

- Il diritto oggettivo non è altro che la norma giuridica nella sua assolutezza, ovvero il vincolo posto dall'ordinamento giuridico (lo ius incivitate positum), che regola il comportamento di tutti i soggetti che si riconoscono in quell'ordinamento.
- Il diritto soggettivo è il potere di agire di un soggetto nei confronti di altri soggetti a tutela di un proprio interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico (Es. Solo io, in quanto proprietario di un immobile, posso agire contro chi ne lede la proprietà, poiché: il diritto di proprietà riconosciuto da una specifica norma dell'ordinamento giuridico (diritto oggettivo) con riferimento a quel determinato bene immobile può essere tutelato nei confronti degli altri solo da me).

Questa differenza nell'ordinamento inglese è indicata con il termine **right** con cui ci si riferisce al diritto soggettivo e **law** con cui si definisce la norma giuridica o diritto oggettivo.

Le norme giuridiche sono regole che disciplinano i rapporti umani, per la cui violazione ci si può rivolgere al giudice affinché applichi la sanzione prevista.

Da un punto di vista logico il diritto oggettivo viene prima del diritto soggettivo, mentre dal punto di vista storico il diritto soggettivo viene prima.

Prospettiva storica: configurazione e modifica nel tempo dei rapporti tra individui e autorità

Diritti fondamentali, generazione 0, Caratterizzato da: un assolutismo illuminato (potere assoluto detenuto da pochi), sicurezza e libertà della persona contro il potere privato, istituzione di leggi generali (valide per tutti) in forma scritta.

Diritti "liberali", generazione 1, caratterizzato da: presenza di uno stato liberale, vi sono ambiti dove il cittadino è libero di agire senza alcuna coartazione da parte dello Stato, un diritto al suffragio ristretto basato sul censo (reddito), un'Eguaglianza unicamente formale tra i vari cittadini ("siamo tutti uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri"), libertà personale (abolizione della schiavitù).

Diritti "sociali", generazione 2, caratterizzato da: uno Stato Costituzionale, dove il potere è del popolo e non di pochi (oligarchia) o di uno solo (monarchia). Affermazione di alcuni diritti che lo Stato deve riconoscere automaticamente ai propri cittadini, istituzione del suffragio universale (votano sia gli uomini che le donne al di sopra di una certa età), un'eguaglianza sostanziale (essere realmente uguali in termini di diritti e doveri), diritto all'istruzione (scuola dell'obbligo, borse di studio per i meritevoli e bisognosi).

Diritti di generazione 3, caratterizzato da: un mondo globalizzato, pretese oltre lo Stato che si rivolgono alle istituzioni internazionali. Vi è l'istituzione del "diritto" ad un ambiente salubre.

Nuovi diritti: diritti riguardanti le nuove tecnologie e le vecchie libertà. Biodiritto: diritti che hanno a che fare con la vita e che derivano dalle nuove tecnologie, dalle nuove cure in grado di prolungare la vita di fronte a patologie croniche.

Nuovi diritti fondamentali: si assiste all'ampliamento del ventaglio dei diritti riconosciuti al singolo soggetto, un esempio di questi sono: i diritti umani, la liberalizzazione dei mercati, la sicurezza e la libertà della persona contro il potere privato, crisi della regolazione pubblica (la necessità di adeguare le leggi e le politiche pubbliche per affrontare le questioni emergenti in modo efficace e garantire che i diritti fondamentali siano protetti in un mondo in costante evoluzione).

COORDINATE COSTITUZIONALI DEL PROBLEMA DEI DIRITTI

1. Un diritto nasce come pretesa avanzata dagli individui e dalla società e rivolta agli altri individui e alle istituzioni politiche. Tutti i diritti sono nati come pretese, avanzate da individui o da gruppi sociali, e rivolti o ad altri individui o a istituzioni politiche.
2. Un diritto è una rivendicazione che per affermarsi deve trovare riconoscimento da parte delle istituzioni e nell'ordinamento giuridico. Tale pretesa, prima di diventare diritto, deve essere riconosciuta dalle istituzioni.
3. Non esiste diritto rivendicato con successo che non si trasformi in una norma giuridica.
4. La norma che accorda riconoscimento e tutela a un diritto ne fissa anche i limiti, perché non esistono diritti assoluti. Tutti i diritti nascono limitati, infatti nell'ordinamento giuridico non esistono diritti illimitati.
5. Tutti i diritti nascono limitati dai diritti degli altri e da altri diritti e interessi. (ES. la rivendicazione di un mio diritto non può espletarsi con la violazione di un diritto altrui o di altri diritti e interessi; come nel caso dell'obbligatorietà delle vaccinazioni.)
6. Da qui nasce il problema del bilanciamento. Il bilanciamento esiste per tutti i diritti.

DIRITTI E LIBERTÀ: ASPETTO NEGATIVO E ASPETTO POSITIVO

Ogni diritto è caratterizzato da un aspetto positivo e uno negativo (aspetti da promuovere nell'ambito del diritto e aspetti da limitare)

Aspetti negativi:

- Non interferenza nelle scelte personali.
- Esclusione dell'intervento pubblico.
- Garanzie e limiti entro i quali l'azione dello Stato deve restare.

Aspetti positivi:

- Lo Stato deve dare una relativa sicurezza.
- Richiesta dell'intervento pubblico.
- Prestazioni che lo Stato si impegna a erogare e i limiti del suo impegno.

Nel caso del diritto alla libertà personale:

- **Aspetto negativo:** lo Stato non può, attraverso le sue leggi, interferire nelle scelte personali di un individuo oppure invadere la sua privacy (a meno che non vi sia un mandato del giudice che permette l'invasione della privacy)
- **Aspetto positivo:** lo Stato, attraverso i suoi apparati di sicurezza (le istituzioni), deve proteggere la libertà del cittadino.

Nel caso del diritto all'istruzione:

- **Aspetto negativo:** lo Stato non può obbligare la scelta all'istruzione pubblica, ma deve consentire al cittadino la scelta di un'istruzione privata.
- **Aspetto positivo:** Lo Stato deve istituire scuole pubbliche di ogni ordine e grado in modo da garantire a tutti un'istruzione gratuita.

Costo dei diritti

Garantire diritti ha dei costi e questi sono a carico di tutti. Quindi vi è un obbligo di solidarietà da parte dei cittadini, dato che il perseguire libertà e diritti ha un costo, che impone loro di non sottrarsi dai vincoli sociali (pagamento delle tasse).

I DIRITTI NELLO STATO COSTITUZIONALE CONTEMPORANEO

1. Collocazione nella fonte di più alto livello nel sistema delle fonti del diritto. (I principi fondamentali, ovvero diritti e doveri, sono le colonne portanti della nostra costituzione)
2. Hanno natura precettiva. Il diritto nasce come scienza del dover essere e tutto ha l'aspetto della doverosità.
3. Divieto di modificazioni (in pejus) con il procedimento di revisione costituzionale. I diritti costituzionali (fatta eccezione per l'articolo 9 che aggiunge una maggiore tutela all'ambiente) non sono mai stati modificati. Non si possono fare modificazioni peggiorative per i cittadini; tuttavia, in teoria, i diritti si possono modificare, ma migliorando le garanzie, non peggiorandole.
4. Catalogo ampio ed eterogeneo. Pluralismo sociale. Il catalogo dei diritti è ampio perché la Costituzione Italiana prende atto del fatto che l'Italia è un Paese fondato sul pluralismo sociale.
5. Aspetto 'negativo' e aspetto 'positivo'
6. Efficacia verticale. Quando si avanza una pretesa nei confronti di qualsiasi apparato si dice che è una controversia o pretesa verticale perché si immagina graficamente che in posizione superiore ci sia l'apparato statale e in una posizione inferiore ci sia il cittadino, non come sudditanza, ma come idea di fondo.
7. Efficacia orizzontale. Si tratta delle controversie tra cittadini, posti tutti sullo stesso livello.
8. Ruolo centrale e attivo del potere giudiziario e delle Corti costituzionali nella loro tutela. La garanzia dei diritti passa attraverso i giudici e la Corte costituzionale.
9. Dimensione sovranazionale

I DIRITTI TRA GIUDICE E LEGISLATORE

La rivendicazione di un diritto, in via contenziosa (ovvero in caso di conflitti), può essere richiesta al giudice.

La richiesta che si fa al giudice è una **domanda individuale**: essa è costituita da un attributo tecnico che si chiama "interesse ad agire", cioè ci si rivolge al giudice per un caso concreto che interessa in prima persona colui che sporge denuncia.

Sporgendo denuncia si chiede al giudice di:

1. **Riconoscere un diritto**: quando la legge dice che il soggetto ha un diritto e la struttura, l'ente o l'amministrazione nega questo diritto. Il soggetto va in tribunale per far sì che questo diritto gli venga riconosciuto.
2. **Estensione o rafforzamento della tutela di un diritto**: avviene in casi particolari quando, per fare in modo che un soggetto venga pienamente tutelato nell'ambito di quel diritto, gliene viene riconosciuta un'estensione o un rafforzamento dello stesso.

La risposta del giudice, con la quale deve risolvere la controversia, viene definita risposta individuale.

Nel nostro ordinamento vige il "Divieto di non liquet", ovvero il giudice non può non risolvere la controversia presentatagli a meno che essa non venga classificata come inammissibile o irricevibile: quindi sono obbligatori una sentenza o un provvedimento che devono essere emanati. A meno che il diritto processuale lo risparmi quando si prevede l'archiviazione.

Inoltre, è curioso ricordare come una richiesta sbagliata da parte di una delle controparti possa causare l'annullamento del caso o la risoluzione dello stesso in modo anomalo poiché il giudice è tenuto unicamente a rispondere ai problemi postigli e strutturati in modo chiaro.

