

Introduzione

Diritto alla salute e autodeterminazione del paziente sono, oggi, tematiche ampiamente dibattute a livello giuridico, filosofico, etico e culturale¹.

Esse presentano rilevanti ripercussioni in relazione ai “temi caldi” del consenso informato al trattamento sanitario e, specularmente, del rifiuto delle terapie, in particolare quelle c.d. *life-sustaining*²; in particolare, il tema del testamento biologico o delle direttive anticipate di trattamento ha “invaso” il dibattito pubblico italiano³, anche «in forme violente e ideologizzate»⁴.

L’entrata in vigore della l. 22 dicembre 2017, n. 219, recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, ha tentato di dare al riguardo direttive più precise, «facendo della consensualità la legge di governo della relazione di cura, la frontiera della medicina tecnologica, il limite insuperabile dei propri spazi d’intimità»⁵.

Nonostante ciò, tali questioni rimangono ancora aperte.

In questa situazione l’obiettivo del presente lavoro è, allora, di svolgere una riflessione sugli aspetti cruciali dell’ampia categoria del diritto alla salute, così come regolato anzitutto nell’art. 32 Cost., per poter arrivare a delineare con sufficiente chiarezza i presupposti giuridici alla luce dei quali va analizzata la nuova disciplina normativa del consenso informato e delle c.d. disposizioni anticipate di trattamento.

Al fine di raggiungere l’obiettivo suddetto, il capitolo primo affronta il diritto alla salute dapprima in una prospettiva storica, analizzando la sua evoluzione a partire dall’ordinamento liberale

¹ Cfr. NAVARINI C., *Prefazione*, in Aa.Vv., *Autonomia e autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, a cura di NAVARINI C., Roma, 2011, pag. 9.

² Cfr. NAVARINI C., *loc. ult. cit.*

³ RODOTÀ S., *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata*, cit., pag. 200.

⁴ RODOTÀ S., *loc. ult. cit.*

⁵ FOGLIA M., *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, pag. 7.

fino alla più compiuta elaborazione offerta in sede di Assemblea costituente. Si procede, poi, con l'esame dell'art. 32 Cost. nelle sue componenti di libertà alla salute e di diritto sociale, per arrivare infine alla disamina delle varie posizioni giuridiche soggettive riconducibili alla norma costituzionale.

Nella seconda parte del lavoro, invece, lo stesso diritto viene esaminato alla luce della giurisprudenza, *in primis* della Corte costituzionale, in relazione ad alcune sue "sfaccettature": quella del danno alla salute, dei trattamenti sanitari obbligatori, dei trattamenti sanitari non obbligatori, per concludere con un primo cenno al consenso informato del paziente e al correlativo ruolo del medico.

Il capitolo terzo è interamente dedicato all'istituto del consenso informato nella relazione medico-paziente. Oltre a ripercorrere storicamente la nascita e l'evoluzione dello stesso, l'analisi si incentra sulla possibilità di rifiuto dei trattamenti sanitari, quale corollario dell'autodeterminazione terapeutica, anche alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali.

Infine, il lavoro procede con l'esposizione dei passaggi fondamentali della legge n. 219 del 2017: dapprima si dà atto dell'attuale disciplina del consenso informato e dell'innovativo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento; successivamente si prospettano le conseguenze di tale normativa rispetto alla responsabilità dell'*équipe* sanitaria, alle preoccupanti derive eutanasiche e all'inaccettabile lacuna circa l'obiezione di coscienza del medico e della struttura sanitaria nel suo complesso.

Capitolo I

L'ART. 32 COST. TRA DIRITTI DI LIBERTÀ E DIRITTI SOCIALI

1. Il diritto alla salute in una prospettiva storica

Nonostante un'autorevole dottrina parli di “eccessiva genericità”⁶ dell'art. 32, primo comma Cost. - secondo il quale “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti” - la Carta fondamentale della Repubblica italiana, per lungo tempo, è stata l'unica del dopoguerra a contenere una disposizione che “nel conferire rilievo costituzionale agli interessi collegati con la salute dei cittadini, ne abbia dato una disciplina compiuta”⁷.

In particolare, all'interno del testo costituzionale, la parola “salute” è espressamente contemplata in due occasioni: nell'articolo 32 Cost. e nell'articolo 117, comma terzo Cost.⁸, come modificato a seguito della riforma del Titolo V della parte II della Cost., introdotto dalla l. c. 3 ottobre 2001, n. 3.

Il primo degli articoli ora citati, interamente dedicatole, è inserito nel Titolo Secondo (“Rapporti etico-sociali”) della Parte Prima della Costituzione, intitolata “Diritti e doveri dei cittadini”.

Nell'art. 117 Cost., invece, la tutela della salute è citata tra le materie affidate alla legislazione concorrente dello Stato e delle Regioni.⁹

⁶ LUCIANI M., voce *Salute*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, pag. 1.

⁷ MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, pag. 435.

⁸ Cfr. CROSETTI A., *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di RODOTÀ S., ZATTI P., Milano, 2011, pag. 163.

⁹ Cfr. BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, 2012, pag. 418.

Fra i diversi diritti che la Carta costituzionale tutela quello alla salute emerge chiaramente, per un molteplice ordine di ragioni¹⁰.

In primis, per la portata dell'oggetto che la disposizione in questione intende salvaguardare, ovvero un bene assolutamente primario tra i diritti fondamentali; in secondo luogo, per l'evoluzione istituzionale e legislativa che ne hanno interessato il riconoscimento; infine perché è il primo diritto ad esser stato inquadrato in un sistema organico di attuazione al servizio della persona e della comunità¹¹.

È opportuno evidenziare che l'art. 32 Cost., considerando la salute dell'uomo come il bene giuridico direttamente tutelato, ha una portata fortemente innovatrice rispetto all'impostazione liberale e fascista, in particolare nell'ambito della legislazione di riferimento e, più in generale, "sul piano della stessa cultura giuridica"¹².

Nei paragrafi seguenti si esporrà sinteticamente l'evoluzione della tutela della salute in chiave storica, in relazione ovviamente all'ordinamento italiano ha attraversato in particolare tra il XIX e il XX secolo.

1.1. L'ordinamento liberale

Già nel 1806, durante il governo napoleonico, il neonato Regno d'Italia adottò il "Regolamento di polizia medica, sanità continentale e sanità marittima" che, in materia di sanità pubblica, individuava una competenza generale del Ministero dell'Interno e una gestione territoriale affidata alle prefetture¹³.

Poco dopo l'unificazione d'Italia, con la legge del 20 marzo 1865 n. 2248 ("Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia"), veniva approvata la "Legge sulla Sanità Pubblica" (l. 2248/1865, Allegato C), primo grande provvedimento "organico" in materia¹⁴. Essa istituì l'Ufficio sanitario centrale in seno al Ministero degli Interni, per la direzione centrale, mentre quella

¹⁰ CILIONE G., *La tutela della salute. Profili costituzionali*, disponibile in Internet all'indirizzo www.grusol.it, 2005, pag. 1.

¹¹ Cfr. CILIONE G., *loc. ult. cit.*

¹² LONGO E., SIMONCINI A., voce *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino, 2006, pag. 656.

¹³ Cfr. BALDUZZI R., SERVETTI D., *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto sanitario*, a cura di BALDUZZI R., CARPANI G., Bologna, 2013, pag. 14.

¹⁴ Cfr. BALDUZZI R., SERVETTI D., *loc. ult. cit.*

periferica fu affidata a prefetti e sindaci¹⁵; infine, a livello territoriale, costituì il Consiglio superiore di sanità, i consigli provinciali di sanità e i consigli sanitari di circondario¹⁶.

La legislazione liberale affrontava il problema della salute essenzialmente in termini di vigilanza igienica e sicurezza pubblica e, di conseguenza, tal tema diveniva strumentale agli interessi dello Stato¹⁷; il benessere personale dei cittadini era considerato un fatto privato, legato ad «un'idea solitaria di libertà individuale, priva di spessore sociale»¹⁸.

In coerenza con una simile considerazione, la dottrina dell'epoca sottolineava come fosse evidente che ad ogni cittadino spettava «di vegliare da sé medesimo alla conservazione della propria salute, non essendo compito dello Stato di surrogarsi all'individuo e di provvedere a tutti i bisogni di lui»¹⁹.

Nel settembre 1866 venne nominata, con Decreto Regio, una commissione (c.d. Rucci) che, nella persona dell'On. Lanza, presentò un progetto di legge sanitaria al Senato, approvato solo circa vent'anni dopo.²⁰ Tale disciplina resterà in vigore fino al 1934, anche se modificato in itinere con le varianti richieste dalla moderna urbanizzazione e dalla rivoluzione industriale²¹.

Altri due capisaldi della normazione prefascista sono, da un lato, la legge organica 22 dicembre 1888, n. 5849, sulla “Tutela dell'igiene e della sanità pubblica” (meglio nota come “Codice sanitario”) e dall'altro la l. 17 luglio 1890, n. 6972, sulle “Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza” (meglio nota come la “legge sulle IPAB”)²².

La prima, frutto del lavoro del Presidente del Consiglio Crispi e dell'igienista prof. Pagliani²³, trasformò il Consiglio superiore di sanità in un organo di medici specialisti anziché di amministratori e creò la figura del medico provinciale²⁴, mantenendo però l'accentramento amministrativo inaugurato sin dal periodo napoleonico.

La seconda comportava la sostanziale pubblicizzazione²⁵ delle c.d. Opere Pie: con tale dizione si intendeva una serie di enti solidaristici (ospedali, fondazioni, ecc.), i quali avevano ricevuto

¹⁵ Cfr. BALDUZZI R., SERVETTI D., *loc. ult. cit.*

¹⁶ Cfr. BALDUZZI R., SERVETTI D., *loc. ult. cit.*

¹⁷ Cfr. ROSSI S., *Dal consenso informato al diritto del paziente di autodeterminarsi alla cura: radici di un percorso costituzionale*, in Aa.Vv., *La responsabilità medica*, a cura di TODESCHINI N., Torino, 2016, pag. 237 ss.

¹⁸ ROSSI S., *loc. ult. cit.*

¹⁹ CAMMEO F., *Sanità pubblica, Parte I, Principi generali, fonti ed organi dell'amministrazione sanitaria*, in Aa.Vv., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di ORLANDO V. E., vol. IV, Milano, 1905, pag. 213.

²⁰ Cfr. COSMACINI G., *Storia della medicina e della sanità in Italia: dalla peste europea alla guerra mondiale, 1348-1918*, Roma/Bari, 1988, pag. 98 ss.

²¹ Cfr. COSMACINI G., *loc. ult. cit.*

²² Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., *Art. 32, cit.*, pag. 657

²³ Cfr. LABRANCA A., voce *Sanità pubblica*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. XVIII, Torino, 1939, pag. 1047.

²⁴ Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., *loc. ult. cit.*

²⁵ Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., *loc. ult. cit.*

riconoscimento legislativo dalla l. 3 agosto 1862, n. 753 (c.d. legge Rattazzi) ed erano legittimati a fornire assistenza sanitaria e sociale alla popolazione più bisognosa²⁶.

Il primo testo unico delle leggi sanitarie, approvato con il R.D. 1° agosto 1907 n. 636, durante il terzo governo Giolitti, iniziava ad intendere la difesa della salute in termini di completo benessere, anche fisico e mentale²⁷; a riprova di ciò, il Cosmacini riporta le parole dell'igienista Giovanardi, per il quale la salute è un «fatto non solo individuale, ma collettivo. In questo modo di considerare ed affrontare le questioni sanitarie, nella visione non dei singoli individui, ma nei loro complessi di varia indole, familiari e sociali, si trovano le basi di una funzione politico-sociale dell'igiene»²⁸.

1.2. Lo Stato totalitario

In epoca fascista, i provvedimenti sanitari furono copiosi e toccarono numerosi campi: l'assistenza sanitaria, la lotta contro le malattie infettive, l'alimentazione, il risanamento di città e campagne, la protezione della maternità, dell'infanzia, della gioventù²⁹. Tale legislazione fu, poi, seguita dalla promulgazione di documenti profondamente innovatori in materia, tra cui la Carta del Lavoro, le leggi istitutive dell'Opera nazionale per la protezione della Maternità e dell'Infanzia, dell'Opera Nazionale Balilla, dell'Opera Nazionale del Dopolavoro, della Gioventù italiana del Littorio³⁰.

La politica igienico-sanitaria veniva sostanzialmente strumentalizzata dal regime, che inserì il settore della medicina nel quadro corporativo³¹.

Nel 1937, Carlo Foà, professore di fisiologia dell'Università di Milano e dirigente della sezione tecnica del Sindacato nazionale fascista dei medici, sosteneva che la funzione del medico, tranne in quei casi in cui la sua attività «non sia l'esercizio dell'arte salutare a beneficio del singolo ammalato e si volga ai problemi della previdenza sociale e dell'assistenza medica della collettività, deve costruire un necessario ingranaggio dell'organizzazione corporativa dello Stato Fascista»³².

L'intera materia, nel frattempo evolutasi in virtù dei progressi tecnici ed industriali, subì una profonda rielaborazione, soprattutto nell'ambito della erogazione di prestazioni sanitarie: dapprima

²⁶ Cfr. JORIO E., *Diritto sanitario*, Milano, 2006, pag. 14.

²⁷ COSMACINI G., *Medicina e sanità in Italia nel ventesimo secolo. Dalla 'spagnola' alla seconda guerra mondiale*, Bari, 1989, pag. 84.

²⁸ GIOVANARDI A., *Evoluzione dell'igiene e suoi attuali orientamenti*, prolusione al Corso ufficiale d'Igiene, tenuta a Milano il 6 aprile 1948, Modena, 1955, pag. 7, citato da COSMACINI G., *loc. ult. cit.*

²⁹ Cfr. LABRANCA A., voce *Sanità pubblica*, *cit.*, pag. 1047.

