QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO
Nuova serie
Università degli Studi di Padova

LUCIA BUSATTA

LA SALUTE SOSTENIBILE

La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie

G. Giappichelli Editore

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO
Nuova serie
Università degli Studi di Padova

20

LUCIA BUSATTA

LA SALUTE SOSTENIBILE

La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-1391-6

Il volume è pubblicato con il contributo finanziario del Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università di Padova – Fondi di Ricerca del Dipartimento "DOR".

Volume pubblicato a seguito del giudizio favorevole di tre revisori, Professori ordinari della materia, esterni al Dipartimento, in conformità al regolamento della Collana.

Stampa: Rotolito S.p.A. - Pioltello (MI)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

INTRODUZIONE

1. Opportunità e rischi 1
2. L'ampiezza dell'oggetto e le ragioni di una scelta: il diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie 2
3. La metodologia: la riconduzione ad unità delle dimensioni duali del diritto alla salute 5
4. La chiave di lettura: la sostenibilità della salute 8

CAPITOLO I
UNA NORMA PROGRAMMATICA
DAL CONTENUTO PRECETTIVO

1. L'articolo 32 della Costituzione: il valore precettivo di una norma programmatica 11
2. La teoria del valore normativo della Costituzione: suggestioni sul diritto alla salute nell'ordinamento spagnolo 17
3. Questioni definitorie anche alla luce della prospettiva britannica 21
4. Dal valore programmatico della norma all'estensione del contenuto del diritto: i determinanti sociali della salute 24

CAPITOLO II
IL DIRITTO ALLA SALUTE "GIANO BIFRONTE":
TRA DIRITTO SOCIALE E DIRITTO FONDAMENTALE

1. Una premessa metodologica: sulla distinzione tra diritto sociale e diritto fondamentale 31
2. Riflessioni a partire dal dato sistematico nel contesto costituzionale italiano 36
   2.1. La necessità di ricondurre ad unità la dimensione fondamentale e quella sociale del diritto alla salute 39
3. Il collegamento tra le due dimensioni del diritto nell'ordinamento spagnolo 45

pag.

3.1. L'architettura della Costituzione del 1978 e la collocazione dei diritti 48
3.2. La *vis* espansiva del diritto alla salute: diritto prestazionale e tutela dell'integrità fisica per una lettura unitaria del diritto 53
4. La prospettiva britannica: *positive* e *negative rights* 59
4.1. Evanescenti distinzioni e lo scrutinio sull'attività di *rationing* 62
5. La complessa definizione del diritto attraverso la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 66
5.1. Quando la mancata garanzia di prestazioni sanitarie può configurare una violazione della Cedu 67
6. Il consenso informato, cerniera tra le due dimensioni del diritto alle prestazioni sanitarie 73

CAPITOLO III

UN DIRITTO FINANZIARIAMENTE CONDIZIONATO O UN DIRITTO DA BILANCIARE?

1. Il costo dei diritti quale limite alla garanzia delle prestazioni 83
2. La giurisprudenza costituzionale e l'equivoco dei diritti finanziariamente condizionati 90
2.1. L'avvio del filone giurisprudenziale 90
2.2. L'evoluzione del criterio: il necessario bilanciamento con altri valori costituzionali 93
2.3. La specificazione del "nucleo irriducibile" del diritto quale limite alla discrezionalità legislativa 97
2.4. La più recente fase della giurisprudenza costituzionale e la variabile rappresentata dalla crisi economica 98
3. I condizionamenti costituzionali ed extra-giuridici nell'ordinamento spagnolo 103
4. Condizionamenti finanziari e allocazione delle risorse nel Regno Unito 110
4.1. Lo scrutinio giurisprudenziale sulle decisioni allocative assunte a livello locale 113
4.2. Gli *exceptional cases review* per l'accesso ai farmaci 117
5. L'emergere della dimensione "procedurale" nel diritto europeo 124
5.1. I diritti procedurali al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 126
5.2. I diritti procedurali a Lussemburgo e i limiti alla rimborsabilità delle spese sanitarie sostenute all'estero 128
6. Da un diritto finanziariamente condizionato a un diritto costituzionalmente orientato 131

pag.

