

Alcuni spunti in tema di tutela del diritto alla salute*

Giovanni Bianco**

1. Porre l'accento sul sistema sanitario nazionale a quarant'anni dalla sua riforma impone un necessario e succinto riferimento alla complessa natura del diritto alla salute entro la struttura normativa dell'art. 32 Cost., da cui si evince la "fondamentalità" del diritto in questione ed il suo rientrare nei diritti sociali.

Peraltro, secondo una diffusa opinione dottrinarina l'esegesi dell'art. 32 enucleata in chiave sistematica non può non comportare l'interpretazione del diritto alla salute quale "diritto alla tutela della salute"¹.

Non si tratta, dunque, di una concezione astratta di esso, né tantomeno un riconoscimento del diritto in considerazione compiuta entro il prisma della mera "libertà dallo Stato", ma una sua collocazione entro le "libertà nello Stato" quale "diritto assoluto"².

Sul punto non può non essere richiamato il contributo della giurisprudenza costituzionale, in particolare della nota sent. n. 455 del 1990 del giudice delle leggi, laddove si fa riferimento a un diritto che per la sua effettiva salvaguardia implica l'*interpositio legislatoris* per porre in essere "la determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione della

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L'articolo riproduce l'intervento dell'Autore al XVI Convegno nazionale di Diritto sanitario dedicato a "Il diritto sanitario e sociosanitario a quarant'anni dalla legge 833", organizzato il 29 e 30 novembre 2018 ad Alessandria dal CEIMS (Centro d'Eccellenza Interdipartimentale per il Management Sanitario dell'Università del Piemonte Orientale) e dalla SoDiS-Società italiana di Diritto sanitario.

** Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Sassari, biancog@uniss.it

¹ In tal senso, v. l'intervento di E. Balboni al Convegno (ora con il titolo *Preservare i principi e garantire il futuro del più importante servizio pubblico italiano*, in questo numero della *Rivista*); R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, VI, p. 5393.

² V. G. BIANCO, *Persona e diritto alla salute*, Padova, Cedam, 2018, pp. 23 ss., entro tuttavia una ricostruzione che, confutando la classica impostazione accolta anche dal Mortati (v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, IX ed., p. 1035), imperniata sulla distinzione tra "libertà positive" e "libertà negative", ritiene che non esistono diritti "del tutto negativi", in quanto tutti i diritti e le libertà "abbisognano di un'organizzazione pubblica e dunque sono costosi" (così R. BIN, D. DONATI, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, Giappichelli, p. 154 e A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, p. 34).

[relativa] tutela”, così fornendo di certo una prospettiva di realizzazione del “multiforme concetto contemporaneo di diritto alla salute”³.

2. Ora, quest’ultima costituisce “emanazione” dei c.d. “diritti a prestazione” (*rectius*, “diritti cui corrispondono obblighi positivi”)⁴ e deve essere supportata da un “accentramento adeguato”, cioè da un “ruolo guida” dello Stato, pur entro il riparto di competenza, con specifico riguardo alla materia sanitaria, tra esso e le regioni, così come disciplinato nel nuovo Titolo V della Costituzione⁵.

Più precisamente, si parla di “accentramento adeguato” finalizzato alla graduale realizzazione del principio d’eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2°, Cost.) e di quello personalista e solidarista (art. 2 Cost.).

3. In questa direttrice di certo la legge 833/1978 ha rappresentato un “potenziamento” del contenuto dell’art. 32 Cost., proprio perché dal tenore della norma si ricava la necessità che il legislatore ordinario realizzi un apparato pubblico teso all’effettiva tutela del diritto in questione, in particolare del diritto a farsi curare “a carico della collettività”, o, comunque, “a costi limitati per l’utenza”.

È fuor di dubbio che dalla fundamentalità del diritto alla salute derivi la sua “più evidente forma fenomenica”, il “diritto a farsi curare”, in particolare alla cure gratuite, cioè la legittima pretesa a una prestazione materiale.

Il che, ad esempio, si ricava dal tenore della norma dell’art. 3 della legge 833, che sancisce che “la legge dello Stato, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale di cui all’art. 53, fissa i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini”.

E fu, peraltro, auspicato dal Giudice delle Leggi prima del varo della riforma sanitaria, ad esempio, nella sent. n. 112/1975, soprattutto nell’affermazione che dagli art. 32 e 38 Cost. deriva la necessità che il legislatore futuro attui “l’obiettivo di soddisfare certi bisogni di fatto emergenti nella vita associata mediante la prestazione di determinati servizi. Postulano cioè l’introduzione delle necessarie riforme, senza precisarne le modalità”.

³ G. BIANCO, *Persona e diritto alla salute*, Padova, Cedam, 2018, p. 4; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 13 ss., 23 ss.; C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 34 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, Cedam, Padova, 1998, pp. 69 ss.; M. LUCIANI, *Salute. I. Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII, pp. 2 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 2 ss., 110 ss.

