

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO ALLA SALUTE: RIFLESSI GIURISPRUDENZIALI ED ORGANIZZATIVI

A cura di Gloria Mancini Palamoni

Sommario: 1. Premesse; 2. Il diritto alla salute; 3. Il concetto “relativo” di salute; 4. Salute e diritti sociali; 5. La tutela della salute nell'organizzazione sanitaria; 6. Le interpretazioni giurisprudenziali; 7. Conclusioni.

1. Premesse

Storicamente il diritto alla salute ha subito una inevitabile evoluzione.

È possibile, infatti, individuare tre fasi, con differenti qualificazioni giuridiche del diritto in argomento: nella fase pionieristica, la salute era considerata quale mera questione di ordine pubblico; nella fase intermedia, il diritto alla salute veniva qualificato quale tipico diritto sociale; ai nostri giorni, invece, la salute è individuata come vero e proprio diritto soggettivo del cittadino.

Al momento della formazione degli Stati unitari, considerato che le attribuzioni ed i fini dello Stato stesso non superavano, normalmente, la soglia dell'esercizio delle mere funzioni pubbliche, la tutela della salute non poteva che essere vista alla stregua di una questione di ordine pubblico.

In tale periodo storico, difatti, vi era una scarsa propensione da parte dello stato di diritto (o liberale) a considerare ed ad occuparsi del benessere sociale dei cittadini.

Successivamente, causa l'ingresso delle masse della popolazione nella scena politica e sociale dei vari Stati europei, con le proprie organizzazioni, quali i partiti politici ed i sindacati, lo Stato liberale veniva messo a dura prova.

Nella maggior parte dei Paesi europei, l'urto delle masse dei cittadini si è potuto assorbire solo con riforme strutturali che hanno portato alla nascita dello Stato sociale¹.

In tale contesto storico, il diritto alla salute è dunque inserito nella generale categoria dei c.d. diritti sociali, categoria che può essere definita come diritti del cittadino a ricevere determinate prestazioni da parte degli apparati pubblici dello Stato.

¹ FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513 ss.

Nel nostro Paese il diritto alla salute, immediatamente dopo l'emanazione della Carta Costituzionale del 1948, continuava ad essere inquadrato, sia per l'implicito riconoscimento contenuto nella stessa Costituzione, sia per l'origine storica dello stesso, quale diritto sociale.

In tale contesto temporale, invero, il diritto alla salute era visto in una veste di interesse positivo ad una protezione attiva dell'integrità psico-fisica dell'uomo, più che in quella di mero interesse negativo all'intangibilità della semplice integrità fisica.

Ragion per cui la dottrina ha per lungo tempo contestato la legittimità e l'opportunità dell'inserimento del diritto alla salute nel "catalogo" dei diritti fondamentali dell'uomo, accanto al diritto della libertà ed al diritto di proprietà.

Tuttavia, le profonde trasformazioni dello stato di diritto e della società nel suo complesso hanno fatto sì che le suddette posizioni dottrinali siano oggi da considerarsi assolutamente insostenibili e superate.

È, difatti, oramai acclarato che il principio sul quale i diritti sociali e, dunque, anche il diritto alla salute, riposano, quello di uguaglianza, non è in contrasto con l'originario opposto principio di libertà ma ne è in una certa misura condizione ed ulteriore e migliore specificazione.

Consegue, quindi, che la *ratio* di qualsiasi diritto fondamentale è rinvenibile esclusivamente nella funzione sociale dello stesso e, dunque, in una dimensione retta dal rapporto fra eguaglianza e libertà e non, invece, esclusivamente dalla presenza dell'ultimo dei suddetti principi.

Dunque, essendo tra i diritti sociali il diritto alla salute qualificato dal Costituente quale diritto fondamentale, esso deve collocarsi a pieno titolo in posizione paritaria rispetto ai classici diritti di libertà.

Naturalmente, il diritto alla salute nella sua qualifica di diritto fondamentale è anche da ritenersi inalienabile, intrasmissibile, irrinunciabile e, in certi limiti, indisponibile².

2. Il diritto alla salute

Il diritto alla salute mira a garantire non solo l'*essere*, ovvero l'esistenza del soggetto, ma anche il "*bene essere*", attraverso il diritto all'assistenza e mediante la rimozione di tutti quei fattori negativi

² GRECO, *Il "nocciolo duro del diritto alla salute"*, in *La Responsabilità civile*, aprile 2007, 299 e ss.

che, attentando alla convivenza dell'individuo nel contesto sociale in cui vive, ne menomano le possibilità operative e di relazione.³

Quando si parla di salute emergono necessariamente molteplici criticità: la sua nozione, ora più che mai, si inserisce in un contesto che esula dalla semplice assenza dello stato di malattia o di infermità e ha sempre più a che fare con le esigenze finanziarie.⁴

Per *salute*, senza aggettivi di sorta (fisica, psichica, individuale, collettiva), deve intendersi quella prevista al comma 1 dell'art. 32 Cost.

Esso così recita: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*”

La disposizione, nel sancire la tutela della salute come “*diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività*”, di fatto obbliga lo Stato a promuovere ogni opportuna iniziativa e ad adottare precisi comportamenti finalizzati alla migliore tutela possibile della salute, in termini di generalità e di globalità; il mantenimento di uno stato di completo benessere psico-fisico e sociale costituisce, difatti, oltre che un diritto fondamentale per l'uomo, per i valori di cui lo stesso è portatore come persona, anche un preminente interesse della collettività per l'impegno ed il ruolo che l'uomo stesso è chiamato ad assolvere nel sociale, nell'ambito dello sviluppo e della crescita della società civile.

Sul piano della rilevanza giuridica si ha, pertanto, che tale norma è, nel contempo, programmatica, in quanto impegna il Legislatore su molteplici piani (della ricerca e della sperimentazione, nonché burocratico-organizzativo) verso idonee iniziative volte all'attuazione di un compiuto sistema di tutela adeguato alle esigenze di una società che cresce e che progredisce, ma anche precettiva in quanto l'individuo, come cittadino, vanta nei confronti dello Stato un vero e proprio diritto soggettivo alla tutela della propria salute.

Come anticipato, la tutela della salute è intesa non solo come bene personale, ma anche come bene dell'intera collettività, collettività che, appunto, ha bisogno della salute di tutti i suoi componenti per meglio crescere ed affermare i propri valori.⁵

³ CACCIAVILLANI, *Il diritto del «malato» alle cure*, in *Giust. civ.* 1997, 09, 419.

⁴ Per cenni su tale argomento si rinvia al Paragrafo 4 della presente trattazione.

⁵ SACCO, *Art. 32 della costituzione italiana: diritto alla salute - come sono state realizzate e continuano a realizzarsi le riforme nella sanità*, su Centro Studi diritto sanitario, www.dirittosanitario.net.

La norma integra, dunque, i cangianti contorni strutturali non solo di un *diritto soggettivo*, ma anche quelli di un *interesse collettivo*, di un *diritto sociale* e di un *limite* all'esercizio di altri diritti.⁶

Storicamente, il principio non trovava riscontro formale nello Statuto Albertino, né, del resto, in tutte le altre Costituzioni della seconda metà del secolo scorso (ancorate alla formula classica dello Stato di derivazione liberale), il quale si limitava a tutelare il diritto alla vita e alla libertà personale.

Da una comparazione storica, pare che soltanto la Costituzione di Weimar del 1919 facesse un accenno alla salvaguardia della salute, mentre quasi tutte le altre Carte emanate poco dopo questa, pur contenendo specifiche affermazioni sui diritti fondamentali della persona, non richiamassero in maniera precisa il diritto del cittadino alla protezione della propria salute.

