

Il titolo della relazione, “*giudice amministrativo e volto solidaristico del diritto alla salute*”, evoca un’immagine non consueta, forse sconosciuta a molti e comunque poco familiare a chi consideri il diritto alla salute nella sua fondamentale – l’aggettivo “fondamentale” ricorre nell’art. 32, comma primo, Cost. – e più abituale declinazione di diritto riconosciuto dalla Repubblica alla persona, alla singola persona, e dunque nel suo risvolto e volto personalistico, fondato sul principio dell’autodeterminazione e sul consenso libero e informato del paziente (ora solennemente riaffermato dall’art. 1, comma 1, della l. n. 219 del 2017), nelle scelte che riguardano la sua salute, il suo benessere psicofisico, secondo la intangibile, incoercibile, visione che la singola persona ha della propria dignità.

Ma lato personalistico e lato solidaristico, per così dire, sono le due facce, immancabili, della stessa medaglia e la loro compresenza incrocia l’altrettanto cruciale questione, pure evocata dal titolo della relazione, dell’esercizio della giurisdizione da parte del giudice amministrativo in questa materia, tradizionalmente rientrante nel novero dei cc.dd. diritti inviolabili, indegradabili, intangibili dal potere, e dunque tradizionalmente riservata alla giurisdizione del giudice ordinario secondo un indirizzo, delineatosi ben chiaro nella giurisprudenza della Cassazione dal 1979, secondo cui se c’è diritto (fondamentale) non c’è potere e la pubblica amministrazione agirebbe “nel fatto”.

Del potere pubblico e del consequenziale ruolo di garanzia spettante al giudice amministrativo in questa materia diremo tra breve.

Ma a che cosa allude la metafora del volto solidaristico attribuito al diritto alla salute?

Che cosa si vuol significare, se ad un ordine di concetti giuridici ci riferiamo fuor di metafora, quando diciamo che anche il diritto alla salute ha a che fare con la nozione di solidarietà o che è un diritto che deve essere esercitato anche nel nome e nel rispetto della *solidarietà*, parola antica e forse, come osservava un grande giurista di recente scomparso, fino a poco tempo fa dimenticata, addirittura proscritta<sup>1</sup>?

Va subito sgombrato il campo da un equivoco: la solidarietà non è soltanto un valore morale, un imperativo categorico dal sapore kantiano, o ancor peggio il portato di una visione paternalistica o utopica dell’ordinamento e della giurisdizione, è un preciso obbligo giuridico, previsto in vincolanti precetti costituzionali, poiché è un principio che, come pure osservava quel grande giurista, «*punta a scardinare barriere*»<sup>2</sup> e a farsi norma.

La Corte costituzionale, in una recente sentenza relativa all’indennizzo dovuto per patologie riconducibili a vaccinazioni obbligatorie o anche solo raccomandate, parla di un “*patto di solidarietà*” tra individuo e collettività in tema di tutela della salute (Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118, ma v. già Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268).

---

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 3.

<sup>2</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, cit., p. 4.

Ci troviamo di fronte ad un apparente paradosso perché, già prima come cittadini che come giuristi, tra i vari diritti fondamentali – specialmente dopo la disciplina della l. n. 219 del 2017 – non potremmo pensare a nulla di più di gelosamente individuale, di così intimo, privato, intangibile, inviolabile, personale come il diritto alla salute, che quasi, per dirla con una celebre frase di Agostino, è *intimior intimo meo*, è più intimo a me di me stesso se è vero, come è vero, che le scelte compiute sul proprio corpo, sul *se e come curarsi*, costituiscono forse l'espressione massima, e più plasticamente evidente, di quella dignità umana, in cima alla scala dei valori protetti dalla nostra Costituzione, sicché la salute per sua natura stessa reclama una tutela necessaria, prioritaria, piena.

Necessaria, prioritaria, piena, sì, ma non assoluta, nel senso di *ab-soluta*, sciolta da qualsivoglia limite (come era il diritto di proprietà, almeno nella sua originaria concezione, nell'art. 544 del *Code civil* francese), in quanto l'esercizio di questo – va ribadito perché la Costituzione, caso più unico che raro, tale lo definisce – fondamentale diritto da parte della singola persona non è svincolato dalla pari considerazione dello stesso diritto da parte delle altre persone, non è una monade, e non può annichilire quello di un'altra persona che sia incapace o impossibilitata ad esercitare tale diritto con la stessa certezza, o possibilità, di vederne attuate le insopprimibili necessità per realizzare, appunto, se stessa e la propria dignità o, talvolta, addirittura affermare la propria esistenza.

