
LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO ALLA SALUTE***A CONSTITUIÇÃO DO DIREITO À SAUDE*****SANDRA REGINA MARTINI**

Pós-doutora em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutora em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Doutora em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce (2001). Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997). Coordenadora do Mestrado em Direitos Humanos e professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD). Foi Professora titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno.

GIANCARLO CORSI

Doutor em Sociologia pela Universität Bielefeld(1995). É professor da Università di Modena-Reggio Emilia. pesquisador da Università di Modena-Reggio Emilia. membro do conselho de docentes da Università degli Studi di Lecce e pesquisador da Università degli Studi di Lecce.

ASTRATTO

La sociologia tradizionale si è occupata poco di temi legati alle Costituzioni. L'evoluzione della società moderna rende evidente il fatto che non tutti i valori diventano leggi effettive. Da qui ulteriori forme di manifestazione della complessità: se la salute è un valore e come tale andrebbe garantito a tutti – al punto che appare nella maggior parte delle costituzioni nazionali moderne – occorrono programmi e strutture che consentano di trasporre il valore in diritto: una volta stabilito che la salute è un diritto inalienabile, devono venire strutturate le condizioni

che garantiscano questo diritto. Il problema è come stabilire criteri operativi per i due sistemi coinvolti – la medicina e il diritto. Soprattutto, il problema è come tale diritto possa essere garantito all'interno del sistema sanitario. Studiare *il diritto del diritto alla salute*, ricorrendo a teorie che tengano conto della necessità di una concertazione fra pubblica amministrazione e potere giudiziario, significa analizzare il livello di complessità di questo diritto e quale sia il suo potenziale in termini di decisioni prese nei vari settori dell'amministrazione pubblica.

PAROLE CHIAVE: Sociologia; Costituzione; Società; Salute.

RESUMO

A sociologia tradicional tem lidado pouco com questões relacionadas às Constituições. A evolução da sociedade moderna mostra que nem todos os valores se tornam uma lei concreta. Aqui surgem novas complexidades: se a saúde é um valor e como tal deve ser garantida a todos - na medida em que aparece na maioria das constituições modernas - precisamos de programas e estruturas que nos permitam transformar este valor em um direito: uma vez estabelecido que a saúde é um direito inalienável, deve haver condições estruturadas que possam garantir esse direito. O problema é como é possível estabelecer critérios operacionais para os dois sistemas envolvidos - medicina e lei. Acima de tudo, o problema é como esse direito pode ser afirmado dentro do sistema de saúde. Estudar o direito do direito à saúde, utilizando teorias que levem em conta a necessidade de diálogo entre a administração pública e o poder judiciário, significa analisar quão complexo é perceber esse direito e também seu potencial em termos de decisões tomadas nos diferentes setores da saúde. administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia; Constituição; Sociedade; Saúde.

INTRODUZIONE

La sociologia tradizionale si è occupata poco di temi legati alla costituzione. Solo con la sociologia del diritto del XX secolo problemi come l'effettività dei diritti sociali sono diventati centrali per la ricerca. In generale, le scienze sociali, se sono scienza, non risolvono problemi di altri contesti sociali (come il diritto o la medicina): possono solo porre continuamente problemi scientifici, senza doversi vincolare all'eventuale utilità che gli argomenti adottati possono avere altrove (per es. nelle decisioni politiche). Per quanto scoraggiante o inquietante, questa dovrebbe essere la funzione della scienza e quindi della sociologia e solo in questo senso ci si può chiedere cosa sia la costituzione dal punto di vista della sociologia, qual è il contesto sociostrutturale che ha portato alla sua invenzione, come si relazionano tra loro diritto e politica mediante le leggi fondamentali (SHWARTZ;ROCK, 2015). Diritto e politica intrattengono effettivamente una relazione piuttosto complessa, se si tiene conto che sono entrambi sistemi allo stesso tempo mondiali e basati su "giurisdizioni" locali e nazionali, segmentati o organizzati attorno a un centro (come i tribunali per il diritto (CAMPILONGO, 2012)). Globalità e mondialità assieme a limitazioni territoriali, dunque – tra l'altro senza uno stato e una costituzione mondiali.