La Costituzione italiana rappresenterebbe, dunque, la sola, fra quelle contemporanee, che, nel conferire rilievo costituzionale agli interessi collegati alla salute dei cittadini, ne abbia dato una disciplina compiuta; ciò, facendo sorgere, in capo ai cittadini, una ben precisa pretesa a determinati interventi e prestazioni statali volti a prevenire o rimuovere occasioni suscettibili di compromettere la loro sanità.

Tale pretesa verrà ad aggiungersi a quelle garantite da altre norme costituzionali come quelle sancite, ad esempio, agli artt. 35, 36 e 37 Cost., disposizioni volte ad assicurare che l'attività di lavoro si svolga in condizioni tali da preservare la salute dai danni provenienti dall'ambiente in cui si presta o dalla insufficienza del salario a procurare i mezzi di sussistenza.⁷

Il Costituente, infatti, ha individuato le fondamentali situazioni soggettive collegate alla tutela stessa tentando di delineare, nel modo più preciso possibile, i limiti entro i quali devono essere contenuti gli interessi statali⁸ e facendo sì che la salute costituisse un valore giuridico legato all'evolversi dei processi biologici garantiti nel loro sviluppo fisiologico in funzione del sorgere della vita e della sua conservazione.

Ciò proprio perché quasi tutti i valori della corporeità hanno una rilevanza costituzionale in virtù del principio generale di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo.

⁶ PICCIONE, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.* 2010, 05, 4137.

⁷ BOTTARI, *op. cit.*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, 15 e ss.

⁸ MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 13

3. Il concetto “relativo” di salute

Si è già detto che la tutela del diritto alla salute si manifesta in continua evoluzione.

Com'è noto, infatti, il concetto di salute è andato modificandosi nel tempo, in particolare, in conseguenza dei mutamenti della società e dell'ambiente circostante, ampliandosi e mostrando le diverse sfaccettature di un medesimo valore.

Sulla base di queste prime anticipazioni, una definizione del concetto di salute potrebbe essere, dunque, quella che lo considera come una “*formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate fra loro e talvolta legate da un nesso tutt'altro che diretto*”⁹.

Tale accezione, palesemente relativistica, supera grandemente quella nozione di salute derivante dalla medicina legale e strettamente collegata al concetto di malattia.

Suddetta descrizione, infatti, rappresenta una definizione *in negativo*: salute significherebbe, invero, assenza di patologie, di menomazioni o di processi patologici, rifacendosi a quella nozione di malattia utilizzata a fini previdenziali e che dà luogo a prestazioni economiche.

Secondo l'interpretazione previdenziale, invero, la *malattia* è considerata come una *qualsiasi alterazione dello stato di salute, di durata superiore a tre giorni (c.d. periodo di carenza), che richieda l'assistenza medica o chirurgica o la somministrazione di mezzi terapeutici*; tale definizione mette in luce una sovrapposizione tra integrità fisica e salute.

Se si considera come aspetto saliente della malattia, invece, l'alterazione dei normali comportamenti del soggetto, assume essenziale rilevanza giuridica il momento in cui il soggetto interessato acquisisce conoscenza della patologia.

La *malattia giuridica* differisce, dunque, dalla nozione medica e prescinde dalla circostanza che l'affezione si sia esteriorizzata in disturbi, sintomi o altre manifestazioni.

Sul piano giuridico, la condizione del malato ha diverse conseguenze, come quelle relative, ad esempio, ai trattamenti sanitari obbligatori piuttosto che all'erogazione di trattamenti previdenziali, assistenziali, assicurativi, eccetera.

Da un punto di vista *statistico*, invece, l'uomo in salute è quel soggetto i cui parametri biologici risultano *normali* rispetto ad un prototipo ideale di tipo, appunto, statistico.

⁹ LUCIANI, *Salute – I. Diritto alla salute – dir. Cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1.

Da questa prospettiva, dunque, il concetto di salute fa rinvio ad un ordine o ad un sistema di regole biologiche preesistenti.

Intesa come *sub specie iuris*, invece, la salute rappresenta un *parametro ottimale* verso cui la società dovrebbe tendere, mentre sul piano oggettivo è un' *aspirazione* o, addirittura, una *speranza*.

Il concetto di salute deve, dunque, essere interpretato non soltanto nella sua accezione negativa, come assenza di malattia, ma anche nel senso positivo di benessere biologico e psichico dell'uomo da conservare e da promuovere.

Essa deve tendere verso il presupposto per cui ognuno ha il diritto a raggiungere la *migliore condizione di salute che sia possibile*¹⁰; è in tal senso che essa si atteggia a valore fondamentale della persona umana reclamando, in quanto oggetto di specifica previsione costituzionale, lo *status* di principio generale dell'ordinamento.

In questa dimensione, il valore della salute risulterà idoneo ad abbracciare una molteplicità di situazioni, anche affettive, relazionali, sociali e che assumono rilevanza in funzione della qualità della vita.¹¹

L' *Organizzazione Mondiale della Sanità*¹², per esempio, aveva confermato l'interpretazione di salute finora data e l'aveva ricondotta ad uno " *stato di benessere fisico, mentale e sociale e non la semplice assenza dello stato di malattia o di infermità*".

In buona sostanza, a partire da tale definizione la salute inizia a coinvolgere anche la sfera psicologica dell'individuo e non soltanto quella fisica, assurgendo sempre più a sinonimo di benessere.

Del resto, la definizione dell'OMS nasceva, da un lato, come risposta nei confronti delle atrocità commesse nei campi di concentramento nazisti ai fini della "ricerca" scientifica, dall'altro come espressione delle enormi speranze che all'epoca si nutrivano nel progresso delle scienze, non solo mediche, e nel miglioramento della condizione umana e mirava a porre in rilievo l'uomo nel suo complesso e non in considerazione del suo aspetto meramente fisico e biomolecolare.

In sede comunitaria, inoltre, si è statuito che " *la Comunità contribuisce a garantire un livello elevato di protezione della salute umana, incoraggiando la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, sostenendone l'azione*" e che essa " *si indirizza in primo luogo alla prevenzione delle*

¹⁰ BOBBIO – MORINO (a cura di), *Lineamenti di Diritto Sanitario*, CEDAM, 2010, 24 e ss.

¹¹ ALPA, *Diritto alla salute*, Milano, 1976, 914.

¹² Così definita nella Carta Costitutiva dell'OMS, 1948.

malattie, segnatamente dei grandi flagelli, compresa la tossicodipendenza, favorendo la ricerca sulle loro cause e sulla loro propagazione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria” aggiungendo, altresì, che “Le esigenze di protezione della salute costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità”¹³.

Se, in concreto, ciò non potesse realizzarsi, resta comunque salvo il contenuto potenziale intrinseco all'idea di salute, inteso come uno dei valori fondamentali del sistema giuridico, pur identificandosi anche quale condizione strumentale al raggiungimento di una migliore qualità della vita; come detto, infatti, il diritto alla salute comprende in sé non solo funzioni biologiche in senso stretto, ma anche capacità logiche, affettive e relazionali.

Ecco perché sono stati inclusi¹⁴, all'interno del più generale diritto alla salute, anche la concezione solidaristica della Costituzione, secondo la quale la sua tutela giuridica si traduce nel diritto all'assistenza sanitaria, nonché nel diritto alla salubrità dell'ambiente¹⁵ e alla salubrità e sicurezza, più in particolare, dell'ambiente lavorativo.¹⁶

Rilevante è in proposito il riferimento, nel concetto di salute, al benessere sociale dell'uomo da intendere nel senso di riconoscere il ruolo fondamentale che i fattori sociali giocano nel modellare e definire la condizione umana e, di conseguenza, lo stato di salute degli individui.¹⁷

Appare chiara, pertanto, la diversità tra salute e integrità fisica e la maggiore ampiezza del primo concetto, il quale si configura in termini relativi e dinamici.

