

***La persona e i diritti fondamentali nel sistema ospedaliero***\*

*di Carlo Bottari – Professore Alma Mater nell’Alma Mater Studiorum – Università di Bologna*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il sistema ospedaliero. – 3. I diritti di libertà, tutela e dignità della persona.

**1. Considerazioni introduttive**

La presente analisi si compone di tre parti: considerazione introduttive, parte centrale sul sistema ospedaliero e parte finale sui diritti di libertà e tutela e dignità della persona.

Senza volersi occupare del rapporto tra *green pass* e Costituzione, già ampiamente affrontato in dottrina, si intende dapprima introdurre una considerazione di carattere generale: non c’è dubbio che tutelare la salute significhi tutelare la libertà del cittadino. Vi è una identificazione fra salute e libertà, in quanto non vi è libertà se non vi è salute: non vi è libertà dal bisogno, non vi è libertà sociale, non vi è libertà economica e la stessa libertà politica non ha modo di esprimersi se non c’è la salute. Pertanto, è evidente che la tutela della salute oggi – come ben avvertito nella pandemia da Covid, nonostante la dottrina già da tempo lo avesse sottolineato - è strettamente legata alla tutela della libertà.

Ricordando brevemente la storia del diritto, nella Costituzione del ‘48 e nella dottrina successiva<sup>1</sup>, la tutela della salute è stata considerata come norma di carattere programmatico, norma

---

\* Il contributo costituisce la rielaborazione dell’intervento reso nel corso del Ciclo di Seminari su “Persona e diritti fondamentali” organizzato dall’Associazione Italiana dei Costituzionalisti il 21 settembre 2021.

che indicava degli obiettivi allo Stato, ma che poteva trovare attuazione soltanto nei limiti in cui lo Stato successivamente sarebbe intervenuto, ai sensi dell'articolo 3 Cost., senza mai dimenticare che la tutela della salute rientra pienamente nel principio di eguaglianza. Per molti anni è stata contestata dalla dottrina l'opportunità e la legittimità dell'inserimento del diritto alla tutela della salute fra i diritti di libertà<sup>2</sup>, proprio in ragione dell'ormai superato presupposto secondo cui la tutela della salute fosse stata fondata sul principio di eguaglianza, anziché sul principio di libertà.

Successivamente, questa interpretazione è stata superata e le trasformazioni del nostro stato di diritto hanno portato l'interprete ad affiancare ai diritti di libertà i diritti sociali, fino a ritenere che il diritto alla tutela della salute sia un diritto assoluto del cittadino<sup>3</sup>.

Si tratta, quindi, di un diritto cui dare opportuna attuazione, certamente, in virtù del disposto costituzionale, ma al quale dovremmo comunque dare attuazione: un diritto assodato anche all'interno della comunità internazionale. Si pensi, ad esempio, alla Declaration of the G20 Health Ministers di Roma del 5-6 settembre 2021, ove si è considerata la pressante esigenza di estendere rapidamente la vaccinazione anti-covid nei Paesi più fragili: la percentuale dei vaccinati rispetto alla popolazione si attesta verso l'80%-85% in Europa e al 4%, ad esempio, in Africa. Tale disuguaglianza comporta una limitazione della libertà di queste popolazioni e l'impegno di garantire una vaccinazione più ampia in tali paesi consente di tutelare la libertà della relativa cittadinanza, oltre a consentire un freno più efficace al contagio. L'evidente grave squilibrio si ripercuote, inevitabilmente, anche nel restante contesto mondiale.

Vi è, dunque, un nesso molto stretto fra tutela delle libertà e tutela della salute; come si esprime questo nesso, questa interpretazione del diritto alla tutela della salute nella evoluzione del nostro sistema ospedaliero?

---

<sup>1</sup> Particolarmente significative le teorie di Vezio Crisafulli in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

<sup>2</sup> Come ricorda anche Massimo Luciani nella voce *Salute*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1991.

<sup>3</sup> Così Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 2020.

## **2. Il sistema ospedaliero**

L'attuale sistema ospedaliero nasce con la legge 132 del 1968, c.d. legge Mariotti, nonostante prima, invero, esistessero altre forme di stabilimenti ospedalieri<sup>4</sup>. Gli enti ospedalieri nascono come strutture governate da un Consiglio di Amministrazione che deve rappresentare la comunità locale, quindi rappresentanti del Comune, della Provincia, della Camera di Commercio, dell'Università, rappresentanti di tutte le più significative istituzioni presenti sul territorio.