Non va mai dimenticato infatti che, secondo l'art. 32 Cost, la salute è tutelata dalla Repubblica come diritto fondamentale, ma anche come interesse della collettività – garantendo la Repubblica cure gratuite agli indigenti – e soprattutto non va trascurato che, accanto al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo, lo stesso art. 2 Cost. «*richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» e che l'aggettivo «*inderogabili*», accostato ai doveri di solidarietà, più che da controcanto funge da completamento a quegli «*invio labili*» diritti che il riconoscimento della persona come fine dell'ordinamento postula.

Anche o, per meglio dire, anzitutto le *persone più vulnerabili* hanno il loro fondamentale diritto alla salute perché non esiste un diritto alla salute, in astratto e *sub specie aeternitatis*, ma esistono tanti *diritti alla salute* quante sono le persone singole, che sono o devono essere messe in grado di esercitarli.

L'ordinamento giuridico ha il dovere di tutelare anche e anzitutto il diritto alla salute di queste persone e una declinazione meramente individualistica, egoistica, o una narrazione trionfalistica di un diritto alla salute, tesa ad esaltare nella loro volontà di potenza le «*magnifiche sorti e progressive*» dell'autodeterminazione, ma indifferente alla condizione umana di chi lo eserciti, fatta di debolezza e di bisogno, rischia di mortificare proprio la dignità di coloro che versano in una condizione di maggiore fragilità.

Se ci si chiede perché la Corte costituzionale, nella sentenza n. 242 del 22 novembre 2019 relativa all'ormai celebre caso Cappato, non abbia dichiarato, con una pronuncia meramente ablativa, la radicale incostituzionalità dell'art. 580 c.p., nella parte in cui incrimina l'agevolazione o aiuto materiale al suicidio, la ragione sta proprio in questo e

cioè, per usare le parole della Corte, perché una simile soluzione avrebbe generato il pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti, lasciando del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti particolarmente vulnerabili, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi.

In assenza di una specifica disciplina della materia, infatti, *«qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo ex ante sull’effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell’irreversibilità della patologia da cui sono affetti»*.

Conseguenze, quelle ora indicate, delle quali la stessa Corte, come si legge nella sentenza, non ha potuto non farsi carico.

Lo stesso giudice delle leggi ha così dichiarato incostituzionale l’art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della già citata l. n. 219 del 2017, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Gli esempi ai quali ho accennato – le vaccinazioni obbligatorie o raccomandate, l’aiuto al suicidio – dimostrano quanto stretta sia la interrelazione tra i due volti di questo diritto alla salute, siano bifronte, come molti diritti fondamentali, e come questa necessaria compenetrazione implichi, a sua volta, il necessario intervento del servizio sanitario nazionale, in una necessaria compenetrazione o *simbiosi* tra intervento del potere pubblico in materia di salute, nella forma del biopotere, ed esercizio dei diritti fondamentali, quale dominio dell’io.

E qui entra in gioco la nozione di solidarietà perché la salute è appunto, secondo l’art. 32 Cost., anche interesse della collettività, come si accennava, e le scelte curative della singola persona incidono in una logica ordinamentale più vasta che va ben oltre il necessario, ma talvolta, chiuso orizzonte individuale del singolo, come un tassello di un complesso mosaico, su un intero sistema, quello del servizio sanitario nazionale, che ha e non può non avere una vocazione universalistica proprio perché interesse della collettività.

Se volessimo usare un termine tecnico, ben noto a noi giudici amministrativi o agli studiosi del diritto amministrativo, potremmo dire, facendo un passo in avanti rispetto al semplice concetto di simbiosi, che le decisioni e le pretese sanitarie delle singole persone *conformano* l’organizzazione del servizio sanitario nazionale perché la domanda di salute, da parte delle persone, reclama anzitutto un’attuazione, ad opera del servizio sanitario, che implica un costante adeguamento, e innalzamento, del livello essenziale delle prestazioni

da parte delle strutture pubbliche, senza le quali l'affermazione della natura fondamentale di tale diritto rimarrebbe, e talvolta rimane, la sterile declamazione di un altisonante principio, che tintinna come un vaso vuoto.

Per converso e specularmente – e veniamo così al cuore della questione – in un processo di *osmosi* o di circolarità tra *organizzazione amministrativa e diritti*, che è qualcosa in più rispetto alla simbiosi, l'organizzazione del servizio sanitario *conforma* l'esercizio del diritto alla salute da parte dei singoli in un necessario bilanciamento *interno* agli stessi diritti dei singoli in modo da consentire che l'esercizio del *mio diritto* alla salute, anche nella sua forma negativa (il rifiuto di curarmi), non divenga la negazione del diritto alla salute di altri.