La salute appare, così, un valore non solo da garantire e conservare, ma anche da promuovere ed accrescere per la realizzazione del pieno sviluppo della personalità umana.¹⁸

Il concetto di diritto alla salute garantito costituzionalmente, quindi, va inteso come comprensivo anche *della salute psichica la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica. Non solo. Del diritto alla salute fa parte anche il diritto al consenso informato. Infatti, il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario preposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi*

¹³ Primo comma dell'art 129 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (reso esecutivo con la L. 14 ottobre 1957, n. 1203).

¹⁴ Cass. Civile, Sez. Un., 6 ottobre 1979 n. 5172.

¹⁵ BOBBIO – MORINO (a cura di), *op. cit.*, 2010, 25 e ss.

¹⁶ CANGELOSI, *Sanità partecipata e salute del minore*, in *Dir. famiglia* 2010, 03, 1441

¹⁷ BOSK, *Health and Disease. III. Sociological Perspectives*, in *Encyclopedia of Bioethics*, 3rd Ed., 2, 1092 e ss.

¹⁸ LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.

*espressi nell'art. 2 della Costituzione e negli artt. 13 e 32, con rilevanti conseguenze anche sul piano del riparto di competenze fra Stato e Regioni. Ciò perché esso deve essere considerato come un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale. Il consenso informato, ad esempio, è preconditione della stessa libertà di cura ed elemento costitutivo del diritto alla salute.*¹⁹

4. Salute e diritti sociali

L'inserimento nella nostra Costituzione della tutela di alcuni rapporti etico-sociali, come quelli enunciati nel Titolo II Parte I, rispondente anche agli orientamenti seguiti dalle costituzioni contemporanee a quella italiana, ha determinato il configurarsi, accanto ai tradizionali diritti di libertà, i cosiddetti diritti sociali.²⁰

Tale categoria di diritti trae il proprio fondamento nella necessità, da parte dei pubblici poteri, di assicurare prestazioni uguali per tutti e tali da riequilibrare le posizioni dei singoli all'interno della società²¹.

I diritti sociali si raffigurano, dunque, come *diritti di prestazione* da far valere nei confronti dello Stato.

Essi rappresentano una pretesa del singolo affinché la Repubblica intervenga per renderli effettivi, anche mettendo in bilancio le necessarie risorse finanziarie, raffigurandosi, com'è ovvio, diritti strettamente legati alle risorse finanziarie, disponibili o rese disponibili da scelte effettuate con le *politiche di bilancio*, salva, in ogni caso, l'esigenza di tutela del loro contenuto essenziale²².

Tali diritti sono strettamente legati all'organizzazione e all'efficienza degli apparati pubblici: il diritto all'istruzione o, appunto, il diritto alla salute, ad esempio, sono il frutto di un'organizzazione adeguata dell'amministrazione scolastica o del Servizio Sanitario Nazionale.²³

¹⁹ LUCIANI, *I livelli sanitari delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI – CERRINA FERONI – GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione – Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, 20 e ss.

²⁰ LUCIANI, *I livelli sanitari delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI – CERRINA FERONI – GRISOLIA (a cura di), *op. cit.*, 2011, 13.

²¹ Si parla in tal senso di assistenza sanitaria, previdenza sociale, istruzione, eccetera.

²² Come statuito in Corte Cost. sentenza 26 maggio 1998, n. 185.

²³ BARBERA – FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, il Mulino, VII Edizione, 2012, 175.

Storicamente, e inevitabilmente, l'espressione *diritti sociali*²⁴ ha suscitato controversie interpretative²⁵.

Secondo taluni²⁶, i diritti sociali sarebbero identici a quelli civili e politici e, quindi, la loro funzione non differirebbe da essi.

Secondo altri, invece, le dichiarazioni dei diritti sociali riguardano l'individuo in quanto componente di una società organizzata e, quindi, avrebbero natura diversa dalle dichiarazioni relative ai diritti civili e ai diritti politici.

In sostanza, la Costituzione italiana, seguendo la tendenza di quelle contemporanee, ha ricompreso fra i diritti dei cittadini la tutela di alcuni rapporti etico-sociali.

Si tratta di un *riconoscimento formale* corrispondente ad un necessario adeguamento dell'ordinamento al nuovo tipo di Stato venutosi a creare a seguito della progressiva evoluzione dello Stato di diritto e di quello liberale.

Tale evoluzione ha portato alla nascita del cosiddetto Stato sociale: esso vede garantiti, accanto ai tradizionali diritti di libertà individuale, anche i diritti sociali.

Essi si differenziano dai diritti di libertà per la natura del loro contenuto: anziché comportare dei limiti all'intervento dello Stato, impongono ai pubblici poteri di agire nei modi e con i mezzi più adeguati al fine di soddisfare le varie esigenze, non soltanto della collettività nel suo complesso, ma anche dei singoli componenti della stessa.

5. La tutela della salute nell'organizzazione sanitaria

Nell'affrontare, seppur brevemente, un tema come quello della salute non si può prescindere dal dire che, come accade per tutti i diritti individuali la cui soddisfazione, come si vedrà, risiede in un

²⁴ Essi sono considerati come valori fondanti degli ordinamenti liberaldemocratici contemporanei essendo anche ormai superata da una quarantennale giurisprudenza costituzionale l'opinione secondo cui le norme che riconoscono i diritti sociali siano da ritenere meramente programmatiche.

²⁵ Ad esemplificazione di ciò, si noti che nella Costituzione francese del 1973, detta Girondina, l'enunciazione dei diritti sociali, che si limitava, in realtà, all'enunciazione del diritto al lavoro e all'assistenza era concepita in termini estremamente generici. Parimenti, nell'800 i diritti sociali trovavano sempre maggiore affermazione, anche se è dalla Costituzione messicana del 1917 e da quelle sovietica del 1918, di Weimar del 1919 e austriaca del 1929 che era possibile avere lettura, per la prima volta, delle dichiarazioni dei diritti sociali elevate a categoria costituzionale generale.

²⁶ Qui l'Autore si riferisce a quanto sostenuto da Massimo Severo GIANNINI, *I diritti economici e sociali della persona umana nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Mal. e inf. prof.*, 1959, 536.

facere dell'Amministrazione, anche il diritto alla salute è garantito non solo dalla definizione di norme e, più in generale, di regole astratte, ma anche e soprattutto da comportamenti e da azioni amministrative.²⁷

Infatti, la sfera dei diritti fondamentali del cittadino si è ulteriormente allargata nel momento stesso in cui è venuto a mutare il rapporto tra questi e lo Stato; quest'ultimo, invero, da astensionista e garante della libertà individuale è diventato interventista e garante delle libertà collettive attraverso la tutela di una vasta gamma di diritti e doveri del cittadino, comprensivi non soltanto dei rapporti civili e politici, ma anche di quelli sociali ed economici.

In verità, una società realmente civile e democratica si realizza quando determinati principi, corrispondenti alle libertà tradizionali e agli interessi sociali dell'individuo, vengono non solo riconosciuti ed inseriti nei testi costituzionali, ma, soprattutto, quando ottengono una concreta ed effettiva realizzazione da parte degli organi dello Stato cui questo compito è demandato, facendo, cioè, seguire al riconoscimento una reale tutela e garanzia.²⁸

Dalla considerazione, peraltro da taluni contestata²⁹, in base alla quale, come anticipato, il diritto alla salute è comunemente inteso come un diritto sociale si possono far derivare due corollari: secondo il primo, il diritto alla salute rappresenterebbe un diritto a prestazione, secondo l'altro, invece, tale diritto sarebbe condizionato alla sussistenza di disponibilità di risorse finanziarie in mano pubblica.