³⁰ Cfr. LABRANCA A., *loc. ult. cit.*

³¹ COSMACINI G., *op. cit.*, pag. 216.

³² FOÀ C., *Parole inaugurali*, in *Corso di medicina corporativa*, svolto per iniziativa della Società italiana di medicina sociale, sezione tecnica del Sindacato fascista dei medici della provincia di Milano, sotto l'egida della R. Università di Milano, Milano, 1937, pag. VI, come citato da COSMACINI G., *Medicina e sanità in Italia*, *cit.*, pag. 217.

con il r.d. 30 settembre 1930, n. 1631 (c.d. “legge Petragrani”) e poi con il r.d. 27 luglio 1934, n. 1265³³.

La legge Petragrani, attesa da tempo per un’opera di snellimento e razionalizzazione del sistema sanitario³⁴, finì col dare una semplice “disciplina della funzione ospedaliera”³⁵. Giovanni Petragrani, estensore della legge, scrisse nel 1955: «Dal giugno 1935, nominato Direttore generale della Sanità Pubblica, [...] svolsi anzitutto un’azione di persuasione sul Ministro dell’Interno per ottenere che gli ospedali non fossero più disciplinati dalle leggi speciali sull’istituzione pubblica di beneficenza e le opere pie, ma lo fossero delle leggi della Direzione generale della Sanità.»³⁶

Il Testo unico delle leggi sanitarie, invece, se dal punto di vista politico non intaccò il comportamento autoritario del potere centrale, poiché continuava ad affidare l’assistenza sanitaria all’azione prevalente di enti privati posti sotto la vigilanza dello Stato, dal punto di vista tecnico andò a stimolare l’attività promozionale delle istituzioni pubbliche³⁷.

Il campo specifico della medicina corporativa, come indicava Foà, fu quello della previdenza sociale e dell’assistenza medica³⁸.

Siffatto *corpus* di provvedimenti sanitari contribuì, certamente, alla formazione di una “definitiva” organizzazione sanitaria e rimase un importante punto di riferimento normativo sino alla radicale riforma della l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale³⁹.

In conclusione, poco prima dell’entrata in vigore della Carta costituzionale, “la tutela della salute era considerata funzionale rispetto al mantenimento dell’ordine pubblico”⁴⁰.

2. I primi dibattiti in Assemblea costituente

Dopo questi cenni relativi alla regolamentazione del diritto alla salute del diritto alla salute nello Stato liberale e, poi, in quello totalitario, venendo alla nuova fase repubblicana, va ricordato che il dibattito sul testo dell’art. 26 del Progetto di Costituzione della Repubblica italiana – il quale stabiliva che «La Repubblica tutela la salute, promuove l’igiene e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge. Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana» - culminò tra i Padri costituenti durante le sedute del 19 e 24

³³ CONTICELLI M., *Privato e pubblico nel Servizio sanitario*, Milano, 2012, pag. 84.

³⁴ COSMACINI G., *op. cit.*, pag. 244.

³⁵ RAUSI G., *Evoluzione storica della legislazione e regolamentazione dei servizi ospedalieri*, in *Atti del primo Congresso italiano di Storia Ospedaliera (CISO): Reggio Emilia, 14-17 giugno 1956*, Reggio Emilia, 1957, pag. 580.

³⁶ RAUSI G., *op. cit.*, pag. 581.

³⁷ Cfr. LABRANCA A., voce *Sanità pubblica*, *cit.*, pag. 1044.

³⁸ COSMACINI G., *Medicina e sanità in Italia*, *cit.*, pag. 217.

³⁹ Cfr. JORIO E., *op. cit.*, pag. 15.

⁴⁰ MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002, pag. 6.

aprile 1947⁴¹: illustri esponenti, sia di parte liberale, sia cattolica, intervennero coraggiosamente, ponendo in luce gli aspetti più problematici di una simile tutela costituzionale⁴².

Si riportano qui le severe parole di Francesco Saverio Nitti, un autorevole componente della classe politica pre-repubblicana, che partecipò ai lavori dell'Assemblea costituente: «dunque, la Repubblica, fin da ora, assume come obblighi di tutelare la sanità, promuovere l'igiene e garantire cure gratuite agli indigenti. Voglio ben ripeterlo perché non credo ai miei occhi. Voi sapete quale è la situazione dell'Italia, voi sapete che cosa sono gli ospedali, quale è la situazione di almeno i nove decimi dell'Italia, in cui manca e per parecchi anni mancherà un po' di tutto. E noi assumiamo proprio adesso, improvvisamente, l'impegno di assicurare tutte queste cose che non potremo, per parecchi anni, assicurare? Ora, credete che sia buona procedura promettere in nome della Repubblica ciò che non si può mantenere? E perché farne materia di Costituzione? [...] Non promettere nulla non potendo mantenere, ma sopra tutto sapendo da prima di non poter mantenere: questa dovrebbe essere prima regola di onestà»⁴³.

Nelle stesse linee anche l'intervento, sempre in Assemblea costituente, di un esponente della democrazia cristiana quale Fiorentino Sullo: «in linea specifica, si può affermare che, in questa prima parte del progetto di Costituzione, vi siano due categorie di diritti: i diritti di libertà e i diritti sociali. I diritti di libertà sono riaffermati più per un valore polemico nei riguardi delle violazioni che si sono avute da parte del fascismo dei diritti stessi che per altre ragioni che sono ormai nella coscienza del mondo moderno. I diritti sociali, invece, costituiscono delle innovazioni e dei germi che potranno avere uno sviluppo nella legislazione ordinaria. Ma questo articolo 26 non afferma in realtà né diritti di libertà, né diritti sociali.»⁴⁴

Come già accennato *supra*, il testo di quello che diverrà, nella versione definitiva della Carta fondamentale, l'art. 32 Cost. ha comportato una “netta rottura rispetto al periodo liberale e fascista” sul piano della normativa di riferimento, ma è sicuramente nell'ambito della “stessa cultura giuridica” che la portata innovatrice di tale disposizione costituzionale ha avuto maggiori ripercussioni⁴⁵.

Agli occhi del giurista liberale, la norma sembrava descrivere posizioni giuridiche assai differenti: interessi individuali e della collettività (“La Repubblica tutela la salute come fondamentale

⁴¹ Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., voce *Art. 32*, *cit.*, pag. 657 ss.

⁴² Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., *loc. ult. cit.*; v. anche PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, pag. 21 ss.

⁴³ Intervento in Assemblea costituente dell'ON. NITTI, in Atti Assemblea costituente, seduta del 19 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, a cura del Segretario generale della Camera dei Deputati, Roma, 1970, vol. II, pag. 1034.

⁴⁴ Intervento in Assemblea costituente dell'ON. SULLO, in Atti Assemblea costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione*, *cit.*, vol. II, pag. 1214.

⁴⁵ Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., *La Costituzione della Repubblica*, *cit.*, pag. 21.

diritto dell'individuo e interesse della collettività”), diritti a prestazioni (“e garantisce cure gratuite agli indigenti”) e libertà negative (“Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”), divieti perentori per il legislatore (“La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”).⁴⁶

Ma è ormai pacifico che l'apparente complessità oggettiva del diritto alla salute garantisca in realtà un unico bene fondamentale della persona, la cui realizzazione tuttavia è affidata a molteplici strumenti di garanzia⁴⁷.

Il tenore della norma si traduce nell'interesse al bene-salute⁴⁸: bene giuridico, considerato unitariamente, oggetto tanto dell'interesse individuale quanto di quello collettivo.

Questa considerazione era già chiara in Assemblea costituente a molti altri onorevoli che, in risposta alle prime titubanze circa la formulazione dell'art. 26 del Progetto, avanzarono entusiasti apprezzamenti.

Ad esempio, l'On. Caronia, costituente della Democrazia Cristiana, esprimeva una «meritata lode alla Commissione dei settantacinque che non ha dimenticato di consacrare nella Costituzione i principi fondamentali riguardanti la tutela della salute, dando così una preventiva risposta all'onorevole Sullo, che vorrebbe escludere dalla Costituzione ogni cenno ad una delle più alte funzioni dello Stato e ad uno dei diritti più sacrosanti del cittadino»⁴⁹.

Ancora, l'On. Merighi, socialista, criticava aspramente l'affermazione per cui «in questo articolo non possono essere considerati né diritti di libertà né diritti sociali», affermando: «a me pare invece che sia intuitivo che le condizioni sanitarie della popolazione devono essere considerate come realmente diritti sociali. Ma c'è anche un'altra cosa che bisogna considerare a proposito della libertà: cioè che per me - e forse per molti di noi - la salute è il primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo. Un individuo malato o minorato nelle sue capacità fisiche e intellettuali, indubbiamente non è più un uomo libero»⁵⁰.

Infine, l'On. Camangi, repubblicano, elogiava l'articolo in questione con toni più che ottimistici: «bisogna vederlo nella sua grandiosità, nella grandiosità per la quale la pubblica salute deve essere veramente – come ho sentito dire - la suprema legge della Repubblica; suprema legge per

⁴⁶ Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., *loc. ult. cit.*

⁴⁷ LONGO E., SIMONCINI A., *loc. ult. cit.*

⁴⁸ LUCIANI M., voce *Salute*, *cit.*, pag. 2.

⁴⁹ Intervento in Assemblea costituente dell'ON. CARONIA, in Atti Assemblea costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione*, *cit.*, vol. II, pag. 1215.

⁵⁰ Intervento in Assemblea costituente dell'ON. MERIGHI, in Atti Assemblea costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *ibid.*, vol. II, pag. 1219.

la tutela di quel patrimonio fondamentale della Repubblica che è la salute fisica dei cittadini. [...] Io non penso che quanto auspicato possa realizzarsi rapidamente. Molti altri postulati della nostra Costituzione richiederanno del tempo per attuarsi completamente. Quello che importa è affermare il principio e iniziarne volenterosamente l'attuazione»⁵¹.

In conclusione, dall'esame dei lavori dell'Assemblea costituente, emerge che la tensione verso il miglior stato di salute possibile è un'aspirazione naturalmente umana, che nel tempo ha guadagnato il ruolo di pretesa riconosciuta dall'ordinamento italiano a livello giuridico. Alla base di ciò vi è senza dubbio l'evidenza che la salute rappresenta un vero e proprio *valore*, sul quale il diritto positivo può incidere, alla luce anche della rilevanza che esso ha nei rapporti personali, sociali e giuridici dei cittadini⁵².

3. Il problema della “fondamentalità” del diritto alla salute

Dottrina e giurisprudenza sono oggi concordi nel ritenere che il diritto alla salute detenga una “posizione di spicco” nel novero dei diritti fondamentali “della seconda generazione”⁵³; considerazione questa da cui si fa discendere l'esigenza di “piena ed esaustiva tutela”, come spesso ribadito dalla Corte costituzionale⁵⁴.

Il riconoscimento del diritto alla salute, ex art. 32 Cost., quale vero e proprio diritto fondamentale è stato una conseguenza della evoluzione dello Stato liberale in Stato sociale, unico mezzo di “assorbimento” delle ingenti masse cittadine⁵⁵.

Più precisamente, erano due i punti controversi che limitavano una pari considerazione dei diritti di libertà e sociali⁵⁶.

Da un alto, l'esclusione dei diritti sociali dal “catalogo” dei diritti fondamentali, rimanendo incluse in tale novero solo le libertà classiche; dall'altro, la tesi della pretesa divergenza dei loro

⁵¹ Intervento in Assemblea costituente dell'ON. CAMANGI, in Atti Assemblea costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione*, cit., vol. II, pag. 1217-1218.

⁵² Cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., pag. 21.

⁵³ Cfr. NANIA R., *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in Aa.Vv., *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di SESTA M., Santarcangelo di Romagna, 2014, pag. 29.

⁵⁴ Cfr. ad es. Corte cost., sent. 18 dicembre 1987, n.559, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 3506 ss.

⁵⁵ Cfr. FERRARA R., voce *Salute*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, pag. 513 ss.

⁵⁶ Cfr. LUCIANI M., voce *Salute*, cit., pag. 2.

principi-base: se i primi si radicavano nel principio di libertà, i secondi poggiavano su quello di eguaglianza, ritenuto “cedevole” al primo⁵⁷.

Luciani dà una diversa chiave di lettura dei due nodi problematici: «L’a-socialità dei diritti fondamentali presupposta (più o meno implicitamente) dalle teorie che sganciano completamente il principio di libertà da quello di eguaglianza è del resto logicamente e storicamente indimostrabile. Si potrebbe continuare a sostenerla, infatti, solo identificando i diritti *fondamentali* con i soli diritti *naturali*, pertinenti in quanto tali all’“uomo” nella sua astratta e isolata individualità. [...] Ma il rifiuto di instaurare un legame troppo stretto con il diritto naturale traspare in tutti i lavori preparatori della Costituzione italiana, che mostrano la chiara volontà dei costituenti di evitare l’adozione di formule troppo impegnative sul piano del «fondamento» metapositivo dei diritti fondamentali.»⁵⁸

D’altro canto, già da tempo alcuni autori⁵⁹ ritenevano che la “giustizia sociale” non solo fosse conciliabile con il principio di libertà, ma anche presupposto necessario affinché tutti i cittadini, a parità di condizioni, godessero delle libertà costituzionali; Barile scrive espressamente che «negli ordinamenti democratici i due principi non solo si limitano e si condizionano l’un l’altro, ma l’eguaglianza diventa il modo di essere delle libertà»⁶⁰.

Una tale deduzione è condivisibile solamente correggendo lo storico equivoco dell’autosufficienza dei diritti di libertà, secondo cui questi basterebbero da soli a garantire la soddisfazione dei bisogni del cittadino; in realtà, l’astratta libertà non può da sé assicurare che tutti gli individui, anche se in diverse condizioni sociali, possano essere ugualmente soddisfatti⁶¹.

⁵⁷ LUCIANI M., *loc. ult. cit.*.

