

Capitolo Secondo

IL DIRITTO “FONDAMENTALE” ALLA TUTELA DELLA SALUTE

Sommario: 1. La tutela della salute nel contesto istituzionale. – 2. La tutela della salute nell'interpretazione giurisprudenziale comunitaria. – 3. L'intervento della Corte Suprema di Cassazione: cenni. – 4. I profili funzionali ed organizzativi nell'attuazione normativa.

1. *La tutela della salute nel contesto istituzionale*

La tutela della salute, nella sua più vasta accezione, ha acquisito progressivamente nel corso di questi ultimi cinquant'anni, successivi alla fine della seconda guerra mondiale, dignità pari alla tutela della libertà per l'affermazione della quale si è dibattuto (ed anche combattuto) in maniera sostanziale a partire dalla rivoluzione francese. La tutela della salute rappresenta dunque un valore assoluto, del resto strettamente legato a quello ormai consolidato della libertà, riconosciuto aldilà del dettato costituzionale, quale conquista conclamata di quella comunità internazionale che si fonda su valori comunemente ed implicitamente assodati, appartenente per definizione al patrimonio naturale dell'individuo, e non soltanto di questi, “*dotazione giuridica*” originaria, indipendente e protetta nei confronti della legge¹.

Una sorta di corollario esponenziale rispetto alla tutela della libertà o meglio l'altra faccia della libertà per il riconoscimento e la garanzia della quale a nulla servono i proponimenti dichiarativi in genere, per molti versi addirittura superflui, dal momento che i comportamenti dilatori o alle volte omissivi del legislatore non costituiscono una violazione del dettato costituzionale bensì una irresponsabile disattenzione nei con-

¹ Sul tema si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1991, p. 63.

fronti dei doveri imprescindibili di una civile democrazia statale.

Qualsiasi rimedio, infatti, percorribile dinanzi ad una autorità giurisdizionale potrebbe soltanto in parte compensare la violazione perpetrata, ma in nessun caso sarebbe idoneo a ripristinare il valore assoluto violato. A differenza, quindi, della tutela della libertà tradizionale che postulava evidentemente un comportamento garantistico ed immediatamente precettivo da parte dell'autorità statale, la tutela della salute, considerata come sviluppo e completamento della prima, presuppone un porsi nettamente diverso, un approccio coinvolgente contestualmente la volontà giuridica e quella politica. Lo Stato, pur riconoscendo ugualmente recessiva questa dimensione di sovranità che andrebbe al contrario considerata su parametri evidentemente più ampi – e quindi sarebbe più opportuno dire “*la comunità*” –, acquista coscienza della propria ragion d'essere nel momento in cui determina le condizioni irrinunciabili di benessere fisico e psichico dell'individuo e della collettività. Condizioni che però comportano un costo, un impegno economico e finanziario: un diverso modo di rappresentarsi di un diritto assoluto, forse la nuova dimensione di tale tipologia di diritti nel nuovo millennio.

Non va dimenticato, infatti, che per lungo tempo è stata contestata da parte della dottrina l'opportunità e la legittimità dell'inserimento del diritto alla tutela della salute tra i diritti fondamentali dell'uomo accanto ai diritti classici di libertà civile ed al diritto di proprietà sull'ormai superato presupposto che la tutela della salute fosse fondata sul principio di eguaglianza anziché sul principio di libertà².

Le profonde trasformazioni dello stato di diritto hanno portato l'interprete ad affiancare ai diritti di libertà i diritti sociali³ come nuovi oggetti della protezione dell'ordinamento anche e soprattutto perché è ormai chiaro che il principio su cui questi riposano – l'eguaglianza – non è più in contrasto con l'originariamente opposto principio di libertà, ma ne è in certa misura condizione ad ulteriore migliore significazione. E tra i diritti sociali in particolare proprio il diritto della tutela della salute, qualificato dal nostro testo costituzionale come diritto fondamentale, si colloca a pieno titolo alla pari dei diritti classici di libertà.

Con grande lungimiranza, infatti, l'Assemblea costituente, al fine di

² Sul diritto alla tutela della salute con riferimento ai diritti di libertà si rinvia all'ampia ed approfondita analisi di M. LUCIANI, *Salute*, I, *Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, voce, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 2.