Il diritto alla salute potrebbe essere percepito, dunque, come un diritto sociale a prestazione: la sua più evidente forma fenomenica, rappresentata dal *diritto alle cure* (in particolare, alle cure gratuite) è, invero, simile a quella che, nei diritti sociali, è più comune.

Non meno certo, invece, è che tale diritto appaia, *all'orizzonte dell'ordinamento*, come diritto della seconda generazione, frutto di un'ondata di rivendicazioni successive a quelle "borghesi", che avevano consolidato i diritti di libertà.

È la stessa natura giuridica del diritto alla salute che appare alquanto complessa: in esso *si ha un nucleo di diritti a prestazione* (quello alle cure gratuite) al quale si aggiungono, poi, situazioni soggettive che hanno la struttura tipica dei diritti di libertà. È ciò che accade, ad esempio, nel caso

²⁷ DUGATO, *Sussidiarietà e salute*, in V. CATIGLIONE – A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritti sociali e riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 2007, 115.

²⁸ BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, 5 e ss.

²⁹ LUCIANI, *I livelli sanitari delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI – CERRINA FERONI – GRISOLIA (a cura di), *op. cit.*, 2011, 13.

del diritto a non farsi curare, oppure nella cosiddetta libertà di cura, intesa come scelta del medico e della terapia.

Quando si dice che il diritto alla salute è un diritto sociale, invero, si allude essenzialmente alla sua origine storica, mentre, dal punto di vista analitico, la struttura giuridica si presenta multiforme non potendosi limitare ad intendere che ci trova di fronte *soltanto* ad un diritto a prestazione.

Se si segue l'interpretazione del diritto alla salute come fonte di prestazioni, esso appare fortemente condizionato alle risorse finanziarie pubbliche.

Tale concezione ha incontrato, tuttavia, alcune obiezioni.

Innanzitutto, tutti i diritti in genere, anche quelli di libertà hanno un costo: *costa, infatti, la macchina pubblica che è indispensabile per assicurarne il godimento e costa, in particolare, l'apprestamento degli strumenti indispensabili per la loro garanzia*, come, ad esempio, nel caso di un sistema giudiziario.

Secondariamente, quando si dice che vi sono diritti che soffrono del condizionamento delle esigenze di bilancio si fa un'affermazione in astratto condivisibile, ma in concreto opinabile.

Le risorse di bilancio disponibili, infatti, sarebbero da considerarsi una variabile indipendente: il totale delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è rappresentato da una quantità definita e non illimitata, ma non è affatto un dato la distribuzione di quel totale.

La questione più rilevante, esattamente, prescinde dalla quantità di risorse pubbliche sufficienti per la soddisfazione del diritto alla salute, concentrandosi sulla sussistenza o meno della volontà politica di destinare a questo impiego le somme necessarie, distogliendole da quelle di altra utilizzazione.

Infine, il diritto a farsi curare ha per contenuto la pretesa ad una *prestazione materiale* non necessariamente costosa per le finanze pubbliche.

In ogni sistema democratico, invero, è presente un circuito privato dell'assistenza sanitaria.

Le prestazioni sanitarie, pertanto, possono essere erogate sia dal circuito pubblico sia da quello privato.

È ovvio che quelle erogate dal circuito pubblico saranno costose per tutta la collettività e non solamente per chi se ne avvale, a meno che non si accoli a costui l'intero costo.

Nell'ipotesi in cui le finanze pubbliche non fossero in grado di coprire il costo delle prestazioni sanitarie, quindi, non sarebbe affatto inconcepibile l'utilizzazione di un circuito privato in funzione del soddisfacimento del diritto alle cure da parte dei non abbienti, pur sempre nel rispetto dei precisi limiti costituzionali dettati dagli artt. 23, 41, 4 e 36³⁰ e dalla Giurisprudenza della Corte Costituzionale³¹, nella parte in cui detta il *principio di concorrenzialità fra strutture pubbliche e strutture private*.³²

È in questo contesto che si inserisce la tutela della salute elevata a "*precondizione dell'effettivo godimento del ricco patrimonio di diritti conferito dalla Costituzione ai cittadini (e non)*".³³

La necessità della tutela costituzionale di tale diritto, infatti, nasceva da precise esigenze della società civile e politica di quegli anni, la quale considerava la salute non già solamente come una *mera concezione biofisiologica*, ma anche e soprattutto come *condizione indispensabile per il più completo svolgimento dell'attività umana e per l'integrazione della personalità*.

In tale ottica la salute³⁴ costituisce un bene primario non soltanto dell'individuo: da un lato, perché *la tutela dell'efficienza somatopsichica del singolo corrisponde, in definitiva, alla difesa dell'efficienza delle strutture produttive*³⁵ della società stessa; dall'altro, perché la tutela della salute dei singoli individui componenti la società costituisce la situazione favorevole allo sviluppo del progresso sociale e del bene comune.

Ecco perché si giustifica l'intervento dello Stato avente il fine essenziale di provvedere al bene comune.

Tale ingerenza consiste nel realizzare, sia attraverso l'azione legislativa sia mediante quella amministrativa, un'organizzazione sanitaria adeguata alle effettive necessità, sia dei cittadini *uti singuli*, sia, della collettività, nel rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo e delle dignità e libertà

³⁰ Essi sono rappresentati, rispettivamente, dalla riserva di legge relativa a prestazioni personali e patrimoniali imposte, dalla redditività dell'iniziativa e del lavoro in tutte le sue espressioni.

³¹ In Corte Cost. sentenza 20 luglio 1999, n. 330.

³² LUCIANI, *I livelli sanitari delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI – CERRINA FERONI – GRISOLIA (a cura di), *op. cit.*, 2011, 14 e 15.

³³ LUCIANI, *I livelli sanitari delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI – CERRINA FERONI – GRISOLIA (a cura di), *op. cit.*, 2011, 22.

³⁴ PASQUINI – PASQUINI PERUZZI, *Il Servizio Sanitario Nazionale – Profili funzionali e strutturali*, Editore Jovene Napoli, 1979. Questa Dottrina (Pasquini) in tale contesto tiene a precisare il più corretto utilizzo dell'espressione *diritto alla tutela della salute* piuttosto che quella di *diritto alla salute* dal momento che nessuna norma giuridica di qualsiasi genere può garantire all'individuo la sussistenza o l'assenza di determinate condizioni psico-fisiche che per la loro stessa natura trascendono la volontà umana.

³⁵ Secondo le parole di Gerin-Antoniotti-Merli.

della persona umana poiché tali principi, oltre che garantiti da norme costituzionali, sono insiti nella nozione stessa di salute finora descritta.

Nello stesso senso, in capo ai cittadini staranno quei doveri di collaborazione al perseguimento della tutela della salute da attuare sia tenendo i comportamenti richiesti nell'interesse della collettività, sia concorrendo alle spese necessarie in ragione della loro capacità contributiva.³⁶

Riprendendo la disposizione costituzionale, il diritto alla salute è da intendersi, pertanto, sia come valore individuale³⁷, sia come diritto primario e fondamentale, impositivo di una piena ed esaustiva tutela³⁸: l'art. 32, il quale costituisce il presupposto alla garanzia dell'esigenza individuale di tutelare e salvaguardare l'integrità fisica di ciascuno, riconosce nell'espressione "*la Repubblica*"³⁹ *tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse delle collettività*" che l'intervento pubblico è diretto a soddisfare, in tale ambito, un fondamentale diritto dell'individuo, inteso come diritto fondamentale della persona.⁴⁰

La salute come diritto fondamentale dell'individuo, cui corrisponde un interesse della comunità, implica, però, per il soggetto, non solo il diritto, ma anche il dovere, nei confronti della collettività di cui fa parte, di mantenersi in buona salute.