⁵⁸ LUCIANI M., voce *Salute*, *cit.*, pag. 2.

⁵⁹ In particolare, si veda CRISAFULLI V., *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Il diritto del lavoro*, Roma, 1954, pag. 74. In generale, tuttavia, per un’importante recente analisi relativa al diritto naturale, v. WALDSTEIN W., *Ins Herz geschrieben: Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Augsburg, 2010, trad. it. *Scritto nel cuore*, a cura di VARI F., Torino, 2014.

⁶⁰ BARILE P., *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pag. 80.

⁶¹ LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, pag. 772.

I diritti sociali vengono così elevati a «condizioni per l'effettivo riconoscimento di una "libertà media" e cioè per tutti "eguale" dal punto di vista non soltanto formale»⁶²; essi nascono per liberare i cittadini da determinate forme di privazione, mirando alla "sintesi tra libertà e uguaglianza"⁶³.

In conclusione, ogni diritto fondamentale acquista rilevanza solo se calato in una precisa dimensione sociale, governata dall'integrazione fra eguaglianza e libertà, e se può contare su di un intervento sociale che ne abbia "istituzionalizzato" la tutela⁶⁴.

Peraltro, il fatto che nella Costituzione il diritto alla salute sia inteso alla stregua di diritto fondamentale è confermato dai lavori preparatori della stessa; il riferimento alla "fondamentalità" del diritto è stato introdotto in un momento succedaneo rispetto al primo progetto presentato in Assemblea, a dimostrazione del fatto che l'opportunità di inserirlo sia stata ben ponderata⁶⁵.

Ad ulteriore riprova dell'importanza della formulazione usata dal Costituente, va ricordato che la nostra Carta costituzionale menziona l'attributo in questione, oltre che in riferimento ai principi dei primi dodici articoli e a quelli richiamati nell'art. 117, comma terzo, solo nell'art. 32 Cost.⁶⁶

Tuttavia, possono sorgere difficoltà interpretative laddove si voglia attribuire al requisito della fondamentalità un significato univoco, soprattutto in relazione a una sua ipotetica coincidenza con il carattere della inviolabilità.

Senza alcun dubbio, il diritto alla salute è da annoverare nel catalogo dei diritti inviolabili dell'ordinamento costituzionale⁶⁷, che trova la sua fonte prima nell'art. 2 Cost.

⁶² PACE A., *Libertà e diritti di libertà*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di D'ATENA A., Milano, 2012, p. 995. La locuzione "libertà media" è di ROSSELLI C., *Socialismo liberale* (1930), Torino, 1979, pag. 91: «È in nome della libertà, è per assicurare una effettiva libertà a tutti gli uomini, e non solo a una minoranza privilegiata, che i socialisti chiedono la fine dei privilegi borghesi e la effettiva estensione all'universale delle libertà borghesi; è in nome della libertà che chiedono una più equa distribuzione delle ricchezze e l'assicurazione in ogni caso ad ogni uomo di una vita degna di questo nome; è in nome della libertà che parlano di socializzazione, di abolizione della proprietà privata dei mezzi di produzione e di scambio, della sostituzione del criterio di socialità, dell'utile collettivo, al criterio egoistico, dell'utile personale, nella direzione della vita sociale. Tra una libertà media estesa all'universale, e una libertà sconfinata assicurata ai pochi a spese dei molti, meglio, cento volte meglio, una libertà media. Etica, economia, diritto concordano in questa conclusione».

⁶³ BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, pag. 30.

⁶⁴ Cfr. CORASANITI A., *Note in tema di diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 1990, pag. 189 ss.

⁶⁵ Cfr. il dibattito sull'art. 26 del Progetto di Costituzione della Repubblica, in Atti Assemblea costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione*, cit., vol. II, pag. 1213 ss., cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo, per altri profili.

⁶⁶ MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pag. 165.

⁶⁷ Cfr. GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, pag. 176; cfr. anche BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., pag. 57, il quale rinviene il collegamento tra l'art. 2 e l'art. 32 Cost. nel fatto che la tutela della salute e l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori trovino espresso limite nel «rispetto della persona umana».

Si è ritenuto, infatti, che tale norma sia una “norma a fattispecie aperta”⁶⁸, riferendosi non solo ai diritti espressamente elencati negli articoli seguenti della Costituzione, ma a tutti i diritti che l’ordinamento ritiene meritevole dell’aggettivo inviolabili, poiché emergenti dall’evoluzione della società; tanto che la Corte costituzionale ha ripetutamente fornito tutela costituzionale ad un ampio numero di pretese.⁶⁹

Caratteristiche comuni a tutti i diritti inviolabili sono l’assolutezza (in quanto possono esser fatti valere *erga omnes*), l’inalienabilità, l’imprescrittibilità e l’irrinunciabilità⁷⁰.

Ciò nondimeno, il carattere della fundamentalità non deve essere confuso con quello dell’inviolabilità⁷¹, per mezzo del quale i Padri costituenti hanno garantito una maggiore “protezione”⁷² nei confronti del “potere di revisione della costituzione”⁷³.

Secondo Morana, il requisito suddetto potrebbe assumere rilevanza nell’ipotesi in cui il diritto alla salute confligga con altri diritti costituzionalmente protetti: non potendosi, in tal caso, risolvere l’antinomia tramite il criterio cronologico o gerarchico⁷⁴, l’art. 32 Cost. «potrebbe assumere rilievo nei confronti di altri diritti di libertà che siano anch’essi costituzionalmente garantiti, ma siano al contempo privi della qualificazione in questione, e che, pertanto, si collocano logicamente, anche se non gerarchicamente, su un piano subordinato rispetto a quello della salute»⁷⁵.

4. La natura giuridica del diritto alla salute

⁶⁸ BALDASSARRE A., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Roma, 1989, pag. 18. *Sed contra* GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, pag. 26 ss.; VARI F., *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Bari, 2008, pag. 59 ss.

⁶⁹ Corte cost., sent. 18 dicembre del 1987, n. 561, in *Giur. Cost.*, 1987, pag. 3535 ss., ma v. anche Corte cost., sent. 18 luglio del 1986, n. 199, in *Foro it.*, 1988, I, pag. 2803.

⁷⁰ BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, cit., pag. 177. V. anche GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, I, 1, 1991, pag. 269 ss. e 274 ss., laddove analizza le caratteristiche dei diritti di libertà in contrapposizione con i diritti di credito e i diritti a prestazioni da parte dello Stato.

⁷¹ MORANA D., *cit.*, pag. 164.

⁷² GROSSI P., voce *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1972, pag. 727 ss.

⁷³ BARILE P., *op. cit.*, pag. 53. L’Autore spiega che tale vincolo non è espressamente disciplinato come, ad es., quello dell’art. 139 Cost. relativo alla “forma repubblicana”. Se ne deve dedurre, quindi, che «ciò che è immodificabile anche da parte del potere di revisione è solo il *nocciolo*, il nucleo essenziale di ciascuno di questi diritti, ben potendosi assoggettare a revisione le modalità dell’esercizio dei diritti».

⁷⁴ Poiché sono compresenti nel testo costituzionale e dotati di pari rango.

⁷⁵ MORANA D., *op. cit.*, pag. 168.

È ormai pacifico in dottrina che il diritto alla salute sia configurabile come una «posizione giuridica soggettiva complessa»⁷⁶, o, ancora meglio, come «una duplice posizione soggettiva: quella di un diritto di libertà (libertà di salute) e quella di un diritto a prestazioni (per la tutela della salute)»⁷⁷.

Per Baldassarre, da un lato, il diritto alla salute presenta una struttura affine a quella dei “classici diritti di libertà”, poiché presuppone la titolarità di un bene, la salute, nei confronti del quale a tutti i consociati è vietato adottare comportamenti lesivi. Dall’altro, nel comma secondo dell’art. 32 Cost., trova fondamento il diritto a trattamenti sanitari, il quale a sua volta si articola in tre ulteriori diritti: “la *libertà di sottoporsi a trattamenti sanitari* e di scegliere il medico e il luogo di cura”, che si configura come “classico diritto di libertà previsto come concreta garanzia dell’integrità fisica e psichica”; “il *diritto degli indigenti a cure gratuite* è, invece, un diritto a prestazioni positive”, le quali dipendono dalla pubblica organizzazione sanitaria; “il *diritto a ricevere cure mediche*”, diritto principale del malato, cui corrisponde il dovere del medico di prestarne di adeguate⁷⁸.

È bene ora delineare più precisamente i confini di queste “componenti” del diritto alla salute, così come risulta dall’art. 32 Cost. e, più in generale, considerandolo punto di arrivo di una lunga evoluzione storica e giuridica.

Nella sua accezione di “libertà”, il diritto in questione si presenta come assoluto, nel senso di pretesa a che la generalità dei consociati e i pubblici poteri siano gravati da un divieto di turbativa (*non facere*) della sfera di interessi connessi alla titolarità del diritto stesso⁷⁹. Altra caratteristica, connessa all’assolutezza, è l’immediatezza, nel senso che «tali diritti non richiedono una normativa di dettaglio per la loro attuazione, ma sono pienamente efficaci non appena previsti in qualunque disposizione»⁸⁰.

Tale tipologia di diritti, chiamati tradizionalmente diritti civili, nascono e ricoprono un ruolo primario durante il periodo dello Stato liberale: «con le costituzioni [...] le libertà assursero al rango di diritti, configurandosi come limiti all’azione del potere sovrano»⁸¹. All’epoca, infatti, la maggior parte delle prestazioni utili alla società (oggi prevalentemente statali) erano erogate dalla famiglia o da enti benefici e religiosi; in questo “*mix a dominanza privata*”, com’è stato definito da Richard Rose, le prestazioni in questione non potevano essere qualificate oggetto di diritto (sociale),

⁷⁶ PEZZINI B., *Il diritto alla salute, cit.*, pag. 25.

⁷⁷ MORANA D., *op. cit.*, pag. 3.

⁷⁸ Cfr. BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali, cit.*, pag. 26 ss.

⁷⁹ Cfr. GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni, cit.*, pag. 284 ss.

⁸⁰ GROSSI P., *op. ult. cit.*, pag. 285.

⁸¹ D’ATENA A., *op. ult. cit.*, pag. 6.

mancando il presupposto della pretesa giuridica, il rapporto giuridico, sostituito da relazioni e giustificazioni di altro genere (affettive, religiose, caritative, ecc.)⁸².

Volendo richiamare gli insegnamenti dell'Esposito, riguardanti la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), risulta assai utile recuperare la tradizionale distinzione tra diritti individuali e diritti funzionali, grazie alla quale diviene comprensibile la considerazione del diritto alla salute quale libertà individualistica⁸³.

Partendo dal presupposto che, ex art. 2 Cost., “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...]”, Esposito distingue le suddette categorie di diritti: quelli c.d. individualistici sono attribuiti all'uomo in quanto tale, “per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni o desideri individuali”; dei diritti c.d. funzionali, invece, il singolo è titolare in quanto “partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare”⁸⁴.

In quest'ultimo caso, non occorrerebbero “esplicite disposizioni della Costituzione perché le leggi abbiano il potere di concretare i due limiti” dell'ordine pubblico e dell'obbligo di fedeltà allo Stato, in riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero e, di conseguenza, il potere legislativo sarebbe autorizzato a “concretare” eventuali condizionamenti alla libertà in questione; “ove invece sia riconosciuta la libertà come diritto inviolabile del singolo”, i limiti alla libertà in questione “possono essere imposti solo dall'esterno”⁸⁵ e cioè dalla Costituzione stessa.

Alla luce di questo quadro concettuale, secondo MORANA, sono due gli elementi che consentirebbero di inserire l'art. 32 Cost., come l'art. 21 Cost., nella categoria dei diritti individuali.

In primo luogo, il fatto che l'articolo parli al primo comma di “diritto dell'individuo” e inizi il secondo comma con l'espressione “Nessuno può essere obbligato”, denoterebbe l'attribuzione del diritto non solo ai cittadini, ma a tutte le persone fisiche; in particolare, la prima formulazione appare precisamente ponderata, data la sua estraneità al linguaggio giuridico, e quindi ancor più carica di significato.

⁸² Cfr. ROSE R., *Il ruolo dello Stato nel 'Welfare Mix'*, in BALDASSARRE, A. (a cura di), *I limiti della democrazia*, Bari-Roma, 1985, pag. 143 ss., così come cit. da ROMBOLI R., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, pag. 99. Quest'ultimo afferma che i diritti sociali possono essere soddisfatti non solo dal tradizionale intervento pubblico, ma anche dal «“Mix” degli apporti delle varie componenti del sistema economico-istituzionale».

⁸³ Sul tema MORANA D., *op. cit.*, pag. 155 ss.; sul generale problema della funzionalizzazione dei diritti di libertà, v. VARI F., *L'affermazione del principio d'eguaglianza nei rapporti tra privati*, Torino, 2013, pag. 40 ss.

⁸⁴ ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, pag. 8.

⁸⁵ ESPOSITO C., *op. cit.*, pag. 48 ss.

In secondo luogo, il testo dell'art. 32 Cost., coerentemente con la natura soggettivistica del diritto, non pone a fondamento della sua titolarità un interesse sociale o collettivo⁸⁶, il quale viene nominato nel primo comma solo in funzione di “*limite esterno* al diritto individuale, e cioè una barriera che ne circoscrive l'ampiezza senza tuttavia condizionarne il godimento”⁸⁷.

Da ciò consegue che la libertà alla salute possa essere circoscritta solo per interesse della collettività, così come disciplinato in Costituzione, e che l'unico spazio lasciato al legislatore è la concessione dell'autorizzazione ad un trattamento sanitario obbligatorio, ricorrendo le condizioni e i limiti specificati nel secondo comma dello stesso articolo⁸⁸.