³ Sul tema si rinvia a A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, voce, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

rafforzare ed elevare la garanzia data dalla Costituzione alla salute, aggiunse il riferimento alla fundamentalità del diritto, non presente nel progetto originario⁴. Ma la qualificazione costituzionale appare oggi pienamente in linea con gli orientamenti che si vanno consolidando all'interno della comunità internazionale: l'Organizzazione mondiale della sanità ha lanciato un progetto europeo "*la salute per tutti*" basato su ventuno obiettivi di salute ("*health target*") da raggiungersi entro il 2020 per i quali sono state definite azioni strategiche e precisi indicatori per monitorarne l'andamento. Si tratta di obiettivi che determinano una serie di priorità, fissate in piani o programmi nazionali, stabilite per i servizi sanitari allo scopo non di razionare le risorse bensì di consentire il raggiungimento di risultati concreti in termini di salute pubblica per il Paese e nel rispetto delle compatibilità economiche.

Analogamente l'Unione europea ha acquisito maggiore rilevanza nel campo della protezione della salute dei cittadini europei innanzitutto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam che prevede un nuovo art. 152 (che si sostituisce al precedente art. 129) dedicato interamente alla sanità pubblica, che consente alla Comunità di adottare tutte le misure volte ad assicurare un livello elevato di protezione della salute umana. Tra i settori di cooperazione tra i Paesi membri l'articolo menziona non soltanto "*malattie e grandi flagelli*" ma anche, e più in generale, tutte le cause di pericolo per la salute umana, nonché l'obiettivo generale di un miglioramento della sanità pubblica comunitaria.

Non si trascuri la questione della definizione del diritto alla tutela della salute, di cosa debba intendersi e per cosa la comunità debba impegnarsi nel raggiungimento della propria finalità.

Il fatto stesso che il legislatore abbia più volte tentato di inquadrarlo in termini giuridici propositivi ne rappresenta una evidente limitazione. Soltanto la comunità è depositaria di una definizione assoluta in quanto il legislatore può compierne una razionalizzazione rapportata alle risorse che intende impegnare e unicamente con tale finalità. Si tratta di definire un principio che va ben aldilà del dato legislativo e che assume connotati profondamente diversi a seconda dei termini ultranazionali di riferimento.

L'Organizzazione mondiale della sanità già più di quarant'anni orsono parlava di "condizione di completo benessere fisico, mentale e so-

⁴ Seduta del 24 aprile 1947, in *Atti Ass. Cost.*, p. 3295 ss.

ziale”, e non semplicemente di assenza di malattia o di infermità⁵; la stessa Corte costituzionale, consolidando una giurisprudenza che trova le sue origini nelle prime sentenze degli anni ottanta, definisce il diritto alla tutela della salute come un “diritto primario e fondamentale” che impone “piena ed esaustiva tutela”. Tale tutela si articola, sempre ad avviso della Corte, in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l’ordinamento costituzionale assicura al “bene dell’integrità e dell’equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce”⁶.

Il diritto alla tutela della salute, quindi, pretende “piena ed esaustiva tutela”: il problema diventa, allora, la precisazione del suo contenuto e la modalità di garanzia dal momento che, come già sottolineato in altra sede⁷, la formulazione finale dell’art. 32 fa emergere con grande chiarezza i caratteri di generalità e di unitarietà che contraddistinguono i principi in esso espressi. L’articolo è ispirato a due concetti fondamentali: quello che pervade l’intera nostra Costituzione, per cui è funzione dello Stato promuovere lo sviluppo della persona umana, come elemento fondamentale del bene comune, e quello che definisce la salute non più come un bene individuale, ma come un bene nel quale coincidono fini individuali e fini sociali. Particolare merito della Costituzione italiana, infatti, è quello di aver conferito rilievo costituzionale agli interessi collegati con la salute dei cittadini, ponendo così le premesse di una compiuta tutela⁸.

