d. “danno morale subbiiettivo”, che deve però essere tenuto distinto dal danno biologico. Sicché, l’art. 2059 c.c. potrà certo trovare applicazione qualora dalla lesione della salute «derivi, come conseguenza ulteriore (rispetto all’evento della menomazione delle condizioni psico-fisiche del soggetto offeso) un danno morale subbiiettivo, [...] sempreché il fatto realizzativo del danno biologico costituisca anche reato».

In sostanza, nella logica della sent. n. 184/1986, ogni comportamento lesivo della salute altrui obbliga chi lo commette a risarcire in ogni caso il danno biologico, ai sensi dell’art. 2043 c.c. letto alla luce dell’art. 32 Cost.; se poi il comportamento lesivo costituisce anche reato, al risarcimento per il danno biologico si aggiungerà quello per il danno morale, ai sensi del combinato-disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.

Tuttavia, l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di danno biologico non si è arrestata qui. In particolare, dopo quasi un ventennio, una ulteriore pronuncia è intervenuta a correggere il tiro per quel che concerne il fondamento codicistico della risarcibilità di tale danno. Si tratta della sent. n. 233/2003. In essa la Corte mostra di valutare positivamente la posizione espressa sul punto dalla Corte di Cassazione in due decisioni di poco precedenti<sup>37</sup> e ritiene, quindi, che «può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall’art. 2059 cod. civ. si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo». In questa prospettiva, viene considerata condivisibile «un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell’astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona», ivi incluso il danno biologico.

In definitiva, la sent. n. 233/2003 svincola l’operatività del risarcimento ex art. 2059 c.c. dal previo accertamento *in concreto* del fatto lesivo in

---

<sup>36</sup> Per questa giurisprudenza costituzionale, dunque, il riconoscimento del diritto alla salute come fondamentale diritto dell’individuo comporta altresì «il riconoscimento che l’art. 32 Cost. integra l’art. 2043 c.c., completandone il precetto primario». Sul collegamento dell’art. 32 Cost. con l’art. 2043 c.c., dal quale discendono «l’ingiustizia del danno e la sua conseguente risarcibilità», v. anche Corte cost., sent. n. 202/1991.

<sup>37</sup> Le cosiddette “sentenze gemelle” del 2003: Cass., Sez. III, sent. 31 maggio 2003, n. 8827, e Cass., Sez. III, sent. 31 maggio 2003, n. 8828.

termini di “reato” (secondo quel che avrebbe *stricto sensu* richiesto, ai fini della risarcibilità, il combinato-disposto dell’art. 185 c.p. e dell’art. 2059 c.c.), ritenendo che alla parola “reato” vada attribuito «il significato di fatto (solo) astrattamente previsto come tale dalla legge»<sup>38</sup>. In tal modo, la risarcibilità del danno biologico non deriva più dall’operatività dell’art. 2043 c.c. (che va richiamato soltanto in relazione ai danni di natura patrimoniale), ma da quella dell’art. 2059 c.c., visto come disposizione generale in tema di risarcimento dei danni non patrimoniali.

La stessa posizione è stata, in seguito, ulteriormente sviluppata dalla Corte di Cassazione, la quale ha anzitutto ribadito che, stante la natura non patrimoniale del danno biologico, esso sia da ritenersi risarcibile ai sensi dell’art. 2059 c.c. e non dell’art. 2043 c.c. La Corte ha precisato, inoltre, che l’art. 2059 c.c. è da intendersi come norma di rinvio «alle leggi che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale», mentre «al di fuori dei casi determinati dalla legge, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione»; pertanto, «per effetto di tale estensione, va ricondotto nell’ambito dell’art. 2059 c.c., il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico»<sup>39</sup>.

Ad ogni modo, al di là delle riferite evoluzioni riguardanti l’individuazione della norma del codice civile da invocarsi per il risarcimento della lesione del diritto *ex* art. 32 Cost., il dato di fondo che permane è quello evidenziato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 356/1991. In essa si legge che «la considerazione della salute come bene e valore personale, in quanto tale garantito dalla Costituzione come diritto fondamentale dell’individuo, nella sua globalità e non solo quale produttore di reddito, impone [...] di prendere in considerazione il danno biologico, ai fini del risarcimento, in relazione alla integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita: non soltanto, quindi, con riferimento alla

---

<sup>38</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 233/2003.

<sup>39</sup> In questi termini, Cass., S.U., sent. 11 novembre 2008, n. 26972; nello stesso senso già, ad es., Cass., Sez. III, sent. 15 luglio 2005, n. 15022; e ancor prima, con riguardo al ruolo dell’art. 2059 c.c., le ricordate “sentenze gemelle” del 2003: Cass., Sez. III, sent. 31 maggio 2003, n. 8827; Cass., Sez. III, sent. 31 maggio 2003, n. 8828.