Quanto al profilo dell'art. 32 Cost. come diritto a prestazioni, va ricordato che, *in primis* con il “prototipo e laboratorio”⁸⁹ delle Costituzioni del 900, ovvero la Costituzione di Weimar, alle classiche libertà settecentesche e ottocentesche si aggiungono i c.d. diritti sociali⁹⁰. La peculiarità di tali diritti è che essi non implicano un'astensione, ma «si configurano come *diritti a prestazione*. Essi, cioè, richiedono, per la loro realizzazione, *interventi positivi*, che, in genere, sono rimessi allo Stato»⁹¹.

Di qui, la loro ricostruzione in termini di diritti relativi, al contrario delle libertà, considerate assolute e immediate⁹².

In quest'ottica, i diritti sociali e il principio di eguaglianza divengono uno dei presupposti per poter classificare questa nuova forma di stato come “democratico-sociale”⁹³: «nella trasformazione dello Stato di diritto in Stato sociale, in una parola, l'eguaglianza formale resta ancora un cardine che si proietta nel nuovo ordinamento, che non intende cancellare le conquiste liberaldemocratiche, ma solo aggiungere quei diritti sociali che siano compatibili con esse»⁹⁴.

Secondo Morana, i diritti sociali sarebbero un “ampio contenitore”, la cui composizione muta in virtù del “criterio distintivo” utilizzato per definirli⁹⁵.

⁸⁶ Cfr. MORANA D., *op. cit.*, pag. 163. Altri diritti previsti in Costituzione, al contrario, sono evidentemente funzionalizzati; cfr. ad es. l'art. 41, comma terzo, Cost.: “La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

⁸⁷ MORANA D., *loc. ult. cit.*

⁸⁸ Cfr. MORANA D., *loc. ult. cit.*

⁸⁹ MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, pag. 293 ss.

⁹⁰ D'ATENA A., *op. cit.*, pag. 10.

⁹¹ D'ATENA A., *loc. ult. cit.*

⁹² Cfr. GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, pag. 269 s.

⁹³ BIFULCO D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, pag. 141.

⁹⁴ BARILE P., *op. cit.*, pag. 80.

⁹⁵ Cfr. MORANA D., *op. cit.*, pag. 50 ss.

La possibile socialità di un diritto potrebbe ricavarsi dalla struttura o dalla finalità dello stesso: in questi termini, Esposito parla di godimento necessariamente collettivo del diritto (in dipendenza, appunto, dalla sua struttura) o del carattere dell'interesse soddisfatto, che non può essere personale⁹⁶.

Altro criterio potrebbe essere il contenuto, che «prende corpo nel compito dei pubblici poteri di assicurare prestazioni, di promuovere le condizioni e di apprestare i mezzi necessari per rendere effettivo il godimento dei diritti»⁹⁷.

Nella dottrina maggioritaria resta fermo, comunque, il legame dell'origine storica dei diritti sociali con il principio di eguaglianza, anche se alcuni autori estendono il legame stesso, oltre che al principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2 Cost.), anche al principio personalista (art. 2 Cost.)⁹⁸.

Seguendo ancora l'impostazione di Morana, prendere come criterio distintivo la struttura del diritto, consente di mettere a fuoco più efficacemente la differenza tra diritti sociali e di libertà. Anzi, solo la concezione dei diritti a prestazioni nella funzione di «modalità strutturale in cui il diritto alla salute, come "diritto sociale", viene a configurarsi [...] consente di operare l'ulteriore distinzione rispetto alla libertà di salute contestualmente garantita dall'art. 32 Cost.»⁹⁹.

Tale premessa si spiega in risposta a parte della dottrina che propone l'individuazione di un'intrinseca socialità per i diritti di libertà: anche laddove vi siano delle situazioni giuridiche soggettive qualificabili come libertà, in numerose ipotesi sarebbe necessario l'intervento statale (amministrativo, legislativo o giudiziario) per la relativa attuazione; ciò si riscontra soprattutto nell'ambito della concreta azionabilità, che sarebbe necessaria per il loro esercizio¹⁰⁰.

A tale ricostruzione può obiettarsi con le parole di Grossi: «[...] Una volta stabilito nella stessa Costituzione che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 al.), che esiste un giudice naturale precostituito per legge (art. 25 al.), che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa (art. 113 al.), come pure che la Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle regioni (art. 134), è da ritenere in concreto implicita nel riconoscimento di una determinata libertà giuridica anche la conseguenza che la sua protezione

⁹⁶ Cfr. ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 4 ss.

⁹⁷ RIDOLA P., *Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, in *Parolechiave n. 19. Garanzie.*, Roma, 1999, pag. 218.

⁹⁸ Cfr. BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, cit., pag. 10 ss.

⁹⁹ MORANA D., *op. cit.*, pag. 55.

¹⁰⁰ Cfr. MAZZIOTTI DI CELSO M., voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, pag. 802 ss.

giudiziaria si avvalga degli istituti già predisposti e comuni a tutte le altre situazioni soggettive, senza richiedere cioè un'apposita e specifica attuazione»¹⁰¹.

Sulla stessa linea si pone l'Esposito, per il quale la libertà non consiste nel fatto che il suo titolare possa utilizzare tutti gli "strumenti [...] propizi" al suo godimento, «bensì nel fatto che non sia impedito nell'adoperare quelli esistenti a sua disposizione»¹⁰².

Inoltre, la differenza strutturale delle due categorie - dal punto di vista della assolutezza delle libertà e della relatività dei diritti sociali, come sopra chiarito - comporta che la libertà alla salute sia ulteriormente tutelata dal riconoscimento del diritto alla prestazione pubblica, il quale diviene in un certo senso strumentale alla prima¹⁰³. Se si ignorasse tale strumentalità, si rischierebbe di non cogliere la ratio della doverosità della prestazione pubblica, la cui finalità è disciplinata, nel testo costituzionale, sotto forma di libertà¹⁰⁴.

5. Precettività e programmaticità dell'art. 32 Cost.

La reale portata dell'art. 32 Cost. ha raggiunto una "completa maturazione" non immediatamente, con l'entrata in vigore della Costituzione, ma solo con «l'adozione delle grandi leggi di riforma in materia sanitaria (la legge n. 132/1968, c.d. legge ospedaliera, e la legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale)»¹⁰⁵.

Tra le concause che hanno determinato questo notevole ritardo, assai rilevante fu il fatto che parte della dottrina aveva, subito dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, una erronea concezione delle norme costituzionali programmatiche enunciative dei diritti sociali, tra cui rientrava ovviamente, come si è visto, un profilo legato all'art. 32 Cost.¹⁰⁶.

Emblematiche, in tal senso, le parole di Piero Calamandrei, in seno all'Assemblea costituente: «bisogna vedere se le norme elaborate dalla prima e dalla terza Sottocommissione siano veramente tutte norme giuridiche [...] quando si passa a quei diritti individuali che si chiamano sociali, e che sono stati formulati soprattutto nelle Costituzioni create dopo l'altra guerra (per esempio, il diritto al lavoro, il diritto alla casa, il diritto all'assistenza contro l'invalidità e vecchiaia), di fronte a questi, affinché fossero diritti in senso giuridico, bisognerebbe precisare chi sia obbligato, perché il diritto in

¹⁰¹ GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, pag. 276, nota 3.

¹⁰² ESPOSITO C., *op. ult. cit.*, pag. 27.

¹⁰³ ESPOSITO C., *loc. ult. cit.*.

¹⁰⁴ ESPOSITO C., *loc. ult. cit.*.

¹⁰⁵ MORANA D., *op. cit.*, pag. 4.

¹⁰⁶ Cfr. MORANA D., *loc. ult. cit.*

tanto è tale, in quanto di fronte ad esso sussiste un dovere. [...] Ma in Italia, al momento attuale, non si ha né l'intenzione, né la possibilità di accompagnare l'affermazione di ognuno dei cosiddetti diritti sociali con l'enunciazione dei mezzi pratici posti a disposizione del cittadino per farli valere: ne deriva che i cosiddetti diritti sociali non sono veri diritti, ma sono soltanto *programmi, desideri* (corsivo nostro), nel formulare i quali anche se tutti fossero d'accordo sul contenuto di essi, bisogna andare cauti, per non ingenerare nei cittadini speranze illusorie. Parrebbe quindi che, per il rispetto della più corretta tecnica giuridica, fosse più opportuno che questi desideri, a cui tutti possono partecipare e che hanno un *carattere sentimentale* (corsivo nostro), ma non un carattere giuridico, fossero sistemati nel preambolo della Costituzione, e che le vere norme giuridiche fossero limitate a quei diritti che sono diritti nel senso tecnico e perfetto della parola»¹⁰⁷.

In realtà, sono numerose le Carte costituzionali del XX secolo che contengono, oltre a disposizioni di principio, anche delle disposizioni a carattere programmatico¹⁰⁸.

Ai fini di un corretto inquadramento del problema, è prevalsa, come è noto, la ricostruzione di Crisafulli, per il quale la Costituzione «complessivamente considerata, ci dà, non soltanto la figura essenziale di un modo di essere attuale (previsto e disciplinato come attuale) dell'ordinamento considerato, ma anche ed insieme la figura essenziale di un modo di essere futuro dell'ordinamento medesimo»¹⁰⁹; l'essere rivolta al "futuro" è conseguenza, appunto, della presenza di enunciati a carattere programmatico, che ineriscono agli sviluppi dell'ordinamento, non solo al suo contingente stato di attuazione¹¹⁰.

La disposizione a carattere programmatico, tuttavia, poteva essere considerata secondo due impostazioni: come rivolta esclusivamente al legislatore oppure con una portata immediatamente prescrittiva. La prima alternativa comportava un'efficacia differita della prescrizione, condizionata all'emanazione di norme di attuazione da parte del potere legislativo; ed è proprio questa l'impostazione accolta nei primi anni di vigenza della Costituzione¹¹¹.

Per lungo tempo si è ritenuto, infatti, che «dalle norme programmatiche potessero farsi derivare tutt'al più meri interessi legittimi garantiti dalla giurisdizione costituzionale, destinati a trasformarsi in diritti soggettivi solo *dopo* l'intervento del legislatore ordinario»¹¹²; così, tali interessi

¹⁰⁷ Cfr. seduta del 25 ottobre 1946, in Atti Assemblea costituente, in *La Costituzione, cit.*, vol. VI, pag. 44 ss.

¹⁰⁸ D'ATENA A., *op. cit.*, pag. 24.

¹⁰⁹ CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pag. 35-36.

¹¹⁰ Cfr. CRISAFULLI V., *loc. ult. cit.*

¹¹¹ Vedi *supra*, par. 3.1.

¹¹² LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute, cit.*, pag. 776.

rimanevano esposti al rischio dell'inattuazione e il titolare non poteva accedere alla tutela risarcitoria¹¹³.

Se, al contrario, ci si basa sulla seconda ricostruzione, «possono dedursi tre conseguenze: *a)* che esse stabiliscano un vincolo giuridico (e non meramente politico) a carico del legislatore; *b)* che provochino l'illegittimità costituzionale delle norme gerarchicamente subordinate con esse incompatibili; *c)* che concorrano alla determinazione dei principi generali dell'ordinamento, utilizzabili sia per il superamento delle lacune, sia in sede di interpretazione sistematica.»¹¹⁴.

Tali “punti fermi” sono, secondo Crisafulli, conseguenza diretta del carattere della programmaticità: la norma, lungi dall'essere priva di efficacia o ad efficacia differita, è idonea a produrre la serie suddetta di effetti sin dal momento della sua entrata in vigore. Quest'ultima prospettiva, dopo vari dibattiti in dottrina e giurisprudenza, si è affermata in Italia grazie al contributo dell'Autore¹¹⁵ e, in seguito, della Corte costituzionale, che l'ha fatto propria nella sua prima sentenza, la n. 1 del 1956¹¹⁶.

D'altronde, appare “non seriamente contestabile” che l'entrata in vigore di una Costituzione o di una legge possa non coincidere esattamente con la sua completa attuazione e che, «soprattutto in relazione a qualche disposizione particolarmente impegnativa a cagione della sua ampiezza e della natura delle difficoltà che vi si frappongono, quello della attuazione potrebbe anche rivelarsi un compito da giudicare mai esaurito»¹¹⁷.

Tale considerazione si rispecchia chiaramente nella complessità dell'art. 32 Cost., in particolare, e nella distinzione tra norme prescrittive e programmatiche, in generale; anzi, quest'ultima contrapposizione appare «una idea giusta, ma la esprime impropriamente, tutte le norme essendo precettive [...] ma le une, *nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico statale complessivo* [...]; le altre invece, *soltanto nei confronti degli organi statali e quanto meno del legislatore*»¹¹⁸.

6. La nozione di salute

¹¹³ Per la risarcibilità dell'interesse legittimo cfr. COCCA F. G., *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in AA.VA., *Diritto amministrativo*, a cura di COCCA F. G., Torino, 2016, pag. 44 ss.

¹¹⁴ D'ATENA A., *op. cit.*, pag. 27.

¹¹⁵ In particolare, CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, *cit.*

¹¹⁶ Corte cost., sent. 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost.*, 1956, pag. 1 ss.

¹¹⁷ GROSSI P., *Attuazione e inattuazione della Costituzione*, Milano, 2002, pag. 15.

¹¹⁸ CRISAFULLI V., *Le norme “programmatiche” della Costituzione*, Milano, 1985, pag. 58; al riguardo v. anche MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, *cit.*, pag. 67, nota 9.

Poste tali premesse sistematiche riguardo il diritto costituzionale alla salute, si rende necessario un sintetico chiarimento circa il concetto di salute dell'uomo.

Infatti, nonostante ai fini di questo lavoro rilevino essenzialmente i profili giuridici dello stato di salute, non si può prescindere da una nozione legata "all'area della scienza medica"¹¹⁹.

La nozione odierna è sicuramente frutto della sua evoluzione multilivello, che comporta una disciplina integrata da diversi documenti giuridici; d'altro canto, bisogna aver presente anche un'evoluzione più prettamente medica, di cui dottrina e giurisprudenza hanno tenuto conto negli anni.

