



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2020

**Razionalità scientifica
e ragionevolezza giuridica a confronto
in materia di trattamenti
sanitari obbligatori**

di Davide Zanoni

EDITORIALE SCIENTIFICA



RAZIONALITÀ SCIENTIFICA E RAGIONEVOLEZZA GIURIDICA A CONFRONTO IN MATERIA DI TRATTAMENTI SANITARI OBBLIGATORI

Davide Zanoni

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
École des Hautes Études en Sciences Sociales - Parigi

ABSTRACT

ITA

In base alla giurisprudenza più recente, le evidenze scientifiche assurgono a limite alla discrezionalità legislativa e danno vita, sul versante del controllo di costituzionalità, ad un modello di sindacato ove è la cd. «ragionevolezza scientifica» a divenire il criterio di valutazione della legittimità delle scelte legislative.

Il contributo affronta alcuni dei profili più critici legati ad un simile modo innovativo di leggere i rapporti che legano, tra loro, scienza, sviluppo tecnico e diritto costituzionale.

In particolare, prendendo spunto dalla giurisprudenza sulle vaccinazioni obbligatorie, l'articolo si interroga sulla natura strumentale o sostanziale di questa nuova dimensione della ragionevolezza e sull'autonomia da riconoscere all'interprete, anche alla luce dei problemi di argomentazione giuridica posti dalla cultura «neocostituzionalista», particolarmente enfatizzati nel caso di trattamenti sanitari obbligatori.

EN

Scientific evidence plays a more significant role in constitutional law, by establishing a new kind of limit to legislative regulatory discretion and giving rise to a new standard used by the Italian Constitutional Court in judicial review over the reasonableness of limitations imposed upon fundamental rights.

However, this notion of «scientific reasonableness», which has been employed in legislative evaluations reflecting latest experimental knowledge and most reliable empirical data, raises several problems.

One point of criticism entails its debated nature, whether procedural or substantive. Is it only a criterion to assess means-ends relationship or does it also influence the core evaluations of public bodies related to the so-called proportionality test?

In this perspective, the Article analyses the impact of scientific knowledge on the use of the balancing methodology by Constitutional courts, highlighting some issues explored in the most recent constitutional case-law on involuntary medical treatments.

SOMMARIO: 1. OSSERVAZIONI PRELIMINARI SULLA RAZIONALITÀ SCIENTIFICA QUALE VINCOLO ALLA PRODUZIONE NORMATIVA E AL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI; 2. IL CONTROVERSO STATUTO DELLA RAGIONEVOLEZZA (SCIENTIFICA) IN SEDE DI CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ. DIMENSIONE STRUMENTALE O SOSTANZIALE?; 2.1 CASISTICA. LA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE SUGLI OBBLIGHI VACCINALI; 2.2 LA RAZIONALITÀ SCIENTIFICA COME RAGIONEVOLEZZA STRUMENTALE. IL RUOLO DELLE CREDENZE SCIENTIFICHE E LA «DISCREZIONALITÀ EPISTEMICA» DELLE CORTI; 2.3 CONIUGARE LA RAZIONALITÀ SCIENTIFICA CON LE ALTRE DIMENSIONI DELLA RAGIONEVOLEZZA. LIMITI E APORIE DELL'USO DELLA TECNICA DEL BILANCIAMENTO "PROPORZIONATO" IN CAMPO MEDICO; 2.3.1. LE VACCINAZIONI OBBLIGATORIE TRA TESTO E DILEMMI MORALI: DALLE REGOLE AI PRINCIPI; 2.3.2. SEGUE: LA «TRAGICITÀ» DEL BILANCIAMENTO E IL CONSEGUENTE DIRITTO ALL'INDENNIZZO; 2.4. PROBLEMATICHE COSTITUZIONALI DERIVANTI DALLA SOLUZIONE DEGLI *HARD CASES* IN MATERIA DI TRATTAMENTI SANITARI OBBLIGATORI ATTRAVERSO METODI NON INTERPRETATIVI DI RISOLUZIONE DELLE ANTINOMIE; 3. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. VERSO UN MODELLO DI TEORIA DELL'ARGOMENTAZIONE IN MATERIA SANITARIA FONDATA SULLA PERSONA UMANA?