Tale ente ospedaliero comincia a garantire determinate prestazioni al cittadino sulla base di quell'organizzazione dell'assistenza sanitaria che si era diffusa nel nostro Paese legata al cosiddetto sistema mutualistico. Tuttavia, il sistema delle mutue è un sistema di prestazioni sanitarie che non fa riferimento all'articolo 32 della Costituzione, bensì fa riferimento all'articolo 38 della Costituzione, vale a dire ad un articolo dedicato alla tutela del lavoro dove si prevede che ai lavoratori, e quindi soltanto ai lavoratori, dovessero essere garantite prestazioni sanitarie in caso di malattia. Ecco perché quando la Costituzione attribuirà alle Regioni la materia sanitaria, la attribuirà come "assistenza sanitaria e ospedaliera", mentre soltanto con la riforma della Costituzione del 2001, c.d. riforma del Titolo V, parte seconda, si attribuirà alle Regioni la materia denominata "tutela della salute".

Fino a quel momento alle Regioni competeva l'assistenza sanitaria ospedaliera, ossia l'intervento pubblico in caso di malattia. Vi era, infatti, la convinzione che la sanità fosse essenzialmente un problema di sicurezza pubblica, tanto che il Testo Unico delle Leggi Sanitarie attribuiva questa materia al Ministro degli Interni, preposto alla garanzia della sicurezza dei cittadini. Il Ministero della Sanità verrà istituito con la legge 13 marzo 1958 n. 296, con il compito di provvedere alla tutela della salute pubblica.

Nel testo costituzionale l'Assemblea costituente, dopo approfondito dibattito, preferì prevedere che la competenza da affidare alle Regioni fosse soltanto quella di tipo assistenziale, in quanto tutto ciò che veniva prima, come la prevenzione e l'igiene, non doveva essere materia delle Regioni ma

---

<sup>4</sup> A tal proposito, è interessante ricordare, ad esempio, che già nel '400 proprio a Bologna, nel cuore della città, esistevano due strutture: l'Ospedale della Vita e l'Ospedale della Morte. Si trattava di due strutture che erano state istituite con grande lungimiranza rispetto a problematiche attuali: se la natura dell'Ospedale della Vita è facilmente individuabile, l'Ospedale della Morte rappresentava, già nel '400, un'anticipazione di quelli che oggi sono gli Hospice: anticipazione di una forma di tutela della dignità della persona secondo una sensibilità già allora presente.

doveva restare materia dello Stato, perché rientrante nella più vasta accezione di tutela della sicurezza pubblica. Tanto che, ancora oggi, alcune funzioni sono ancora attribuite agli Interni.

Soprattutto in questi ultimi due anni si è spesso, e volutamente, confusa la tutela della sicurezza con la tutela della salute del cittadino, facendo rientrare anche la tutela della sicurezza all'interno della tutela della salute, determinando così le condizioni per un intervento più esteso da parte delle amministrazioni regionali.

L'intervento definitivamente chiarificatore lo si è avuto con l'importantissima sentenza n. 37 della Corte Costituzionale del gennaio 2021, giudice redattore Augusto Barbera, con cui la Corte ha ricordato che la "profilassi internazionale" è una materia esclusiva dello Stato e che il contrasto alla pandemia è certamente profilassi internazionale, mettendo così fine ad una diatriba che andava avanti da mesi e che si era determinata, prevalentemente, per motivazioni di carattere politico.

Il sistema ospedaliero nato nel 1968 viene poi completamente rivisto dalla riforma sanitaria con la legge 833 del 1978 in cui viene istituito il Servizio Sanitario Nazionale: dopo lo scioglimento degli enti ospedalieri, vengono creati dei presidi ospedalieri che fanno riferimento alle Unità Sanitarie Locali. Occorre attendere la riforma di cui al d.lgs. 502/1992, con la trasformazione delle USL in aziende (AUSL) e soprattutto l'articolo 4 dello stesso decreto legislativo, per l'istituzione delle Aziende Ospedaliere.

Da tali innovazioni normative scaturisce l'attuale assetto che vede la compresenza di tre tipologie di Aziende Sanitarie: le Aziende USL, con il compito di garantire le prestazioni sanitarie a tutti i cittadini, le Aziende Ospedaliere, con il compito di produrre le prestazioni sanitarie da mettere a disposizione dei cittadini e le Aziende integrate Università-Regione, ultima tipologia introdotta dalla riforma Bindi nel 1999 (d.lgs. 517/1999), dove insiste il triennio clinico delle facoltà di medicina, che vengono ad affiancarsi ai c.d. policlinici universitari dove ha sede l'attività assistenziale delle facoltà di medicina per garantire, come affermato dalla Corte Costituzionale, oltre che la ricerca e la didattica, anche l'assistenza sanitaria.