Tale percorso evolutivo, nel suo complesso, sembra aver portato ad una «*formula contenitore*» in cui, di volta in volta, sono state fatte confluire nuove definizioni giuridiche, con significati e funzioni differenti¹²⁰.

Per quanto riguarda la disciplina multilivello, i documenti che riguardano la tutela della salute dell'uomo sono numerosissimi e appartengono a diverse tipologie di ordinamenti. Vengono qui citati solo i più rilevanti, essendo impossibile in questa sede fornirne un quadro esaustivo¹²¹.

Nell'ambito delle convenzioni internazionali, come noto vincolanti per il legislatore italiano secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 117 Cost.¹²², l'art. 25, comma 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo¹²³ afferma che «Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari [...]».

¹¹⁹ PEZZINI B., *op. cit.*, pag. 22.

¹²⁰ POSTERARO N., *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente tra guarigione effettiva e pericoloso sviluppo della tecnologia*, in *Medicina e Morale*, vol. 64, n. 3, disponibile in Internet all'indirizzo www.medicinaemorale, 2015, pag. 393.

¹²¹ Sul punto, si rimanda alla più ampia trattazione di LONGO E., SIMONCINI A., voce *Art. 32*, *cit.*, pag. 671 ss.

¹²² Sul quale v. SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, pag. 280 ss.

¹²³ La Dichiarazione è uno dei documenti di base delle Nazioni Unite, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel dicembre 1948.

Altre indicazioni possono essere desunte dagli artt. 2¹²⁴, 3¹²⁵ e 8¹²⁶ della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché dagli artt. 7¹²⁷ e 12¹²⁸ del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali¹²⁹. Particolarmente importante è anche la Convenzione di Oviedo su «Diritti dell'uomo e biomedicina»¹³⁰.

Anche il diritto dell'Unione europea disciplina, sotto più aspetti, il diritto alla salute; in particolare, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹³¹, all'art. 3 (diritto all'integrità della persona) stabilisce che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche»; esso proclama anche «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una forma di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani»¹³². L'art. 4 (Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti) della Carta impone che «nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»¹³³; infine, l'art. 35 (Protezione della salute) dispone che «ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione

¹²⁴ Art. 2 (Diritto alla vita): «1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita [...]».

¹²⁵ Art. 3 (Divieto di tortura): «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

¹²⁶ Art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare): «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria [...]».

¹²⁷ Art. 7: «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro [...]».

¹²⁸ Art. 12: «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire [...]».

¹²⁹ La Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (meglio nota come Patto), adottata dalle Nazioni Unite nel 1966, è entrata in vigore nel 1976.

¹³⁰ La Convenzione di Oviedo è il primo trattato internazionale sulla bioetica, approvato nel 1997 dal Consiglio d'Europa. Varie sono le norme relative alla tutela della salute; cfr., ad es., art. 3 (Accesso equo alle cure sanitarie): «Le Parti prendono, tenuto conto dei bisogni della salute e delle risorse disponibili, le misure appropriate in vista di assicurare, ciascuna nella propria sfera di giurisdizione, un accesso equo a cure della salute di qualità appropriata; Art. 4 (Obblighi professionali e regole di condotta): «Ogni intervento nel campo della salute, compresa la ricerca, deve essere effettuato nel rispetto delle norme e degli obblighi professionali»; Art. 5 (Regola generale):

«Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

¹³¹ Il testo del documento è stato approvato a Nizza nel 2000 e riproclamato, poi, a Strasburgo nel 2007.

¹³² Per un'analisi dell'art. 3, v. BIFULCO R., *Art. 3 (Diritto all'integrità della persona)*, in Aa.Vv., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., Bologna, 2011, pag. 51 ss.

¹³³ Per un'analisi dell'art. 3, v. OLIVETTI M., *Art. 4 (Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti)*, *ibid.*, pag. 60 ss.

e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana»¹³⁴.

A livello costituzionale, non solo la Costituzione italiana, ma anche molte altre Costituzioni europee¹³⁵ riconoscono il diritto in questione.

Come accennato *supra*, l'evoluzione “medica” della nozione di salute si è estesa di pari passo con quella dottrinarie e giurisprudenziale. Mantenendo l'impostazione data dalla PEZZINI, si può procedere per “successive approssimazioni”¹³⁶.

Il nostro ordinamento ha *in primis* riconosciuto la concezione “assicurativo-corporativa” del diritto alla salute, così come configurata nell'art. 38 della Costituzione¹³⁷.

Il primo comma della disposizione stabilisce che “ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale”, ponendo in capo allo Stato l'obbligo di mantenere e prestare assistenza a qualsiasi cittadino in stato di inabilità e conseguente indigenza; il secondo comma, poi, riconosce ai lavoratori il diritto a “che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”.

La malattia era quindi considerata un presupposto al verificarsi del quale lo Stato era obbligato a garantire prestazioni di carattere sanitario-assistenziale. In tali termini, la nozione di salute era speculare a quella di “assenza di malattia”¹³⁸ e la rispettiva tutela coincideva con il diritto all'assistenza sanitaria.

Altre definizioni sono state legate allo “stato anatomico-fisiologico” dell'uomo, corrispondente a quello di “un essere naturalmente normale”; tale prospettiva continua, ovviamente, a separare l'uomo dall'ambiente in cui vive¹³⁹.

All'inizio degli anni Settanta, comincia a imporsi un diverso tipo di definizione che include, oltre al piano biologico, anche quello sociale e relazionale. Nonostante si collochi anteriormente

¹³⁴ Per un'analisi recente dell'art. 35 e del diritto alla salute in ambito europeo, si v. DI FEDERICO G., *La direttiva 2011/24/UE sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti*, in Aa.Vv., *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, a cura di ROSSI L.S., BOTTARI C., Santarcangelo di Romagna, 2013, pag. 72 s.

¹³⁵ Per citarne solamente alcune: artt. 39 e 68 Cost. Polonia, l'art. 19, co. 3, Cost. Finlandia, l'art. 45 Cost. Irlanda, art. 53 Cost. Lituania, l'art. 12 Cost. Lussemburgo, l'art. 22 Cost. Paesi Bassi, l'art. 23 della Costituzione belga, ecc. Per un approfondimento sui riferimenti comparatistici, v. LONGO E., SIMONCINI A., voce *Art. 32, cit.*, pag. 655.

¹³⁶ PEZZINI B., *op. cit.*, pag. 22 ss.

¹³⁷ MORANA D., *op. cit.*, pag. 11.

¹³⁸ PEZZINI B., *op. cit.*, pag. 22.

¹³⁹ Cfr. PERGOLESI F., *Diritto costituzionale*, Padova, 1963, pag. 1963.

rispetto a questa inversione di tendenza giurisprudenziale¹⁴⁰, il LEGA già descriveva lo stato di salute come quello «stato di benessere, fisico e morale, che proviene dall'equilibrio di tutti gli organi e di tutte le funzioni del corpo umano, tale da permettere il normale svolgimento, sotto un punto di vista biofisiologico, della vita umana in relazione alle diverse condizioni di ambiente (cosmico, sociale, familiare) nel quale l'uomo vive»¹⁴¹.

Le condizioni di salute degli individui sono state considerate gradualmente in un'ottica sempre più ampia, tanto da arrivare a includervi la valutazione del luogo di lavoro e degli ambienti di vita in cui l'uomo è calato¹⁴². A dimostrazione di ciò, la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833), all'art. 2, n. 5, pone tra gli obiettivi del Servizio stesso «la promozione e la salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro».

Emblematiche, in tal senso, sono le parole di Luciani: «Oggetto del diritto non è la semplice incolumità fisica dell'uomo, astratto dalla comunità in cui opera e dall'ambiente in cui vive, ma anche e soprattutto l'ambiente stesso, in quanto luogo in cui agiscono le varie formazioni sociali nelle quali il singolo, considerato nella sua dimensione sociale, realizza la sua personalità. In tale misura il diritto alla salute si pone anche come diritto all'ambiente salubre»¹⁴³.

Oggi, è pacifico che il concetto di salute sia tendenzialmente polisemico e che non coincida più esclusivamente con l'integrità fisica, ma che sia collegato ad elementi esterni, sociali o addirittura culturali¹⁴⁴.

Come testimonianza autorevole di tale asserzione, si pone l'operato dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che è l'istituto specializzato delle Nazioni Unite dotato di competenza generale in materia sanitaria¹⁴⁵.

Nel Preambolo dell'Atto Costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, la salute viene chiaramente descritta come «*a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*»¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Tale giurisprudenza verrà analizzata *infra*, cap. nel II di questo lavoro.

¹⁴¹ LEGA C., *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952, pag. 16.

¹⁴² LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute, cit.*, 1980, pag. 769.

¹⁴³ LUCIANI M., *loc. ult. cit.*

¹⁴⁴ SGRECCIA E., *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, vol. I, Milano, 2012, pag. 190.

¹⁴⁵ Cfr. ODENNINO A., *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in Aa.Vv., *Salute e sanità, Trattato di biodiritto*, a cura di RODOTÀ S., ZATTI P., vol. V, Milano, 2010, pag. 125.

¹⁴⁶ Si veda L'Atto Costitutivo dell'OMS, denominato «*Constitution of the World Health Organization*», elaborato a partire dal marzo 1946 e adottato durante la *International Health Conference* tenutasi a New York, in data 22 luglio 1946, con firma di 61 Stati. L'OMS è un'organizzazione internazionale a base universale, che trova fondamento giuridico nell'art. 57 dello statuto delle Nazioni Unite. Sul tema cfr. GREPPI E., voce *OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Torino, 1987, pag. 451 ss. V. anche BURCI G.L., voce *WHO (World Health Organization)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE S., Milano, 2006, pag. 6213 ss.

In coerenza con tale definizione, nel prosieguo dello stesso Preambolo, il possesso del miglior stato possibile di benessere, sociale oltre che fisico e psichico, viene definito come diritto fondamentale dell'uomo «e sono evidenziati i precisi nessi fra il conseguimento di tale diritto e l'obiettivo, cardine del sistema delle Nazioni Unite, della pace e della sicurezza internazionali, nonché l'interdipendenza fra i risultati conseguiti dagli stati e dunque la portata globale di ogni progresso sanitario»¹⁴⁷.

Il nostro ordinamento ha recepito il documento citato fin dall'immediato dopoguerra¹⁴⁸, anche se un'idea di salute, corrispondente allo spirito della definizione dell'OMS, è stata riconosciuta effettivamente solo dopo molti anni, come evidenziato *supra*.

7. Garanzia attiva e passiva del diritto alla salute. Le varie posizioni giuridiche soggettive riconducibili all'art. 32 Cost.

Anche la stessa considerazione della nozione di salute quale “*formula contenitore*”¹⁴⁹ – che ha consentito la progressiva espansione del concetto di bene-salute ad ambiti ulteriori rispetto all'assenza di malattia - permette di collegare al rispettivo diritto, come già accennato¹⁵⁰, la «garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate tra loro»¹⁵¹.

Per una sistemazione compiuta e ordinata, nel corso del presente paragrafo, dapprima si andranno ad analizzare sinteticamente le varie posizioni giuridiche inerenti alla libertà di salute: esse si risolvono nella c.d. garanzia passiva, che si sostanzia nella disponibilità di mezzi inibitori, risarcitori e ripristinatori, da esercitare in caso di lesione del bene-salute¹⁵²; infine quelle relative al diritto a prestazioni e, quindi, alla c.d. garanzia attiva, a cui si collega la pretesa del titolare avente ad oggetto la possibilità di usufruire degli strumenti terapeutici necessari alla tutela della salute stessa¹⁵³.

a) Il diritto all'integrità psico-fisica.

¹⁴⁷ ODENNINO A., *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, cit., pag. 125.

¹⁴⁸ D.lgs. Capo provv. Stato del 4 marzo del 1947, n. 1068, di Approvazione del Protocollo concernente la costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità.

¹⁴⁹ Vedi più ampiamente *supra*, par. 6 di questo capitolo.

¹⁵⁰ Vedi più ampiamente *supra*, par. 4 di questo capitolo.

¹⁵¹ PEZZINI B., *op. cit.*, pag. 25.

¹⁵² Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., voce *Art. 32*, cit., pag. 658.

¹⁵³ Cfr. LONGO E., SIMONCINI A., *loc. ult. cit.*

L'integrità psico-fisica è certamente la dimensione del diritto alla salute cui «l'ordinamento ha assicurato la protezione più risalente e costante»¹⁵⁴.

Prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la disciplina della tutela dell'integrità si sostanziava in alcune norme del codice civile e penale, le quali si traducevano nel divieto per l'individuo di disporre del proprio corpo¹⁵⁵.

In particolare, secondo l'art. 5 c.c. – recante la rubrica “Atti di disposizione del proprio corpo” –, «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume»¹⁵⁶.

Inoltre, l'integrità fisica della persona è protetta dall'art. 581 c.p. (sotto la rubrica “Percosse”), per il quale «chiunque percuote taluno, se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a sei mesi»; dal successivo art. 582 c.p. (“Lesione personale”), a norma del quale «chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo e nella mente, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

La Carta costituzionale, sancendo il carattere di fundamentalità del diritto alla salute e di unitarietà della persona umana, ha fatto sì che non si potesse più parlare soltanto di “parti (del corpo) da staccare”, ma di una *condizione*, uno *stato* da garantire¹⁵⁷.

Come ha rilevato Pezzini, infatti, «la Costituzione riconoscendo il diritto alla salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività segna il superamento della concezione patrimonialistica implicita nell'art. 5 c.c., che considera il corpo della persona oggetto di un diritto del quale rilevano principalmente gli aspetti patrimoniali»¹⁵⁸.