La Corte ritorna sul punto⁹, ed amplia la portata della pienezza ed esaustività della tutela non soltanto nell’ambito privatistico bensì anche in ambito pubblicistico. “La tutela della salute riguarda, dice la Corte, la

⁵ Sulla definizione della materia, in particolare, con riferimento ai profili economici, cfr. F. NUTI, *Introduzione all’economia sanitaria e alla valutazione economica delle decisioni sanitarie*, Torino, 1998, p. 8.

⁶ Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. cost.*, 1979, p. 656; 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1430; 18 dicembre 1987, n. 559, in *Giur. cost.*, 1987, p. 3505; 3 novembre 1988, n. 1011, in *Giur. cost.*, 1988, p. 4830; 27 dicembre 1988, n. 992, in *Giur. cost.*, 1988, p. 4673; 22 giugno 1990, n. 307, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1874.

⁷ Così F. ROVERSI-MONACO-C. BOTTARI, *Commento agli artt. 1 e 2, Il Servizio sanitario nazionale, Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, con il coordinamento di F. Roversi Monaco, Milano, 1979, p. 6.

⁸ Cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, p. 53.

⁹ Corte cost., 20 dicembre 1996, n. 399, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3646.

generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale". Ed implica, dunque, non soltanto situazioni attive di pretesa, ma comprende anche il dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui. Si tratta di una progressiva evoluzione di questa giurisprudenza che porterà, quindi, la Corte a determinare la nozione, ancora peraltro non ben definita, della necessaria tutela di un "nucleo essenzialissimo della posizione protetta". Si teorizza, infatti, il principio¹⁰ che, nonostante non sia concesso alla Corte sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali – dal momento che soltanto il legislatore è costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato –, alla stessa Corte compete tuttavia di garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti. Successivamente, sempre nello stesso anno¹¹ con la famosa pronuncia sul caso cosiddetto Di Bella¹², la Corte ribadisce che "nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali, va considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute". Nucleo essenzialissimo, contenuto minimo: si va facendo strada un ragionamento che porta a considerare la tutela della salute non tanto come una posizione giuridica dell'individuo nei suoi diversi rapporti, sia pubblici che privati, quanto piuttosto come un elemento essenziale della personalità umana, e non soltanto di questa.

È significativo, a tale riguardo, che l'importante intervento legislativo in materia (d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 "Norme per la razionalizzazione del S.S.N., a norma dell'art. 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419")

¹⁰ Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 27, in *Giur. cost.*, 1998, p. 148.

¹¹ Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1527.

¹² Per un approfondito commento della sentenza si rinvia a C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitratamento Di Bella"*, in *Giur. it.*, 1999, p. 160 ss.

ponga come limiti inderogabili degli interventi attuativi dello stesso diritto “i principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell’equità nell’accesso all’assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze nonché della economicità nell’impiego delle risorse”.

In tale rinnovato contesto appare centrale il riferimento alla dignità della persona umana, concetto ben presente anche nei lavori dell’Assemblea costituente, che proprio nell’art. 32 trova la sua più chiara ed esauritiva affermazione allorquando, al comma 2°, a proposito dei trattamenti sanitari obbligatori, si costituzionalizza il principio – peraltro ormai generalmente consolidato all’interno della comunità internazionale – secondo il quale “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

La più recente normativa tenta, dunque, di assicurare concreta garanzia a tale principio generale attribuendo allo Stato il compito di attuare il disposto costituzionale in tema di tutela della salute quale dovere dell’intera comunità di salvaguardare il rispetto e la dignità della persona umana.

A tal fine non risulta più sufficiente garantirne la libertà civile se a questa non si associa l’intervento in termini sanitari. È chiaro che l’intervento è strettamente e necessariamente legato alla quantità di risorse impegnate, ma ciò che non si disconosce più è che un “*minimo*” deve essere in ogni caso assicurato; del resto la stessa carta costituzionale impone l’obbligo di garantire cure gratuite agli indigenti.

La sent. 16 luglio 1999, n. 309 della Corte costituzionale (in *G.U.* 21 luglio 1999, n. 29, I serie speciale), ancora una volta, sottolinea tale concetto ribadendo che la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone, ma, contestualmente, precisa che “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana”.