Il giudice può rispondere:

1. Nei limiti della domanda, cioè in relazione al caso concreto.

2. Sulla base di una normativa della cui esistenza deve tenere conto e della cui interpretazione si deve fare carico: il giudice deve risolvere le varie controversie in base alla legge vigente e andando a trascrivere la propria interpretazione della legge nel contesto del singolo processo.
3. Con una decisione: che non contiene una disciplina universale delle modalità e dei limiti di garanzia del diritto, ma solo se, in relazione al caso concreto, il diritto sia o meno riconosciuto e tutelato.

Il nostro ordinamento è diverso da quello degli USA: lì è comune che le sentenze giudiziarie tengano conto dei precedenti legali, inclusi i casi simili, nell'emanare una sentenza. Tutto ciò non avviene in Italia, se non per le sentenze emanate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (terzo grado di giudizio).

EVENTUALE RIMESSIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Il Giudice se

(1) il bilanciamento dei diritti fissato dalla legge gli appare irrazionale, irragionevole, non proporzionato e non rimediabile con gli strumenti interpretativi,

(2) la questione è rilevante, cioè pregiudiziale rispetto al giudizio che è chiamato a svolgere,

può trasferire la sua interpretazione di quale sia l'assetto adeguato degli interessi sollevando una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale è legata al principio della domanda, cioè, può pronunciarsi solo in relazione alla questione concreta che le è stata posta.

In alcune occasioni, quando un giudice si trova di fronte a difficoltà nell'interpretazione di una legge e sorge un dubbio sulla sua costituzionalità, può rivolgersi alla Corte costituzionale per ottenere una decisione o una chiara interpretazione sulla questione. La Corte costituzionale svolge il ruolo di valutare la conformità delle leggi e delle disposizioni governative con la Costituzione del paese. Essa è abilitata a emettere decisioni che forniscano chiarezza sull'interpretazione della Costituzione e sulla validità delle leggi in discussione in rapporto alla Costituzione stessa. In alcune circostanze, la Corte Costituzionale può anche intervenire per modificare la Costituzione stessa, qualora emerga un problema che sollevi l'incostituzionalità di specifici articoli costituzionali.

In questi casi in cui il giudice, non riuscendo ad interpretare la legge, si rivolge alla Corte Costituzionale ed attende il verdetto di quest'ultima prima di emanare la sua sentenza. Quindi la Corte non può non rispondere e dirà al giudice "il tuo dubbio è fondato, quindi la legge è incostituzionale, perché effettivamente c'è qualcosa che non va", oppure può dire "per come è stato presentato il problema non c'è questo contrasto, pros egui nel tuo giudizio ed emana la sentenza".

La rivendicazione di un diritto può anche essere rivolta al legislatore:

La domanda in via generale e astratta:

1. Estensione o rafforzamento della tutela di un diritto (modifica della legge che tutela un certo diritto, poiché essa non è sufficiente a far sì che tale diritto venga tutelato a dovere).
2. Riconoscimento della qualifica di diritto a nuove pretese (nascita di nuove leggi che vadano a tutelare dei diritti ancora non riconosciuti dall'ordinamento).

Risposta in via generale e astratta:

Il legislatore non deve necessariamente rispondere accogliendo la domanda:

1. Se ritiene di far propria l'istanza sociale contenuta nella domanda emana una normativa che detta le garanzie di quel diritto, ma anche le condizioni e i limiti a cui esso è sottoposto, in particolare il bilanciamento con altri diritti e interessi.

NASCITA DI UN DIRITTO

L'instaurazione di un diritto avviene attraverso un processo in cui una necessità o un problema emersi nella società, insieme a un'aspettativa di tutela, vengono affrontati inizialmente attraverso il deposito di una petizione e la presentazione di un progetto di legge. Questo processo può coinvolgere manifestazioni e altri strumenti previsti dall'ordinamento giuridico al fine di sollecitare l'attenzione del Parlamento, al fine di promuovere l'approvazione di una nuova legge in materia o la modifica di una legge esistente che viene ritenuta inadeguata.

La risposta del Parlamento a questa richiesta può consistere nell'approvare una nuova legge o nell'apportare modifiche significative a una legge esistente. Tuttavia, in alcuni casi, il Parlamento potrebbe decidere di non procedere con l'elaborazione della legge, sostenendo che i tempi non sono ancora maturi, che manca il consenso politico o che la questione in oggetto non rappresenta una priorità legislativa.

LE SENTENZE ADDITIVE. CORTE COST. S. 307/1990

Caia conveniva innanzi al Tribunale, il Ministero della Sanità per ottenere il risarcimento del danno derivatole da poliomielite contratta per contatto con il figlio, sottoposto a vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica. Caia lamentava che gli organi sanitari, in tale occasione, non l'avevano messa al corrente del pericolo, né istruita su particolari cautele da osservare nel contatto con feci e muco del bambino vaccinato, da lei personalmente accudito.

Il Tribunale, sollevava questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 32 della Costituzione, della legge 4.2.1966, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica) con particolare riguardo agli artt. 1, 2 e 3, **in quanto non prevedono un sistema di indennizzo e/o di provvidenze precauzionali e/o assistenziali per i danni all'integrità fisica conseguenti alla vaccinazione.** OMISSIONE DEL LEGISLATORE.

L'art. 32 della Costituzione tutela la salute non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto primario ed assoluto del singolo, anche mediante intervento solidaristico.

Laddove, quindi, manchino del tutto provvidenze del genere, **né sia dato ricorrere a forme risarcitorie alternative, la garanzia costituzionale di tutela dell'integrità fisica della persona risulta vanificata.** L'OMISSIONE VIOLA LA COSTITUZIONE. NON INTERVENGONO VALUTAZIONI POLITICHE

Ed in particolare ciò avviene nel caso in esame, nel quale tale fondamentale diritto dell'individuo può essere sacrificato in conseguenza dell'esercizio da parte dello Stato di attività legittima a favore della collettività (trattamento vaccinale obbligatorio), **senza previsione di un equivalente, od altro compenso equipollente proporzionato al sacrificio** eventualmente occorso al singolo nell'adempimento di un obbligo imposto nell'interesse della sanità pubblica C.D. VERSO DELL'ADDIZIONE INDICATO DAL GIUDICE A QUO.

La Corte costituzionale **reputa fondata la questione.**

La vaccinazione antipoliomielitica per bambini entro il primo anno di vita, come regolata dalla norma denunciata, che ne fa **obbligo ai genitori, ai tutori o agli affidatari, comminando agli obbligati l'ammenda per il caso di inosservanza**, costituisce uno di quei trattamenti sanitari obbligatori cui fa l'art. riferimento della 32 Costituzione. SECONDO LA CORTE ESISTE UNA SOLUZIONE <<A RIME OBBLIGATE>>.

Con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio-ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - **il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria.**

Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, **ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche**

se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri.

In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, **il rimedio di un equo ristoro del danno patito.**

E parimenti deve ritenersi per il danno - da malattia trasmessa per contagio dalla persona sottoposta al trattamento sanitario obbligatorio o comunque a questo ricollegabile- riportato dalle persone che abbiano prestato assistenza personale diretta alla prima in ragione della sua non autosufficienza fisica.

Se così è, **l'imposizione legislativa dell'obbligo del trattamento sanitario in discorso va dichiarata costituzionalmente illegittima in quanto non prevede un'indennità come quella suindicata. SOLUZIONE A "RIME OBBLIGATE".**

Con la presente dichiarazione di illegittimità costituzionale, invece, si introduce un rimedio giustificato - ripetesì- dal corretto **bilanciamento dei valori chiamati in causa dall'art. 32 della Costituzione** in relazione alle stesse ragioni di solidarietà nei rapporti fra ciascuno e la collettività, che legittimano l'imposizione del trattamento sanitario.

PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1966, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica) nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo. **DISPOSITIVO TIPICO DELLE SENTENZE ADDITIVE**

Da questo caso, portato davanti alla Corte Costituzionale, è emerso che prima di tale caso non esisteva alcuna disposizione per il risarcimento dei danni causati dalla vaccinazione. La logica sottesa alla legge in vigore all'epoca era basata su un principio di sacrificio, citato dall'articolo 32, in cui l'obbligo della vaccinazione era imposto per il bene della collettività al fine di prevenire i rischi di diverse malattie. Tuttavia, occasionalmente si verificavano effetti collaterali in alcuni individui.

Nel caso specifico, una signora denunciò al Ministero della Salute di aver contratto la poliomielite a seguito del contatto con suo figlio che era stato vaccinato contro la poliomielite nei primi mesi di vita. Pertanto, la madre aveva subito il danno nonostante il figlio fosse stato vaccinato obbligatoriamente. Questa situazione rappresentava un caso particolare in cui si poteva osservare un'estensione e un rafforzamento della legge, poiché la normativa non prevedeva inizialmente il risarcimento. Da questa situazione scaturisce l'emergere di un nuovo diritto. La signora lamentava anche una presunta negligenza da parte degli operatori sanitari e degli organi sanitari che non l'avevano avvertita dei rischi derivanti dal contatto con le feci e il muco del bambino. Di conseguenza, si sviluppò un nuovo diritto poiché in precedenza il risarcimento era concesso solo alle persone che avevano subito effetti collaterali diretti a seguito della vaccinazione, mentre con questa sentenza, venne riconosciuto il risarcimento alla madre che aveva sviluppato la patologia in modo indiretto.

Questa sentenza ebbe un impatto rilevante poiché ha contribuito a introdurre il consenso informato al fine di evitare simili problematiche. Nella legge del 1966, non era prevista una disposizione per il risarcimento adeguato dei danni subiti in conseguenza di questo sacrificio (vaccinazione). Quando sorge una questione di estensione, il giudice deve specificare cosa deve essere aggiunto alla legge, e tale procedura è nota come "verso dell'addizione".