Le teorie scientifiche producono effetti sui ricercatori, naturalmente. La sociologia, in particolare, si è tradizionalmente orientata alla doppia domanda: di che cosa si tratta? Che cosa ci sta dietro? (LUHMANN, 1993) Se ci si chiede chi si pone queste domande, quindi quale sia la loro unità, si incontra un paradosso, il paradosso di un osservatore che osserva e descrive se stesso (LUHMANN; GIORGI, 1996). Queste domande ci rimandano non a delle risposte, ma ad altre domande. L'osservatore indica, seleziona e genera differenze e in questo processo non si può pensare di tenere separati l'oggetto e il soggetto: bisogna cercare ciò che sta dietro a chi osserva ciò che osserva. Un procedimento inquietante!

Nelle pagine che seguono, intendiamo partire da queste considerazioni di carattere generale per analizzare un caso specifico: il diritto alla salute e le conseguenze della sua applicazione. Ci chiediamo cosa accade quando un valore come la salute viene collocato tra gli altri nella costituzione: forse si rafforza l'idea di valore? O potremmo pensare che si tratti di un diritto vero e proprio? Si può partire

da un valore per arrivare a un diritto? E con quali limiti? Che vincoli vengono posti al futuro da questo diritto-valore o valore-diritto? Lo si può concretizzare?

La salute è stata discussa e ridefinita seguendo parametri diversi nel corso della storia. Anche se la definizione moderna comprende ogni aspetto della vita, la salute appare ancora come un valore, ovviamente uno dei valori più visibili e affermati nel panorama simbolico della società contemporanea. Non è strano che sia così, dato che ogni altro valore presuppone che gli individui siano in grado di godere del benessere fisico e mentale. Se manca la salute, qualsiasi altro valore diventa inapplicabile. La malattia, specie se grave, mina la possibilità di godere di libertà e uguaglianza dell'individuo, arrivando a metterne in discussione anche la dignità.

L'evoluzione della società moderna mostra che non tutti i valori diventano legge. E qui sorgono nuove complessità: se la salute è un valore e come tale deve essere garantito a tutti, al punto che appare nella maggior parte delle costituzioni moderne, servono programmi e strutture che consentano di trasporre un valore in un diritto: una volta stabilito che la salute è un diritto inalienabile, ci devono essere le condizioni che garantiscano questo diritto. Il problema è come e dove stabilire criteri operativi per i due sistemi, la medicina e il diritto; ma soprattutto il problema è come questo diritto possa essere affermato nelle strutture del sistema sanitario. Di fronte a questa situazione dobbiamo anche considerare il sistema politico, che dal suo punto di vista vede l'affermazione, anche costituzionale, dei diritti come punto "indiscutibile", senza preoccuparsi delle conseguenze. Salute per tutti, così come lavoro e pari opportunità per tutti: queste sono lotte sociali tra le più classiche. Il problema (e la soluzione) è esattamente in questo "tutti", perché "tutti" si distingue da "nessuno"; il rischio è che nessuno o solo pochi possano veramente godere di questi diritti. Ma la politica, se è democratica, non può decidere se non pensando a tutti, a ogni costo.

Bisogna allora chiedersi come le costituzioni possano presumere di rendere effettivi i diritti sociali, una domanda alla quale si può rispondere dal punto di vista della scienza come anche della politica e del diritto. Nel caso della "salute" sembra che si tratti più di un valore che di un diritto.

2 SALUTE COME VALORE COSTITUZIONALE?

Nelle costituzioni si trovano molti riferimenti a valori, oltre quelli più classici della libertà e dell'uguaglianza. C'è il diritto di accedere alle cure mediche, all'istruzione, il diritto di avere un alloggio, il diritto al tempo libero e così via; le costituzioni, però non specificano come tali diritti dovrebbero essere realizzati. Spetta ai diversi sistemi sociali creare le condizioni della loro realizzazione.

Sembra che i valori costituzionali, e i valori in generale, abbiano senso perché restano relativamente indeterminati. Così, la Costituzione degli Stati Uniti può stabilire il diritto di ciascuno a perseguire la propria felicità, benché cosa significhi "essere felici" sia impossibile da stabilire. Il senso di questo diritto non sta nel suo possibile contenuto, ma nell'idea che non si possono mettere limiti a ciò che gli individui possono immaginare come loro possibile futuro. Di più: ogni tentativo di stabilire in cosa la "felicità" consista concretamente, sarebbe incostituzionale, dovendo comunque escludere altre possibilità. Considerazioni analoghe possono essere fatte per i principi costituzionali classici, come libertà e uguaglianza: specificare chi è libero da cosa o chi è uguale a chi significherebbe limitare l'autodeterminazione dei singoli o discriminare, cioè significherebbe negare questi stessi principi. I valori, quindi, sono formule "vuote" che consentono proprio per questo di mantenere il futuro aperto.