Si tratta, quindi, di coniugare in termini attuali diversi aspetti sostanziali di un disposto costituzionale alquanto complesso, articolato e che rinvia per la sua attuazione a procedimenti interpretativi strettamente legati ad ideologie politiche, sociali ed economiche non sempre chiaramente definite o definibili. Di certo tra i più importanti e delicati e non soltanto per l’innegabile e rilevante contenuto economico: forse al

giurista si chiede più di quanto egli possa concretamente dare.

L'odierno dibattito è focalizzato principalmente sulla definizione dei ruoli che debbono essere attribuiti ai diversi soggetti necessariamente coinvolti nella concreta attuazione del principio costituzionale.

In particolare va delineandosi un orientamento compromissorio tra le due tendenze tradizionalmente presenti nel dibattito sul tema, l'una di impostazione essenzialmente statalista che nel tentativo di limitare di fatto quanto più possibile l'ambito di intervento di soggetti esterni tende ad attribuire l'intervento prioritario al soggetto pubblico; l'altra, di stampo prettamente liberale, che, nel tentativo di limitare l'ingerenza prevalente in tale settore della componente politica, intende coinvolgere alla pari del pubblico altri soggetti in diversa guisa interessati nel partecipare ad un sistema contraddistinto da una pluralità di contenuti sociali, economici ed imprenditoriali.

A distanza di oltre sessant'anni si ripropone quel ricco dibattito profilatosi in sede di Assemblea costituente e che nello specifico settore della tutela della salute vedeva, da un lato, coloro che ritenevano che l'intervento pubblico nel settore avrebbe dovuto mantenere un ruolo integrativo rispetto all'iniziativa privata e, dall'altro, chi, al contrario, riteneva che l'identificazione della salute come una condizione necessaria per il pieno sviluppo della persona umana prefigurasse un'estensione dell'intervento pubblico nel settore diretto a garantirne la soddisfazione per tutti gli individui, a prescindere da condizioni personali di indigenza; l'adozione di "tale prospettiva influiva anche sulla riformulazione del ruolo dell'intervento pubblico rispetto a quello della società, attraverso l'affidamento a questo di un compito non più episodico o integrativo, ma di garanzia nella tutela di un fondamentale diritto personale"¹³.

Allora si contrapponevano le due anime maggiormente rappresentative in sede di Assemblea, quella di matrice cattolica e quella di matrice marxista che, seppur con motivazioni del tutto divergenti, avevano comunque un comune interesse a garantire il rispetto del ruolo delle formazioni sociali attribuendo loro una protezione rinforzata nei confronti degli interventi del legislatore e dei poteri pubblici in genere.

Entrambe le componenti, infatti, erano interessate a garantirsi spazi e momenti di aggregazione esterni ai poteri costituzionalmente costituiti: "i cattolici, con gli occhi al passato risorgimentale, pretendevano la

¹³ Sul punto si richiama l'ampia analisi condotta da M. COCCONI, in *Il diritto dalla tutela della salute*, Milano, 1998, p. 37 ss.

garanzia dell'individuo attraverso la tutela delle formazioni sociali e non si preoccupavano né della tutela della sua libertà all'interno delle formazioni sociali stesse né della partecipazione delle stesse al potere politico; le sinistre, con il pensiero rivolto soprattutto all'avvento di un nuovo regime sociale, rinviavano ad epoca migliore un'opera di inserimento delle libertà classiche all'interno della società civile. Tutti quanti non riuscivano comunque a liberarsi da una visione angusta delle libertà civili come 'libertà dallo Stato' in ciò favoriti da una dottrina pubblicistica che individuava nella regolamentazione del rapporto autorità-libertà l'espressione dialettica più alta dell'ordinamento giuridico"¹⁴.

Del resto la stessa Corte costituzionale, consolidando la propria giurisprudenza in materia, ha più volte ribadito che l'azione liberamente svolta dagli uomini a favore di "interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità" rappresenta "l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Essa è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità ma come libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa.

Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito insieme con i diritti inviolabili dell'uomo"¹⁵.