CAPITOLO IV
UN DIRITTO SCIENTIFICAMENTE CONDIZIONATO O POLITICAMENTE DISPONIBILE?

1. Il fattore scientifico quale vincolo alle scelte sulla salute 137
2. L'individuazione in via scientifica del "perimetro" delle prestazioni 143
   - 2.1. Il criterio della condivisione scientifica per la definizione del limite verso il basso del "perimetro" delle prestazioni 145
   - 2.2. La definizione del confine verso l'alto delle prestazioni da garantire: la scienza come limite al diritto 151
   - 2.3. Il dialogo tra scienza e diritto e le difficoltà nella definizione del limite verso l'alto: disfunzioni e potenzialità 153
3. All'interno del perimetro: tra discrezionalità politica e controllo scientifico 160
   - 3.1. Il fattore scientifico quale criterio orientatore della discrezionalità politica del legislatore. Il caso della procreazione medicalmente assistita 162
   - 3.2. Il percorso inverso: quando le istanze sociali possono condizionare l'applicazione giuridica della scienza. L'evoluzione interpretativa della transizione di genere 169
4. Equivalenza di dinamiche e indicatori ulteriori nel contesto costituzionale spagnolo 173
   - 4.1. I criteri che orientano l'intervento pubblico all'interno del perimetro del possibile 180
5. Tra fattore scientifico e valutazione olistica della persona: la definizione di *futility* e *best interest* del paziente nel contesto britannico 186
6. Per una necessaria integrazione tra fattore scientifico e dimensione assiologico-sociale 191

CAPITOLO V
LA GARANZIA DI PRESTAZIONI TRA SCELTE INTERNE E CONDIZIONAMENTI EXTRA-ORDINAMENTALI

1. Un diritto determinato dall'interno o dall'esterno? 195
2. Gli indicatori della endo-determinazione del diritto alla salute 198
   - 2.1. Tra margine d'apprezzamento e teoria delle obbligazioni positive 200
   - 2.2. Il criterio della competenza quale limite all'intervento dell'Unione Europea sul diritto interno 205
   - 2.3. Il rispetto delle «scelte etiche fondamentali degli Stati membri» nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo 208

pag.

2.4. La lista interna di prestazioni sanitarie quale "controlimite" alla libera circolazione dei pazienti nel territorio europeo 214
3. Una matrice eso-determinata del diritto: i condizionamenti derivanti dal diritto europeo, anche oltre il riparto di competenze 219
3.1. La mobilità transfrontaliera dei pazienti quale paradigma dei condizionamenti extra-ordinamentali nella garanzia del diritto alla salute 220
3.2. Il requisito autorizzatorio: ancora sui diritti procedurali 224
3.3. Il fattore "tempo" e la nozione di "indebito ritardo" per l'accesso alle prestazioni sanitarie 230
3.4. Oltre il requisito della reciprocità: la necessità di aggiornare la lista di prestazioni 236
4. Una sovranità condivisa: la tutela della persona quale punto di congiunzione tra esigenze nazionali e condizionamenti extra-ordinamentali 239

CONCLUSIONI
DA GIANO BIFRONTE ALLA SALUTE SOSTENIBILE

1. Dicotomie, confini e complessità 245
2. Riportando tutto ad unità… 247
2.1. Il diritto costituzionale alla salute: impegno per il presente e apertura al futuro 248
2.2. Oltre le due facce di Giano: l'intrinseca complessità del diritto alla salute 249
2.3. Per la definizione di un diritto costituzionalmente orientato 251
2.4. La necessaria integrazione tra fattore scientifico e dimensione assiologico-sociale 253
2.5. La salute oltre i confini 254
3. Gli elementi di costruzione del paradigma di salute sostenibile 257
4. La natura relazionale del nucleo irriducibile del diritto alla salute 260
5. La dimensione procedurale del diritto alla salute 263
5.1. Una procedura per decidere: il metodo per l'esercizio della discrezionalità politica 264
5.2. Una procedura per accedere: il diritto alle prestazioni sanitarie tra amministrazione e organizzazione 265
5.3. Una procedura per contestare: la garanzia di effettività dei rimedi 267
6. La dimensione ultra-nazionale del diritto alla salute 269
7. La dimensione relazione del diritto alla salute nella prospettiva della sostenibilità 272

Bibliografia 277