Il Parlamento può apportare modifiche a una legge in qualsiasi momento, sulla base delle circostanze o in risposta a un caso specifico, dichiarando: "c'è un problema e dobbiamo apportare delle modifiche alla legge".

Infatti, non è appropriato mettere a repentaglio la salute individuale subendo danni in nome della collettività. Pertanto, si procede all'aggiunta alla legge, denominata in questo caso "l'indennità di risarcimento". La Corte può introdurre ciò che manca nella legge. Nel presente caso, ciò è indicato come "a rime obbligate," termine tecnico di uso comune nel contesto dei nuovi diritti. Pertanto, la Corte non scarica mai il problema sul Parlamento, a meno che la questione implichi valutazioni di natura politica. Se la soluzione è chiaramente necessaria, come in questo caso, la Corte non si limita a dichiarare l'invalidità costituzionale della legge del '66 nella sua formulazione originaria, ma afferma che "non va bene come è e deve essere aggiunto qualcosa". In tal modo, la Corte apporta un'aggiunta che vale per tutti, poiché il problema è di portata generale.

COROLLARI

1. La tutela dei diritti davanti al giudice, con l'eventuale intervento della Corte costituzionale è caratterizzata dal carattere della concretezza, cioè dal legame con un interesse individuale.
2. La tutela è accordata - nel caso venga accertata la lesione del diritto - solo se si agisce.
3. I rapporti giuridici, anche se contrari alla Costituzione, possono consolidarsi nel tempo.

IL CIRCUITO DEI DIRITTI

1. **Costituzione**: è il catalogo dei diritti. Essa ne determina i confini ed i limiti.
2. **In sede legislativa** il potere politico si occupa dei conflitti tra diritti. Mediante la legge si stabilisce in astratto il punto di **bilanciamento** tra i diritti in conflitto e il costo delle prestazioni connesse.
3. **In sede di applicazione** davanti ai **giudici** i conflitti tra diritti si manifestano nei casi concreti e vengono risolti nei termini in cui essi sono fissati dalla legge o rappresentati nel giudizio, ma generano nuove rivendicazioni.
4. La **Corte costituzionale** valuta la **razionalità**, la **ragionevolezza** e la **proporzionalità** di tale bilanciamento in rapporto alla Costituzione.
5. Le leggi non lasciano mai tutti soddisfatti e quindi non possono risolvere il conflitto una volta per tutte. Alcuni **diritti** non trovano un adeguato riconoscimento e nuove **pretese** chiedono di diventare diritti.
6. Il punto di bilanciamento degli interessi che si confrontano è sempre **provvisorio**, instabile, destinato ad essere superato e sostituito da un nuovo assetto normativo.

Quindi nel diritto bisogna agire se si vuole avere una tutela, sia in campo civile che penale. È sempre un circuito di tutele, perché la società cambia e il diritto deve seguire questi cambiamenti.

I diritti nascono dai conflitti, cioè, nascono dalla lotta per la loro affermazione. Questi luoghi in cui la lotta si svolge sono principalmente due, la **legislazione** e la **giurisdizione**. Nessuna ha l'ultima parola, ma c'è un equilibrio, in fondo: la giurisdizione può giungere - ricorrendo alla Corte Costituzionale - sino a bocciare le scelte del legislatore (oltre a smussarle e levigarle attraverso l'interpretazione), ma il legislatore ha sempre la possibilità di ridare le carte, cambiare le leggi e - in casi estremi - persino la Costituzione, ma aumentando le garanzie, non diminuendo le tutele.

Il diritto al risarcimento della signora nasce da una controversia, non nasce in astratto, nasce dal fatto concreto, che questa ha avuto un danno e il Ministero inizialmente ha detto "non hai diritto al risarcimento".

Diritti e interpretazioni

L' **individuazione del contenuto concreto** di un diritto diventa una questione di interpretazione giuridica. Nella nostra Costituzione (fonte di atto di produzione) sono presenti delle disposizioni (cataloghi di norme) che vengono interpretate dalle norme (contenuto concreto dei diritti).

I rischi nell'interpretazione della legge sono:

- **La connotazione politica dell'attività di giudici e corti costituzionali:** quando la tutela dei diritti è molto sbilanciata sui giudici, il rischio è che questo giudice possa fare anche politica.
- **L'impovertimento della dialettica sui conflitti** - formalismi e tecnicismi dell'argomentazione giuridica: si teme che il processo di interpretazione possa essere eccessivamente basato su formalismi e tecnicismi giuridici, a scapito di una discussione più ampia e significativa dei conflitti giuridici. Questo potrebbe portare a decisioni giudiziarie che si concentrano esclusivamente su aspetti tecnici, trascurando aspetti sostanziali e pratici dei casi.

LA STRUTTURAZIONE DEL SISTEMA DEI DIRITTI

Il **problema** della strutturazione dei diritti sta nel classificare in modo preciso le situazioni concrete al fine di comprendere se rientrano o meno nell'ambito di protezione di un diritto. Il "diritto" non è come una pentola, rispetto alla quale un determinato fenomeno sta **dentro o fuori**.

I diritti storicamente nascono per necessità primarie riguardanti problemi chiari e ben identificabili. Man mano che ci allontaniamo da queste chiare situazioni iniziali, la protezione diminuisce; infatti, può essere compressa da altri interessi.

Il grande giurista Roberto Bin in *Diritti e fraintendimenti* (2000) definisce il sistema del diritto come **un ombrello durante un forte acquazzone**: si è protetti dall'acqua unicamente quando ci si trova sotto l'ombrello nella parte centrale, man mano che ci si allontana dal centro ci si bagna sempre di più.

- L'ombrello garantisce la massima protezione se chi lo impugna si posiziona completamente sotto di esso. Se la situazione concreta ricade totalmente e pienamente nella fattispecie normativa, la protezione della norma costituzionale del bene giuridico sarà massima.
- Chi si allontana dal centro dell'ombrello, per consentire ad altri di proteggersi dall'acqua, si bagna sempre più. Se la situazione concreta tende a non ricadere totalmente e pienamente nella fattispecie normativa, la protezione della norma costituzionale del bene giuridico sarà via via affievolita per tener conto della necessità di proteggere altri interessi.

Un esempio di tutto ciò è l'art. 14.

ART. 14 COST

Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali.

Rientrano nella protezione dell'ombrello dell'articolo 14 lo studio professionale, la casa di residenza, la



camera d'albergo e il bagagliaio dell'auto, che senza un mandato del giudice non possono essere perquisite o controllate contro la volontà del proprietario. Mentre l'abitacolo dell'auto, seppur non è legale forzare l'ingresso in esso è controllabile dai finestrini che ne permettono la visuale senza alcun artificio; invece la stanza d'ospedale non è riconosciuto come domicilio.

IL CONFLITTO TRA DIRITTI

In astratto i diritti non confliggono tra loro e non esistono gerarchie tra essi, ovvero sono tutti allo stesso livello. Il conflitto esiste solo nelle situazioni concrete.

Il contenuto dei diritti

Giuliano Amato, grande giurista, professore di diritto, presidente del consiglio... in uno dei suoi primi lavori dice che: *"Non ha molto senso interrogarsi in astratto sul contenuto del diritto e sulla sua estensione (es. "Che cos'è l'espressione del pensiero di cui parla l'art. 21 Cost. ?"); metaforicamente sulle dimensioni dell'ombrello. Per arrivare a definire il contenuto e l'estensione di un diritto occorre invece partire dagli ostacoli giuridici che si frappongono all'esercizio di un diritto perché essi individuano i limiti e gli strumenti con cui il potere politico delimitando la libertà in questione, ne definisce i contenuti."*

L'affermazione di Amato sembra suggerire che, invece di cercare di definire astrattamente il contenuto e l'estensione dei diritti, è necessario partire dall'analisi degli ostacoli giuridici che possono limitarli e, successivamente, escludendo quelli se ne possono definire i contenuti. In altre parole, anziché interrogarsi in modo astratto su ciò che un diritto rappresenta o quanto si estende, si dovrebbe considerare come il diritto viene effettivamente applicato e quali sono i limiti che il potere politico impone a tale applicazione.

DIRITTI E LIMITI

La Corte Costituzionale, nella sua prima sentenza in assoluto del 1956, chiarisce un punto: non esistono diritti assoluti.

"In via generale la norma la quale attribuisce un diritto non esclude il regolamento dell'esercizio di esso. Una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto."

Ciò significa che è giusto che ogni individuo persegua i propri fini e rivendichi i propri spazi di libertà, ma poiché si vive insieme in un contesto, i diritti si limitano tra loro. Limitare un diritto non vuol dire negare un diritto: se un diritto viene limitato, ci sarà sicuramente un altro diritto che viene tutelato di più, non in astratto, ma nel concreto. In astratto, non si riscontrano contrasti tra i diritti, ma nel concreto di una situazione, di un problema, di una legge, i diritti confliggono tra loro.

La Corte Costituzionale, nella sua prima sentenza, aggiunge: *"...il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono per necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile."*

I diritti sono limitati: alcuni limiti si trovano all'interno dell'articolo stesso della Costituzione, mentre altri si trovano all'esterno. Dunque, per comprendere un diritto, non basta leggere la Costituzione perché alcune cose, che derivano da situazioni concrete, non sono scritte in essa.

DIRITTI E CONTROINTERESSI

I diritti nascono all'interno dei parametri stabiliti dalla costituzione, che definisce la loro forma, estensione e i limiti entro cui possono operare. Le varie sfere giuridiche (ambiti in cui si applicano diritti e leggi)

interagiscono e si limitano reciprocamente. Esiste un legame indissolubile tra il conflitto tra interessi e lo spazio dove tale conflitto deve svolgersi (il c.d. ring costituzionale).