1. Osservazioni preliminari sulla razionalità scientifica quale vincolo alla produzione normativa e al giudizio di costituzionalità delle leggi

Sono sempre più numerosi i casi (dalla cd. "vicenda Stamina" fino alla questione delle vaccinazioni obbligatorie) da cui si evincono le problematiche scaturenti dall'esigenza di disciplinare a livello legislativo settori che presuppongono conoscenze e valutazioni tecnico-scientifiche. L'incessante progredire della tecnica ha difatti costretto a ripensare i processi decisionali per non lasciare il legislatore solo nel compito di elaborare scelte di *policy*, formulate sulla base di mere valutazioni di opportunità, al fine di non vedere incrinati gli stessi presupposti logici del ragionamento (razionale) del decisore politico.

Da questo punto di vista le evidenze scientifiche assurgono – secondo un dato oramai acquisito in dottrina come in giurisprudenza – ad un limite all'esercizio della discrezionalità legislativa e dello stesso controllo di costituzionalità, nel senso che la Corte «non è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli

organi tecnico-scientifici»¹. Le stesse decisioni di merito dovrebbero al contrario prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici»².

L'impatto causato dagli sviluppi della ricerca scientifica e dell'innovazione tecnologica sul ruolo e le modalità di azione delle istituzioni pubbliche si rileva dunque dirompente³ e meritevole di studio nelle sue diverse ed eterogenee accezioni: dal ruolo giocato dalla razionalità scientifica nell'imporre inediti oneri procedurali nella redazione e modifica dei testi legislativi (*infra* par. 2.2), fino al rilievo da attribuire alla *quaestio facti* nella sede del giudizio di costituzionalità (*infra* par. 2.3), solo per citarne alcuni.

I precedenti citati invitano peraltro ad una qualche cautela, poiché testimoniano che la decisione legislativa e le valutazioni tecnico-scientifiche muovono sì su piani che possono intersecarsi ma, al contempo, non risultare sempre coestensivi. L'autonomia della politica riposa, infatti, su scelte di valore in merito ai fini perseguibili, di cui la scienza – della cui neutralità si potrebbe invero discutere⁴ – non dovrebbe di per sé trattare, attenendo piuttosto al campo dei giudizi di fatto. Una distinzione che non è però possibile dipanare con facilità, in special

¹ Corte cost. sent. n. 185 del 1998.

² Corte cost. sent. n. 274 del 2014 e n. 282 del 2002.

³ P. VERONESI, *Il corpo e la costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 8-9, secondo il quale «la percezione del corpo e le possibilità di intervento su di esso procedono di pari passo con il travolgente evolvere della medicina e della scienza in genere». Nell'opera citata l'Autore riflette di conseguenza sul «grado di reattività dell'ordinamento a fronte dei vorticosi progressi della scienza». Concorde anche S. RODOTÀ, *Procreazione assistita e principio di autodeterminazione*, in *Procreazione assistita e tutela della persona. Quaderni della Rivista di diritto civile, Atti della giornata di studio tenuta presso il Consiglio Nazionale Forense il 31 maggio 2010*, Cedam, Padova, 2011, p. 105: «La riscoperta [dell'ultima parte dell'art. 32 Cost., relativa al rispetto della persona umana,] è stata imposta dalle novità della tecnologia e della scienza».

⁴ Sulle linee principali del dibattito epistemologico contemporaneo e la loro applicazione al mondo del diritto si vedano, almeno, A. M. CAMPANALE, *Razionalità scientifica e razionalità giuridica. Profili introduttivi*, Giappichelli, Torino, 2005; G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 1998, pp. 84-126; V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Giuffrè, Milano, 1984.

modo quando entrano in gioco posizioni giuridiche costituzionalmente tutelate: si pensi, ad esempio, al noto caso del divieto di creazione per ogni ciclo di PMA di un numero di embrioni non superiore a tre, su cui intervenne la sentenza Corte cost. n. 151 del 2009, ove il confronto con la dimensione fattuale si impose come costituzionalmente necessitato dal momento che l'«assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso».