L'integrità psico-fisica può essere ricostruita come un diritto del titolare a che gli altri si astengano da qualunque comportamento di tipo lesivo, sia all'interno di un rapporto di diritto privato¹⁵⁹ sia di diritto pubblico¹⁶⁰.

¹⁵⁴ LUCIANI M., voce Salute, *cit.*, pag. 6.

¹⁵⁵ Cfr. COCCONI M., *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, pag. 67.

¹⁵⁶ Sula quale v. STANZIONE P., Art. 5 – Atti di disposizione del proprio corpo, in *Commentario al codice civile. Artt. 1-142*, a cura di CENDON P., Milano, 2009, pag. 527 ss.

¹⁵⁷ LONGO E., SIMONCINI A., voce Art. 32, *cit.*, pag. 659.

¹⁵⁸ PEZZINI B., *op. cit.*, pag. 51.

¹⁵⁹ Al riguardo, v. Corte. cost., sent. 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. Cost.*, 1986, pag. 1716 ss.: «[...] l'art. 32 Cost. tutela la salute come diritto fondamentale del privato, e [...] tale diritto è primario e pienamente operante anche nei rapporti tra privati».

¹⁶⁰ Cfr. MORANA D., *op. cit.*, pag. 30 s.

Come si vedrà più diffusamente nel capitolo II di questo lavoro, secondo giurisprudenza costante l'art. 32 Cost. deve ritenersi norma precettiva e direttamente applicabile, dalla quale sorgono diritti soggettivi aventi ad oggetto il bene salute, direttamente azionabili davanti all'autorità giudiziaria¹⁶¹.

Ampiamente dibattuto è stato il tema della risarcibilità del c.d. danno biologico, inteso come danno subito a causa della semplice lesione del bene-salute, a prescindere dalle conseguenze indirette che tale lesione abbia prodotto sulla capacità reddituale del soggetto leso, tema sul quale ci si soffermerà analiticamente nel capitolo successivo di questo lavoro. Si può tuttavia anticipare che dopo una lunga *querelle*, la giurisprudenza ha ammesso che il danno alla salute, intesa in termini di integrità psico-fisica, è oggetto di autonomo risarcimento, sulla base del combinato disposto degli articoli 32 Cost. e 2043 c.c.¹⁶²

Per una parte della dottrina, la nozione di integrità esprime ciò che è “intatto”, “non toccato” (dal latino *in-tangere*) e, quindi, avendo in sé il carattere della staticità (ex art. 5 c.c.), è inadatta ad esprimere quei “processi” tipici al polisemico concetto di salute¹⁶³.

Altri autori, invece, hanno a lungo ritenuto che i due concetti non possono essere distinti, ma si confondono nell'unica ampia nozione di integrità, che sarebbe stata accolta dalla Costituzione nell'art. 32¹⁶⁴.

Tuttavia, come già esposto *supra*¹⁶⁵, il diritto alla salute si riferisce alla persona umana complessivamente considerata e ciò comporta che i due beni (salute e integrità) si rapportino in termini di *genus* e *species*, cosicché tutti gli aspetti della seconda rientrano interamente in quelli della prima¹⁶⁶.

In altri termini, è indiscutibile che possano esistere spazi di parziale sovrapposizione fra le due nozioni, ogni qual volta l'integrità fisica sia parametro di valutazione della salute del soggetto¹⁶⁷. Per

¹⁶¹ Tra tutte, Corte. cost., sent. 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. it.*, 1980, I, pag. 9 ss.: «[...] Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito, [...] in caso di violazione del diritto stesso. Da tale qualificazione deriva che la indennizzabilità [...] deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza. Ciò deriva dalla protezione primaria accordata dalla Costituzione al diritto alla salute come a tutte le altre posizioni soggettive a contenuto essenzialmente non patrimoniale, direttamente tutelate».

¹⁶² Sull'evoluzione giurisprudenziale del c.d. danno biologico e sulla decisione della C. cost. n. 88 del 1979 v. *infra*, cap. II, par. 1.1.

¹⁶³ Cfr. CHERUBINI M.C., Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo, in Aa.Vv., Tutela della salute e diritto privato, a cura di BUSNELLI F.D., BRECCIA U., Milano, 1978, pag. 254 ss.

¹⁶⁴ DE CUPIS, voce *Integrità fisica*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, pag. 1 e 2, così come riportato in LONGO E., SIMONCINI A., voce *Art. 32, cit.*, pag. 659, nota 29.

¹⁶⁵ Par. 1.

¹⁶⁶ LONGO E., SIMONCINI A., voce *Art. 32, cit.*, pag. 659

¹⁶⁷ MORANA D., *op. cit.*, pag. 114.

concludere sul punto, sembrerebbe da accogliere la tesi di Morana, secondo la quale «la sovrapposizione tra integrità e salute è del resto evidente nei casi in cui la lesione dell'integrità fisica giunga, per intensità o qualità, a modificare la normale funzionalità dell'organismo o ad alterare l'equilibrio psico-fisico della persona, anche solo in ragione di una modificazione anatomica».

Pertanto, «la distinzione tra le due nozioni potrà farsi solo “sezionando” sul piano temporale una realtà unitaria (la salute) e cioè privilegiando, nell'osservazione del fenomeno, ora la conservazione ora la modificazione della salute. Considerazione analoghe possono essere svolte per la scelta di curarsi o di non curarsi: essa incide immediatamente sul divenire delle condizioni di salute, ma si riflette, per ciò stesso, sull'integrità della persona, modificando qualche aspetto del suo organismo, anche se tale modificazione potrà avvertirsi macroscopicamente solo in un tempo differito»¹⁶⁸.

Ne discende, dunque, che l'integrità psico-fisica costituisce oggetto del diritto alla salute.

b) Il diritto all'ambiente salubre.

Più controverso è stato il dibattito riguardo la possibilità di far derivare dal diritto alla salute, inteso come diritto all'integrità, anche un parallelo diritto fondamentale: quello all'ambiente salubre¹⁶⁹.

Infatti, già dalla nota sentenza 6 ottobre 1979, n. 5172, la Corte di cassazione a Sezioni Unite ebbe ad affermare che il diritto all'ambiente salubre è corollario dell'art. 32 Cost.¹⁷⁰: «l'art. 32 Cost., oltre che ascrivere alla collettività generale la tutela promozionale della salute dell'uomo, configura il relativo diritto come diritto fondamentale dell'individuo e lo protegge in via primaria, incondizionata e assoluta come modo d'essere della persona umana. Il collegamento dell'art. 32 Cost. con l'art. 2 Cost. attribuisce al diritto alla salute un contenuto di socialità e di sicurezza, tale che esso si presenta non solo come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, ma come *vero e proprio diritto all'ambiente salubre* (corsivo nostro) che neppure la pubblica amministrazione può sacrificare o comprimere, anche se agisca a tutela specifica della salute pubblica; e che inteso in questo suo duplice

¹⁶⁸ MORANA D., *loc. ult. cit.*

¹⁶⁹ LUCIANI M., voce *Salute*, *cit.*, pag. 7.

¹⁷⁰ Cfr. MARINO I. M., *Effettività dell'Ordinamento giuridico, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo»*, in *Studi in memoria di Enzo Sciacca*, a cura di SCIACCA F., Milano, 2008, pag. 497: «la giurisprudenza in proposito risale all'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione a partire dalla fine degli anni Settanta nei confronti dei diritti fondamentali. La tutela della salubrità dell'ambiente naturale avocata dalla giurisdizione ordinaria come diritto fondamentale alla salute inizia con le note sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1979 (9 marzo, n. 1463; 6 ottobre, n. 5172) e prosegue ininterrotta».

aspetto è tutelabile giurisdizionalmente davanti al giudice ordinario anche contro la pubblica amministrazione le cui attività lesive devono considerarsi poste in essere in difetto di poteri»¹⁷¹.

Viene così ulteriormente ampliato l'ambito di applicazione del diritto alla salute, sì da consentire la tutela di situazioni differenti, che tuttavia hanno un denominatore comune: gli effetti negativi che determinate attività esplicano sulla salute del singolo¹⁷²; si deve tener presente, infatti, che l'importante sentenza è stata adottata in occasione di una fattispecie in cui l'insalubrità dell'ambiente si prestava ad arrecare «nocimento al benessere biologico e psichico» dei privati, attori nel giudizio.

Il fatto che il diritto all'ambiente sia «contenuto» nel più ampio diritto all'integrità, non è di per sé sufficiente a riconoscerlo come bene direttamente oggetto di un diritto fondamentale, quale il diritto alla salute¹⁷³. A riprova di ciò, la Costituzione, nella sua versione originaria, non aveva previsto alcuna disciplina specifica per la tutela dell'ambiente salubre¹⁷⁴, ma essa trovava conforto in differenti sedi, in particolare nell'art. 9, comma secondo, Cost., il quale afferma che la Repubblica «Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»¹⁷⁵.

Non sembra contestabile che la disposizione costituzionale riconosca la difesa dell'ambiente quale interesse obiettivo della comunità, «obbligata ad attivare tutti i meccanismi necessari perché quella difesa sia effettiva ed efficace»¹⁷⁶.

La disposizione, però, presenta delle difficoltà interpretative di non poca portata, soprattutto in riferimento al concetto stesso di ambiente¹⁷⁷.

¹⁷¹ Cass. sez. un., sent. 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Gius. civ.*, 1980, I, 1970 ss.

¹⁷² Cfr. TESSARO T., AGNOLETTO R., *La responsabilità amministrativa e ambientale: la riconduzione del danno ambientale a danno erariale*, in Aa.Vv., *Nuovo manuale di diritto e gestione ambientale. Analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, a cura di PIEROBON A., Santarcangelo di Romagna, 2012, Pag. 1553. Continuano poi gli autori precisando che il diritto in questione, una volta considerato «come diritto individuale con una proiezione sociale e collettiva (diritto soggettivo alla fruizione di un bene collettivo)», permette «oltre al riconoscimento del diritto alla salute come diritto assoluto, anche la sua tutelabilità nel processo civile e la configurabilità di un diritto all'ambiente inteso come situazione la cui rilevanza giuridica è connessa all'esercizio del diritto di proprietà e del diritto alla salute».

¹⁷³ LUCIANI M., *Il diritto costituzionale, cit.*, pag. 784.

¹⁷⁴ Cfr. MARIOTTI E., IANNANTUONI M., *Il nuovo diritto ambientale*, Santarcangelo di Romagna, 2011, pag. 48.

¹⁷⁵ LUCIANI M., *Il diritto costituzionale, cit.*, pag. 785.

¹⁷⁶ LUCIANI M., *Il diritto costituzionale, cit.*, pag. 784.

¹⁷⁷ LUCIANI M., *loc. ult. cit.*

Già in Assemblea Costituente, la tesi maggioritaria¹⁷⁸ si indirizzava verso la considerazione dell'ambiente quale "paesaggio" e, cioè, quale complesso di elementi artistici e naturalistici che rendono "bello" o esteticamente apprezzabile un luogo.¹⁷⁹

In realtà, posto che il ricorso ai lavori preparatori della Costituzione vale solo a «corroborare le risultanze dell'analisi obiettiva del precetto»¹⁸⁰, a Luciani non appare opportuno affidarsi esclusivamente ad essi, «ormai troppo remoti»¹⁸¹.

Bisogna al riguardo applicare il fondamentale principio ermeneutico che vuole che il significato delle espressioni normative venga costantemente adeguato a quello più conforme al momento in cui l'interprete svolge le sue operazioni¹⁸².

Ebbene, oggi come oggi, salute e vita insalubre sono considerate incompatibili l'una con l'altra¹⁸³; ma ciò che contrasta con la salute dell'uomo non è l'ambiente in senso lato, bensì il c.d. ambiente ecologico, cioè «ambiente come fatto di mutua aggressione tra l'uomo e la natura»¹⁸⁴, *habitat*¹⁸⁵ naturale dell'uomo stesso.

Proprio in questa accezione il diritto all'ambiente salubre diviene il naturale prolungamento del diritto alla salute, come si accennava *supra*, in riferimento alla sentenza 6 ottobre 1979, n. 5172 della Suprema Corte.

Infine, appare opportuno rilevare che con la riforma dell'art. 117, secondo comma, lettera s) della Costituzione, relativo alla «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»¹⁸⁶, si individua definitivamente l'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, pur senza offrirne una definizione puntuale¹⁸⁷.

¹⁷⁸ LUCIANI M., *Il diritto costituzionale*, cit., pag. 785.

¹⁷⁹ Cfr. gli interventi degli on. CLERICI e MARCHESI, durante la seduta del 30 aprile 1947, dedicata all'esame dell'art. 29 del Progetto (poi 9 Cost.); V. Atti Assemblea costituente, seduta del 30 aprile 1947, in *La Costituzione*, cit., vol. II, pag. 1319 ss.

¹⁸⁰ MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, pag. 353.

¹⁸¹ LUCIANI M., *Il diritto costituzionale*, cit., pag. 789.

¹⁸² LUCIANI M., voce *Salute*, cit., pag. 7.

¹⁸³ Cfr. LUCIANI M., *Il diritto costituzionale*, cit., 1980, pag. 783.

¹⁸⁴ GIANNINI M.S., «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, pag. 23, cit. da LUCIANI M., *Il diritto costituzionale*, cit., 1980, pag. 783.

¹⁸⁵ La Corte costituzionale utilizza tale termine nella sent. 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, pag. 694 ss., in cui ha affermato che la protezione dell'ambiente «non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive e agisce e che è necessario alla collettività». Questa protezione è imposta dagli articoli 9 e 32 Cost., per cui l'ambiente «assurge a valore primario e assoluto». Esso è quindi un bene giuridico e «appartiene alla categoria dei cd. beni liberi, fruibile dalla collettività e dai singoli».