Per tali ragioni, dunque, è stato istituito il Servizio Sanitario Nazionale⁴¹, introduzione che ha superato la stessa lettera del primo comma dell'art. 32.

Si è, così, costruito un servizio di tipo *universale* e si è proclamata la necessità di garantire il mantenimento e il recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione *senza distinzione di condizioni individuali o sociali*⁴².

Considerato, quindi, che la tutela della salute rientra tra i compiti primari del cosiddetto *Welfare State* essa va concepita in funzione del diritto ad ottenere da parte dello Stato, attraverso il Servizio Sanitario Nazionale, l'erogazione di cure urgenti e tempestive non previste ordinariamente dal

³⁶ PASQUINI – PASQUINI PERUZZI, *op. cit.*, 1979, 2 e ss.

³⁷ Tale interpretazione trova contezza anche in Corte Cost. sentenza 4 giugno 1987, n. 266 e 6 febbraio 1991, n. 51.

³⁸ Cass. n. 992/1988, n. 88/1979, 184/1986, 559/1987, 1011/1988, 298 e 307/1990.

³⁹ Nella disciplina dei diritti costituzionali, spesso la Carta fondamentale imputa la titolarità della relativa tutela alla "Repubblica". Ciò può riscontrarsi, innanzitutto, nelle clausole generali di cui all'art. 2 ed all'art. 3, secondo comma, e anche con riferimento al diritto al lavoro (artt. 4 e 35), al riconoscimento dei diritti della famiglia (artt. 29 e 31), al diritto allo studio (art. 34), alla tutela dei lavoratori minorenni (art. 37, ultimo comma), al diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende (art. 46).

⁴⁰ COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, CEDAM, 1998, 13.

⁴¹ Con Legge 23 dicembre 1978, n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*.

⁴² Art. 1 della Legge n. 833/1978.

servizio pubblico, od il rimborso delle spese effettuate per ottenerle con riferimento a situazioni limite nelle quali la necessità e l'indifferibilità dell'intervento sanitario si pone in diretta attuazione dei principi di solidarietà sociale e di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona.⁴³

Resta fermo, tuttavia, che il diritto alle prestazioni sanitarie il quale, come gli altri diritti sociali, deve essere sottoposto a *bilanciamento*⁴⁴, ovvero deve essere compatibile, come accennato, con le esigenze di equilibrio della finanza pubblica.⁴⁵

Tale considerazione è avallata dai provvedimenti presi dal Legislatore in conseguenza della crisi economica degli ultimi anni.

Il recente decreto legge n. 95/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 135/2012, meglio nota come *spending review*, infatti, è intervenuto anche su profili concernenti il finanziamento del servizio sanitario proseguendo nell'ottica di contenimento della spesa prevedendo, ad esempio, una nuova riduzione del fabbisogno del SSN, nonché specifiche disposizioni restrittive per l'acquisto di beni o servizi da parte degli enti del SSN e una riorganizzazione del sistema ospedaliero teso alla riduzione delle strutture in base al numero dei posti letto. Tutte misure queste confermate dalla legge di stabilità 2013, legge n. 228/2012.⁴⁶

È in questo quadro che si inserisce anche il riconoscimento non tanto del diritto alla salute come bene naturale rispetto al quale non possono aversi diritti, ma, piuttosto, del diritto alla *tutela* della salute, ovvero all'azione pubblica diretta alla protezione della salute, senza il quale *non potrebbe ovviamente parlarsi di un vero e proprio diritto, se non altro perché difetta il soggetto del dovere di dare o ridare la salute, bene la cui disposizione non è, in sé stessa, nei poteri umani.*⁴⁷

È fuori di ogni dubbio, dunque, che il nostro dettato costituzionale attribuisca una centralità e una forza speciale al diritto alla salute, laddove, all'art. 32, viene espressamente riconosciuto come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività.

L'esigenza, infatti, di coniugare costantemente la domanda crescente di salute, propria di una società che si evolve e mira al conseguimento del massimo benessere possibile, con la limitatezza delle risorse disponibili, circostanza questa comune ad ogni società civile, porta necessariamente ad un nuovo modo di pensare l'assistenza sanitaria.

⁴³ POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Rapporti medici e strutture pubbliche o private*, in *Dir. economia assicur.* 2010, 04, 969.

⁴⁴ Corte Cost. sent. 15 luglio 1994, n. 304 e 16 luglio 1999 n. 309.

⁴⁵ BARBERA – FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, il Mulino, VII Edizione, 2012, 179.

⁴⁶ BALDUZZI – CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, 389.

⁴⁷ Sempre MORTATI, *op. cit.*, Milano, 1972, 16.

Essa non è più, infatti, solo organizzazione di servizi preposti alla erogazione di prestazioni, ma anche “produzione” di salute con la presenza, la partecipazione, il coinvolgimento e l’impegno di tutti e con l’assunzione di responsabilità ai diversi livelli (istituzionali, personali e comportamentali). Ogni pur minima risorsa non correttamente utilizzata è, infatti, una risorsa che inevitabilmente non produce utilità, che non soddisfa, cioè, alcun bisogno rappresentato e che, pertanto, viene inopinatamente “sprecata” con l’inevitabile conseguenza di rallentare, con conseguenze spesso deleterie, il processo di miglioramento e di tutela della salute quale da tutti auspicato e fortemente sollecitato.

In tale contesto e con tali intendimenti è in atto, infatti, un forte ripensamento ed un approfondimento appropriato che porteranno, si spera a breve, ad ulteriori assestamenti del Servizio Sanitario Nazionale che, alla luce dei principi solennemente sanciti dalla Costituzione, saranno certamente in grado di meglio affrontare le sfide del nostro tempo e migliorare, nei fatti e nei risultati, la tutela della salute in un contesto, anche istituzionale, diverso e meglio rispondente alle esigenze avvertite ed ai nuovi bisogni rappresentati.⁴⁸

6. Le interpretazioni giurisprudenziali

Concludiamo questa breve trattazione, che non ha la pretesa di essere esaustiva potendosi realizzare sull’argomento una intera monografia, riportando alcune pronunce giurisprudenziali significative in tema di evoluzione del diritto alla salute.

Come si è visto, pur potendo essere considerato anche come un diritto sociale, il diritto alla salute mostra una natura assimilabile a quella dei diritti di libertà.

In quanto volto a preservare l’integrità fisica e psichica dell’individuo nei confronti di *tutti*, inoltre, deve essere considerato come *un diritto soggettivo assoluto e perfetto*, azionabile, quindi, dinanzi ai giudici senza la necessità dell’intervento del Legislatore.

In tal senso, la Corte di Cassazione ha più volte affermato che la salvaguardia della salute rappresenta un diritto primario della persona, dal quale scaturisce il diritto al risarcimento di eventuali danni, non da ultimo quello biologico⁴⁹.

⁴⁸ SACCO, *Art. 32 della costituzione italiana: diritto alla salute - come sono state realizzate e continuano a realizzarsi le riforme nella sanità*, su Centro Studi diritto sanitario, www.dirittosanitario.net.

⁴⁹ In Corte di Cassazione a Sezioni Unite Sentenza 21 marzo 1973, n. 796, che indica il danno biologico quale lesione alla salute fisica e psichica dell’attore.