Nel presente studio si discuterà di come simili problematiche si riverberino al piano dell'interpretazione e applicazione delle norme da parte del giudice costituzionale, con particolare riferimento alla materia dei trattamenti sanitari obbligatori. Si tratta di una prospettiva più circoscritta, ma certo non per questo angusta, visto che si staglia sullo sfondo della poderosa problematica delle mutate relazioni Stato-cittadino che, dalla dialettica autorità/libertà, ha visto spostare il proprio baricentro al piano «prestazionale»⁵, attraverso un cambio di modello che è stato significativamente descritto, con riguardo ai diritti fondamentali, come il passaggio da un *torture paradigm* ad un *health care paradigm*⁶. Non c'è probabilmente bisogno di evocare l'onnipresente categoria del «biopotere» – richiamata anche dal Consiglio di Stato in materia di vaccinazioni – per dare conto dell'imprescindibilità di simile cambio di prospettiva⁷.

⁵ Così B. SORDI, *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità e libertà: tra legge e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 13.

⁶ T. CAMPBELL, *Human rights: a culture of controversy*, in *Journal of Law and Society*, vol. 26, 1999.

⁷ «La consapevolezza, invero, che il decisore pubblico sia tenuto a seguire una strategia valutativa (di *problem solving*) poggianti sulle verificabili e verificate acquisizioni della miglior scienza del momento (e sul rigore del relativo metodo) concorre ad escludere il sospetto di arbitrarità inevitabilmente connesso a ogni epifania dell'autoritatività, specialmente quando quest'ultima si manifesti sotto forma di biopotere (ossia di esercizio della politicità, in questo caso estrinsecantesi in cogenza normativa, nella gestione del corpo umano)» (Cons. St., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17). In una prospettiva teorica più generale, immancabile è il richiamo all'opera

Anche le risultanze della ricerca scientifica possono insomma contribuire a delineare la frontiera, perennemente mobile, dei diritti (in questo caso specificatamente quello della salute), vale a dire la catena di decisioni, frutto delle aspettative dei consociati e delle risultanze tecniche, che possono pure rivelarsi una «*instance de contrôle*», ossia una tecnologia di potere che il costituzionalismo, quale «scienza della limitazione del potere», non può che essere chiamato coerentemente a studiare⁸.

Una visione disincantata invita peraltro alla prudenza di non limitare l'analisi ai soli rapporti di subordinazione rispetto all'apparato statale o alla pervasiva seduzione della tecnica, poiché realisticamente andrebbe preso atto che la spinta alla standardizzazione e all'imposizione di scelte omologanti promana dagli stessi attori sociali nei cui confronti il potere pubblico può altresì giocare una diversa partita all'insegna dell'emancipazione e protezione dei soggetti più deboli (malati, bambini, bisognosi)⁹. In un quadro così complesso e sfaccettato, ove costruire un mero spazio di libertà potrebbe rivelarsi controproducente, si prenderà allora in considerazione il criterio interpretativo ritenuto oggi più accreditato per la valutazione delle ragioni legittimanti qualsivoglia intervento pubblico e indirizzato sia alla tutela, come anche alla limitazione, dei diritti fondamentali: ci si riferisce al *test* di proporzionalità¹⁰.

di M. FOUCAULT. Per tutti si veda l'intervento Id., *Les mailles du pouvoir*, in *Dits et Écrits*, Gallimard, Paris, 1994, t. II, p. 1013, ove si descrive in modo limpido il cambio di paradigma intercorso: « La découverte de la discipline et la découverte de la régulation, le perfectionnement d'une anatomo-politique et le perfectionnement d'une biopolitique. La vie est devenue maintenant, à partir du XVIIIe siècle, un objet du pouvoir. La vie et le corps. Jadis, il n'y avait que des sujets, des sujets juridiques dont on pouvait retirer les biens, la vie aussi, d'ailleurs. Maintenant, il y a des corps et des populations. Le pouvoir est devenu matérialiste. Il cesse d'être essentiellement juridique. Il doit traiter avec des choses réelles qui sont le corps, la vie. La vie entre dans le domaine du pouvoir [...]».

