

*I Quaderni di*  
*Nuove Autonomie*

MONOGRAFIE

4

I volumi devono essere inviati ai Direttori della rivista “Nuove Autonomie”. Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l’editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Elisa Cavasino

**LA FLESSIBILITÀ DEL DIRITTO  
ALLA SALUTE**

Editoriale Scientifica  
NAPOLI

*Volume stampato con il contributo del Consorzio Universitario della Provincia di Trapani*

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2012 Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-402-7

*A Giulia*

## PREMESSA

Chi si occupa dello studio dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano deve tentare di risolvere diversi ordini di problemi.

Il primo riguarda la difficoltà a definire la struttura, il "senso", della disciplina costituzionale dei diritti. Ciò impone di compiere una chiara opzione per una data teoria della Costituzione ed una, connessa, di teoria dell'interpretazione costituzionale. Coglie nel segno chi ritiene che, naturalmente, queste opzioni dipendano dall'oggetto e dalle finalità della ricerca<sup>1</sup>.

A tal proposito, muovere dalla teoria kelseniana<sup>2</sup>, pone notevoli difficoltà allo studioso italiano poiché questa incontra una Costituzione che non reca soltanto *procedure* per la produzione di norme, ma che individua fini costituzionali da perseguire. In altri termini, la validità delle norme prodotte secondo i procedimenti dettati dalla Costituzione italiana dipende anche dal rispetto delle norme costituzionali che individuano beni giuridici da proteggere, diritti da riconoscere e garantire, situazioni giuridiche soggettive di varia natura.

Questo studio si occupa in gran parte di questo problema: quali sono i *contenuti* della disciplina costituzionale sulla salute; come sono stati individuati; come *debbono* essere ricostruiti *oggi*.

Ci si avvicina al tema con uno sguardo attento al profilo della produzione delle norme, ma non soltanto seguendo la logica della attuazione "per via legislativa" della disciplina costituzionale o seguendo solamente l'imperativo della *Drittwirkung* delle norme costituzionali, o, ancora, muovendosi prevalentemente sul piano della ricostruzione delle opinioni della dottrina.

<sup>1</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, ed. Bologna, 1987, 347.

<sup>2</sup> H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, di S. COTTA, G. TREVES, prefazione di E. GALLO, introduzione di G. PECORA, Milano, VI ed., rist., 2000, 120.

Questo studio mira a dimostrare come si possano individuare diverse “fasi” di *costruzione* dei caratteri del diritto fondamentale alla salute e come la costruzione del modello italiano di tutela della salute sia stata condizionata, in modo più o meno consapevole, da alcune teorie generali del diritto; della Costituzione; dell’interpretazione costituzionale; da orientamenti ideologico-politici; da fattori socio-economici o politici contingenti.

Quest’analisi non è stata incentrata sull’evoluzione della giurisprudenza di legittimità, di merito, amministrativa in materia di tutela costituzionale della salute.

Questo perché si è scelto di riflettere soltanto su alcuni circuiti della legalità costituzionale: i poli della dialettica fra forme *politiche* di attuazione della Costituzione e strumenti di garanzia della *rigidità* costituzionale.

Concentrarsi sul rapporto fra percorsi interpretativi della Costituzione offerti dalla dottrina, attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale e toccare in modo soltanto marginale le forme di tutela del diritto alla salute immaginate dalla giurisprudenza di legittimità, di merito, amministrativa, consente di evidenziare tutti quei casi in cui vi è stata forte consonanza o forte distanza fra le prospettive della cultura giuridica, scelte politico-legislative e giurisdizione costituzionale.

Ciò ha consentito di muoversi tenendo presenti soltanto i *macro-temi* intorno ai quali si sono sviluppate le dinamiche della costruzione del significato della tutela della salute nell’ordinamento costituzionale italiano<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> È evidente, infatti, che la funzione di garanzia della rigidità costituzionale esercitata dalla Corte costituzionale è *condizionata* dall’azione dei giudici che attivano l’esercizio del controllo di costituzionalità in via incidentale. In particolare, la scelta di non rappresentare compiutamente l’evoluzione della giurisprudenza consente di focalizzare l’attenzione sulle ipotesi in cui è stato rilevato un contrasto insanabile fra Costituzione e “legge” (tenendo, quindi, presente che l’obbligo d’interpretazione conforme o adeguatrice ha, tendenzialmente, *costretto* il giudice rimettente a mutare le prospettive ermeneutiche del testo costituzionale, incidendo così sul rapporto fra legislazione, giurisdizione, garanzie giurisdizionali della rigidità costituzionale). Sul tema, senza alcuna pretesa di completezza, A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2008, 3603 ss.; ID., *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero tra esibizione della “diffusione” e vocazione all’“accentramento”*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 69 ss.; M. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Milano, 2009; G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?*, in *Foro it.*, 2006, 3323 ss.; E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002; R. PINARDI, *L’interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici*

Questo studio intende mostrare il carattere *flessibile* del diritto alla salute, diritto che viene plasmato per rispondere a sollecitazioni provenienti da tutti questi contesti.