¹⁸⁶ Il testo dell'art. 117 Cost. è stato sostituito dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

¹⁸⁷ Cfr. MARIOTTI E., IANNANTUONI M., *Il nuovo diritto ambientale*, cit., pag. 50. Sulla tutela dell'ambiente nei rapporti tra Stato e regioni, v. RENNA M., *L'allocatione delle funzioni normative e amministrative*, in *Aa.Vv., Diritto all'ambiente*, a cura di ROSSI G., Torino, 2017, pag. 148 ss., in particolare pag. 157 ss.

c) Il diritto a non essere curato.

Il secondo comma dell'art. 32 Cost. stabilisce che : «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» e che «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

La possibilità di dare copertura costituzionale al c.d. “risvolto negativo”¹⁸⁸ del diritto all'integrità fisica e, cioè, il diritto ad esser malato ovvero a non farsi curare, è stata a lungo dibattuto in dottrina e in giurisprudenza.

Posto che tale diritto non è configurabile laddove la situazione patologica del singolo può ledere la salute della collettività, anche solo indirettamente, il problema sta nel comprendere la diversa situazione in cui è coinvolto solo l'interesse del singolo¹⁸⁹.

Infatti, soltanto nel caso in cui a quest'ultimo interesse si affianchi l'interesse alla salute della generalità dei consociati, possono ritenersi legittimi i trattamenti sanitari obbligatori o coattivi¹⁹⁰. Sul tema si tornerà ampiamente nel secondo capitolo di questo lavoro.

Parte della dottrina ha affermato, più o meno fermamente, che esista in capo al singolo un dovere costituzionale di conservazione della salute. Il MORTATI, ad esempio, sostenne autorevolmente che «in conformità alla concezione solidaristica che a termine dell'art. 2 ispira l'ordinamento, la salute, in quanto incide sul benessere non solo del singolo, ma altresì dell'intera collettività, è considerata oggetto [...] di un dovere inderogabile a provvedere alla sua conservazione»¹⁹¹.

Di opinione contraria è invece Barile, che, riferendosi in generale all'art. 2 Cost., ritiene che la norma relativa ai “doveri inderogabili” debba interpretarsi in maniera restrittiva, come ogni altra norma che limiti una libertà, poiché «esistono in Costituzione solo doveri enumerati [...]. Del tutto inaccettabile è la tesi che vi sia un ‘principio di solidarietà’ da cui possano scaturire altri doveri non enumerati, e del tutto indimostrabile è che i doveri enumerati in Costituzione non si fondino sulla solidarietà»¹⁹².

A prescindere da tali opposte ricostruzioni, vale la pena richiamare il dato legislativo: la l. 23 dicembre 1978, n. 833, dopo aver stabilito all'art. 1 che la tutela della salute deve essere attuata «nel

¹⁸⁸ MODUGNO F., *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, pag. 312.

¹⁸⁹ LUCIANI M., voce *Salute*, *cit.*, pag. 11.

¹⁹⁰ LUCIANI M., voce *Salute*, *loc. ult. cit.*. Sul tema, v. più ampiamente *infra*, cap. II.

¹⁹¹ MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, vol. I, 1961, pag. 2, cit. da MORANA D., *op. cit.*, pag. 170.

¹⁹² BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, *cit.*, pag. 68.

rispetto della dignità e della libertà della persona umana», all'art. 33, comma 1, afferma che «gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono di norma volontari»¹⁹³; ciò vuol dire che, attualmente, la regola è quella della volontarietà del trattamento sanitario, che trova eccezione solo nei casi in cui la legge ne disponga l'obbligatorietà, a causa della potenziale lesione di un interesse della collettività (alla conservazione della salute, appunto)¹⁹⁴.

Premesso che, per trattamento sanitario, si intendono «tutte le attività diagnostiche e terapeutiche volte a prevenire o curare le malattie»¹⁹⁵, l'imposizione di una tale attività non può essere giustificata dal «solo (presunto) interesse dell'individuo (né ovviamente per scopi diversi da quelli sanitari, come ad esempio per scopi di sicurezza o di giustizia)»¹⁹⁶, ma solo quando sia necessaria per scongiurare un pericolo per la salute degli altri consociati¹⁹⁷.

Più precisamente, affinché il legislatore possa disporre dei trattamenti sanitari a prescindere dal consenso dei destinatari (ma non imponendoli coattivamente), bisogna che si avverino determinate condizioni¹⁹⁸.

Innanzitutto, il trattamento non può essere imposto «se non per disposizione di legge»¹⁹⁹; dalla riserva di legge discende che il legislatore non può imporre «un obbligo generico di mantenersi in buona salute», bensì potrà prevedere nei confronti dei singoli «un obbligo di curarsi relativamente ad una data malattia, o ad un gruppo di malattie», oppure soltanto dei «singoli trattamenti sanitari»²⁰⁰.

Il secondo limite previsto dall'art. 32 Cost. è il «rispetto della persona umana»²⁰¹: esso è sicuramente più «incisivo» di quello originariamente previsto nell'art. 26 del Progetto, che vietava «le pratiche lesive della dignità umana»²⁰². Del resto, già in seno all'Assemblea costituente, durante la seduta del 24 aprile 1947, l'On. Caronia proponeva di emendare il comma suddetto, sostituendo il limite della dignità umana con quello della «personalità umana»²⁰³.

¹⁹³ Cfr. PASCUCCI L., *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, in Aa.Vv., *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di SESTA M., Rimini, 2014, pag. 210.

¹⁹⁴ PASCUCCI L., *loc. ult. cit.*.

¹⁹⁵ MODUGNO F., *op. cit.*, pag. 303.

¹⁹⁶ Cfr. BARILE P., *op. cit.*, pag. 386.

¹⁹⁷ L'evoluzione giurisprudenziale e legislativa relativa ai trattamenti sanitari obbligatori sarà analizzata *infra*, cap. II.

¹⁹⁸ MORANA D., *op. ult. cit.*, pag. 174.

¹⁹⁹ Per approfondimenti sul carattere assoluto o relativo della riserva di legge, si veda MORANA D., *op. cit.*, pag. 192 ss.

²⁰⁰ Cfr. BARILE P., *op. cit.*, pag. 385.

²⁰¹ Cfr. D'ALESSIO R., *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei testimoni di Geova)*, in *Dir. e soc.*, 1981, pag. 548.

²⁰² LUZZI S., *Salute e sanità nell'Italia repubblicana*, Roma, 2004, pag. 122. Per un approfondimento sull'*iter* che ha portato l'Assemblea costituente a sostituire le «pratiche lesive» della dignità con il rispetto della «persona umana», v. LUZZI S., *op. cit.*, pag. 122 ss.

²⁰³ Intervento in Assemblea costituente dell'ON. CARONIA, in Atti Assemblea costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione, cit.*, vol. II, pag. 1215.

A parere di Luciani, «il rispetto della persona umana coincide dunque con il rispetto della libertà di scelta del singolo, che solo può fissare le modalità e il disegno del proprio essere persona. A questa libera scelta la Costituzione appone solo dei confini esterni, riassunti nel principio della *pari dignità sociale* (art. 3, 1° co.). Che – appunto - non riguarda solo i terzi e i pubblici poteri, ma si rivolge allo stesso individuo, cui è preclusa la scelta di degradarsi nei confronti degli altri consociati. [...] La costituzione, in definitiva, non vuole dirci cosa la persona sia o debba essere, ma ci dice cosa non è e non può socialmente essere. Entro questi confini esterni che la Costituzione si limita a fissare, la volontà del singolo torna ad essere sovrana»²⁰⁴.

La formula “rispetto della persona umana”, comunque, mantiene un grado di indeterminatezza che l’interprete deve evidentemente tradurre in un contenuto specifico²⁰⁵. Per gran parte della dottrina, esso fa riferimento non solo agli elementi che attengono alla relazione medico-paziente (includendo in essa anche i vari operatori sanitari), ma anche a tutte quelle circostanze relative allo svolgimento dell’attività terapeutica del caso, che dovranno essere bilanciate con gli interessi del privato, «il cui sacrificio non appaia strettamente necessario al conseguimento del fine curativo»²⁰⁶.

Secondo Morana, la formula evidenzia che l’art. 32 Cost. tutela un bene diverso da quello della dignità umana: «quest’ultima, infatti, può essere violata mediante offese di ordine morale o a causa di abbandono in situazioni di degrado fisico», mentre «il rispetto della persona umana [...] oltrepassa queste fattispecie ed arriva a coprire anche, come si è detto, le esigenze collegate al pudore della persona sottoposta al trattamento sanitario ed alla riservatezza delle notizie che concernono il suo stato di salute»²⁰⁷.

Se è vero che i trattamenti sanitari possono classificarsi in obbligatori, non obbligatori e coattivi e che si sono illustrate le caratteristiche dei primi, va osservato, per quanto riguarda i secondi, che il problema essenziale è la definizione dei limiti del c.d. consenso informato - tematica sulla quale si tornerà ampiamente nel capitolo III di questo lavoro -, quale diritto del paziente a partecipare alle decisioni relative al trattamento sanitario, necessario «a far uscire il malato dal cono d’ombra della soggezione al medico [...], a fargli assumere consapevolmente ogni scelta, di tipo diagnostico e terapeutico, che coinvolga la propria salute e il proprio corpo»²⁰⁸.

²⁰⁴ LUCIANI M., voce *Salute*, *op. cit.*, pag. 10.

²⁰⁵ MORANA D., *op. cit.*, pag. 202. Sull’indeterminatezza della formula, il LUCIANI, in voce *Salute*, *cit.*, pag. 10, evidenzia che «la Costituzione non pretende di imporre all’individuo una immagine preconfezionata della personalità umana, e al contrario lo lascia libero di autodeterminarsi, di definire e di sviluppare se stesso come “persona”».

²⁰⁶ MORTATI C., *La tutela della salute*, *op. cit.*, pag. 8.

²⁰⁷ MORANA D., *op. cit.*, pag. 205.

²⁰⁸ PEZZINI B., *op. cit.*, pag. 87.

I trattamenti coattivi, invece, si differenziano qualitativamente dai primi: essi sono imposti dal legislatore senza o contro il consenso dell'interessato. Nelle rarissime ipotesi in cui una terapia sia coattivamente imposta²⁰⁹, alle garanzie previste dall'art. 32 Cost. si aggiungono quelle legate all'art. 13 Cost., a tutela della libertà personale²¹⁰.

Si è in presenza, qui, delle "altre" restrizioni della libertà personale cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 13 Cost. ("Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge")²¹¹, secondo una tesi che ha trovato spazio anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale²¹².

d) Il diritto di esser curato. Il diritto degli indigenti alle cure gratuite.

Prendendo una suddivisione proposta di Morana²¹³, la tutela della salute può essere di due tipologie: diretta e indiretta. L'A. prende le mosse dalla considerazione che l'art. 32 Cost. contiene ben tre disposizioni normative: le prime due (primo e secondo comma della norma) fonderebbero il classico diritto di libertà, avente carattere immediatamente precettivo; la terza (primo comma, sia nella parte della "tutela" che in quella della garanzia di "cure gratuite agli indigenti") sarebbe invece fonte del diritto a prestazione²¹⁴.

In riferimento alla libertà, la tutela alla salute ha ad oggetto non solo il dovere di tutti di astensione da comportamenti lesivi della salute altrui, ma anche quello della Repubblica di vigilare e reprimere eventuali lesioni; per ciò, in questa prospettiva, la tutela si configura come indiretta, avendo ad oggetto non la salute in sé, bensì la libertà di salute²¹⁵. Per il diritto a prestazione, invece, la corrispettiva tutela può dirsi diretta: lo Stato è obbligato alla prestazione sanitaria in virtù del fatto

²⁰⁹ A titolo esemplificativo, si pensi ai ricoveri e agli isolamenti coattivi previsti per i malati di tubercolosi e agli hanseniani, ex artt. 280 e 286 delle leggi sanitarie (T.U. approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265); sul tema, PANUNZIO S. P., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. e soc.*, 1979, pag. 888 s.

²¹⁰ Cfr. PANUNZIO S. P., *loc. ult. cit.*: riserva assoluta di legge, riserva di giurisdizione, derogabilità di quest'ultima in casi di necessità ed urgenza (art. 13 commi secondo e terzo), ricorso in Cassazione ex art. 111, comma settimo. Per un approfondimento sul tema della libertà personale, v. ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.

²¹¹ Per un approfondimento sul rapporto tra art. 32 e art. 13 Cost., v. MORANA D., *op. cit.*, pag. 189 ss.; v. anche PANUNZIO S. P., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione, cit.*, pag. 887 ss.

²¹² Corte. cost., sent. 24 marzo del 1986, n. 54, in *Giur. cost.*, 1986, p. 387 ss.: «Non è esatto, infatti, che il Giudice non incontri limite alcuno ai suoi poteri dispositivi in materia penale ed ai mezzi per attuarli, perché l'ordinamento giuridico-processuale va letto nel contesto della Costituzione e con i limiti opposti dai suoi principi fondamentali. Così non potrebbe il giudice disporre mezzi istruttori che mettessero in pericolo la vita o l'incolumità o risultassero lesivi della dignità della persona o invasivi dell'intimo della sua psiche, perché sarebbero in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost. Come non potrebbe il Giudice, mediante i mezzi istruttori, mettere in pericolo la salute del periziando perché violerebbe l'art. 32 Cost.». La successiva evoluzione giurisprudenziale sarà analizzata *infra*, cap. II.

²¹³ MORANA D., *op. cit.*, pag. 69 ss.

²¹⁴ Nel significato di cui *supra*, par. 3.

²¹⁵ MORANA D., *op. cit.*, pag. 70.

che interviene a tutelare direttamente la salute (non la libertà) ed è proprio in tale contesto che rientra la garanzia delle cure gratuite ai non abbienti²¹⁶.

Quindi, il diritto a prestazione trova garanzia costituzionale nel primo comma dell'art. 32 Cost., sia nella parte in cui afferma la tutela della salute come “fondamentale diritto dell'individuo” sia nella parte in cui impone alla Repubblica di “garantire cure gratuite agli indigenti”.

