

Indice

p. 9 Introduzione

Il diritto alla salute

Prima parte

13 Capitolo 1
Profili generali

27 Capitolo 2
Le varie declinazioni del diritto alla salute
2.1. Il diritto alla salute come integrità psico-fisica, 28
2.2. Il diritto di rifiuto alle cure, 37
2.3. La libertà di cura, 48
2.4. La tutela della salute e vincoli economici, 53

Il dovere alla salute

Seconda parte

65 Premessa

73 Capitolo 1
Il dovere alla salute degli antivaccinisti

p. 93	Capitolo 2 <i>Il dovere alla salute come responsabilità individuale</i>
113	Conclusioni
115	Bibliografia

Introduzione

Il lavoro qui proposto è strutturato in due ampie parti.

Nella prima, si esaminerà il fondamentale diritto alla salute, ripercorrendone la graduale valorizzazione e le quattro differenti accezioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato: il diritto alla salute come integrità psico-fisica, che presuppone un'astensione da parte di altri dal cagionare un danno psico-fisico alla persona; il diritto alla salute come libertà c.d. "negativa" di rifiutare determinati trattamenti sanitari, anche se l'ordinamento italiano prevede l'obbligatorietà di alcune prestazioni mediche, come i TSO e talune tipologie di vaccinazioni; il diritto alla salute come libertà c.d. "positiva" di curarsi; infine, il rapporto tra vincoli economici e il diritto alla salute, assodato la sua natura di "diritto finanziariamente condizionato".

Assodati la gravità della crisi economica e l'invecchiamento demografico, che rende la popolazione italiana sempre più bisognosa di prestazioni sanitarie, ci si domanda se il SSN si possa ancora considerare sostenibile.

La risposta appare negativa, perché se è vero che tutti i diritti costano, è assai più vero constatare che i diritti sociali, e in particolare quello alla salute, costituiscono un

ingente onere finanziario per lo Stato: è pacifico affermare l'esistenza di una crisi dello Stato sociale, che, ad avviso della scrivente, non inerisce soltanto alla sua sempre minore sostenibilità economica, ma presenta una portata più ampia, di natura culturale e sociale.

Tale argomentazione funge da collegamento con la seconda parte del volume, nella quale si rifletterà *in primis* sull'esiguo dibattito dottrinale in merito ai doveri costituzionali e, *in secundis*, sulla possibile esistenza di un *dovere* alla salute, seppur non esplicitamente disciplinato dalla Costituzione.

Per quanto concerne il primo interrogativo, ad avviso di chi scrive, talvolta si tende a “maltrattare” i doveri, trascurandoli o contestandoli, ignorando due significativi fattori: essi fanno parte a pieno titolo dell'ordinamento costituzionale italiano e, in quanto tali, meriterebbero maggiori attenzioni e approfondimenti; inoltre, *non* è il loro semplice adempimento a rappresentare una minaccia per la tenuta della democrazia, quanto piuttosto la loro eventuale irragionevole prevaricazione sui diritti fondamentali, come d'altronde si è verificato durante il regime fascista.

Inoltre, nella società odierna appare in atto un'iperinflazione dei diritti, talora confusi con semplici desideri individuali, non meritevoli di tutela da un punto di vista giuridico.

Relativamente al secondo interrogativo si esaminerà invece il conflitto tra la libertà negativa di rifiuto di sottoporsi a vaccinazioni da parte dei gruppi cc.dd. “antivaccinisti” e l'esigenza di tutela della salute individuale e collettiva.

Infine, si tenterà di comprendere se possa configurarsi un dovere alla salute, inteso come obbligo, in capo ad ogni soggetto, di mantenere un'ottima condizione di salute individuale, alla luce del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.

Il diritto alla salute

prima parte

Capitolo 1

Profili generali

Il diritto alla salute, unico tra i diritti costituzionali ad essere qualificato come “fondamentale”¹, rappresenta il principale diritto sociale della Costituzione repubblicana, poiché di presupposto per il pieno e libero esercizio di ogni altra libertà².