Quella del bilanciamento tra i diritti è una questione fondamentale del moderno diritto amministrativo, la questione delle questioni, poiché il bilanciamento dei diritti e la c.d. gerarchia mobile dei valori possono dirsi ormai, nella nostra società postmoderna, policentrica, multiculturale, “liquida”, il cuore stesso della discrezionalità amministrativa, tradizionalmente intesa, secondo la formula di M. S. Giannini, come ponderazione comparativa di un interesse primario rispetto ad altri interessi, pubblici o privati, ritenuti secondari.

L'analisi si deve qui limitare al bilanciamento tutto interno al diritto alla salute del singolo con quello del diritto alla salute degli altri, senza considerare il tema, altrettanto impegnativo e tanto attuale nell'emergenza epidemiologica di oggi del bilanciamento esterno tra la salute e gli altri diritti costituzionalmente garantiti, come quello alla libertà di movimento, all'istruzione, alla cultura, all'esercizio delle attività economiche, al lavoro, bilanciamento su cui esiste già una copiosa giurisprudenza amministrativa, cautelare e anche ormai di merito.

Ebbene, in questa prospettiva, segnata dal titolo della presente relazione, tutta interna del bilanciamento tra volto personalistico e volto solidaristico del diritto alla salute e, quindi, del potenziale conflitto tra i vari diritti alla salute, occorre chiedersi come questo bilanciamento incida sul rapporto tra potere pubblico e diritti fondamentali.

Appare qui con plastica evidenza, esemplarmente, come l'aprioristica certezza per la quale “*laddove c'è diritto (fondamentale) non c'è potere*” sia destinato a dissolversi alla prova dei fatti, poiché è anzi il corretto esercizio del potere in materia di organizzazione dei servizi sanitari ad assicurare l'equilibrato bilanciamento tra i diritti alla salute dei singoli, tra l'aspirazione di un soggetto ad ottenere una determinata prestazione sanitaria, pur nella scarsità delle risorse, dei mezzi e degli uomini, e la tutela delle persone più vulnerabili, che a quello stesso bene aspirino, o ancora, sotto altro profilo, tra la rivendicazione del diritto a rifiutare un determinato trattamento sanitario raccomandato – ad esempio, il vaccino – e la tutela dei soggetti che non possano ricevere tale trattamento.

È qui evidente come solo l'intervento del decisore pubblico, del c.d. biopotere, e come l'esistenza di un potere amministrativo chiamato a disciplinare il conflitto di interessi legittimi – di interessi legittimi, si badi, non di diritti soggettivi – sia la preconditione per la equilibrata soddisfazione del diritto alla salute, di tutti e di ciascuno, nel rispetto di quel

fondamentale canone della solidarietà, di cui ho detto, che è anch'esso attuazione e garanzia di quel supremo valore, che è la dignità della persona umana, in cima, come si è accennato, alla gerarchia dei valori della nostra Costituzione, ad evitare, senza troppi giri di parole, che la salute dei più forti determini la morte o il peggioramento delle condizioni già compromesse dei più vulnerabili, in spregio al principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), cardine di ogni democrazia.

Non bisogna cercare lontano, nel tempo e nello spazio, per comprendere il significato di tutto questo perché l'attuale emergenza epidemiologica da COVID-19, sotto gli occhi di tutti, fa vedere, fa toccare con mano, quanto essenziale, e insieme, delicato sia l'esercizio del potere pubblico inteso a disciplinare le condizioni generali di un ordinato vivere sociale necessarie, da un lato, a consentire l'esercizio delle libertà fondamentali e, dall'altro, a preservare il diritto alla salute dell'intera collettività, anzitutto a tutela delle persone più vulnerabili.

Non credo si possa contestare e a nessuno verrebbe in mente di contestare, oggi più che mai, che questo potere, in capo all'amministrazione, non solo sia possibile ed esista in astratto, ma sia necessario in concreto, proprio per garantire il riconoscimento di quegli inviolabili diritti e, insieme, l'adempimento di quegli inderogabili doveri di solidarietà che, se lasciati solo all'iniziativa dei singoli, finirebbero per sacrificare il diritto alla salute proprio di chi, senza l'intervento pubblico, l'organizzazione del servizio sanitario o l'adozione delle misure emergenziali, soccomberebbe purtroppo all'egoismo dei più forti, o dei più indifferenti, prima ancora che alle insidie del virus.