Oggi si tratta di dare concreta attuazione al principio di sussidiarietà, definitivamente introdotto nell'ordinamento comunitario attraverso il Trattato di Maastricht, successivamente recepito, in via di principio, nel nostro sistema giuridico ad opera della prima legge di riforma amministrativa in senso federalistico cosiddetta Bassanini uno (art. 4, comma 3°, lett. a), di cui si dirà in seguito.

La soluzione che va emergendo con sempre maggiore convinzione – ed il successivo decreto ne rappresenta un'ulteriore conferma – tende ad at-

¹⁴ In questo senso A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 58.

¹⁵ Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, in *Giust. cost.*, 1992, p. 404; Corte cost., 23 luglio 1992, n. 355, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2821; Corte cost., 31 dicembre 1993, n. 500, in *Giur. cost.*, 1993, p. 4012.

tuare un progressivo coinvolgimento nel settore di quelle formazioni sociali che, pur garantite nel nostro sistema costituzionale, soltanto di recente hanno trovato una unitaria ed incentivante regolamentazione con il decreto istitutivo delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus) (d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460).

In realtà il suddetto decreto n. 460 del 1997 non istituisce le Onlus bensì attribuisce una definizione nominalistica e contenutistica a soggetti già esistenti, o che andranno a costituirsi nel tempo, che, per fruire di incentivanti agevolazioni fiscali, vengono indirizzate ad assoggettarsi a determinate regole nell'ambito di svolgimento delle attività volte al raggiungimento delle finalità statutarie¹⁶; una normativa, quindi, che consente l'attribuzione di un riconoscimento di carattere formale – consistente nell'essere inseriti nell'anagrafe unica nazionale delle Onlus, istituita presso il ministero delle finanze – a soggetti giuridici per lo più inseriti nella categoria generale delle c.d. formazioni sociali, alle quali la nostra Costituzione ha attribuito un ruolo fondamentale nello sviluppo della persona umana e le quali dovranno essere sempre maggiormente coinvolte nel sistema di gestione della sanità dato, tanto, il carattere intrinsecamente non economico dell'attività sanitaria posta a tutela di un bene fondamentale e costituzionalmente garantito quale è la salute, quanto, la non configurabilità in termini aziendali di un'attività di servizio che è sì vincolata al pareggio di bilancio ma non appare di certo destinata a produrre profitto¹⁷.

In questa ottica l'ultimo comma dell'art. 1 del decreto di razionalizzazione, dianzi citato, testualmente prevede che le istituzioni e gli organismi a scopo non lucrativo concorrono, con le istituzioni pubbliche e quelle equiparate ai sensi dello stesso decreto, alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà, dando attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona: esclusivamente ai fini dello stesso decreto sono da considerarsi a scopo non lucrativo le istituzioni che svolgono attività nel settore dell'assistenza sanitaria e socio-sanitaria, qualora ottemperino a quanto previsto dalle disposizioni di cui al recente decreto-legislativo istitutivo delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale; ed è stato aggiunto però, nella sua ultima versione, che l'attribu-

¹⁶ Cfr. C. BOTTARI, *I profili istituzionali della normativa in tema di Onlus*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, I, p. 339.

¹⁷ Sul tema cfr. A. ROMANO TASSONE, *L'azienda sanitaria tra democrazia e tecnocrazia*, in *Sanità pubblica*, 1997, p. 389.

zione della predetta qualifica non comporta il godimento dei benefici fiscali previsti in favore delle Onlus.

In realtà il decreto nella sua originaria formulazione intendeva spingersi ben oltre, arrivando addirittura a coinvolgere in maniera molto più significativa tali organizzazioni nella gestione del sistema sanitario nazionale parificandole con gli altri soggetti cui vengono attribuite funzioni in materia e definendole, in via di principio, facenti parte a pieno titolo della costituzione del Servizio sanitario nazionale stesso: “le istituzioni a scopo non lucrativo sono costitutive del Servizio sanitario nazionale”.