Con il valore "salute" le cose non sembrano stare in modo diverso. Prima ancora che la costituzione, è la stessa medicina a mostrare lo spessore semantico di questo termine: secondo la definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), infatti, si definisce salute come completa assenza di malattia, cioè come qualcosa che non si dà in natura né in società. Salute, quindi, non indica nulla, se non il fatto che la medicina può trovare occasioni di intervento sempre e comunque. Tutti i corpi sono malati e la questione si sposta su un altro piano, dove la medicina stabilisce le soglie di rilevanza, oltre le quali si attiva con terapie (compresa la prevenzione).

Come questo si combini con l'aspetto costituzionale non è facile da stabilire. Ci possiamo aiutare con un caso particolare, che sta sollevando da anni discussioni anche piuttosto accese in Brasile, e che va sotto la denominazione di "judicialização

da saúde”¹. Si tratta di un fenomeno, cresciuto in modo molto rilevante, che vede il ricorso ai tribunali per ottenere terapie o medicinali che le organizzazioni sanitarie non sono in grado di erogare. Le cause intentate si richiamano spesso all’art. 196 della Costituzione Federale del 1988, che stabilisce la salute come diritto che deve essere garantito² mediante il Sistema Único de Saúde (SUS), che deve agire in base a principi di universalità, equità e integrità, organizzandosi in modo decentrato, gerarchico e con la partecipazione popolare.

La “judicialização da saúde” diventa un problema quando, accanto agli aspetti positivi,³ se ne vedono effetti e conseguenze a medio e lungo termine preoccupanti: costi insostenibili per le casse dei diversi piani amministrativi coinvolti; rischio di creare discriminazioni ancora maggiori di quelle già esistenti, dato che terapie molto costose possono limitare altre meno costose; difficoltà a distinguere diritti fondamentali e interessi individuali⁴ e così via. È chiaro che non basta stabilire nella costituzione il diritto alla salute per garantirne la concretizzazione: servono condizioni organizzative, politiche e anche normative difficili da elaborare, che tengano anche conto delle forti differenze regionali esistenti in Brasile (VIAL, 2010, p.16).

Ai nostri fini può essere utile anche capire meglio il modus operandi e le strutture del sistema medico, per poi chiederci se le idee di salute di medicina, politica e diritto siano compatibili tra loro.

¹ Si vedano tra altri: PANDOLFO, 2012; BADIM, 2008; MACHADO, 2011; PEPE, 2010; BARROSO 2009; PERLINGEIRO 2014.

² “La salute è diritto di tutti e dovere dello Stato, garantito mediante politiche sociali ed economiche volte a ridurre il rischio di malattie e di altri problemi di salute e consentire l’accesso universale e paritario agli interventi e ai servizi per la promozione, la protezione e il recupero della salute”. Si veda anche l’art 6: “Sono diritti sociali l’istruzione, la salute, la nutrizione, il lavoro, l’alloggio, il trasporto, il tempo libero, la sicurezza, la previdenza sociale, la tutela della maternità e dell’infanzia, l’assistenza agli indigenti, ai sensi della presente Costituzione”.

³ Con un resoconto della discussione in materia veda: MENDES; FRAGA; NETA; SOUZA, 2013. 49-54

⁴ Su questo si veda: Kölling, 2011, 42-59

3 LA MEDICINA E IL CODICE MALATO/SANO

La peculiarità dell'idea di salute è decisiva per studiare la medicina come sottosistema della società moderna. Per quanto, come è ovvio, la salute sia qualcosa di auspicabile, un bene comune e per quanto tutto quanto è terapia o medicamento abbia senso in vista di ristabilire uno stato "sano", è evidente che dal punto di vista medico tale idea sia priva di connessioni operative. Un autore come Luhmann, che ha dedicato poco spazio nelle sue ricerche alla medicina, non ha dubbi: bisognerebbe parlare di sistema delle malattie e bisognerebbe rendersi conto che il valore positivo per i medici è la malattia, non la salute.