⁸ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, spec. p. 1661.

⁹ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 394 e ss.

¹⁰ In materia la bibliografia è sterminata. Suggestisco tra i molti R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1994), trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di MATTIAS KLATT, Il Mulino, Bologna, 2012; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; M. KUMM, *The*

La prospettiva che si vorrebbe provare ad analizzare è dunque quella dell'individuazione della concezione di ragionevolezza impiegata dal giudice-interprete nell'attività di bilanciamento tra diritti ed interessi, in materie ad alto contenuto scientifico, al fine di verificarne compatibilità o contraddizioni con le coordinate complessive del sistema tracciato dalla Carta fondamentale.

Non potendo in questa sede, per ovvi motivi di spazio, che offrire solo spunti limitati e risposte parziali in argomento, si proverà a compiere una mappatura dei problemi aperti. In particolare, ci si domanderà: che ruolo ricopre la razionalità scientifica nell'orientare il giudizio della Corte? Nel decidere i casi concreti che rilievo assumono beni fondamentali, quali l'autodeterminazione dei titolari nel godimento di un diritto, che possono apparire, viceversa, maggiormente controversibili?

Il diritto alla salute è oggi terreno d'eccellenza per studiare simili problematiche, sia dal lato delle nuove dimensioni della ragionevolezza (tra cui quella cd. scientifica), sia a partire dai modelli di decisione non interpretativi, impiegati per dare risposta alle spinose questioni bioetiche che interessano l'esperienza umana e giuridica. All'interno dello stesso articolo 32 si può, infatti, rinvenire traccia delle cd. molteplici «dimensioni» dei diritti fondamentali¹¹ la cui eterogeneità causa l'erompere dei problemi costituzionali in seno ad una società sempre più lontana dalla capacità di riconoscersi in un comune orizzonte assiologico.

Ragionare “a freddo” sulla giurisprudenza sui trattamenti sanitari obbligatori permette, allora, di trovare risposte costituzionali adatte, più in generale, anche alle emergenze epidemiche e alle crisi sanitarie che possono interessare il nostro Paese.

Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, in 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 140 (2010); A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000.

¹¹ P. RIDOLA, *Garanzie dei diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, in *Parolechiave*, Carocci, 1999, pp. 42 e ss.

2. Il controverso statuto della ragionevolezza (scientifica) in sede di controllo di costituzionalità. Dimensione strumentale o sostanziale?

2.1. Casistica. La giurisprudenza più recente sugli obblighi vaccinali

Dal momento che il capitolo normativo più importante in materia di trattamenti sanitari obbligatori è rappresentato dalle vaccinazioni, si ritiene necessario partire svolgendo alcune osservazioni con riferimento alla giurisprudenza costituzionale che ha di recente interessato l'istituto.

Merita innanzitutto di essere esaminata la sentenza n. 5 del 2018 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale vertenti su alcune disposizioni del d.l. 7 giugno 2017, n. 73. Il Governo ha ravvisato la necessità di emanare, in via d'urgenza, disposizioni in materia di vaccinazione per garantire in maniera omogenea sul territorio nazionale le attività dirette alla prevenzione, al contenimento e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica. In particolare, si legge all'art. 1 che il legislatore è intervenuto «Al fine di assicurare la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale, nonché di garantire il rispetto degli obblighi assunti a livello europeo ed internazionale».

Le ragioni della straordinaria necessità e urgenza del provvedimento sono state ravvisate, in particolare, nella tendenza di recente riscontrata nelle statistiche epidemiologiche in Italia, alla riduzione delle coperture vaccinali al di sotto della soglia del 95%, ossia dell'obiettivo percentuale raccomandato dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) per impedire la circolazione e la trasmissione degli agenti patogeni.