⁴ V. in tema F. POLITI, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani online*, 2017; G. CORSO, *Diritti umani*, in *Ragion pratica*, 1996, n. 7, pp. 59 ss.; L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 263 ss., 273-274; N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 13; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XII, pp. 802 ss., 804-805.

⁵ V. la relazione di C. PINELLI, *La revisione del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, pubblicata in questo numero della *Rivista*.

4. “Bisogni materiali” che implicano l’intervento dello Stato, così come affermato dal terzo comma dell’art. 1 della legge 833, affinché l’erogazione dei servizi e l’esercizio di funzioni pubbliche possa essere ricondotta a un “soggetto unico” e non disperso “tra enti e organi diversi”, come accadeva prima della riforma sanitaria.

Bisogni, inoltre, che non possono essere garantiti con la salvaguardia di “livelli minimi”, bensì di “livelli essenziali”, cioè adeguati a porre in essere la “tutela della salute” e delle necessità primarie della persona umana.

Ciò pure nel quadro della coerenza tra i fini da perseguire e i mezzi predisposti dal legislatore (v. per la giurisprudenza costituzionale la sent.n.144 del 1972) e dell’indicazione dei c.d. “criteri guida” per porre in atto i trattamenti sanitari - v.sent.455 del 1990, pronuncia quest’ultima con cui il Giudice delle Leggi ha, peraltro, riconosciuto la compatibilità della natura inviolabile del diritto in esame con quella di diritto sociale, che necessita per la sua attuazione di prestazioni positive dei pubblici poteri -.

5. È opportuno altresì evidenziare che la legge 833 deve essere posta nel clima politico che la esprime, quello della “solidarietà nazionale”, teso alla più compiuta e armonica attuazione della Costituzione e del progetto di democrazia sociale, di Stato sociale interventista – ben diverso dallo “Stato regolatore”, che si limita prevalentemente ad esercitare un controllo delimitato sulle attività economiche, con riguardo alla loro dinamica interna e ai loro effetti esterni, senza tuttavia intaccarne profondamente, ad eccezioni di situazioni straordinarie, le direttrici e l’autonomia – che essa contiene.

Da ciò può dedursi che la riforma indica delle evidenti priorità in ordine al primato della sfera pubblica rispetto a quella privata, degli apparati pubblici rispetto a quelli privati e al libero mercato, pur entro le complesse e articolate relazioni che intercorrono tra Stato e mercato in una società pluralista, senza dubbio da storicizzare e problematizzare. Da qui il suo carattere “organico”.

Primato che negli ultimi decenni è stato fortemente ridimensionato, se non addirittura rovesciato, sul fondamento di correnti di pensiero neoliberiste volte ad accentuare l’egemonia della libera iniziativa economica privata su quella pubblica, a detrimento dell’effettiva salvaguardia del principio personalista e a tutto vantaggio di logiche tese alla massimizzazione dei profitti⁶.

Infatti, l’ideologia della “libertà del mercato”, quale presunto “ordine normativo”, del “mercato concorrenziale, pure nel solco del diritto comunitario, ha inteso quest’ultimo, in primis, quale libertà economica che si traduce in “elemento pervasivo dell’ordine sociale”⁷, così finendo con “il trascendere la sfera economica”.

⁶ C. AMIRANTE, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 9 ss.

⁷ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella Costituzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, n. 1, pp. 15 ss., 35; G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 5 ss.

Ora, senza entrare nel merito della disputa sulla natura del mercato, se “ordine spontaneo” (von Hayek) o “normativo” (Irti), si vuole evidenziare che la riforma sanitaria mira alla realizzazione di una concezione dei rapporti sociali e di quelli tra Stato e cittadino di segno piuttosto eterogeneo, anzi per taluni profili opposto, ovvero sia di preminenza della tutela pubblica del “bene salute” rispetto a quella privata, pur nell’ambito delle c.d. “esigenze di bilancio”, di equilibrio della finanza pubblica⁸, trattandosi di un diritto comunque “finanziariamente condizionato” (v., *ex multis*, le sent. nn. 247 e 356/1992).

Questo proprio al fine di tutelare il “nucleo essenziale del diritto alla salute” (v. sentt. 127/1990, 37/1991, 247/1992, 218/1994, 304/1994, 309/1999, 252/2001, 307/2003, 354/2008, 85/2013 ecc., nonché, *ex multis*, Corte Cass., sez. un., sent. n. 17461/2006), *in primis* con un’organizzazione adeguata alla “realtà materiale” ed alle situazioni di indigenza da rimuovere e da valutare caso per caso, che finisce con il coincidere con i bisogni e le aspettative della persona umana⁹.

⁸ A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all’eguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999, pp. 178 ss. Esigenze di bilancio da considerare, in una valutazione certamente articolata, anche nel quadro del “principio di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private”(sent. 330/1999).

⁹ V. a questo proposito M. LUCIANI, *Salute*, cit., p. 9 (che ricorda come tuttavia in Assemblea Costituente prevalse una concezione “assoluta” e non “relativa” dell’indigenza); D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pp. 73-74.