Luhmann sostiene che il codice al quale si orienta operativamente la medicina è la differenza tra malato e sano. Ma i due valori del codice, secondo questa teoria, non indicano stati particolari dei corpi (o delle coscienze): come ogni altro codice, i due valori servono solo a marcare la comunicazione interna al sistema in modo che le operazioni possano procedere elaborando nuove possibilità (valore positivo) o riflettendo le condizioni operative che hanno comportato il ricorso al valore negativo. Per fare degli esempi: quando uno scienziato organizza un esperimento, si espone a due possibilità: la sua riuscita o il fallimento. Se l'esperimento riesce e l'ipotesi di ricerca viene confermata (valore positivo), allora lo scienziato può procedere ed elaborare nuove ipotesi e nuovi esperimenti; se invece l'esperimento non riesce, egli dovrà rivedere le ipotesi di partenza e rielaborarle o abbandonarle. Allo stesso modo, chi ricorre al giudizio di un tribunale spera di ottenere ragione e vincere la causa (valore positivo), cosa che gli consentirà di pianificare le sue prossime decisioni in base a un suo diritto confermato; ma se gli viene dato torto, dovrà riflettere sui motivi del giudizio e rimettere mano ai presupposti dei suoi comportamenti.

In medicina la situazione è analoga, solo che, contrariamente al senso comune e quotidiano e per quanto possa sembrare assurdo, il valore non è la salute, ma la malattia. La salute:

[...] non dà niente da fare, consente solo di riflettere su ciò che viene a mancare quando si è malati. Il sistema della medicina opera, dunque, soltanto quando qualcuno si ammala. Corrispondentemente, vi sono molte

malattie e una sola salute: la terminologia della malattia si sviluppa, mentre il concetto di salute rimane problematico o vuoto” (BARALDI; CORSI; ESPOSITO, 1996, p.143).

Il valore positivo, cioè significativo, per la medicina è la malattia e quindi i programmi decisionali medici ruotano attorno alla malattia, o meglio: a ciò che il codice contrassegna come “malato”:

I programmi della medicina si producono soltanto nel contesto della codificazione sano/malato e, quindi, sono orientati alla malattia [...] Poiché il suo valore positivo è la malattia, la medicina non ha neppure costruito una teoria della riflessione. L'agire medico deriva dal valore attribuito alla salute: ma la salute non crea collegamenti nel sistema e, dunque, non c'è nulla su cui riflettere (BARALDI; CORSI; ESPOSITO, 1996, p.144).

Si parla di sistema della salute o di sistema sanitario solo perché in medicina il rapporto tra valore positivo e valore negativo, rispetto alla considerazione sociale, è invertito. Ciò che tutti vorrebbero evitare, la malattia, è esattamente ciò che i medici cercano – e trovano.

Sul piano strutturale e organizzativo, la medicina dipende ovviamente da innumerevoli fattori esterni che non può controllare, compresi i casi di “accoppiamento strutturale” con altri sottosistemi, cioè i casi nei quali la medicina “condivide” strutture che possono “irritarla” e quindi stimolarne mutamenti e sviluppi:

Le interdipendenze tra medicina e altri sistemi di funzioni sono molto importanti. Il sistema della medicina è strutturalmente accoppiato con l'economia, la scienza, il sistema giuridico e così via: la cura medica richiede decisioni politiche, conoscenze scientifiche, finanziamenti, regolazione giuridica. Le interdipendenze non intaccano l'autonomia del sistema della medicina: possono essere coinvolti uffici del lavoro, sedute parlamentari, commissioni etiche, preti, parenti, ma la costruzione della malattia rimane materia della medicina (BARALDI; CORSI; ESPOSITO, 1996, p.145).

Ma qui può trovare spazio una tendenza tipica della tarda modernità e che ha a che fare direttamente con i difficili rapporti tra diritto e medicina: l'inflazione di pretese (LUHMANN, 1983, p.57-76). L'argomento è il seguente: nel contesto di una differenziazione funzionale, i sottosistemi non hanno altri limiti al proprio sviluppo che loro stessi (le loro strutture, la loro capacità di autorganizzarsi, la loro capacità di trasformare irritazioni in informazioni e così via). Sono sistemi che “crescono”

continuamente: basti pensare al potenziale sviluppato anche solo nell'ultimo secolo da sistemi come la scienza, l'economia o appunto la medicina. Questa tendenza alla crescita, però, è comune anche agli individui, se è consentito un parallelo del genere – non ci sono limiti alle esigenze dell'individualità, esigenze di essere considerati come tali (ciascuno unico come chiunque altro), di ottenere ascolto, di tenere aperta ogni possibilità futura ecc. Nel rapporto tra individui e società e tra individui e sottosistemi societari, questo si trasforma in un aumento costante e senza freni delle pretese, cioè di aspettative che non ammettono di essere deluse e, quando lo sono, allora si protesta.