L'Azienda sanitaria nasce, quindi, nel 1992 ed è la struttura che ancora oggi garantisce e fornisce le prestazioni ai cittadini sulla base di alcuni principi di carattere organizzativo contenuti nell'Atto Aziendale. Il d.lgs. 502/1992, nel momento in cui istituisce l'ASL, afferma che ogni ASL deve dotarsi di un Atto Aziendale, che viene addirittura definito come atto di diritto privato, quindi, quasi volendo dare una natura privatistica a tali nuovi soggetti. Si tratta, invece, di soggetti pubblici pienamente sottoposti alla vigilanza della Regione, tanto che il Direttore Generale ancora oggi

viene nominato direttamente dal Presidente della Regione. Al riguardo, si sono susseguite varie riforme, la c.d. Balduzzi del 2012 e la c.d. Madia del 2017, che hanno cercato di dare una nuova configurazione a questo sistema di scelta del Direttore Generale, ma ancora oggi si tratta di una scelta discrezionale del Presidente della Regione.

### **3. I diritti di libertà, tutela e dignità della persona**

Veniamo, quindi, al tema della tutela della dignità della persona all'interno di queste strutture ospedaliere, partendo dalla considerazione che quarant'anni di Servizio Sanitario Nazionale, indubbiamente, hanno rappresentato un miglioramento della qualità dell'assistenza sanitaria e della qualità di vita del cittadino.

Se, da un lato, il nostro Servizio Sanitario Nazionale si è rivelato un buon servizio, tra i migliori al mondo seppur con qualche inevitabile difetto, vi è però un dato che ha inciso molto nel sistema della tutela dei diritti fondamentali del cittadino: il lento deteriorarsi del rapporto fra il paziente e il medico è andato incrinandosi nel tempo. In questi quarant'anni, si è instaurato un rapporto alle volte addirittura conflittuale, fino a perdersi quella fiducia che una volta esisteva nella consuetudine fra medico e paziente, come ha dimostrato l'esperienza dei medici condotti; ciò ha determinato una compressione dei diritti di libertà all'interno delle strutture ospedaliere ed un instabile rapporto che ha determinato una progressiva lesione della dignità dell'individuo.

La Corte Costituzionale già dal 2002 ci ricorda che non soltanto dobbiamo tutelare la salute del cittadino, ma anche la dignità della persona. Ed in questo senso, tra le più significative sentenze, ricordo Cassazione civile, sez. Lavoro, 18/06/2012, n.9969, secondo cui «il necessario riferimento alla tutela della dignità umana consente di ritenere che le condizioni di salute oggetto della previsione costituzionale coincidono non solo con l'approntamento di mezzi destinati alla guarigione del soggetto colpito, ma anche con quant'altro possa farsi per alleviare il pregiudizio non solo fisico ma, se si vuole, esistenziale dell'assistito, quanto meno in ragione di tutto ciò che manifesti concreta utilità ad alleviare la limitazione funzionale ancorché senza apprezzabili risultati in ordine al possibile regresso della malattia». Questo orientamento giurisprudenziale si ritrova consolidato nelle pronunce della Suprema Corte, nonché nella copiosa giurisprudenza della Corte Costituzionale secondo cui deve essere comunque tutelata la dignità della persona, in modo tale per

cui il servizio sanitario nazionale garantisca le cure, anche solo palliative (Cass. 7279 del 10 aprile 2015), partendo dal presupposto che un «nucleo irriducibile di diritto alla tutela della salute deve essere comunque garantito al cittadino».

Tutto ciò, pertanto, rafforza sempre più l'esigenza che si ricrei un rapporto fiduciario fra paziente e medico. Il legislatore ha creduto di raggiungere tale obiettivo attraverso gli ultimi due più importanti interventi normativi, entrambi del 2017: la legge 24/2017, nota come legge Gelli Bianco, in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie e, soprattutto, la legge 219/2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento<sup>5</sup>.

Attraverso queste due leggi, grazie ad un contemperamento del sistema della responsabilità del medico, e attraverso il ricorso alle linee guida, il legislatore ha inteso riversare una maggiore responsabilità sulla struttura, in modo da favorire quanto più possibile la ricostituzione del rapporto fiduciario tra medico e paziente.

È soprattutto con la seconda legge, in tema di consenso informato, che si tenta di porre le basi per l'avvio di un positivo dialogo tra le parti. Al proposito, la Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 144 del 2019, ha affermato che il consenso non interviene per consentire un determinato percorso terapeutico, bensì per assicurare e garantire al malato una scelta autonoma e personale, promuovendo e valorizzando la relazione di cura e fiducia tra medico e paziente, che deve basarsi proprio sul consenso informato.

Tutelare la salute della persona così come tutelarne la sua dignità, in qualsiasi frangente, corrisponde pienamente all'affermazione dei principi di libertà fondamentali come chiaramente descritti e garantiti dal nostro testo costituzionale; principi, peraltro, oggi condivisi da quella comunità internazionale della quale facciamo parte ed alla quale ispiriamo il nostro ordinamento.

---

<sup>5</sup> Si noti l'importanza di tale legge, prima fonte nazionale sul consenso nel settore sanitario: in precedenza la lacuna normativa era colmata, solo parzialmente, dal costante richiamo al Trattato di Oviedo ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.