Ciò nondimeno lo stesso decreto rende attuale questa concorrenza, definita in via di principio nell’art. 1, attribuendo al cosiddetto privato sociale alcune posizioni di privilegio. Così, a proposito della programmazione, stabilisce che i piani sanitari regionali debbono prevedere forme di partecipazione delle formazioni sociali private non aventi scopo di lucro impegnate nel campo dell’assistenza sociale e sanitaria e che le Regioni debbono istituire entro sessanta giorni dall’entrata in vigore dello stesso decreto l’elenco delle istituzioni e degli organismi a scopo non lucrativo; ed ancora, a proposito dell’accreditamento, stabilisce che la Regione debba provvedere al rilascio ed alla revoca (anche della capacità produttiva in eccesso) dell’accreditamento delle strutture private non lucrative e, da ultimo, in tema di sperimentazioni gestionali, introduce il criterio teso a privilegiare nell’area del settore privato il coinvolgimento delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale.

Come già anticipato, il decreto legislativo di riforma, all’art. 1, comma 18°, statuisce che le istituzioni e gli organismi a scopo non lucrativo concorrono, con le istituzioni pubbliche “alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà dando attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona”.

Tale pomposa locuzione, in realtà, non fa che esplicitare, con riferimento al settore della sanità, la portata della disposizione costituzionale di cui all’art. 2.

Il legislatore delegato con tale previsione non sembra invero muoversi con decisione nella direzione dell’accoglimento del principio di sussidiarietà in senso orizzontale (*rectius* di un coordinato riparto di funzioni tra istituzioni pubbliche ed enti non profit).

L’eliminazione dell’espressione “le istituzioni pubbliche (...) e le istituzioni a scopo non lucrativo sono costitutive del Servizio sanitario nazionale”, contenuta nella precedente versione di tale decreto, rideterminava il quadro dei rapporti tra l’intervento delle istituzioni pubbliche e

quello degli enti non lucrativi nel settore della tutela della salute.

Se tale disposizione fosse stata mantenuta le organizzazioni non lucrative sarebbero, infatti, divenute, al pari delle aziende unità sanitarie locali, dei produttori diretti di servizi sanitari, non più quindi dei semplici "provider" dipendenti dal "contractor" pubblico.

Tale parificazione avrebbe assunto una valenza di grande portata, in quanto si sarebbe originata una nuova figura di ente a scopo di utilità sociale, da tempo auspicata in dottrina.

Se, infatti, si accoglie una lettura del dettato costituzionale che incentra la nozione di ciò che può definirsi pubblico sulle finalità perseguite, non sembra controvertibile che i fini e i compiti pubblici siano perseguibili non soltanto dalle diverse istituzioni pubbliche di governo, ma anche da soggetti privati¹⁸.

A ben vedere nel nostro paese si è iniziato a pensare al ruolo che potevano ricoprire gli enti non profit nei servizi alla persona – nei termini di un "possibile e alternativo sistema di servizi" – quando è divenuto chiaro che, in un'ottica di tagli alla spesa pubblica, le istituzioni pubbliche non potevano più da sole "fare fronte direttamente ed efficacemente al moltiplicarsi delle richieste di prestazioni"¹⁹.

D'altra parte, è da tempo noto che il rapporto tra diritti sociali ed intervento pubblico non è "immanente, ma si lega alla forma storica concretamente assunta dalle modalità di soddisfacimento di quei diritti", da cui ne consegue che spetta al legislatore decidere concretamente "quanto intervento pubblico diretto sia necessario e addirittura se quell'intervento sia davvero necessario"²⁰.

Era certamente più in sintonia con l'esigenza di riconoscere un più ampio e rilevante spazio agli enti non profit la previsione – scomparsa nel testo definitivo del decreto legislativo – che avrebbe finalmente portato alla nascita, anche nell'ordinamento italiano, di una categoria di "enti non profit con scopi pubblici e sociali"²¹. Tale nuova figura di enti

¹⁸ Cfr. G. PASTORI, *Prospettive di riforma dell'ordinamento delle IPAB*, in *Le Regioni*, 1996, p. 1041 ss., in partic. pp. 1042-1043.

¹⁹ Così V. TONDI DALLE MURA, *Profili costituzionali e sociali degli enti non profit*, in *Non Profit*, 1995, p. 555 ss., in partic. p. 562.

²⁰ Così M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 1994, p. 99. Ritiene necessario slegare i diritti sociali da un rapporto troppo stretto con i pubblici poteri anche G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in AA.VV., *Oltre lo Stato sociale*, Roma, 1995, p. 27 ss.