Nel caso della medicina, l'inflazione di pretese si traduce chiaramente nella pretesa di cura e di assistenza, di prevenzione e di tutela, coinvolgendo motivazioni non solo mediche, ma anche etiche, politiche e giuridiche ed economiche. Da nessun punto di vista si può mettere un freno, anche perché non si può negare all'individuo di pretendere di essere considerato tale, nemmeno da parte di un tribunale, essendo il diritto un fattore classico di gestione delle aspettative e di assorbimento delle loro delusioni⁵.

Per questi motivi, un fenomeno come la “judicialização da saúde” non è pericoloso perché lede l'autonomia della medicina. Diritto e medicina sono del tutto autonomi, nel senso che hanno “giurisdizione” operativa e non hanno limiti all'estensione della loro sfera di rilevanze: tutto può essere (almeno in linea di principio) trasformato in una fattispecie giuridica, così come tutto può diventare un caso di interesse medico. Da tempo si parla infatti di medicalizzazione della società, di ipertrofia del diritto (non solo nel senso di un eccesso di norme, ma anche di un'estensione illimitata delle possibili fattispecie), come anche di politicizzazione e così via, diciamo pure per ogni altro sottosistema.

Il problema non sta appunto nella limitazione dell'autonomia della medicina, ma sta nell'impossibilità di coordinare i diversi sottosistemi di fronte ad aspettative che non possono essere semplicemente ignorate. Si può supporre che questo genere di problemi sia stato affrontato finora semplicemente affidandosi alla scarsa trasparenza delle routine mediche, nel senso ben noto di linguaggi tecnici difficilmente accessibili a chi non li conosce (come i pazienti), di pratiche diffuse che

⁵ In questo senso: VIAL, 2015, p. 233-234.

non vengono rese del tutto esplicite (si pensi all'eutanasia praticata probabilmente ben al di là di quanto consentirebbe la legge) e in generale nel senso di una incompletezza delle comunicazioni tra medici e pazienti (non si può sempre dire tutto ciò che si potrebbe dire). In ogni caso, è chiaro che non si può dire a un paziente che non lo si può curare perché non ci sono soldi a sufficienza o perché mancano attrezzature che pure esistono. Come la politica possa affrontare un problema del genere, che coinvolge anche economia e diritto, lo si vedrà.

CONCLUSIONE

Dalla promulgazione della Costituzione del 1988 e poi specialmente a partire dagli anni Novanta, in Brasile viviamo un momento nuovo nel quale l'implementazione delle politiche pubbliche tenta di rendere effettivi vari diritti sociali, tra i quali il diritto alla salute. Si tratta di un processo che ha luogo in ambito medico come in ambito giuridico, quando si ebbero i primi casi di "judicialização da saúde" nello Stato di Rio Grande do Sul.

Abbiamo cercato di osservare come gli operatori del sistema sanitario e del sistema del diritto hanno lavorato e quali sono stati gli effetti delle azioni tese a migliorare i servizi pubblici. Studiare *il diritto del diritto alla salute*, ricorrendo a teorie che tengano conto della necessità di una concertazione di pubblica amministrazione e potere giudiziario, significa analizzare quanto sia complesso realizzare quel diritto e quale sia il suo potenziale in termini di decisioni prese nei vari settori dell'amministrazione pubblica. Cosa significhi poi stabilire "il diritto al diritto alla salute" per realizzare politiche pubbliche orientate "al senso di comunità, al bene comune, all'umanità e alla fraternità", resta fuori dalla portata di un'analisi sociologica.

Il diritto, costituzionalizzando il diritto alla salute ("la salute è un diritto di tutti e dovere dello Stato"), si è trovato a dover gestire rapporti problematici con la medicina, tali da coinvolgere anche la politica. Sono le conseguenze della differenziazione funzionale, che ha comportato la positivizzazione del diritto e la democratizzazione della politica. Dovremmo aggiungere: l'individualizzazione degli

individui e la legittimazione delle loro aspettative. Nel caso specifico, il diritto non può certamente imporre la salute né realizzare il diritto alla salute. La salute non può essere resa normativa.