Riprendendo l'esempio dell'ombrello: al centro dell'ombrello si ha protezione massima, man mano che ci si allontana da esso, la tenuta diventa sempre meno efficiente

- Esempio sulla la libertà di manifestazione del pensiero (Articolo 21 della Costituzione): ci sono forme classiche di espressione del pensiero che godono di una protezione totale all'interno dell'ombrello giuridico. Tuttavia, ci sono altre forme di manifestazione del pensiero che ricevono una protezione legale inferiore, e ci sono persino altre forme di pensiero che non godono di alcuna tutela legale, poiché si trovano al di fuori dei confini dell'ombrello giuridico, in questo caso, al di fuori dei limiti stabiliti dall'Articolo 21.
- Esempio Principio di Uguaglianza (Articolo 3 della Costituzione): la Repubblica tutela l'uguaglianza come principio fondamentale, ma nei limiti di ciò che è scritto nell'articolo 3 della Costituzione.

«Senza le corde e i pali nei quattro angoli il ring non ci sarebbe: senza uno spazio definito il confronto diventerebbe un inseguimento infinito del più debole nei confronti del più forte». Come in un match di pugilato, anche nel conflitto tra diritti (per conflitto si intende un contrasto che deve essere risolto), devono esserci delle regole e uno spazio in cui questo conflitto deve svolgersi. Il conflitto si deve svolgere nei luoghi e con le modalità previste dalla Costituzione italiana.

CONFLITTI TRA DIRITTI: I LIMITI “ESTERNI”

In linea di principio, i diritti non entrano mai in conflitto, ma nella realtà concreta ogni diritto è soggetto a limitazioni imposte sia da altri diritti che da altri fattori.

Gli ombrelli rappresentano una metafora delle limitazioni "esterne" dei diritti: quando piove, ciascuno utilizza il proprio ombrello per proteggersi. Tuttavia, se la strada è stretta, può diventare complicato camminare con gli ombrelli aperti. Di conseguenza, in una società condividendo lo spazio pubblico e i diritti, ci saranno situazioni in cui qualcuno dovrà chiudere il proprio ombrello per permettere a tutti di passare, anche a costo di bagnarsi.

IL BILANCIAMENTO

Roberto Bin, nel suo recentissimo lavoro “Diritti fondamentali e cartografia del conflitto” dice: “il diritto nasce dall'esigenza di regolare il conflitto tra interessi e tra i loro portatori, ridurlo nella scacchiera delle mosse consentite, sdrammatizzarlo nelle forme del duello procedurale e processuale fissando un punto di equilibrio o, per meglio dire, una **regola di prevalenza**.” (con tale regola di prevalenza intendeva il Bilanciamento),

Questo concetto sottolinea che, anche in situazioni in cui una persona subisce un grave danno non dovuto a sua colpa, la giustizia non può essere ottenuta in modo individuale. La strada per ottenere giustizia è attraverso il sistema giuridico e un processo legale, che rappresenta una delle possibili mosse consentite in questo contesto legale.

I vari interessi in gioco non vengono bilanciati in senso stretto, ma piuttosto vengono applicate regole di prevalenza, che determinano la priorità tra i diversi diritti. Alcuni diritti godono di una protezione più robusta rispetto ad altri. È essenziale che la tutela dei diritti sia sistemica e non frammentata in una serie di norme slegate che potrebbero entrare in conflitto tra di loro. Altrimenti, uno dei diritti potrebbe espandersi illimitatamente a scapito degli altri, minacciando la dignità della persona. In definitiva, non esistono "diritti tiranni" che prevalgono in modo assoluto su tutti gli altri.

Conflitti tra diritti e bilanciamento:

- a. I diritti non vivono in isolamento, ma si trovano in una situazione di continua interazione potenzialmente conflittuale.
- b. In tali situazioni due o più diritti non possono essere soddisfatti contemporaneamente.
- c. Nella Costituzione italiana non esiste una gerarchia formale tra i diritti costituzionali
- d. Si può quindi affermare che la definizione stessa di diritto, il quale nasce limitato, presuppone il conflitto e quindi il bilanciamento.
- e. Il bilanciamento ha come scopo quello di raggiungere una soluzione ad uno specifico conflitto tra diritti e/o interessi.

Nella teoria diritti e interessi non confliggono tra loro e quindi “tutti possono ripararsi con il loro ombrello dall’acquazzone”, in pratica i diritti confliggono e non è possibile risolvere i contrasti garantendo in modo assoluto gli interessi in contrasto e quindi “un giorno in una strada stretta, mentre le persone passano con gli ombrelli, si bagneranno a vicenda”.

LE IPOTESI DI CONFLITTO TRA DIRITTI

Per trovare una soluzione ad uno specifico conflitto, ci sono varie ipotesi:

- 1) Conflitto tra soggetti diversi nel godimento dello stesso diritto (es. Diritto ad una prestazione assistenziale e limitatezza delle risorse finanziarie dello Stato, ad esempio tutti hanno diritto a degli arretrati, però se le risorse del bilancio non ci sono per pagare tutti gli arretrati calcolati, verrà ridotto proporzionalmente a tutti l'esborso di denaro).
- 2) Conflitto tra soggetti diversi nel godimento di due diritti non omogenei (es. Conflitto tra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza, per esempio il fotografo che riprende il personaggio famoso a casa sua).
- 3) Conflitto tra interessi individuali e interessi della collettività (es. Conflitto tra libertà di espressione, sicurezza della viabilità e tutela dei monumenti).

Il diritto individuale **NON** prevale sempre sull’interesse collettivo e, viceversa, l’interesse collettivo **NON** prevale sempre sul diritto individuale.

Che cosa non è il bilanciamento?

Riccardo Mastini, massimo studioso di diritto, nell’opera “Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali (2006)” dice nelle prime pagine **“Il bilanciamento non è una conciliazione”**. Non consiste nel “mettere d’accordo” i due interessi in conflitto o nel trovare un punto di “equilibrio” tra essi; né nell’eguale sacrificio parziale di entrambi. Quando si tratta di una prestazione monetaria, c’è una misura di cose da erogare, ma quando si tratta della privacy o della libertà di cronaca, queste non si possono valutare con un’unità di misura.

Che cos’è il bilanciamento?

Il “bilanciamento” si riferisce al processo attraverso il quale vengono considerati e valutati diversi interessi e diritti in una società. In altre parole, si cerca di trovare un punto di equilibrio tra questi interessi, in modo che nessuno di essi prevalga in modo assoluto. Tuttavia, questo equilibrio è sempre temporaneo e soggetto a cambiamenti, poiché può essere ridefinito da nuove leggi o situazioni.

Un esempio può essere l’articolo 13 della Costituzione, che sancisce la libertà personale come un diritto inviolabile. Tuttavia, la stessa Costituzione può prevedere eccezioni, come nel caso della necessità di reprimere un reato. In questa situazione, la legge stabilisce che la prevenzione del crimine ha un peso maggiore nella “bilancia” rispetto alla libertà personale. Di conseguenza, se una persona viene sorpresa in flagrante reato o sospettata di compiere un’azione penalmente rilevante, potrebbe essere detenuta

temporaneamente e portata in una stazione di polizia. Entro 48 ore, questa persona deve essere presentata davanti a un giudice. Questo punto di equilibrio tra il diritto alla libertà personale e la necessità di prevenire il crimine è provvisorio e può essere ridefinito in futuro attraverso nuove leggi o decisioni giudiziarie.

Tuttavia, è importante notare che esistono limiti invalicabili a questo processo di bilanciamento. Ad esempio, non è consentito incarcerare una persona a tempo indeterminato o torturarla. Questo è dovuto al fatto che esiste un livello minimo di protezione chiamato "tutela dalla degradazione e mortificazione della dignità della persona" che non può essere compresso o bilanciato. In altre parole, alcuni diritti sono così fondamentali che non possono essere sacrificati nell'equilibrio tra gli interessi della società.

IL CONTENUTO ESSENZIALE DEI DIRITTI

Il contenuto essenziale rappresenta il punto di massima protezione del diritto ma non esaurisce la complessa problematica della tutela di un diritto. Esso è quella parte del diritto che non può essere compressa ulteriormente. Il Contenuto essenziale è la: Tutela dalla degradazione e mortificazione della dignità della persona. Il concetto di dignità umana tutela come bene intangibile (quindi non bilanciabile) il nucleo essenziale dell'uomo e proibisce, in qualsiasi circostanza, la riduzione dell'uomo a mera cosa.

SCHEMA DEL GIUDIZIO (TEST) DI BILANCIAMENTO

1. Mappatura degli interessi in gioco: gli interessi devono essere di pari livello costituzionale.

a. Corte costituzionale, sentenza n. 5 del 2018: L'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività, nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura.

2. Individuazione della ratio legis e della legittimità del fine: quale finalità è perseguita dalla legge? Tale fine è meritevole di tutela, cioè legittimo?

b. La legge impositiva di un trattamento sanitario è diretta non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri e tali finalità non sono incompatibili con l'art. 32 Cost.

3. Congruità dello strumento legislativo (mezzo) rispetto al fine: la legge ha la capacità di servire alla tutela dell'interesse che il legislatore ha inteso proteggere?

c. Lo strumento legislativo in questione ha una connessione razionale con i fini che si propone se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria.

4. Criterio di proporzionalità: per raggiungere il suo obiettivo il legislatore ha utilizzato lo strumento che comporta il minor sacrificio dell'interesse o del diritto concorrente?

d. Il legislatore dispone di discrezionalità nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Esiste peraltro un diffuso favor giuridico per le politiche di diffusione delle pratiche vaccinali quali misure indispensabili per garantire la salute individuale e pubblica.

5. Individuazione del contenuto essenziale: il sacrificio imposto al diritto o all'interesse concorrente è totale o consente comunque un sufficiente esercizio di quel diritto? La misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile richiesto a un diritto o ad un interesse non può mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale.

e. La scelta del legislatore statale non può essere censurata sul piano della ragionevolezza. Tale scelta legislativa non ha indebitamente e sproporzionatamente sacrificato la libera autodeterminazione individuale in vista della tutela degli altri beni costituzionali coinvolti. Con la legge 117 del 2017, il vincolo giuridico si è fatto più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, è divenuto obbligatorio.