Esso è disciplinato dall'art. 32 Cost., che, a dispetto del suo breve impianto contenutistico, ha posto le basi per la costruzione di uno Stato sociale – o “Welfare State”, mediante l'omologa espressione inglese.

Infatti, pur essendo una disposizione costituzionale snella, risulta complessa, poliedrica e foriera di diverse interpretazioni che, infatti, per decenni hanno “attanagliato” la dottrina: si pensi al dibattito nel riconoscere la sua natura di

1. Art. 32 Cost.: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

2. G. Scaccia, *Articolo 32*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana – Commento articolo per articolo*, vol. 1, il Mulino, Bologna 2018, p. 214.

diritto sociale o di diritto di libertà, oppure il suo carattere precettivo o prescrittivo.

All'epoca dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, tale disposto costituzionale era ritenuto all'avanguardia, dal momento che nessuna delle altre Carte Costituzionali europee coeve a quella italiana – né quella tedesca del 1949, né quella francese del 1958 – elevavano la tutela della salute a principio costituzionale³.

Il processo di formulazione dell'art. 32 Cost. ha visto un ampio dibattito in seno all'Assemblea Costituente, seppur non dai toni particolarmente aspri: l'on. Sullo intendeva persino sopprimerlo interamente, poiché sosteneva che «in questa prima parte del progetto di Costituzione, vi siano due categorie di diritti: i diritti di libertà e i diritti sociali [...]. Ma questo articolo non afferma in realtà né diritti di libertà né diritti sociali».

Altri membri, quali l'on. Caronia, ritenevano cruciale stabilire la centralità dello Stato nell'assolvere il compito di tutela della salute, mediante un organo autonomo, tecnico e statale, perché il regionalismo, per la sanità, «potrebbe costituire un danno, se dal solo decentramento amministrativo si dovesse arrivare a quello normativo, donde l'opportunità di affermare in sede costituzionale il principio unitario dell'indirizzo sanitario».

Infine, divergenze di opinioni risiedevano altresì nell'esplicitare la garanzia di cure gratuite agli indigenti, dal momento che, secondo l'on. Caronia, una tale formulazione potrebbe apparire una «congregazione di carità»; del mede-

3. N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto Amministrativo speciale – Tomo primo*, Giuffrè, Milano 2000, p. 377.

simo avviso risultava l'onorevole e medico Merighi, poiché «oggi che tutti tendono alla solidarietà sociale, non possiamo pensare ad una categoria di cittadini [...] che continuino ad aver bisogno della carità: non c'è più carità; c'è la solidarietà sociale»⁴.

Analizzando la disposizione costituzionale attualmente vigente, si evince come tale diritto presenti una dimensione individuale, delineabile come diritto all'integrità psico-fisica del soggetto, ed una dimensione collettiva, che consente l'apposizione di vincoli alle scelte individuali considerate potenzialmente inidonee alla salvaguardia della salute come bene comune indivisibile.

La portata dell'introduzione nella Costituzione di questa peculiare categoria di diritti – i diritti sociali, appunto – è vastissima, dal momento che si tratta di diritti individuali esercitabili dalla persona in quanto tale, e non da determinati soggetti bisognosi mediante l'intervento dei pubblici poteri.

Ciò si configura come una vera e propria rivoluzione rispetto al tipico Stato liberale ottocentesco, che, al contrario, si limitava a tutelare i cc.dd. diritti di libertà e non era tenuto ad attivarsi nella realizzazione di prestazioni positive volte a tutelare i diritti dei singoli.

Non a caso, la forma di stato repubblicana, costituitasi dopo la seconda guerra mondiale, è identificabile come uno Stato democratico sociale, a riprova della evoluta importanza rivestita dai diritti sociali⁵.

4. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. II, Camera dei Deputati – Segretariato Generale, Roma 1970, p. 1215 ss.

5. E, analogamente, l'art. 1 della Costituzione spagnola definisce la Spagna come «Stato sociale e democratico di diritto». Inoltre, l'art. 3 della legge fon-

Tuttavia, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, il diritto alla salute era considerato una mera formula programmatica, priva di valore giuridico e inidoneo ad essere direttamente azionabile dal singolo.