²¹ Così P. DE CARLI, *Enti "nonprofit" e obiettivi pubblici*, in *Jus*, 1990, p. 213 ss., in part. p. 246.

privati a scopo sociale o “a scopo esclusivamente di utilità sociale”²² si sarebbe distinta da quella degli enti non lucrativi che perseguono scopi meramente ego-altruistici (come quelli del primo libro del codice civile)²³, non soltanto per la natura delle finalità perseguite, ma anche in quanto “gestori di attività preordinate a fini pubblici o sociali”²⁴ e dunque di servizi pubblici.

Non può sfuggire che, proprio in un settore come quello della sanità, una consistente ritrazione della presenza pubblica a favore di enti privati a scopo sociale o di utilità sociale si sarebbe potuta realizzare soltanto se tale nuova tipologia di enti fosse stata congegnata al fine di realizzare in via esclusiva quei valori fondamentali, essenzialmente sociali, “enucleabili dal tessuto costituzionale e che attraverso l’art. 3, comma 2°, Cost., danno corpo al programma costituzionale di promozione del pieno sviluppo della persona umana”²⁵.

2. La tutela della salute nell’interpretazione giurisprudenziale comunitaria

Tutte le scelte legislative incidenti sul diritto alla tutela della salute e sul suo contenuto essenziale, in particolare sul valore fondamentale da questo rappresentato, sono assoggettabili al controllo in sede di giudizio costituzionale. Nonostante l’opera della Corte, di cui si è già detto e sulla quale ancora in prosieguo si ritornerà, non vi è dubbio che l’introduzione anche nel nostro ordinamento del ricorso diretto da parte del cittadi-

²² Così li definisce, prendendo spunto dall’esperienza inglese delle *charities*, e per distinguerli dagli enti non lucrativi disciplinati dal codice civile A. MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria secondo il d.d.l. Ciampi-Visco: verso l’adozione di uno status chiaritabile?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 295 ss.

²³ Secondo G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996, p. 130 deve riconoscersi che anche nelle fondazioni civilistiche si è avuta una “decolorazione dello scopo che da altruistico o socialmente utili si sarebbe trasformato in ego-altruistico”. In senso analogo anche A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, Napoli, 1995, pp. 54-55.

²⁴ Così G. PASTORI, *Prospettive di riforma*, cit., p. 1047.

²⁵ Così A. MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria*, cit., p. 320, secondo il quale è mediante la garanzia del rispetto del principio di eguaglianza nella fruizione dei diritti fondamentali sociali, “il cui compito di garantirne l’effettività risulta pienamente legittimo sia assunto da parte di enti privati a scopo di pubblica utilità”, che si definisce, in Italia, in conformità al nostro ordinamento costituzionale, “un assetto normativo del tutto analogo a quello posto nel modello inglese a garanzia dell’esclusivo perseguimento di scopi *charitable* da parte delle *charities*”.

no potrebbe consolidare il ruolo del giudice costituzionale quale garante supremo, e più "immediato", degli stessi diritti fondamentali²⁶.

Ciò nondimeno la tutela della salute trova parimenti garanzia negli interventi dei giudici comunitari ed in quelli della nostra Corte Suprema di Cassazione, ed a questi occorre far riferimento.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee il diritto alla salute viene, essenzialmente, tutelato in via indiretta attraverso la garanzia di altri diritti e interessi afferenti alle materie affidate all'UE dai Trattati istitutivi. In particolare, si ha riguardo agli interventi dell'UE qui di seguito descritti.

Con riguardo a prodotti dell'industria chimica quali farmaci ad uso umano e veterinario, nonché prodotti fitosanitari, la conformità del prodotto alle caratteristiche imposte dalle direttive comunitarie assicura un'adeguata tutela della salute e permette che il prodotto transiti liberamente all'interno dell'UE²⁷. In particolare, la Corte dichiara che qualora l'autorità competente di uno Stato membro abbia accertato che un prodotto fitosanitario importato da uno Stato dello spazio economico europeo in cui fruisce già di un'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata conformemente alla direttiva del Consiglio 15 luglio 1991, n. 91/414/CEE, relativa all'immissione in commercio dei prodotti fitosanitari, tale prodotto deve poter fruire dell'autorizzazione all'immissione in commercio già concessa nello Stato membro d'importazione a meno che non vi ostino esigenze di tutela della salute delle persone e degli animali nonché di tutela ambientale.