Il diritto alla salute, tuttavia, non si attegga soltanto come un diritto soggettivo inviolabile, ma rappresenta, al contempo, anche un interesse della collettività. Come si è visto, ciò è espressamente esplicitato nel dettato dell'art. 32 Cost., laddove il diritto si qualifica quale "*fondamentale interesse dell'individuo*" e "*interesse della collettività*".

La tutela, in quest'ultima raffigurazione, si risolve nell'erogazione di prestazioni da garantire *erga omnes*, nel quadro di un'attività attinente alle funzioni di "igiene e sanità pubblica" ed ai relativi interventi collettivi apprezzati come prioritari.

È opportuno sottolineare, altresì, che si tratta dell'unico diritto definito come tale in tutto il dettato costituzionale: questa circostanza conferma il realismo, oltre la saggezza, del nostro Costituente, ben consapevole dell'importanza del bene salute nella vita personale e collettiva degli individui.

Da un punto di vista normativo, inoltre, la legge n. 833/1978, i decreti di riforma del 1992 e del 1993 e la novella attuata con il d.lgs. 17 agosto 1999 n. 229, alla luce della revisione costituzionale del 2001, rappresentano, visti nel loro complesso, un percorso articolato, saturo di modifiche e di arricchimenti, volto a definire sempre meglio ciò che era stato già sancito nel dettato costituzionale.⁵⁰

La tutela giuridica del diritto alla salute, individuale e collettiva, è conquista che risale, dunque, alla nostra Costituzione.

È solo con essa, infatti, che trova tutela specifica il diritto alla salute, il quale costituisce la solenne ed emblematica espressione dei diritti di natura sociale. Il diritto alla salute si inserisce, infatti, tra quei diritti, appunto sociali, che impongono allo Stato di intervenire nei modi e con i mezzi ritenuti più opportuni e idonei al fine di soddisfare le esigenze non solo della collettività, ma anche di ciascun componente.

Occorre precisare che può parlarsi con certezza di un diritto soggettivo di natura "fondamentale", nei rapporti interindividuali, soprattutto con riferimento all'integrità psico-fisica della persona e, di conseguenza, alla tutela risarcitoria in rapporto ad ipotesi di responsabilità extracontrattuale o anche contrattuale.

Nei rapporti tra l'individuo e le strutture pubbliche preordinate alla salvaguardia della esigenza di tutela collettiva della salute, come noto, si è in presenza, da parte del singolo individuo, di un diritto

⁵⁰ BALDUZZI, *Il diritto alla salute e la manutenzione del sistema sanitario*, Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, Trimestrale dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, XI n. 29/2012, 4.

condizionato alla concreta possibilità che l'ordinamento offre con riferimento, soprattutto, alla limitatezza delle risorse finanziarie destinate al settore.

Resta, tuttavia, fermo che sussiste, comunque, un “nocciolo duro” della tutela della salute individuale e collettiva, e come tale incompressibile, in quanto non può soffrire eccezioni o limitazioni proprio per la natura “fondamentale” del diritto di tutti e di ciascuno alla salvaguardia del valore essenziale della integrità psico-fisica di qualunque individuo, sia cittadino sia straniero.⁵¹

Sul punto si è espressa la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite con un'importante pronuncia, la n. 17461 del 1 agosto 2006.

In essa la Corte ha esaminato la tutela della salute, l'art. 32 Cost. e, appunto, il nucleo essenziale del diritto alla salute.

In riferimento al primo ha evidenziato che da un punto di vista storico, sono individuabili tre fasi nell'evoluzione del concetto di diritto alla salute: nella prima fase, la salute era considerata quale mera questione di ordine pubblico; nella fase successiva, il diritto alla salute era qualificato quale tipico diritto sociale; attualmente, la salute ha assunto il ruolo di vero e proprio diritto soggettivo, assoluto, primario ed intangibile del cittadino.

In secondo luogo, la Corte ha analizzato l'art. 32 Cost. ritenendola una norma di immediata assertività e prescrittività, avente pertanto, portata immediatamente precettiva e non meramente programmatica nei rapporti tra i privati.

In ultimo, ha sostenuto che del diritto alla salute è individuabile un “nocciolo duro” che non è in alcun modo sopprimibile da parte della pubblica amministrazione e nel quale ricorrono “condizioni di indispensabilità, gravità ed urgenza”.

Ove il diritto alla salute sia in tal modo configurabile, esso sovrasta l'Amministrazione, sicché la stessa non può operare, neppure per motivi di interesse pubblico, in pregiudizio o a danno del diritto stesso.

Tale decisione rileva, perciò, anche in quanto ricostruisce l'evoluzione del diritto alla salute nella giurisprudenza del Giudice delle Leggi e delle Corti di Cassazione al fine di evidenziare la rilevanza assoluta che ha assunto il diritto in argomento nel nostro ordinamento giuridico.

⁵¹ QUARANTA, *Sanità e salute nella giurisprudenza costituzionale*, Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, Trimestrale dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, XI n. 29/2012, 10 ss.

Come accennato all'inizio, mentre in passato, l'art. 32 Cost. era confinato nel limbo delle disposizioni meramente programmatiche, ovvero era giudicato alla stregua di un precetto non sufficientemente limpido, privo di un preciso valore costruttivo, ai nostri giorni tale lettura restrittiva della norma è stata superata. Si osserva, in particolare, che nell'ambito delle norme dedicate ai rapporti etico-sociali, l'art. 32 Cost. può essere qualificata quale norma di portata immediatamente precettiva e non meramente programmatica nei rapporti tra privati.

La decisione è rilevante anche poiché le Sezioni Unite citano le più significative decisioni della Corte Costituzionale in tema di diritto alla salute. Nello specifico, vengono citate la sentenza n. 992/1988 con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità delle manovre finanziarie degli anni 1984 e 1985 nella parte in cui negavano la rimborsabilità delle spese affrontate dal cittadino per prestazioni di diagnostica specialistica ad alto costo eseguite presso strutture private non convenzionate, nelle ipotesi in cui le suddette strutture fossero le uniche detentrici delle apparecchiature necessarie per la prestazione medica.

Viene indicata, altresì, la sentenza n. 127/1990 importante in quanto nella stessa è stato evidenziato come il criterio interpretativo della legislazione ordinaria debba avvenire nel rispetto del principio sancito nell'art. 32 Cost. e la n. 307/2003 in tema di rilievo dei limiti di esposizione e dei valori di attenzione previsti dalla legge n. 36/2001 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici).

La Corte cita, infine, la sentenza n. 37/1991 in cui si è affermato a chiare lettere che il diritto alla salute è protetto dalla carta costituzionale sia quale fondamentale diritto dell'uomo sia quale interesse della collettività avendo lo stesso il carattere del diritto primario per la sua inerenza alla persona umana e per la sua valenza di diritto sociale.

Riguardo la giurisprudenza civile in tema di diritto alla salute, la Corte, ripercorre il proprio costante orientamento volto ad ampliare sempre maggiormente l'operatività e la portata del precetto contenuto nell'art. 32 Cost.

Nello specifico, è interessante ricordare le pronunce in cui il carattere dell'assolutezza del diritto alla salute ha impedito, in determinati casi governati dall'urgenza, la configurabilità dell'atto amministrativo, negando così alla pubblica amministrazione l'esercizio del proprio potere discrezionale ed autorizzativo⁵².

⁵² Cass. Civ., SS.UU., 20 agosto 2003, n. 12249, in *Giust. civ. mass.*, 2003, fasc. 7/8.

Si segnala, inoltre, l'indirizzo che ha negato alla pubblica amministrazione, sulla base del principio secondo cui il diritto alla salute impone una "difesa a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile"⁵³, il potere ablatorio di degradare il diritto alla salute ad interesse legittimo in tema di interventi riguardanti l'ambiente⁵⁴; la Corte, ancora, non manca di ricordare come anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sia conforme ai principi sinora enunciati e dettati dalla nostra giurisprudenza nazionale in tema di diritto alla salute e di tutela del malato⁵⁵.