La fase dell'esperienza costituzionale che si sta attraversando vede la crisi del modello che è stato gradualmente costruito nell'ultimo trentennio. Negli ultimi due capitoli di questo studio s'indagano le cause di questa crisi e si tenta di offrire una chiave di lettura della disciplina costituzionale che consenta di assicurare *effettività* al diritto alla salute in un contesto che tende a plasmare il diritto alla salute secondo logiche di mercato, *efficientistiche* e di *contrazione* delle risorse pubbliche da destinare alla protezione di questo bene giuridico costituzionale.

Il filo rosso che percorre tutta l'analisi è rappresentato dal nesso inscindibile che sussiste fra il livello di effettività di un diritto costituzionalmente garantito e la disciplina sull'organizzazione dei servizi che sono strumentali alla sua tutela.

Il problema implicato da questa analisi riguarda la "selezione" dei "dati" da tenere in considerazione.

Questo è uno studio che muove dal principio di *effettività*, principio che «stabilisce l'ambito della scienza giuridica e indica ciò che è opportuno considerare diritto al fine di una ricerca scientifica»<sup>4</sup>. Non si occupa di costruire *una teoria costituzionale* del diritto alla salute, per poi discriminare fra *errori* interpretativi e *corrette* letture del dato ordinamentale, ma tenta di proporre una, soltanto *dopo* aver effettuato l'analisi dell'*esistente*.

Per questa via, si giunge a definire l'obiettivo di questa ricerca.

Si ritiene che ancor'oggi sia necessario porsi il problema della tutela dei diritti e dei limiti al potere in un dato momento storico ed in un dato ordinamento costituzionale e, in relazione all'esperienza costituzionale italiana, che si debba giungere nuovamente ad interrogarsi sul principio di giustizia che costituisce la struttura dell'ordinamento costituzionale: la sintesi fra libertà e uguaglianza, per *liberare* la persona da poteri autoritari, pubblici o privati.

Per far ciò, però, bisogna «distinguere il momento in cui il giurista fa del diritto un oggetto della propria ricerca da quello in cui contribuisce

*ordinari: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Napoli, 2009, 1253 ss.

<sup>4</sup> N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965, edizione con prefazione di L. FERRAJOLI, Roma-Bari, 2011, 104.

a produrlo»<sup>5</sup>. Questo studio tenta di operare su entrambi i profili. Nei capitoli iniziali si *osserva* l'evoluzione dell'esperienza costituzionale; negli ultimi si *spera anche di contribuire a produrlo*. In particolare, i primi capitoli tendono ad essere il più possibile aderenti al criterio per cui «oggetto della scienza giuridica è il diritto qual è»<sup>6</sup>, nella cultura giuridica; nella legislazione; nella giurisprudenza. L'analisi ha avuto ad oggetto prevalentemente la dialettica fra cultura giuridica giuspubblicistica; indirizzo politico statale, riflessi sul *governo* della salute a livello regionale; giurisprudenza costituzionale. Si è tentato di definire ciò che il diritto alla salute è stato “sino a ieri”, nell'ordinamento costituzionale italiano. Sino a ieri perché l'ordinamento è in continuo mutamento.

Il quarto e il quinto capitolo si muovono sul livello dell'interpretazione costituzionale mutando prospettiva: si muove dalla crisi del modello di attuazione costituzionale per ragionare sul *dover essere* del diritto alla salute. Acclarata crisi della costruzione delle fonti del diritto italiano che segue come unica direttrice quella segnata dal criterio della gerarchia<sup>7</sup>, vanno prese in esame anche le fonti “esterne” al diritto prodotto dagli organi della Repubblica, in particolare il diritto dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Per definire il *dover essere* del diritto alla salute *oggi* è stato necessario muovere da alcune opzioni di teoria della Costituzione e dell'interpretazione della Costituzione.

Per quanto riguarda la teoria della Costituzione, questo studio si muove sulla scia del dibattito che si è riaperto negli ultimi anni in Italia e si orienta nel quadro di una teoria istituzionale e materiale della costituzione<sup>8</sup>.

Ci si trova dinanzi al processo di evoluzione di una precisa *esperienza giuridica*<sup>9</sup>. Il *dover essere* di questa esperienza impone di perseguire *una precisa finalità: rendere effettivo il diritto alla salute in un dato momento storico*.

<sup>5</sup> N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, cit., 105.

<sup>6</sup> N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, cit., 104.

<sup>7</sup> Crisi peraltro già evidenziata da V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775; da ultimo F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009.

<sup>8</sup> A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 311.

<sup>9</sup> Sul concetto di esperienza giuridica R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, loc. ult. cit.