Oggetto di contestazione e, conseguentemente, di sindacato giurisdizionale da parte del giudice amministrativo sono semmai le condizioni di esercizio di questo potere, pur prefissato nelle sue linee generali dal legislatore dell'emergenza, che sono legittime solo se garantiscono un adeguato bilanciamento, per quanto attiene al tema, qui tutto interno, al diritto alla salute, tra vocazione personalistica e vocazione solidaristica, con i conseguenti limiti all'autodeterminazione individuale, secondo il principio di precauzione e in base a canoni di ragionevolezza e proporzionalità.

Non è qui possibile né lecito, trattandosi di questioni tuttora controverse avanti alla giurisdizione amministrativa, addentrarsi nell'esame dei singoli temi, che sono già emersi nella ormai copiosa casistica giurisprudenziale dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato, casistica ben nota ai giudici amministrativi.

Qui basti ricordare, a titolo esemplificativo, come il giudice amministrativo sia stato chiamato a pronunciarsi su moltissime misure emergenziali adottate, a livello nazionale e regionale, come l'utilizzo di determinati medicinali nei protocolli di cura, l'intervento a domicilio dei medici di medicina generale, l'impiego di dispositivi medici o l'adozione di altre misure di contenimento del contagio nelle scuole o in altri luoghi pubblici o aperti al pubblico, nel difficilissimo bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione, terapeutica e non, e tutela della salute pubblica quale interesse della collettività.

Gli esempi ormai innumerevoli e complessi potrebbero moltiplicarsi.

Ma quanto sia difficile questo bilanciamento, concludendo, lo rivela anche la recentissima legislazione per il contenimento dell'epidemia da COVID-19.

Si pensi, ad esempio, all'art. 4 del decreto-legge del 1° aprile 2021, n. 44, contenente *«Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV.2, di giustizia e di concorsi pubblici»*, un intervento normativo che, nell'art. 6, tocca anche l'esercizio della giurisdizione.

Prescindendo qui da ogni altro profilo di criticità di ordine costituzionale o lavoristico connesso alla disciplina dell'art. 4, che introduce gli obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, il comma 1 dell'art. 4 ci rammenta che l'obbligo vaccinale per questi operatori costituisce *«requisito essenziale per l'esercizio della professione o per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati»*, a tutela dei pazienti che, per definizione, costituiscono soggetti vulnerabili, secondo la riaffermazione di un principio solidaristico che è connaturato all'esercizio stesso delle professioni sanitarie prima ancora che all'esistenza del Servizio sanitario nazionale, ma nel comma 2 tempera, doverosamente, la portata di questo obbligo, nemmeno esso assoluto, prevedendo che *«solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita»*.

Anche la salute dell'operatore sanitario, infatti, è un bene che l'ordinamento deve preservare perché ogni persona, evidentemente, non è mai un mezzo, ma è pur sempre un fine, un valore in sé, di fronte al quale recede l'obbligatorietà di un vaccino che costituisca pericolo per la salute del singolo.

La legge non può in nessun caso violare, stabilisce infatti l'art. 32, comma secondo, Cost. con una disposizione il cui significato sistematico va ben al di là della salute e dei trattamenti sanitari obbligatori, i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Nel moderno Stato sociale di diritto, e ancor più nell'attuale situazione epidemiologica, l'indispensabilità del bilanciamento in via amministrativa delle singole istanze, afferenti all'esercizio del diritto fondamentale alla salute da parte dei singoli nell'incontro e nello scontro delle loro legittime aspirazioni ad un diritto amministrativo c.d. prestazionale, si mostra chiara, lampante, se è vero, come è vero, che il diritto amministrativo, secondo una nota formula, non è che la concretizzazione del diritto costituzionale, un "diritto costituzionale concretizzato", *hic et nunc*.

Tornano utili le parole della Corte costituzionale, con riferimento alle vaccinazioni contro l'epidemia da Covid-19 a livello di profilassi internazionale, nella recentissima sentenza n. 43 del 24 febbraio 2021, parole estensibili a tutta la materia di cui stiamo trattando, quando osserva che *«le scelte compiute [...] si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate»*.

Di queste misure idonee e proporzionate, nel nostro Stato sociale di diritto, il giudice amministrativo, a fronte dell'esercizio del pubblico potere nella forma del c.d. *biopotere* a tutela della salute pubblica, deve farsi attento controllore e garante col suo sindacato giurisdizionale sulla legittimità degli atti espressivi di tale potere, anzitutto in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.