Sempre circa il carattere dell'assolutezza del diritto alla salute, la sentenza ricorda che in una fattispecie avente ad oggetto la realizzazione di un impianto di depurazione in prossimità di un'abitazione, è stato autorevolmente affermato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione che il diritto alla salute "è sovrastante all'amministrazione di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo, ma neanche di pregiudicarlo nel fatto indirettamente"⁵⁶ e che, nei casi in cui è accertabile un *fumus* di compromissione della salute, la tutela giudiziaria del diritto stesso può essere accordata in via preventiva e può dare luogo a pronunce inibitorie⁵⁷.

In riferimento a quel "nocciolo duro" la sentenza sottolinea, poi, che il diritto alla salute, difatti, oltre ad assumere la qualifica di diritto soggettivo, di diritto fondamentale e di diritto assoluto, assume anche i caratteri dell'intangibilità.

È presente, in pratica, un "nocciolo duro" del diritto in argomento che è imposto dal principio di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e che non può in alcun modo essere soppresso quali che siano le ipotetiche confliggenti esigenze della società. In tale contesto, vanno dunque ad immedesimarsi e fondersi nel diritto alla salute le principali linee guida che governano il disegno costituzionale ovvero, da un lato, il principio di solidarietà sociale che impone di garantire le fasce deboli della popolazione in modo paritario rispetto alle altre classi sociali e, dall'altro lato, il "principio personalista" che impone di considerare il malato come persona prima ancora che come paziente da assistere e curare.

Pertanto, suddetto "nucleo duro" del diritto alla salute non è in alcun modo sopprimibile da parte dell'amministrazione posto che esso sovrasta la p.a., sicché quest'ultima non può operare, neppure per motivi di interesse pubblico, in pregiudizio o a danno dello stesso.

⁵³ Espressione tratta da Cass. Civ., SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1979.

⁵⁴ Cass. Civ., SS.UU., 9 marzo 1979, n. 5172, in *Giust. civ. mass.*, 1979, fasc. 3.

⁵⁵ Tra le altre, Corte Giust. CE, 12 luglio 2001, causa C-157/99 e Corte Giust. CE, 23 ottobre 2003, causa C-56/01.

⁵⁶ Cass. Civ., SS.UU., 20 febbraio 1992, n. 2092, in *Foro it.*, 1992, I, 2123.

⁵⁷ Cass. Civ., 27 luglio 2000, n. 9893, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 1645.

Ove ricorrono le suddette condizioni è configurabile unicamente un potere accertativo della p.a. in punto di apprezzamento della ricorrenza delle citate “*condizioni di indispensabilità, gravità ed urgenza*”.

In assenza, però, di queste condizioni e allorquando non vengono denunziati pregiudizi alla salute, anche in termini di aggravamento o di non adeguata guarigione, la domanda diretta ad ottenere prestazioni con modalità più comoda ed agevole per il paziente, rispetto a quelle apprestate dalla p.a., ha come presupposto una situazione soggettiva di interesse legittimo “*stante la discrezionalità riconosciuta all’ autorità amministrativa di soddisfare tempestivamente le esigenze del richiedente scegliendo tra le possibili opzioni praticabili – anche attraverso un’ opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate – la soluzione ripetuta più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario*”.

In tale ultimo contesto, dunque, il diritto alla salute si atteggia quale situazione soggettiva “a nucleo variabile” sul quale può incidere il potere discrezionale della p.a. e subisce un affievolimento.

Ovviamente, dal diverso atteggiarsi del diritto alla salute quale situazione soggettiva “a nucleo rigido” ovvero quale situazione soggettiva “a nucleo variabile”, evidenti saranno le conseguenze in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.⁵⁸

Sempre con riferimento all’ art. 32 Cost. occorre, altresì, precisare che il Costituente ha fatto riferimento alla *Repubblica* specificando che la tutela del diritto alla salute debba essere apprestata non solo dallo Stato, ma anche dalle autonomie regionali e locali.

Ciò è confermato anche da un dato linguistico: nel contesto delle disposizioni contenute nel Titolo V, è stato utilizzato il termine *Repubblica* sia nella versione originaria sia in quella risultante dalla riforma del 2001 della quale ne costituiscono esempi emblematici gli artt. 114 e 117 Cost.⁵⁹

Non possono, poi, essere trascurate in questa sede, le disposizioni di cui all’ art. 13 (norma sulla quale fondare il principio di libera disponibilità del proprio corpo) e di cui all’ art. 19 (che si riferisce alla professione dei culti che prevedono atti di disposizione della propria integrità fisica); per questa ragione la salute concorre con gli altri valori sul piano della sfera vitale individuale.

⁵⁸ GRECO, *Il “nocciolo duro” del diritto alla salute*, in *La Responsabilità civile*, aprile 2007, 299 e ss.

⁵⁹ SICLARI, *L’ articolo 32, primo comma, della Costituzione italiana*, Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, Trimestrale dell’ Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, XI n. 29/2012, 15.

La connessione dell'art. 32 con l'art. 2 Cost. attribuisce al diritto alla salute un contenuto di socialità, sicurezza e reciproco condizionamento.

Il pieno sviluppo della persona sancito dall'art. 3 Cost. non è solo un principio giuridico ideale, ma anche una modalità concreta di attuazione di tali valori.⁶⁰

Sulla base di tutto quanto sopra descritto, dunque, la salute, come valore fondamentale complesso, postula la conseguenza irrinunciabile di una tutela articolata e differenziata, perché realizzata in dimensioni diversificate. Ad esempio, nel rapporto con i terzi consociati la tutela della salute risulta caratterizzata prevalentemente da un obbligo o dovere di astensione.

Il diritto assoluto alla salute è insuscettibile di affievolimento, non cede di fronte alle esigenze collettive e non degrada ad interesse legittimo.

Il correlativo dovere di astensione grava, dunque, pure sulle Pubbliche Amministrazioni, pur agendo per il conseguimento di fini pubblici. Nei confronti del SSN, invero, la tutela della salute individuale si esprime nell'interesse pretensivo alle cure ed ai trattamenti terapeutici e diagnostici.

Essa rappresenta un valore che l'individuo può gestire con atti di autonomia privata per coordinare il godimento con il raggiungimento di scelte soggettive o con il perseguimento di altri valori della persona.

In conclusione, la protezione costituzionale della salute, spogliatasi delle vesti di diritto soggettivo, si articola in una situazione giuridica complessa che si compone di una somma di poteri, doveri, facoltà ed oneri aggregati intorno all'interesse tutelato.

L'attuale concetto di salute, infine, non può prescindere dal fatto che sussiste uno stretto legame tra ambiente e salute tale da far affermare, ad esempio, che il contenimento dell'inquinamento ambientale rappresenti uno strumento necessario per la tutela della salute. In tale contesto si inserisce la disciplina della sanità che apporta alla più generale tutela della protezione dell'ambiente, inteso come ambiente salubre, criteri e valori di ordine generale tra i quali spicca il c.d. principio di precauzione, il quale si rivela come il più importante e risolutivo principio (teorico e pratico-operativo) capace di tenere insieme, come un collante trasversale di unificazione funzionale, tutti i segmenti che oggi concorrono a plasmare e formare il concetto di sanità.

⁶⁰ G. BOBBIO – M. MORINO (a cura di), *op. cit.*, 25.

Esso rappresenta, dunque, il cardine che regola i rapporti del diritto sanitario tra rischio, incertezza, ed emergenza contribuendo a prevenire ed, eventualmente, gestire quest'ultima e fungendo da valvola di "sicurezza del sistema".