Questo scetticismo scaturiva da una concezione semplicistica di salute, identificata, infatti, come “assenza di malattia”, non inclusiva degli aspetti sociali e relazionali dell'individuo⁶.

La salute, negli anni successivi all'istituzione dell'ordinamento repubblicano italiano, veniva considerata alla stregua della sanità pubblica e, dunque, una semplice attività burocratico-amministrativa.

All'epoca, vigeva il c.d. modello concettuale “biomedico”, che considerava i processi biologici separati da quelli psico-sociali e, pertanto, l'organismo veniva considerato una macchina, e la patologia rappresentava semplicemente un malfunzionamento del corpo-macchina.

Si riteneva che tutte le malattie, incluse quelle mentali, derivassero da una deviazione esclusivamente biologica.

La mente e il corpo erano due entità distinte e, dunque, anche nel diagnosticare la malattia, spesso non si esaminava la dimensione psico-sociale e comportamentale⁷.

damentale di Bonn del 1949 disciplina il principio di uguaglianza, sia di natura formale, sia di natura sostanziale, a riprova che anche l'ordinamento tedesco è configurabile come uno Stato sociale, al pari di molti altri ordinamenti democratici statali sorti dopo la fine della seconda guerra mondiale.

6. Ciò genera notevole stupore se si considera che il diritto alla salute è inserito all'interno del Titolo II della Costituzione, recante i “Rapporti etico-sociali”, a riprova che la salute non avrebbe dovuto essere considerata soltanto dal punto di vista biologico.

7. Nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si faceva esclusivo riferimento alla salute fisica. A tale riguardo, si veda l'intervento dell'on. Camangi: «La pubblica salute deve essere veramente la suprema legge della Repubblica,

Si tratta di una concezione evidentemente discutibile, dal momento che proprio poco tempo prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, l'Italia aveva deciso di aderire alla neonata Organizzazione Mondiale della Sanità, appartenente all'Organizzazione delle Nazioni Unite⁸.

Aderendo all'OMS, l'Italia conseguentemente aveva deciso di fare propria la definizione che tale organizzazione internazionale elaborava riguardo al concetto di "salute": «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non meramente l'assenza di malattia o infermità⁹», ben differente da quella che animava il dibattito in Italia.

Inoltre, lo stesso documento fondativo dell'OMS riconosce il diritto alla salute come «uno dei diritti fondamentali dell'uomo senza distinzioni di razza, religione, orientamento politico, condizioni sociali ed economiche» e stabilisce, altresì, che «i governi sono responsabili della sanità dei loro popoli; essi possono fare fronte a questa responsabilità, unicamente prendendo le misure sanitarie e sociali adeguate».

Nonostante il monito dell'OMS riguardante la necessità di implementazione di provvedimenti adeguati a rendere realmente esercitabile il diritto alla salute, l'art. 32 Cost.,

suprema legge per la tutela di quel patrimonio fondamentale della Repubblica che è la salute *fisica* [corsivo dell'autore] dei cittadini». *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, v. II, op. cit., p. 1217.

8. Decreto legge C.P.S. 4 marzo 1947, n. 1068, "Approvazione del Protocollo concernente la costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità stipulato a New-York il 22 luglio 1946".

9. Occorre osservare che tale definizione è stata molto criticata e, pertanto, viene ritenuta superata. Emblematico, a tal proposito, il volume di F. Leonardi, *Il grande paradosso della salute. La salute non è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale. Nuove prospettive*, Felici, Pisa 2015.

all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, rimase inattuato¹⁰.

L'idea che il diritto alla salute potesse essere direttamente azionabile dal singolo anche nei rapporti tra privati risultava del tutto remota e ignorata dalla dottrina giuridica¹¹.