D'altra parte, il diritto non può fare altro che decidere mediante le sue organizzazioni principali, i tribunali, e può farlo solo mediante il suo codice. In questo il diritto, come qualunque altro sottosistema, è "solo", con i suoi criteri decisionali e tutto ciò che gli consente di essere operativo. Ma essere "solo" non significa che sia isolato rispetto al resto della società: il diritto osserva costantemente tutto ciò che accade nella società e, per quanto in misura estremamente limitata e selettiva, sfrutta accoppiamenti strutturali per irritarsi altrettanto costantemente. In casi come quello analizzato qui, si può avere l'impressione che i codici si confondano, che i sistemi "invadano" il campo di pertinenza di altri sistemi – che il diritto renda "giuridica" la medicina. La teoria dei sistemi chiama casi del genere "corruzione", cioè casi in cui non sia più possibile distinguere chiaramente tra un codice e l'altro. Nelle dittature, per esempio, accade che le preferenze politiche finiscano per determinare preferenze di tutt'altro genere, persino artistiche (si pensi ai problemi che nazismo e comunismo ebbero con l'arte del loro tempo), per cui anche sul piano operativo diventa difficile capire se si sta parlando di letteratura, pittura o musica o se invece si sta parlando di dissenso/consenso verso chi governa; nemmeno la religione è esente da tentazioni del genere, e non solo nei secoli passati (si pensi alla Polonia dopo il 1989).

Non si tratta di questo nei rapporti tra medicina e diritto. Il problema, qui, ha a che fare con le conseguenze della modernità e in particolare con le conseguenze dell'idea di "stato del benessere", anche dove uno stato del benessere non si è mai davvero sviluppato, come in Brasile. Le pretese di cura, imposte anche attraverso i tribunali, non possono essere fermate con strumenti medici, giuridici o politici: la medicina non può negare cure, il diritto non può dire a se stesso di dare torto a chi può essere curato (e forse non può nemmeno decidere considerando le conseguenze delle sentenze), la politica non può certo dire agli elettori di non chiedere medicine o terapie perché non ci sono soldi. Luhmann su questo punto è estremamente drastico: "per fermare un motore non si può intervenire sul livello del motore stesso, che continuerà a funzionare finché può: bisogna intervenire su un

altro piano di realtà, l'approvvigionamento di energia, cioè il carburante" (LUHMANN, 1983, p.57-76).⁶ Nel caso della medicina, il carburante sono i soldi – e sappiamo bene che la medicina trova i limiti dei propri interventi non solo nelle sue conoscenze (comunque sempre scarse rispetto a ciò che si vorrebbe e potrebbe curare), ma anche nelle risorse non mediche che ha a disposizione. Quello che si può fare negli ospedali dipende anche dal bilancio. Di più non si può fare. E non si fa.

In questo senso abbiamo cercato di capire come utilizzare concetti ed espressioni ricorrenti dentro e fuori della sociologia. Nel caso della "judicialização" le considerazioni si possono riassumere così: a) il diritto alla salute è inteso come diritto all'assistenza sanitaria e in questo senso è un tipico segnale della tendenza all'inclusione generalizzata, come accade anche negli altri sottosistemi; b) l'imposizione di interventi medici da parte di un tribunale in modo discrezionale comporta un serio problema anche per l'economia, non esistendo risorse sufficienti per tutti i possibili interventi terapeutici.

In ogni caso, per quanto in ogni sottosistema vengano coinvolti diversi osservatori (opinione pubblica, movimenti di protesta, individui, altri sottosistemi), la medicina decide per se stessa, così come anche il diritto. Se nuove possibilità decisionali possono sorgere, lo decide più l'evoluzione che la pianificazione – ed evoluzione vuol dire innanzitutto: trasformare irritazioni in opportunità.