Esiti negativi nelle varie fasi del test individuano non più una ragionevole limitazione o regolamentazione del diritto o dell'interesse, ma una sua violazione.

Consideriamo un esempio per illustrare il processo di bilanciamento nel contesto giuridico. In questo caso, ci sono due interessi in gioco: il diritto individuale alla salute e l'interesse della collettività alla salute. Entrambi questi interessi sono sanciti nell'articolo 32 della Costituzione, il che significa che entrambi sono riconosciuti come importanti.

Il primo passo è valutare l'obiettivo della legge, conosciuto come "ratio legis" (ovvero il motivo per cui la legge è stata promulgata) e stabilire se questo obiettivo è compatibile con la Costituzione.

Prendiamo ad esempio la legge sulle vaccinazioni obbligatorie. L'obiettivo di questa legge è quello di proteggere sia chi riceve il vaccino che gli altri membri della società. In questo caso, l'obiettivo è ritenuto compatibile con la Costituzione, poiché non vi sono incompatibilità evidenti. Il terzo passo è valutare il rapporto tra il mezzo utilizzato (la legge) e il fine desiderato (la protezione della salute pubblica). Questo significa esaminare se il mezzo legislativo scelto è razionalmente connesso agli obiettivi prefissati. Nella legge del 2017, ad esempio, si stabilisce che le decisioni della corte sono inappellabili, il che significa che il legislatore ha ritenuto che questo strumento sia giustificato e che non comprometta negativamente la salute di chi è obbligato. Inoltre, è prevista una compensazione equa per eventuali danni. Il quarto passaggio consiste nell'applicare il criterio di proporzionalità. Significa valutare se esiste un mezzo meno oneroso per raggiungere lo stesso obiettivo. In altre parole, se ci sono alternative meno restrittive. La Corte ritiene che il legislatore possa scegliere tra varie modalità per la prevenzione delle malattie infettive, come la raccomandazione o l'obbligo. Nel caso dell'obbligo, le sanzioni devono essere proporzionate. In questo processo di bilanciamento, la libertà individuale, cioè in questo caso il diritto alla salute individuale, è compressa in parte, ma il nucleo essenziale di questo diritto è preservato. Inoltre, è possibile richiedere esenzioni basate su condizioni personali o altre situazioni.

COROLLARI

- 1- Esiste una relazione inversa tra l'ambito di estensione (scope) di un diritto e la sua forza (stringency). Quanto più aumenta l'estensione di un diritto tanto più dovrà diminuire la sua forza perché si moltiplicheranno (anche in modo imprevedibile) le ipotesi di sovrapposizione e conflitto con altri diritti e interessi.
- 2- Questo genera una «diluizione o inflazione della moneta dei diritti». Ognuno si trova in tasca moltissimi diritti ma che in realtà valgono piuttosto poco perché è impossibile tutelarli tutti e per tutti i soggetti allo stesso tempo.

DIRITTO ALLA SALUTE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

ARTICOLO 32

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

Storicamente l'articolo 32 ha segnato una forte innovazione in materia di tutela del diritto alla salute. Precedentemente la legislazione aveva l'obiettivo di mirare ad una popolazione sana e numerosa quale condizione necessaria alla forza e alla potenza dello Stato. L'idea, quindi, era di tutelare la salute per ciò che serve alle finalità dello stato.

Lo stesso Statuto Albertino (costituzione scritta nell'Ottocento) non faceva menzione della salute perché si pensava che questa non potesse essere garantita dal diritto e che potessero curarsi solo le persone benestanti. Successivamente sorsero istituzioni caritatevoli, di beneficenza, per curare anche le persone non abbienti. La salute individuale era un fatto a cui doveva provvedere l'individuo e quindi la tutela sanitaria non poteva coprire tutti i bisogni della persona. I pubblici poteri dovevano solo provvedere alle funzioni amministrative relative soprattutto alla vigilanza igienica e alla tutela della salute pubblica. In altri termini, la tutela della salute era funzionale al mantenimento dell'ordine pubblico e delle esigenze dello Stato e si configurava più come limite alla libertà individuale che come diritto in sé.

Poiché talvolta la tutela della salute limitava la libertà personale, esempi sono l'obbligo di vaccinazione o la libertà di movimento durante le pandemie.

LA SALUTE COME DIRITTO FONDAMENTALE

Rileggendo l'articolo notiamo come la parola “fondamentale” sia evidenziata, questo è l'unico articolo dove un diritto viene riconosciuto come fondamentale. Secondo alcuni pareri la salute era fondamentale e, dunque, doveva venire prima degli altri diritti. Ciò non è completamente sbagliato, tuttavia la Corte Costituzionale afferma che l'aggettivo fondamentale **non vuol dire sovraordinato** e, quindi, non è vero che il diritto alla salute viene prima di tutti gli altri diritti.

Quindi la salute non è un diritto che possiede un peso maggiore degli altri, ma è fondamentale in quanto presupposto logico per godere dei diritti.

«La tutela dei diritti deve essere tuttavia sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Corte costituzionale, sentenza n. 83 del 2013

Com'è stato già ribadito più volte: non esiste un diritto ‘tiranno’, cioè un diritto che prevale su tutti gli altri; dunque, per il meccanismo di bilanciamento, a seconda delle singole situazioni, il legislatore deve tutelare di più un diritto rispetto ad un altro, ma non potrà mai tutelare un solo diritto tralasciando tutti gli altri.

LA NATURA MULTIDIMENSIONALE DEL DIRITTO ALLA SALUTE

Nella nostra Costituzione, il diritto alla salute viene definito multidimensionale perché composto da cinque dimensioni. Le cinque dimensioni dell'articolo 32 sono:

1- Il diritto di godere del proprio stato di salute, cioè la pretesa negativa (negativo, in diritto, vuol dire astenersi) a che i poteri pubblici o i terzi (privati) si astengano da comportamenti che possano pregiudicare la propria integrità fisica.

2- Il diritto di astenersi dalla conservazione del proprio stato di salute, cioè la pretesa negativa a non essere costretto a sottoporsi a determinati trattamenti sanitari. Se, per legge, bisogna sottoporsi ad un determinato

trattamento sanitario, allora non ci si può sottrarre. Ad esempio, per le vaccinazioni obbligatorie dei bambini, c'è una responsabilità penale dei genitori che consiste in un'ammenda. Tuttavia, l'articolo 32 tutela anche coloro che non vogliono curarsi.

3- L'obbligo di sottoporsi ai trattamenti sanitari stabiliti con la legge nel rispetto della persona umana.

4- Il diritto alle prestazioni sanitarie, cioè la pretesa positiva a che la Repubblica predisponga strutture, mezzi terapeutici e cure adeguate che siano anche gratuite per gli indigenti. Precedentemente, invece, si curavano solo coloro che poteva permetterselo.

5- La pretesa collettiva che ogni individuo abbia cura della sua salute al fine di non recare danno all'integrità psico-fisica degli altri membri della collettività. I trattamenti sanitari obbligatori sono volti alla tutela del singolo, ma sempre in un aspetto relazionale con gli altri. Ad esempio, le vaccinazioni servono al vaccinato, ma anche a coloro che gli stanno vicini. Secondo alcuni autori, non esisterebbe questa quinta dimensione perché rientrerebbe nella terza, mentre altri la vedono come una dimensione autonoma.

L'art. 32 configura una fattispecie complessa, composita, ma legata da una ratio unitaria che è la tutela e la promozione della persona umana ex art. 2 Cost.

Il diritto alla salute presenta al suo interno un contrasto tra dimensione individuale e dimensione collettiva; dunque, l'articolo 32 ha una sua complessità. Tuttavia, l'idea di fondo è la promozione della salute umana.

L'articolo 2 della Costituzione dice che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, cioè al centro ci deve essere la persona umana che deve avere una sua tutela. Nel sistema passato non era così: si esisteva come persone umane ma si viveva in funzione dello Stato. La persona doveva trovare un senso nei fini che lo Stato aveva stabilito. Quindi, al centro della vita politica non c'era la persona, ma lo Stato e le istituzioni. Lo Stato doveva far sì che eventuali problemi alla salute non creassero problemi alla collettività perché ne andava dell'integrità, della potenza dello Stato.

LE LETTURE 'RIDUTTIVE' DELL'ART. 32 DELLA COSTITUZIONE

L'articolo 32 ha subito, soprattutto nei primi decenni, una lettura riduttiva, cioè durante i lavori dell'Assemblea costituente ci fu la volontà di segnare una netta frattura con il passato, almeno dal punto di vista costituzionale, ma non dal punto di vista legislativo (infatti appena entrò in vigore la Costituzione, il Codice penale e il Codice civile, scritti negli anni '40, non furono abrogati). Anche per motivi di carattere politico e internazionale, alla Costituzione non venne data subito una decisa attuazione, infatti ci fu quello che venne chiamato "congelamento della Costituzione". Le novità più eclatanti hanno richiesto diversi decenni, infatti la Corte costituzionale, inizia a lavorare nel 1956, cioè quasi dieci anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, poiché era necessario approvare una serie di leggi sul funzionamento che però tardavano ad essere pubblicate. Negli anni Cinquanta e Sessanta, in un clima politico non semplice, il diritto alla salute segue un rallentamento, secondo cui, come diritto era presente nella Costituzione, però non era possibile rivendicarlo davanti al giudice, a causa del fatto che alcuni giuristi sostenevano che la Costituzione non era proprio una legge, bensì avesse un valore politico. Quindi tornavano quelle letture che ormai erano consolidate, per cui anche il magistrato che si era formato negli anni precedenti, aveva un'idea di salute come salute pubblica.