Sul tema salute e ambiente è opportuno ricordare un'altra importante pronuncia giurisprudenziale, quella la sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 9 maggio 2013 sul c.d. "caso Ilva".

Nei principali passaggi argomentativi della decisione traspare, infatti, il ruolo fondamentale che assume, quale presupposto per la tutela del diritto alla salute dei cittadini, la valenza amministrativa dell'autorizzazione integrata ambientale.

Nell'ottica del giudice delle leggi, il diritto alla salute dei cittadini trova il proprio bilanciamento con i contrapposti diritti alla produzione e all'occupazione in sede di valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, al momento del riesame dell'autorizzazione e dell'emanazione del nuovo provvedimento.

Semberebbe che sia in quella fase che i titolari del diritto alla salute debbano far valere le loro situazioni giuridiche soggettive: in primo luogo, in sede di consultazione pubblica all'interno del procedimento amministrativo di rilascio dell'autorizzazione riesaminata; successivamente, dopo l'emanazione dell'atto, attraverso la sua impugnazione di fronte al giudice competente.

La lettura del giudice costituzionale è compatibile peraltro con l'idea secondo la quale, dal punto di vista del diritto amministrativo, il decreto legge n. 207/2012 non ha inciso sul bilanciamento di interessi tra le esigenze di tutela dell'ambiente e della salute e le esigenze produttive e occupazionali, che resterebbe immutato: la pubblica amministrazione che dispone il riesame dell'autorizzazione integrata ambientale è, infatti, vincolata ai parametri della direttiva 2008/1/CE, la quale prescrive che siano adottate le opportune misure di prevenzione dell'inquinamento, applicando segnatamente le migliori tecnologie disponibili, che non si verifichino fenomeni di inquinamento significativi (art. 3), che sia conseguito un livello elevato di protezione dell'ambiente nel suo complesso, attraverso una protezione dell'aria, dell'acqua e del suolo (art. 9), e che siano rispettate le norme di qualità ambientale, prescrivendo, ove occorra, condizioni più rigorose di quelle ottenibili attraverso le migliori tecnologie disponibili (art. 10).

La rilevanza del provvedimento amministrativo quale luogo del bilanciamento tra il diritto alla salute e i diritti e gli interessi contrapposti spiega, poi, l'affermazione della Corte, secondo la quale, in caso di violazione delle prescrizioni dell'autorizzazione integrata ambientale, i cittadini lesi nel

proprio diritto alla salute potranno far valere la propria situazione giuridica, agendo per il risarcimento del danno.⁶¹

L'art. 32 Cost., inoltre, ponendo, da una parte, due precetti distinti quali il diritto dell'individuo alla tutela della salute da parte dei pubblici poteri e l'interesse della collettività alla tutela della salute, e stabilendo, dall'altra, la funzione garantista della Repubblica, la quale deve assicurare cure gratuite agli indigenti, sembrerebbe far coincidere la tutela della salute con una sorta di tutela sociale, ricomprendendo le previsioni di un più vasto diritto all'assistenza sociale.

In tal senso la prima parte della suddetta disposizione sembrerebbe avere una natura programmatica: ciò significa che tali norme non possono essere disattese o violate e che compete al Legislatore l'obbligo positivo di introdurre le norme necessarie per l'attuazione del principio posto dalla stessa disposizione programmatica.⁶²

7. Conclusioni

Il diritto alla salute, dunque, e, conseguentemente, la sua tutela da parte del nostro ordinamento si è evoluto e modificato inevitabilmente.

Ciò, come si è visto, anche e soprattutto in dipendenza delle esigenze di bilancio imposte dalla congiuntura economica attuale.

Il principale problema, oggi, parrebbe quindi quello di riuscire a garantire tale diritto, diventato così ampio, nella maniera più estesa e compiuta possibile pur con mezzi finanziari sempre più limitati e con livelli disomogenei tra le diverse regioni.

In realtà, già sarebbe un primo passo estendere l'applicazione del principio di trasparenza a tutti quei soggetti che hanno a che fare con la tutela della salute per riuscire a reperire maggiori risorse da poter investire in questo campo.

È noto alle cronache, infatti, che molto spesso le regioni che spendono di più per le forniture di beni e servizi sono poi quelle che curano peggio i pazienti, *rectius*, gli utenti del SSN.

⁶¹ SALANITRO, *Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, in *il Corriere giuridico* 8-9/2013, 1041 e ss.

⁶² Ancora seguendo l'interpretazione di MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 16.

Imporre a tutti gli enti coinvolti di pubblicare su siti internet queste informazioni già consentirebbe agli operatori un confronto costruttivo e limiterebbe, seppure in parte, anche la possibilità di corruzione in materia, appunto, di forniture. A costi molto bassi, se non addirittura assenti.

Probabilmente più che una questione organizzativa è una questione di volontà politica. Perciò non facilmente realizzabile nel breve periodo.

Bibliografia

ALPA, *Diritto alla salute*, Milano, 1976, 914.

BALDUZZI, *Il diritto alla salute e la manutenzione del sistema sanitario*, in *Monitor* - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, Trimestrale dell' Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, XI n. 29/2012.

BALDUZZI – CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013.

BARBERA – FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, il Mulino, VII Edizione, 2012.

BOBBIO – MORINO (a cura di), *Lineamenti di Diritto Sanitario*, CEDAM, 2010, 24 e ss.

BOSK, *Health and Disease. III. Sociological Perspectives*, in *Encyclopedia of Bioethics*, 3rd Ed., 2.

BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Giuffré Editore, Milano, 1991.

CACCIAVILLANI, *Il diritto del «malato» alle cure*, in *Giust. civ.* 1997, 09, 419.

CANGELOSI, *Sanità partecipata e salute del minore*, in *Dir. famiglia* 2010, 03, 1441

COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, CEDAM, 1998, 13.

DUGATO, *Sussidiarietà e salute*, in V. CATIGLIONE – A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritti sociali e riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 2007, 115.

FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513 ss.

GIANNINI, *I diritti economici e sociali della persona umana nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Mal. e inf. prof.*, 1959, 536.

LUCIANI, *I livelli sanitari delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI – CERRINA FERONI – GRISOLIA (a cura di), *op. cit.*, 2011.

LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.

LUCIANI, *Salute – I. Diritto alla salute – dir. Cost.*, in Enc. giur., XXVII, Roma, 1991, 1.

GRECO, *Il “nocciolo duro” del diritto alla salute*, in *La Responsabilità civile*, aprile 2007, 299 e ss.

MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana, Milano, 1972, 13

PASQUINI – PASQUINI PERUZZI, *Il Servizio Sanitario Nazionale – Profili funzionali e strutturali*, Editore Jovene Napoli, 1979.

PICCIONE, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.* 2010, 05, 4137.

POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Rapporti medici e strutture pubbliche o private*, in *Dir. economia assicur.* 2010, 04, 969.

QUARANTA, *Sanità e salute nella giurisprudenza costituzionale*, *Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute*, Trimestrale dell'Agencia nazionale per i servizi sanitari regionali, XI n. 29/2012, 10 ss.

SACCO, *Art. 32 della costituzione italiana: diritto alla salute - come sono state realizzate e continuano a realizzarsi le riforme nella sanità*, su *Centro Studi diritto sanitario*, www.dirittosanitario.net.

SALANITRO, *Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, in *il Corriere giuridico* 8-9/2013.

SICLARI, *L'articolo 32, primo comma, della Costituzione italiana*, in *Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute*, Trimestrale dell'Agencia nazionale per i servizi sanitari regionali, XI n. 29/2012, 15.