In seguito, nel corso dei decenni, si fece strada una visione più dinamica e complessiva di "salute": nel 1958, quindi ben dieci anni dopo la promulgazione della Costituzione, si adottò la legge di istituzione del Ministero della Sanità, specificamente competente nelle questioni sanitarie¹²; si stipularono diverse Convenzioni internazionali¹³, così come si diffusero innovativi Rapporti ministeriali¹⁴ ed infine si registrarono rilevanti novità legislative in Italia, come la legge n.

10. Tuttavia, sarebbe illusorio ritenere che la semplice promulgazione della Carta Costituzionale nel 1948 avrebbe potuto segnare una significativa evoluzione del concetto di "salute", da mero interesse pubblico, quale era fino a pochissimo tempo prima, a fondamentale diritto dell'individuo. Infatti, non si tratta di un semplice cambiamento "giuridico" (da monarchia a repubblica, dallo Statuto Albertino alla Carta Costituzionale), ma di un drastico cambio nella gerarchia valoriale della società. Non è un caso che l'art. 32 venga concretamente attuato alcuni decenni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, mediante la legge n. 132/1968, dapprima, e l'istituzione del SSN poi.

11. Lo ricorda L. Montuschi, *Art. 32 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione – art. 29-34*, Zanichelli, Bologna 1976, p. 153.

12. Legge 13 marzo 1958, n. 296, "Costituzione del Ministero della sanità".

13. A titolo esemplificativo, la Carta Sociale Europea, adottata il 18 ottobre 1961 in seno al Consiglio d'Europa, e ratificata il 3 luglio 1965, con legge n. 929. E anche la Convenzione Internazionale sui Diritti Economici, sociali e culturali, firmata il 16 dicembre 1966 e ratificata dall'Italia il 25 ottobre 1977, con legge n. 881.

14. Si fa riferimento al Rapporto Lalonde, dal nome del ministro della Salute in Canada, che nel 1974 identificò quattro campi in grado di influenzare lo stato di salute individuale: l'aspetto biologico, l'ambiente, lo stile di vita, l'organizzazione delle strutture sanitarie. Per la prima volta si sostenne che la salute individuale sia condizionata anche dalle azioni del singolo, ragion per cui nel testo si allude alla "promozione della salute".

132/1968¹⁵, c.d. “legge Mariotti” dapprima, e l’istituzione del Servizio Sanitario Nazionale poi¹⁶.

La salute, infatti, iniziò ad essere considerata condizione per la realizzazione della personalità dell’individuo, includendo al proprio interno non soltanto il concetto di benessere psico-fisico, ma anche le capacità logiche, affettive e relazionali del soggetto e quindi tutti quei valori che con essa interagiscono¹⁷.

Infatti, il SSN garantisce equità, universalità e uguaglianza di accesso ai servizi sanitari, senza discriminazioni di alcun tipo, rappresentando quindi un’ottima esemplificazione di applicazione dell’art. 3 Cost. nella sua interezza, sia da un punto di vista formale, vietando irragionevoli e contraddittorie differenziazioni di trattamento, sia da un punto di vista sostanziale, mediante l’intervento dei pubblici poteri volto a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità umana¹⁸.

15. Legge 12 febbraio 1968, n. 132, “Enti ospedalieri e assistenza ospedaliera”.

16. La celebre legge 23 dicembre 1978, n. 833, “Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale”.

17. C. Vignali, *La tutela della salute*, in «Acta Biomedica», MattioliHealth, 2004, p. 193. Ma anche Cass. civ., sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748: «nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza».

18. Lo stesso on. Camangi, durante il suo intervento in seno all’Assemblea Costituente, dopo aver enunciato l’art. 3 c. 2 Cost. e riferendosi alla tutela della salute, disse: «È questa, io credo, una delle più importanti applicazioni di questo principio che noi abbiamo già sancito. Stabilire un principio, dicevo, non per amore di affermazioni utopistiche o, peggio, per fare della demagogia, ma per tradurlo in atto. Se io pensassi soltanto lontanamente ad una impossibilità di questa traduzione in atto, mi vergognerei di parlare di questo argomento e in questo senso». *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, v. II, op. cit., p. 1217.