Questi concetti presuppongono che "i mutamenti di struttura nel sistema e i mutamenti nell'ambiente [abbiano] luogo senza coordinamento; se dovessero essere coordinati, ci si dovrebbe preoccupare ad hoc per le casualità che ne deriverebbero" (LUHMANN; GIORGI, 1996, p.273). I problemi derivanti da decisioni esterne che scatenano all'interno effetti sempre meno prevedibili, possono essere osservati e analizzati sociologicamente affidandosi alla teoria dell'evoluzione e studiando le strutture che via via emergono. Per questo i processi di mutamento chiamati "endogeni-esogeni" si notano a lungo termine e, sviluppandosi, producono risultati che possono coinvolgere non solamente le regole di funzionamento del sistema nel quale hanno luogo, ma anche il suo ambiente, provocandone reazioni.

⁶ Questo sembrerebbe confermare una delle critiche più persistenti alla teoria dei sistemi, cioè che sarebbe antiumanista. Ma forse, considerando quanto detto qui, è proprio il contrario: si tratta di prendere gli individui sul serio, senza timore di paradossi e problemi insolubili.

Possiamo aggiungere che all'aumento delle operazioni comunicative aumenta il numero di possibilità e con esso la complessità della società. Ma questo significa anche che le possibilità che non si realizzano sono assorbite dal sistema e si trasformano in potenziali opzioni future, cioè: possono restare nella memoria del sistema. Le selezioni che il sistema deve comunque effettuare diventano quindi più difficili, dovendo scartare più possibilità. E sono più difficili perché devono aver luogo non in vista di un futuro positivo, ma come reazioni a conseguenze impreviste.

RIFERIMENTI

MARQUES, Silvia Badim, 2008. Judicialização do direito à saúde, *Revista de Direito Sanitário*, 9/2: 65-72.

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. Luhmann in **Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi social**. Milano: Franco Angeli, 1996

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Jurisprudência Mineira*, 2009, Belo Horizonte, 60/188: 29-60

CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo. *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*. Routledge, Oxford-New York. 2016.

KELSEN, Hans. **Che cos'è la giustizia**, Quodlibet, Macerata. 2015

KÖLLING, Gabrielle. *As facetas do processo decisório e o direito à saúde*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, 81, 4: 42-59. 2011

LADDEUR, Karl-Heinz. **Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozedualisierung**. Berlin: Duncker&Humblot. 1995

LUHMANN, Niklas. Inflazione di pretese nel sistema delle malattie: una presa di posizione dal punto di vista della teoria della società. in: **Salute e malattia nella teoria dei sistemi**. Milano. 1983.

_____. **Il codice della medicina**. Ibidem: 43-56. 1990.

_____. Come stanno le cose? Cosa ci sta dietro? Le due sociologie e la teoria della società. **Teoria sociologica**, 1/2: 115-146. 1993.

_____. **Il diritto della società**. Torino: Giappichelli. 1993.

_____; GIORGI, Raffaele de. **Teoria della società**. 8 ed. Milano: Franco Angeli, 1996

MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JUNIOR, Augusto Afonso; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli lola Gurgel,. *Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais*, Brasil. **Revista de Saúde Pública**, 45/3: 590-598. 2011

MENDES, Liliam de Araújo; FRAGA, Alice de Jesus Araujo; NETA, Angélica Medeiros de Aguiar; SOUZA, Lilian Rafaela Batista de. *Judicialização da saúde: uma revisão da literatura*. **Revista de Enfermagem UFPI**, 2(2): 49-54. 2013.

PANDOLFO, M; DELDUQUE M.C.; AMARAL, Rita Goreti. *Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil*, **Revista de salud pública**, 14: 340-349. 2012.

PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; CASTRO, Claudia Garcia Serpa Osorio de; VENTURA, Míriam. *A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica*. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15(5): 2405-2414. 2010.

PERLINGEIRO, Ricardo. La “riserva del possibile” (Vorbehalt des Möglichen) costituisce un limite all’intervento giurisdizionale nelle politiche pubbliche sociali? Giustizia amministrativa. **Rivista di diritto pubblico**, 11. 2014.

PODLECH, Adalbert, 1971. **Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes**, Duncker & Humblot, Berlin

SCHWARTZ, Germano Olderlein; PRIBÁN, Jiri; ROCHA, Lionel Severo. **Sociologia sistêmico autopoietica das Constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015

VIAL, Sandra Regina Martini. *Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal*. **Revista Comparazione e diritto civile**, v. 1, p. 1-24. 2010.

_____. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma (2015). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 233-234.

WESTEN, Peter. *The Empty Idea of Equality*. **Harvard Law Review**, 95/3: 537-596. 1982.