Anni '50 –'60

- L'art. 32 è una disposizione che non qualifica un diritto, ma un mero obiettivo perseguibile attraverso l'azione legislativa e quindi non applicabile ai rapporti tra privati.
- L'art. 32 sarebbe quindi una disposizione "superflua" in quanto configurerebbe una assurda pretesa ad uno stato di salute che solo le scoperte scientifiche potranno assicurare.
- La tutela della salute è dunque essenzialmente tutela della salute pubblica.

- L'art. 32 avrebbe così una sua precettività solo nella previsione di cure gratuite per gli indigenti e nell'interesse della collettività alla salute pubblica.

In quegli anni si era diffusa un'idea produttivistica, secondo cui, la tutela della salute era intesa come difesa della cosiddetta società dei sani rispetto a chi non poteva essere utile a tale società. Quindi serviva una società dove le persone potevano godere delle migliori condizioni di salute perché dovevano essere utili alla società.

SENTENZA: Tribunale di Firenze 5 Gennaio 1967

Veniva negato il risarcimento per una menomazione subita da un pensionato di circa settant'anni affermando che "nel caso della persona umana il bene la cui compromissione costituisce la base del diritto al risarcimento non è l'organismo in sé, ma la sua efficienza, cioè l'insieme di quelle capacità che, esplicate, possono produrre effetti economicamente utili". Il soggetto è pensionato, ha settant'anni, non è più economicamente utile, non lavora, quindi, non sarà risarcito perché non è "utile" alla società produttiva

La strutturazione legislativa e amministrativa del sistema sanitario si fondava essenzialmente sugli enti mutualistici (es.: INAM) e su una visione della pretesa alle prestazioni di tipo "assicurativo-corporativa" (lavoratori e familiari) e non (cittadini) universalistica con prestazioni commisurate all'entità dei contributi versati. Questo sistema degli enti mutualistici prevedeva che le varie categorie di lavoratori pagassero per sé stessi e per i loro familiari dei contributi diversificati per categoria. Quindi l'assistenza dei familiari, per esempio dei figli, era legata alla categoria. Il meccanismo di tipo assicurativo corporativo erogava delle prestazioni in ragione alla categoria di appartenenza. Quindi, c'erano le mutue più generose e le mutue meno generose, a seconda della quantità dei contributi versati dalla categoria. Per i disoccupati le prestazioni erano in qualche modo minime, legate all'assistenza di pronto soccorso. Insomma, non c'era una vera e propria assistenza come verrà concepita poi.

Anni '70

Negli anni Settanta ritorna a tutti i livelli questa attuazione della Costituzione, quindi le regioni, il referendum, le modifiche legislative di settore, anche la modifica del diritto di famiglia, perché le vecchie logiche non potevano più essere seguite.

- Diritto alla salute quale diritto assoluto e primario dell'individuo non più limitato all'idea di "assenza di malattia", direttamente tutelato dalla Costituzione con la conseguente immediata operatività anche nei rapporti interprivati (Drittwirkung).

"Il diritto alla salute è un diritto a sé". Non è soltanto la cura gratuita per gli indigenti, ma è un diritto in sé ed è un diritto che si può vantare nei confronti dello Stato, dove si chiede essenzialmente la cura. Nei rapporti interprivati, che con un termine tedesco complicato si dice "Drittwirkung" (che vuol dire "pochi effetti nei confronti dei terzi"), se si subisce un danno da parte del privato, si viene risarciti dal singolo, ma è lo Stato che deve riconoscere questo danno attraverso una sentenza del giudice.

LA PIENA ATTUAZIONE DELL'ART. 32 COST.

Questa sentenza del 1979 è famosa perché per la prima volta la Corte Costituzionale afferma esplicitamente che la salute è un diritto primario assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati:

"La salute è tutelata dall'art. 32 Cost. non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e qualora venga accertata la sua violazione sussiste l'obbligo alla riparazione dello stesso (Risarcimento)."

Questa sentenza nasce da un caso di un cittadino che era stato ferito a fucilate da parte di un vicino, quest'ultimo condannato per tentato omicidio e lesioni dal giudice penale. Il signore che ha avuto un danno alla salute da questo ferimento, intenta una causa civile, vuole il risarcimento dei danni, perché ha avuto una menomazione fisica importante, che non si era ristabilita.

Siccome fino ad allora non c'era quest'idea del diritto alla salute tra privati (infatti, il diritto alla salute significava accesso alle cure in modo gratuito), per il danno non si otteneva il risarcimento o si veniva risarciti solo nella parte legata al lavoro. Ma nella Costituzione c'è scritto che "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo" e poi c'è scritto "è interesse della collettività", non c'è scritto "la Repubblica tutela la salute come interesse della collettività", quindi, la Corte costituzionale dice chiaramente che, quando viene accertata la violazione, occorre sempre e comunque risarcire

La risarcibilità del danno alla salute va valutata relativamente:

- Alle conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito (come lavorare) (DANNO PATRIMONIALE -art. 2043 c.c.)
- Agli effetti non patrimoniali, accertati, della lesione all'integrità fisica e psichica, considerata come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza (DANNO NON PATRIMONIALE -art. 2059 c.c.)
- Ai fini meramente descrittivi si è parlato di: danno biologico, danno esistenziale, danno morale soggettivo.

Non sono risarcibili, perché non tutelati a livello costituzionale, i pregiudizi costituiti in fastidi, disagi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente la vita quotidiana.

La Corte di cassazione ha affermato nel 2008 che «Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere e alla serenità; in definitiva il diritto ad essere felici».

Solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale. Oggi il diritto alla salute, soprattutto quando viene lesa l'indennità fisica, viene risarcito negli aspetti patrimoniali e non patrimoniali. Ovviamente con l'accertamento.

IL DIRITTO DI GODERE DEL PROPRIO STATO DI SALUTE

Il diritto alla salute è composto da almeno quattro dimensioni e la prima di queste è:

- Il diritto di godere del proprio stato di salute, cioè la pretesa negativa (negativo, in diritto, vuol dire astenersi) a che i poteri pubblici o i terzi (privati) si astengano da comportamenti che possano pregiudicare la propria integrità fisica. Diritto individuale opponibile nei confronti di chiunque, non solo nei confronti dello Stato.

Il problema del risarcimento nasce soprattutto nei confronti dei terzi (ad esempio, un privato provoca un danno e gli si chiede il risarcimento dei danni). Penalmente è lo Stato che agisce contro colui il quale ha creato il danno.

Titolarità del diritto: spetta a tutti gli individui, anche se poi il concreto esercizio dello stesso, soprattutto relativamente alle erogazioni delle prestazioni connesse, può subire delle differenziazioni in base alle categorie di appartenenza.

Il diritto alla salute spetta a tutti, non solo ai cittadini; tuttavia, ci possono essere delle diversificazioni: ci sono paesi in cui per godere di prestazioni presso le strutture sanitarie non c'è bisogno di una assicurazione

sanitaria, mentre altri paesi chiedono di esibire assicurazioni sanitarie, altrimenti si pagherebbe la prestazione per intero. Dunque, ci sono delle diversificazioni, ma la titolarità del diritto spetta a tutti.

Contenuto: Diritto soggettivo (che spetta ai soggetti) **assoluto direttamente azionabile.**

Pretesa a contenuto negativo, immediatamente precettiva e produttiva di effetti, a che i pubblici poteri e i terzi non vengano a turbare il godimento riservato al titolare del diritto. Di conseguenza, gli organi giurisdizionali devono condannare e impedire ogni lesione di tale libertà, anche in assenza di leggi specifiche e comunque le leggi devono astenersi dal disporre contro tale libertà.

Diritto assoluto, in senso giuridico, non vuol dire che non ha limiti (tutti i diritti hanno dei limiti), ma assoluto vuol dire che si può opporre a tutti, cioè nessuno può turbare il godimento del diritto. Nella prima dimensione, il diritto ha essenzialmente un contenuto negativo, cioè nessuno deve invadere la propria sfera psico-fisica; è una pretesa negativa, lo Stato non può entrare in questa sfera. Qualora lo Stato o qualche privato lede questa libertà, il giudice deve condannare e, per fare ciò, non c'è bisogno di una legge specifica in materia di diritto alla salute, bastano le norme generali.

SALUTE IN SENSO STATICO E IN SENSO DINAMICO

Il diritto di godere del proprio stato di salute viene inteso dai giudici come diritto all'integrità psico-fisica.

Il concetto di godimento del proprio stato di salute è andato evolvendosi: da un concetto di salute inteso solo in senso statico (la salute coincide con l'assenza di malattie o di lesioni nel fisico in un determinato momento), si è passati ad un concetto dinamico (la salute non è la fotografia di un momento, ma la salute è un processo che può avere una evoluzione nel tempo, una condizione di equilibrio e benessere psico-fisico che comprende aspetti esteriori ed interiori che vanno considerati in modo unitario).

Nei confronti di una persona che ha subito una violazione della sua integrità psico-fisica, l'ordinamento prevede un risarcimento che riguarda aspetti classici delle capacità lavorative e aspetti esistenziali (ovviamente solo in seguito ad opportuna documentazione medica).

SALUTE E INTEGRITA' FISICA

In prima approssimazione si può dire che la salute implichi l'integrità fisica e che la lesione dell'integrità fisica pregiudichi il godimento della salute. Tuttavia, nella Costituzione Italiana non esiste una vera e propria corrispondenza biunivoca tra salute e integrità fisica.

- 1. La salute non è solo l'assenza di una malattia che intacchi un organo e dunque la salute non si esaurisce nell'integrità fisica.** Infatti, l'integrità fisica non comprende i profili psichici che sicuramente rientrano nel concetto di salute (es. il mobbing, cioè i comportamenti aggressivi e persecutori posti in essere sul luogo di lavoro, come lesione del diritto alla salute).
- 2. L'integrità fisica non si esaurisce nella salute.** Ad esempio, i prelievi ematici comportano una minima lesione dell'integrità fisica, ma questi non hanno – generalmente – conseguenze tali da incidere negativamente con la sfera della salute (anche psichica) oppure sono necessari per il raggiungimento di un maggiore benessere.