La Corte legittima invece restrizioni alla libera circolazione delle merci, quando emergenze in atto presso paesi esportatori pregiudichino gravemente le qualità del prodotto esportato, come nel caso della c.d. *mucca pazza*²⁸. Rileva, infatti, che lo scopo delle direttive 90/425 e 89/662 è di consentire alla Commissione di intervenire rapidamente per evitare la diffusione di una malattia tra gli animali o un danno alla salute umana. Contrasterebbe con tale obiettivo il fatto di non riconoscerle la facoltà di adottare le misure necessarie in seguito alla pubblicazione di informazioni nuove che modifichino in modo rilevante la conoscenza di una malattia, riguardo segnatamente alla sua trasmissibilità o alle sue conse-

²⁶ Così S. FOÀ, *Il fondamento europeo del diritto alla salute. Competenze istituzionali e profili di tutela*, in C.E. GALLO-B. PEZZIN (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, p. 93.

²⁷ CGCE, 17 settembre 1998, in causa C-400/96; 11 marzo 1999, in causa C-100/96.

²⁸ CGCE, 5 maggio 1998, in causa C-157/96.

guenze. La CGCE sembra assumere una più diretta consapevolezza degli obiettivi dell'azione delle istituzioni comunitarie rigettando – sempre con riferimento al caso della c.d. mucca pazza – una distinzione artificiosa tra la sanità pubblica e il buon funzionamento del mercato interno²⁹, affermando che esaminate in una prospettiva di lungo periodo, le misure adottate erano necessarie alla realizzazione degli scopi delle direttive 90/425 e 89/662, vale a dire la tutela della sanità pubblica e degli animali nella cornice del buon andamento del mercato interno.

Il caso ha di recente sollevato una interessante vertenza tra la Commissione ed il Consiglio dell'UE, a margine del fondamento giuridico di un regolamento che istituisce un sistema di identificazione e di registrazione dei bovini e relativo all'etichettatura delle carni bovine e dei prodotti a base di carni bovine, emanato nell'ambito della crisi creata dalla malattia (Regolamento (CE) del Consiglio 21 aprile 1997, n. 820).

In particolare, la Commissione – sostenuta nel suo ricorso dal Parlamento europeo – contesta la scelta dell'art. 37 (*ex art.* 43) del Trattato CE come base giuridica del regolamento, ritenendo che l'atto impugnato, proponendosi come principale obiettivo la tutela della salute umana, avrebbe dovuto essere emanato sulla base dell'art. 95 (*ex art.* 100A) del Trattato CE. Il Consiglio afferma invece che la scelta della base giuridica va effettuata unicamente in funzione del contenuto e degli scopi degli atti da adottare e che, di conseguenza, occorre tenere conto dell'art. 37 del Trattato CE, in quanto si verte in materia attinente alla produzione e alla commercializzazione dei prodotti agricoli menzionati nell'allegato II del Trattato.

Pur attenendo solo indirettamente alla tutela della salute umana, un'altra sentenza³⁰ permette di ricostruire un passaggio fondamentale in merito al bilanciamento di interessi tutelati. Dinanzi al Tribunale di primo grado, i ricorrenti intendevano affermare la responsabilità extracontrattuale della Comunità nella lotta contro la peste suina classica nella Repubblica federale di Germania, essendo stati introdotti limitazioni alla circolazione dei suini all'interno di un cordone sanitario che includeva anche allevamenti in cui la malattia non si era manifestata. Secondo gli appellanti, il Tribunale non avrebbe esaminato lo scopo perseguito dalle decisioni della Commissione e lo avrebbe ricollegato ai divieti di spedizione (soltanto in astratto, senza prendere in considerazione l'interesse

²⁹ CGCE, 5 maggio 1998, in causa C-180/96.

³⁰ CGCE, 10 dicembre 1998, in causa C-221/97.