A tal proposito, non si può pensare che un'esperienza costituzionale si cristallizzi nel tempo. Oggi, l'esperienza costituzionale italiana è caratterizzata da un processo di *europaizzazione* del diritto costituzionale. Se ciò sia l'effetto dell'*inadeguatezza* della costruzione del diritto alla salute realizzata nella fase dell'attuazione del «progetto» costituzionale<sup>10</sup>, o se quest'ultima sia l'effetto dell'europaizzazione del diritto costituzionale è oggetto di queste riflessioni. Ma non ci si limita ad esprimersi sulle cause di tale inadeguatezza. Bisogna anche verificare quali effetti si *potrebbero ancora* produrre.

Nel caso del diritto alla salute, le scelte politico-economiche dell'ultimo decennio non sono più orientate all'attuazione della Costituzione o ad “adeguamenti” delle forme di attuazione costituzionale a nuove contingenze economiche e sociali. Queste scelte, che hanno importanti riflessi sul piano delle *istituzioni delle libertà*, sono oggi compiute guardando oltre la Costituzione della Repubblica: all'Europa.

Da qui l'impressione della *crisi di alcuni modelli ricostruttivi della struttura del diritto alla salute e della sua effettività*. Quali strumenti sono dunque necessari, per assicurare in forme differenti l'effettività di quel diritto? Non credendo negli assoluti e nella necessità che per costruire un ordinamento giuridico si possano applicare semplicemente schemi logico-deduttivi, sono stata naturalmente orientata verso tecniche interpretative non legate agli orientamenti analitici.

Ciò ha reso decisamente più difficile lo svolgimento della riflessione nell'ultima parte della ricerca.

Una prima difficoltà ha riguardato il confronto con la cultura giuridica. La maggior parte delle riflessioni che più hanno influenzato gli studiosi italiani, e che sono state offerte dai costituzionalisti, sono legate ad impostazioni del tutto differenti da quella qui proposta, ossia all'esigenza di *affermare* la precettività delle norme costituzionali sul diritto alla salute e di riempirla di *senso*. Ciò in particolar modo è vero per quelle analisi condotte in un momento storico in cui i *dati normativi* su cui appoggiare la tesi della precettività delle norme costituzionali sulla salute erano pochi e si poteva far leva prevalentemente su alcuni orientamenti della giurisprudenza ordinaria, successivamente rimeditati dalla Corte costituzionale con la precisazione dei “limiti” di tutela del diritto fondamentale alla salute.

<sup>10</sup> C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 168.

Grande rilievo ha assunto il tema dei “limiti” che circondano il diritto alla salute: il limite tecnico-scientifico; il limite economico-finanziario; il conflitto con altri diritti di livello costituzionale. In effetti, non si può negare che cos'è il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale italiano non è possibile comprenderlo *davvero* se non si fa riferimento a cosa *osti ad una assoluta espansione delle facoltà ad esso connesse*. Ma non si può ritenere che il diritto alla salute sia soggetto a tali ordini di limiti in quanto ascrivibile alla categoria dei diritti sociali.

Piuttosto, è a seconda delle scelte relative alle forme della sua tutela che tali limiti si atteggiano in modo differente.

Non solo. Mutano anche le forme giuridiche di garanzia dell'uguaglianza e della libertà della persona. Mutano i tratti del principio di giustizia tratteggiato negli articoli 2 e 3 della Costituzione italiana<sup>11</sup>.

È il caso di anticipare alcune considerazioni sui possibili “modelli” di *costruzione* del diritto alla salute.

In un contesto in cui si è *costruisce* un modello *eteronomo* di tutela della salute, il diritto alla salute vive all'interno di una dimensione pubblicistica e le forme di svolgimento dell'uguaglianza e dell'autonomia del singolo nelle scelte sulla propria salute sono da rintracciare nella disciplina dei rapporti fra singolo ed amministrazione o fra singolo e soggetti che erogano i servizi per la salute e nelle scelte politico-normative sulla programmazione ed il finanziamento dei servizi per la salute.

In un contesto, invece, che si orienta sempre più verso la riduzione della sfera pubblica; l'introduzione graduale dei principi di libertà d'iniziativa economica; la costruzione di un mercato concorrenziale; uguaglianza e libertà si garantiscono facendo leva sul principio di autodeterminazione e sulle guarentigie istituzionali che consentono di tutelare i diritti inviolabili della persona umana. È nel rapporto fra legislazione e giurisdizione che bisogna cogliere tratti e forme di tutela. Non soltanto nelle forme di regolazione dei rapporti fra privati.

In assenza di queste guarentigie, infatti, non si può costruire un modello di tutela orientato alla massima espansione dell'autonomia, al tramonto del paternalismo e dell'egalitarismo; un modello che risponda alla crisi fiscale dello Stato e alla crisi di effettività dei diritti costituzionali, ossia alle forme di *degenerazione* dello Stato sociale.

<sup>11</sup> Sul tema H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004.