La pubblica prestazione sanitaria è particolarmente composita, in quanto comprende «attività preventiva, curativa, di riabilitazione, di assistenza finanziaria e ospedaliera, di polizia sanitaria; in termini generalissimi, il contenuto del diritto sociale alla salute si può riassumere *nel compito dello Stato di realizzazione di strutture pubbliche sanitarie adeguate*»²¹⁷.

Tale prestazione, nonostante abbia come diretto titolare il singolo, produce un'immediata utilità anche per l'intera collettività: tale caratteristica di “universalità” nella destinazione risulta ben chiaramente dalle parole dell'On. Camangi, durante la seduta del 24 aprile 1947, in seno all'Assemblea costituente: «il concetto informatore del mio emendamento [...] è questo: stabilire il principio che l'assistenza sanitaria, intesa nel senso più completo, quindi medici, medicine, analisi, ospedali, ecc. deve essere una *funzione dello Stato* (corsivo nostro), dei suoi organi centrali e periferici, e deve essere una prestazione alla quale devono aver diritto *tutti i cittadini, indipendentemente dalle loro condizioni economiche* (corsivo nostro); stabilire, naturalmente, il principio per fare qualcosa di nuovo e per eliminare - soprattutto in applicazione immediata e pratica di quello che abbiamo già precedentemente stabilito - una delle più dolorose disparità, una delle più dolorose ineguaglianze che attualmente vi sono tra i cittadini italiani»²¹⁸.

Qualora le “adeguate” strutture esistano, la prima manifestazione del diritto alla salute è, sicuramente, il diritto di scegliere il medico curante²¹⁹.

Tuttavia, nonostante il «bene afferente alla salute vada ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione» e anche se, in tale prospettiva, «si collochi il diritto del cittadino alla libera scelta del medico e del luogo di cura», è ovvio che «la tutela di siffatto diritto vada assicurata “nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi sanitari”»²²⁰, secondo quanto prescrive l'art. 19 della l. 23 dicembre 1978, n. 833²²¹.

La giurisprudenza ordinaria ritiene che il diritto alla salute possa essere esercitato alla stregua di vero diritto soggettivo solo se la scelta del paziente rientra nell'ambito degli elenchi dei medici

²¹⁶ MORANA D., *op. cit.*, pag. 70 s.

²¹⁷ PEZZINI B., *op. cit.*, pag. 26.

²¹⁸ Intervento in Assemblea costituente dell'ON. CAMANGI, in Atti Assemblea costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione, cit.*, vol. II, pag. 1217.

²¹⁹ Cfr. LUCIANI M., voce *Salute, cit.*, pag. 8.

²²⁰ Cfr. Corte cost., sent. 10 novembre del 1982, n.175, in *Foro it.*, 1982, I, pag. 583 ss.

²²¹ Cfr. LUCIANI M., *loc. ult. cit.*

convenzionati con il Servizio sanitario nazionale²²². Di conseguenza, il diritto del singolo si traduce nella pretesa all'ottenimento dei trattamenti di "miglior livello" che gli operatori sono in grado di fornire, in quelle determinate circostanze²²³.

Occorre però distinguere il diritto ad essere curato dal diritto a ricevere cure gratuite.

Il diritto ad esser curato si deve tradurre nella pretesa ad avere cure, anche se a pagamento: è possibile, quindi, che si richieda una compartecipazione al privato oppure che la spesa sia da lui interamente sostenuta²²⁴.

Alla collettività, infatti, la prestazione sanitaria è assicurata, ma non necessariamente in forma gratuita²²⁵: spesso, invero, come notano Balduzzi e Servetti, si finisce per confondere «il diritto a ottenere trattamenti sanitari anche se a pagamento [...] con il diritto a ottenere trattamenti pagati con il denaro pubblico»²²⁶.

La Corte costituzionale, nella sent. 27 luglio 1982, n. 142²²⁷ (in tema di deducibilità delle spese medico-chirurgiche), ha chiarito che è dovere del legislatore quello dell'attuazione della previsione costituzionale ora in esame, scegliendone "strumenti, tempi e modi".

In questi termini, il diritto alla salute può essere esercitato indifferentemente nei confronti di strutture private o pubbliche, essendo condizionato al solo «possesso della capacità economica di sopportare i costi relativi. Senonché [...] quando tale diritto viene vantato nei confronti delle strutture pubbliche, si risolve nel diritto ad avere cure pagate in prevalenza con pubblico denaro».

Sin dai primi anni '80, la Corte costituzionale ha affermato una tesi, relativamente al diritto alla salute²²⁸, poi ribadita con la pronuncia n. 304 del 1994: «Questa Corte ha ripetutamente affermato – e il giudice "a quo" non contesta affatto tale affermazione – che, nell'ambito della tutela costituzionale accordata al "diritto alla salute" dall'art. 32 della Costituzione, il diritto ai trattamenti sanitari "è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui

²²² LUCIANI M., *loc. ult. cit.*

²²³ LUCIANI M., *loc. ult. cit.*

²²⁴ LUCIANI M., *loc. ult. cit.*

²²⁵ Cfr. BALDUZZI R., SERVETTI D., *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale, cit.*, pag. 32.

²²⁶ BALDUZZI R., SERVETTI D., *loc. ult. cit.*

²²⁷ Corte cost., 27 luglio 1982, n. 142, in *Giur. cost.*, 1982, pag. 1249 ss.

²²⁸ ZICARO V., *Istruzione, spending review e "riserva del possibile" ovvero un viaggio verso la rinuncia dei diritti sociali fondamentali*, in *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, GAMBINO S. (a cura di), Torino, 2015, pag. 627.

dispone al momento” (v. sent. 455 del 1990; v. anche sent. n. 218 del 1994, sent. 247 del 1992, sent. n. 40 del 1991, sent. n. 1011 del 1998, sent. 212 del 1983, sent. n. 175 del 1982). Ciò comporta, come questa Corte ha precisato nelle decisioni appena menzionate, che, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari, essendo basato su norme programmatiche che impongono al legislatore un obbligo costituzionale all’attuazione della tutela della salute, diviene per il cittadino “pieno e incondizionato” nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie»²²⁹.

Per quanto riguarda il diritto ad avere cure gratuite, esso è garantito dall’art. 32 Cost. solo agli “indigenti”.

Tale previsione diede luogo, in Assemblea costituente, a un significativo dibattito e sono due i punti che emersero con chiarezza²³⁰.

In primo luogo, alcuni - tra cui l’On. Caronia - ritenevano che tale formula sapesse “troppo di congregazione di carità” e ne proposero la soppressione; al contrario altri, i quali ebbero maggior influenza nella stesura definitiva dell’articolo - in particolare l’On. Arata -, sperando che non vi fossero “prossimamente più indigenti”, osservavano come essi “per il momento” vi fossero ancora e proponevano, quindi, che nei loro confronti le cure fossero gratuite²³¹.

In secondo luogo, si nota come tutti gli interventi alla Costituente mostravano di muovere dall’idea che “indigente” fosse colui il quale si trovava in «condizioni economiche di particolare disagio se non di povertà»²³².

Ebbene, Pezzini chiarisce lucidamente entrambi i profili. Per quanto riguarda il primo, la Costituzione è fondata sulla “solidarietà sociale” e non sulle “forme dello stato assistenziale”. La *funzione* esercitata dallo Stato è unica, per indigenti e non; il fatto che nei confronti dei primi si prescindano da ogni forma di partecipazione economica, è solo il mezzo attraverso cui la tutela della salute è resa effettiva, «senza per ciò alterare il carattere complessivo dell’intervento statale»²³³.

²²⁹ Corte. Cost., sent. 15 luglio 1994, n. 304, in *Giur. cost.*, 1994, pag. 2606 ss. V. CALDIROLA D., *Welfare State tra sovranità e vincoli di bilancio: ricadute sul principio di sussidiarietà*, in *Federalismi.it*, disponibile in Internet all’indirizzo www.federalismi.it, 2014, pag. 28, la quale sottolinea come la Consulta già «nella sentenza 195/1998 ha statuito che la tutela dei diritti sociali può essere condizionata alla disponibilità delle risorse finanziarie all’uopo necessarie. Bisogna tuttavia considerare che le disponibilità economiche condizionano non solo l’azione della sfera pubblica, ma anche l’intrapresa privata».

²³⁰ Cfr. LUCIANI M., *loc. ult. cit.*

²³¹ Cfr. seduta del 24 aprile 1947, in Atti Assemblea costituente, seduta del 24 aprile 1947, in *La Costituzione, cit.*, vol. II, pag. 1226-1227.

²³² Cfr. LUCIANI M., voce *Salute, cit.*, pag. 9.

²³³ Cfr. PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali, cit.*, pag. 26 s.

Inoltre, relativamente alla nozione di indigenza, essa può essere tradotta nella condizione che non permette al singolo di sostenere le spese necessarie per le cure: «la nozione di indigenza che qui si ricava non può essere rigidamente predeterminata, con riferimento, ad esempio, alla iscrizione negli elenchi comunali dei poveri o ad un determinato reddito minimo; al contrario, solo una nozione di *indigenza relativa*, cioè commisurata ai costi, variabili e spesso elevati, degli interventi diagnostici o terapeutici necessari, può rilevarsi coerente. La disposizione infatti costituisce l’attuazione, in questo ambito specifico, del *principio di uguaglianza sostanziale* che impone l’intervento dello Stato “per rimuovere gli ostacoli di ordine economico”, è diretta cioè ad eliminare le sperequazioni esistenti in relazione alla possibilità di accedere a tutte quelle terapie, interventi, ecc., necessari per preservare la propria condizione di salute; ed è evidente che la disuguaglianza non può essere misurata in astratto, ma solo in relazione al costo concreto di tali interventi»²³⁴.

La garanzia di cure gratuite agli indigenti è uno dei possibili strumenti attraverso cui solamente il legislatore può operare per raggiungere l’obiettivo, costituzionalmente garantito, di tutela della salute, con il limite di circoscrivere l’erogazione di cure gratuite a favore di quei soggetti che rientrano nella categoria di “indigenti”²³⁵.

Significativa, in tal senso, è la sent. 16 luglio 1999, n. 309, della Corte costituzionale, che ha esteso la gratuità delle prestazioni sanitarie ai cittadini italiani indigenti che si trovino all’estero in via temporanea. La Consulta ha infatti affermato che, nella sfera della giustizia costituzionale, non rientra l’attività di «definire nei dettagli i presupposti soggettivi, le condizioni oggettive, i modi, le procedure e le forme nelle quali il diritto degli indigenti deve realizzarsi. Si tratta infatti di valutazioni alle quali non sono estranei margini di discrezionalità apprezzabili solo dal legislatore»²³⁶.

Nella stessa sentenza, la Corte ha sottolineato che, come per tutti i diritti c.d. “finanziariamente condizionati”, anche per la tutela della salute il legislatore incontra il limite delle “risorse finanziarie” all’uopo necessarie²³⁷.

D’altronde, come recentemente ribadito da Carosi, «la materia delle politiche di bilancio e la conseguente allocazione e distribuzione delle risorse per la cura degli interessi della collettività sono settori in cui si sviluppa più liberamente la discrezionalità del legislatore, anche per effetto della

²³⁴ Cfr. PEZZINI B., *loc. ult. cit.*

²³⁵ MORANA D., *op. cit.*, pag. 83.

²³⁶ Corte cost., sent. 16 luglio 1999, n. 309, in *Giur. cost.*, 1999, pag. 2500 ss.

²³⁷ Cfr. PEZZINI B., *Il diritto alla salute come diritto sociale condizionato: le decisioni pubbliche sulla scelta terapeutica come scelte politiche e come scelte tecniche*, in Aa.Vv., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio, Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, a cura di CHIEFFI L., Torino, 2003, pag. 53. V. anche *supra*, CALDIROLA D., *Welfare State tra sovranità e vincoli di bilanci*, *cit.*, pag. 28.

“naturale” limitatezza dei fondi disponibili che impone delle scelte nelle modalità di intervento e nella quantificazione finanziaria»²³⁸.

A tal proposito, nella sent. 12 luglio 2017, n. 169, la Consulta evidenzia come sia necessario un «leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale. Ciò al fine di garantire l'effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie. Ne consegue ulteriormente che, ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica»²³⁹.

Capitolo II

IL DIRITTO ALLA SALUTE NELLE PRINCIPALI PRONUNCE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

1. Lesione psicofisica e danno alla salute

²³⁸ CAROSI A., *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista Aic*, disponibile in Internet all'indirizzo www.rivistaaic.it, 2017, pag. 13.

²³⁹ Corte cost., sent. 12 luglio 2017, n. 169, disponibile in Internet sul sito della Corte costituzionale, all'indirizzo www.cortecostituzionale.it. Con la sentenza sono state decise le questioni di legittimità costituzionale di alcuni articoli del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78 (Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, promosse in riferimento agli artt. 3, 5, 32, 77, 97, 117, 118, 119 e 120 Cost., dalla Regione Veneto e dalla Regione Liguria. In particolare, nel passo della sentenza *supra* riportato, la Consulta argomentava l'infondatezza della questione circa la legittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art. 9-quater, in riferimento agli artt. 3, 32, 97, 117, secondo e terzo comma, Cost., nonché al principio di leale collaborazione di cui all'art. 120 Cost., precisando che «il decreto di cui al citato comma 1, il quale prevede le condizioni di erogabilità e le indicazioni di appropriatezza prescrittiva, ed il successivo comma 2, che pone a carico dell'assistito le prestazioni al di fuori delle condizioni di erogabilità, non vietano certamente al medico le prescrizioni ritenute necessarie nel caso concreto e non pregiudicano quindi la sua prerogativa di operare secondo “scienza e coscienza”. Dette disposizioni rispondono invece ad una finalità di razionalizzazione del SSN».