LE PARZIALI SOVRAPPOSIZIONI TRA INTEGRITA' FISICA E SALUTE

Ci sono una serie di casi più problematici, non preventivabili in anticipo, per i quali non è univoco affermare se la lesione dell'integrità fisica contribuisca ad un miglioramento o ad un peggioramento dello stato di salute.

Ad esempio, l'amputazione di un arto per scongiurare una malattia peggiore. In senso statico tale operazione migliora la condizione di salute e tale può essere la percezione di chi si è sottoposto ad un tale intervento. Ma,

in altri casi, il paziente, pur consapevole della necessità dell'intervento potrebbe ritenere peggiorato dopo l'intervento il suo stato di salute quale condizione di equilibrio psicofisico.

IL DIRITTO AD ESSERE CURATO

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

Secondo l'articolo 32, il diritto ad essere curato è il diritto a ricevere delle cure gratuite da parte delle strutture.

L'art.32 comma 1 tutela l'interesse a recuperare la salute, qualora sia venuta meno, attraverso l'accesso alle cure. (Lo scopo iniziale dell'articolo 32, era quello di garantire delle cure per ripristinare lo stato di salute.)

Contenuto Pretesa a contenuto positivo a ricevere una prestazione da parte dello Stato (strutture sanitarie pubbliche e strutture private convenzionate).

Art.1, comma 6 Legge n.219 del 2017

Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.

La ratio della normativa sul rapporto medico-paziente si fonda sull'idea che tale rapporto sia asimmetrico e che il paziente sia il soggetto debole di tale relazione, meritevole, dunque, di una tutela rafforzata. Proprio per questo la legge pone un limite all'assolutizzazione delle pretese del paziente. Il medico, infatti è posto al servizio del suo diritto fondamentale alla salute e non delle sole pretese alla autodeterminazione. (Olivetti)

IL DIRITTO AD ESSERE CURATO

Il diritto a essere curato (ex art. 32 Cost) è composto da diversi profili:

1- Il diritto a ricevere cure (sopportandone i costi) presso strutture pubbliche o private.

2- Il diritto a ricevere cure gratuite se si è in condizioni di indigenza:

a. Dalle strutture pubbliche

b. Dalle strutture private convenzionate con il SSN

c. Da strutture private non convenzionate allorché queste siano le sole a disporre della necessaria attrezzatura tecnologica per eseguire prestazioni di diagnostica specialistica ad alto costo e tali accertamenti risultassero indispensabili. (Corte costituzionale sent. n. 992 del 1988).

3- Il diritto a ricevere cure totalmente o parzialmente gratuite anche se non si versa in condizioni di indigenza. Tale profilo non ha copertura costituzionale ma è stata ed è una scelta di carattere politico-legislativo.

Colui che scrive le leggi parte dal presupposto che il medico, persona competente, è in una posizione di vantaggio nei confronti di un paziente, persona che probabilmente non è competente. "in generale il soggetto debole è il paziente perché ne sa di meno" e quindi molte parti della legge 219, ma anche di altre leggi, tendono sempre a rafforzare la tutela del paziente.

Come richiamo all'articolo 1 la legge 219 *“tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”,* nel rispetto dei principi della Costituzione (art. 2, 13 e 32) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

LA GRATUITÀ DELLE CURE

La Costituzione fissa una soglia minima per la gratuità (l'indigenza). Indigenza non è sinonimo di povertà, ma di indigenza medica. Tale concetto non è rigido, non ha un significato puntuale e va valutato in rapporto al costo delle singole cure. È il legislatore a dover definire i criteri relativi a tale nozione. Il legislatore italiano soprattutto dalla legge n. 833 del 1978, ha inteso allargare l'area della gratuità basandosi sul principio dell'universalità delle prestazioni. Dagli anni '90 sono state previste forme di compartecipazione alle spese per singole prestazioni (TICKET).

IL DIRITTO AD ESSERE CURATO: CONDIZIONAMENTI FINANZIARI E NUCLEO ESSENZIALE DEL DIRITTO

Corte Costituzionale, sentenza n.111 del 2005

Il diritto alle prestazioni sanitarie è finanziariamente condizionato. Non appare dubbio, infatti, che nel sistema di assistenza sanitaria - delineato dal legislatore nazionale fin dalla emanazione della legge di riforma sanitaria, 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale) - l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario. Di qui la necessità di individuare strumenti che, pur nel rispetto di esigenze minime, di carattere primario e fondamentale, del settore sanitario, coinvolgenti il «nucleo irriducibile del diritto alla salute» protetto dalla Costituzione come ambito individuale della dignità umana operino come limite alla pienezza della tutela sanitaria degli utenti del servizio.

La questione principale riguardante il diritto alle prestazioni sanitarie è la disponibilità limitata di risorse finanziarie. Il legislatore cerca di affrontare questo problema attraverso il sistema del ticket, ma tale soluzione è imperfetta.

La Corte Costituzionale ha affermato che il legislatore ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale nel 1978 per garantire a tutti i cittadini l'accesso al sistema sanitario, eliminando le barriere basate su categorie lavorative e prestazioni assicurative. Tuttavia, le risorse finanziarie sono limitate, il che implica che in alcune situazioni non tutte le prestazioni possono essere garantite. Il termine "compartecipazione" si riferisce al sistema del ticket, che in alcuni casi può comportare costi aggiuntivi. Questo sistema cerca di bilanciare l'obbligo finanziario di alcune persone con il diritto alle cure, evitando una completa negazione del diritto a causa delle limitazioni finanziarie. È importante riconoscere che non sempre è possibile avere tutte le prestazioni mediche necessarie entro un raggio limitato da casa. Il diritto alle cure, come molti altri diritti, presenta delle limitazioni e sfide pratiche che richiedono un approccio equo e bilanciato.

Con la riforma costituzionale del 2001, l'art. 117 Cost inserisce la materia «tutela della salute» tra quelle affidate alla "competenza concorrente" delle Regioni, cioè in materia di tutela della salute lo Stato detta solo i principi fondamentali attraverso delle leggi, che devono essere uniche in tutta Italia e poi le singole regioni fanno le loro leggi di dettaglio, anche sull'organizzazione della struttura sanitaria regionale, sull'articolazione dei presidi. Lo stesso articolo (Art. 117, comma 2, lett. m) affida alla potestà esclusiva dello Stato la determinazione di livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale in modo adeguato e uniforme. In materia sanitaria si parla di livelli essenziali di assistenza (LEA), concernenti i diritti civili e sociali da garantire. I LEA vengono approvati con legge statale, ma la determinazione del loro contenuto deve prevedere una fase concertativa con le Regioni, che avviene essenzialmente in un organo che si chiama Conferenza Stato Regioni. Le regioni meno ricche, che spendono male i soldi o ci sono varie letture di questo fenomeno chiaramente possono garantire di meno.

Se ci si cura in una regione diversa rispetto a quella di residenza, quest'ultima rimborserà la regione in cui vengono effettuate le cure. Tale sistema non sarebbe sbilanciato se vi fosse un flusso di pazienti in uscita pari

a quello in entrata, ma così non è. Molte regioni, in modo particolare quelle più povere, hanno una spesa pubblica in questo senso elevatissima. Se si vuole usufruire delle prestazioni del servizio sanitario nazionale occorre sempre la prescrizione del medico curante, che è una figura centrale della legge 833.

IL DIRITTO A ESSERE CURATO: STRUTTURE E LUOGO DELLA CURA

Corte Costituzionale sentenza n. 416 del 1995

L'erogazione delle prestazioni, soggette a scelta (da parte dell'utente-assistito) della struttura o dei professionisti eroganti, è subordinata all'apposita prescrizione, proposta o richiesta compilata su modulario del servizio sanitario nazionale dal medico di fiducia dell'interessato.

Corte costituzionale, sentenza 236 del 2012

Il diritto alla libertà di scelta del luogo della cura in tutto il territorio nazionale non ha carattere assoluto, dovendo essere temperato con altri interessi costituzionalmente protetti, anche in considerazione dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili.

In quest'ultima sentenza, si pone un problema relativo alla possibilità di ASL (Aziende Sanitarie Locali) di stipulare convenzioni con laboratori situati in regioni limitrofe. La Regione afferma che tali convenzioni sono consentite solo con laboratori all'interno della propria regione, limitando così la libertà di scelta del luogo di cura. Tuttavia, la Corte costituzionale ha stabilito che in generale la scelta del luogo di cura non è completamente libera, ma le ASL possono stipulare convenzioni con laboratori esterni se nella propria regione mancano apparecchiature o tecnologie innovative. La legge che vieta tali accordi è considerata non compatibile, poiché a volte la vicinanza fisica al luogo di cura in una regione diversa può essere più conveniente, anche se si risiede in un'altra regione. In sintesi, la disponibilità di servizi sanitari è condizionata da fattori finanziari e geografici.

IL DIRITTO AD ESSERE CURATO: IL CONSENSO INFORMATO

Il diritto ad essere informato sulle cure

Il diritto a essere curato presuppone un consenso, che deve essere informato. La legge sul consenso informato (legge 219 del 2017) *“tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”*. Dunque, è una legge unica che riguarda il diritto di curarsi, ma anche il diritto a non curarsi (in questa lezione tratteremo solo del consenso a curarsi, mentre nella prossima lezione tratteremo il diritto a non curarsi).

Questa legge è regolata da tre principi:

- Il consenso informato.
- Processo decisionale condiviso tra medico e paziente: il percorso medico-curativo non deve essere né un'imposizione da parte del medico, né da parte del paziente, su una tipologia di cura da lui creduta idonea.
- Scelta informata: la scelta deve essere informata e, quindi, il paziente deve essere messo al corrente di eventuali rischi e benefit.

IL CONSENSO INFORMATO

Con la sentenza n.438 del 2008 la Corte Costituzionale si era già espressa sul punto precedentemente alla legge 219 del 2017.

Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi

nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli art. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge."

Il consenso informato trova fondamento nell'articolo 2 della Costituzione (che riguarda i diritti inviolabili dell'uomo), nell'articolo 13 (che tutela la libertà personale, la sfera fisica e la sfera psichica perché un trattamento sanitario, nella maggior parte dei casi, invade la sfera fisica e/o psichica) e nell'articolo 32. Quindi, la legge 219 del 2017 non ha fatto altro che recepire e disciplinare in modo dettagliato, per evitare dubbi e problemi (soprattutto agli operatori sanitari), un principio che si trova proprio nella Costituzione stessa.

Art.1 comma 1, legge 219 del 2017

Nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

Approvata la legge l'unico problema era stabilire una definizione giuridica di trattamento sanitario:

- Il concetto di trattamento sanitario giuridicamente non è di semplice interpretazione. In via generale s'intende ogni attività diagnostica e terapeutica volte a prevenire o curare le malattie. Più specificatamente un trattamento che incide sulla salute, che si fonda su risultanze scientificamente fondate, indicato e posto in essere da personale adeguatamente preparato.

Tutela degli incapaci

l'articolo 3 dedica delle norme specifiche a tutela di minori e incapaci.

Gli incapaci legali si dividono in:

- Assoluti (totalmente privi della capacità di agire):
 - o Minori d'età: secondo il Codice civile un minore non ha piena capacità di agire.
 - o Interdetto giudiziale
 - o Interdetto legale
- Relativi (parzialmente privi della capacità di agire):
 - o Inabilitati
 - o Minorenni emancipati

Art.1 comma 4, legge 219 del 2017

4. Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentono di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. (...)

Art. 1 comma 5, legge 219 del 2017

Ogni persona capace di agire (...) ha, inoltre, il diritto di revocare (il consenso prestato) in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. (...) Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca (...) sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Il consenso informato va **acquisito** e si può **revocare**, cioè si può anche decidere inizialmente di sottoporsi ad un determinato trattamento e poi cambiare idea, perché quello che conta, nei casi standard, è sempre la volontà attuale. Cosa importante è l'acquisizione e la revoca devono essere registrate e conservate: nel caso di consensi informativi medici essi vengono conservati nella cartella clinica o nel fascicolo sanitario elettronico.

La ratio è sempre quella di favorire l'espressione del consenso. Però se, ad esempio, una persona è interdetta e ha un tutore, è il tutore ad esprimere il consenso.

IL PROCESSO DECISIONALE CONDIVISO NELLA SCELTA DELLA CURA

Il diritto ad accedere alle cure, come dice il comma 2 nell'articolo 1, si fonda sulla relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico. La legge precisa anche che, se il paziente lo desidera (perché la salute è un diritto individuale), può coinvolgere in questa relazione anche familiari, conviventi, quindi persone di fiducia, altrimenti può scegliere di far prevalere solo la sua volontà, quindi la volontà del singolo.

Art. 1, comma 2, L. 219 del 2017

È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano:

1. l'autonomia decisionale del paziente
2. l'autonomia professionale, la competenza, la responsabilità del medico.

Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.

Art. 1, comma 8 L. 219 del 2017

Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura.

- La comunicazione è un dovere del medico poiché necessaria ai fini della cura.
- La cura non è solo prescrizione, ma anche comunicazione (prima, durante e dopo la cura)
- La cura è finalizzata alla persona, non alla ricerca, alla scienza in sé.

La legge ha voluto esplicitamente sottolineare che il tempo dedicato alla comunicazione fa parte integrante del processo di cura, non rappresenta un tempo sprecato o un'incombenza fastidiosa. Questo tempo è fondamentale sia per la pratica professionale, che per gli obiettivi sottesi alla legge stessa. La comunicazione non è una formalità superficiale, ma costituisce un autentico dovere in quanto è strettamente legata all'atto di cura. Inoltre, la cura non si limita semplicemente a una serie di prescrizioni, ma è anche un atto di comunicazione che deve perdurare prima, durante e dopo la cura, specialmente in relazione al consenso informato.

LA SCELTA INFORMATATA DELLE CURE

Art. 1, comma 3 L. 219 del 2017

Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo:

- completo,
- aggiornato
- e a lei comprensibile

riguardo

- alla diagnosi,
- alla prognosi,
- ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati,
- nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi.

Questo articolo sottolinea il diritto fondamentale di ogni individuo a essere pienamente informato sulle proprie condizioni di salute, che rappresenta una fase preliminare essenziale al processo di ottenere il consenso. Tale informazione deve essere fornita in modo completo e continuamente aggiornato, adattandosi di volta in volta al livello di comprensione del paziente. Tuttavia, si pone una sfida nella comunicazione, poiché il medico, come figura tecnicamente competente, dispone di conoscenze che spesso superano la comprensione del paziente. Pertanto, garantire un'effettiva comprensibilità non è sempre semplice. È proprio per questa ragione che, in ultima analisi, il consenso informato deve essere documentato in forma scritta o videoregistrata.

Il paziente può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole.

Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

La persona può anche decidere di non ricevere le informazioni riguardanti la sua salute e dare l'onere di scelta ad un suo parente (o fidato in generale), perché non tutti (dice la ratio della legge) sono in grado, anche a livello psicologico, di gestire e di sopportare delle informazioni dettagliate sul proprio stato di salute.

I TRATTAMENTI SANITARI OBBLIGATORI

Il trattamento sanitario obbligatorio è strettamente connesso all'interesse della collettività. Solo l'esigenza di tutelare la dimensione collettiva del diritto alla salute può consentire il sacrificio della dimensione individuale dello stesso diritto attraverso l'imposizione di trattamenti sanitari.

Corte Costituzionale sentenza n. 218 del 1994

La tutela della salute (...) implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere, né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza a adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo.

LA DIMENSIONE COLLETTIVA DELLA SALUTE TRATTAMENTO SANITARIO → Trattamento che incide sulla salute, che si fonda su risultanze scientificamente fondate, indicato e posto in essere da personale adeguatamente preparato. Possono essere:

- **OBBLIGATORI:** i trattamenti la cui obbligatorietà è prevista dalla legge ed è variamente sanzionata e resa concretamente operante.
- **COATTIVI:** i trattamenti sanitari che possono essere imposti con la forza.
- **NON OBBLIGATORI:** i trattamenti sanitari che non sono (direttamente) previsti da alcuna norma di legge, per i quali si pone il problema del consenso dell'avente diritto e dei suoi limiti.

Nei trattamenti sanitari coattivi, ciò che succede è che un individuo viene obbligato a subire un trattamento medico, il che significa che la sua libertà personale viene limitata. Questa limitazione della libertà personale è una questione molto delicata, ed è sottolineata dall'articolo 13 della Costituzione, che riguarda la libertà personale. Questo articolo stabilisce che ogni volta in cui la libertà di un individuo, sia essa fisica o psichica, viene limitata, è necessario che un giudice intervenga per valutare se tale limitazione è giustificata. Tuttavia,

le leggi che regolano i trattamenti sanitari coattivi non sempre includono questa previsione, ovvero l'obbligo di un intervento giudiziario. Questo può creare una situazione problematica, poiché la limitazione della libertà personale dovrebbe essere attentamente ponderata e valutata in modo imparziale da un giudice per garantire che sia legittima e giustificata. La mancanza di questa previsione nelle leggi può quindi sollevare preoccupazioni riguardo ai diritti e alle libertà individuali nell'ambito dei trattamenti sanitari coattivi.

I TRATTAMENTI SANITARI OBBLIGATORI

Quali sono le condizioni stabilite nel nostro ordinamento per effettuare i TSO?

Essi sono legittimi solo se solo se ricorrono cinque condizioni:

- Essere disposti dalla legge (o da altra fonte primaria) in modo specifico;
- Essere necessari per la tutela della salute collettiva;
- Non essere dannosi per la salute di chi vi è tenuto (detto trattamento irrispettoso della persona umana);
- Essere proporzionati al fine legittimamente perseguito;
- Qualora comportino "un rischio specifico", sia assicurato un "equo ristoro del danno patito".

Corte Costituzionale sentenza n. 118 del 1996: *Nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri.*

I TRATTAMENTI SANITARI COATTIVI

I trattamenti coattivi, come si accennava, sono quelli che possono essere imposti con la forza legittima.

Differenza con i trattamenti obbligatori: Nei trattamenti obbligatori esiste comunque un atto di volontà del soggetto che vi si sottopone, mentre in quelli coattivi la volontà individuale è sostituita dalla forza collettiva.

Luciani dice che ci possono essere dei trattamenti facoltativi le cui sanzioni pongono il soggetto in uno stato di difficoltà, cioè sostanzialmente comportano la vanificazione delle possibilità di scelta.

"Non è un problema di intensità delle sanzioni. A volte anche le sanzioni indirette previste in un trattamento obbligatorio (o anche facoltativo) ma non coattivo possono essere così incisive da comportare la sostanziale vanificazione della possibilità di scelta tra il sottoporsi a un trattamento eventualmente indesiderato e l'incorrere nelle sanzioni previste." (Luciani)

Esempi di trattamenti obbligatori coattivi:

- Art. 34 legge 833/1978: persone affette da alterazioni psichiche gravi, ove vi sia l'urgenza di provvedere e manchi il consenso del paziente. (coercizione fisica)
- Art. 280 T.U. leggi sanitarie (rd 1265 del 1934) ricovero coatto dei malati di tubercolosi.