I profili rilevanti della sentenza sono numerosi (dal sospettato mancato rispetto dei requisiti per la decretazione d'urgenza fino all'intreccio delle competenze statali e regionali), sicché bisognerà focalizzarsi solo su alcuni tra i molti passaggi argomentativi di interesse. In particolare, si approfondirà il secondo motivo di ricorso, vertente sugli art. 1, commi da 1 a 5, e gli artt. 3, 4 e 5 del d.l. n. 73 del 2017 censurati per violazione degli artt. 2, 3, 31, 32, 34 e 97 Cost., quest'ultimo «in combinato disposto» con gli artt. 117, terzo e quarto comma, e 118

Cost., in ragione del fatto che le disposizioni censurate si sarebbero rivelate sproporzionate e lesive del diritto alla salute e allo studio.

In prima battuta, si evince che l'alternativa obbligo/raccomandazione, stando alla pronuncia in commento, non sembra, in generale, "scientificamente vincolata" e quindi chiama direttamente il legislatore ad effettuare un bilanciamento assai delicato. Il legislatore italiano optava in particolare, a differenza di altre esperienze che si registrano all'estero, per imporre come obbligatorie in sede di decretazione di urgenza, rispetto alle 4 precedenti, un totale di 12 vaccinazioni qui di seguito indicate: anti-poliomielitica; anti-difterica; anti-tetanica; anti-epatite B; anti-pertosse; anti-*Haemophilus influenzae* tipo b; anti-meningococcica B; anti-meningococcica C; anti-morbillo; anti-rosolia; anti-parotite; anti-varicella. La Legge di conversione 31 luglio 2017, n. 199 le riportava a 10.

L'art. 1, comma 4, del d.l. stabiliva a titolo di sanzione, in caso di inottemperanza all'obbligo previsto dal decreto-legge, una sanzione amministrativa pecuniaria. I commi 2 e 3 dell'art. 1 individuavano due sole fattispecie di deroga, nei casi di immunizzazione a seguito di malattia naturale comprovata, nonché nei casi di pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate e attestate dal medico. In queste ipotesi (rimaste immutate in sede di conversione), le vaccinazioni potevano essere omesse o differite. Le dodici vaccinazioni obbligatorie divenivano altresì un requisito per l'ammissione all'asilo nido e alle scuole dell'infanzia (per i bambini da 0 a 6 anni) in base all'art. 3, comma 3.

In sede di conversione, si sono registrate significative modifiche: senza pretesa di completezza, si segnala, ad esempio, che è stata istituita l'Anagrafe nazionale vaccinale a mente dell'attuale art. 4*bis*; in caso di inottemperanza dell'obbligo vaccinale, viene comminata una sanzione ridotta rispetto a quella originaria prevista nel decreto-legge (da un minimo di 100 ad un massimo di 500 euro, in luogo di un minimo di 500 a un massimo di 7.500 euro); il comma 5 dell'art. 1, recante la segnalazione dell'inadempimento alla procura della repubblica presso il tribunale per i minorenni, è stato soppresso.

Orbene, a fronte di questo minuto quadro normativo, la Regione ricorrente lamentava che l'imposizione su tutto il territorio nazionale di ben dodici vaccinazioni obbligatorie «fallirebbe il test di proporzionalità», dal momento che la scelta legislativa non sarebbe conforme al secondo gradino della valutazione di proporzionalità *i. e.* non sarebbe

una scelta «necessaria», esistendo mezzi legislativi che avrebbero permesso di ottenere l'obiettivo prefissato con un minor sacrificio di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti evitando di ricorrere al meccanismo della coercizione.

La difesa statale argomentava, invece, ragionando intorno al limite da porre all'autodeterminazione individuale, a causa del problematico conflitto tra le diverse posizioni giuridiche in gioco: «questa libertà, [...] come tutte le altre, incontra il limite dell'altrui diritto: nel caso, dell'altrui diritto alla salute, nella dimensione individuale e sociale. Questo limite, quando viene in rilievo, normalmente richiede un equo e ragionevole contemperamento tra i diritti contrapposti».

Si è ritenuto necessario riportare i contenuti salienti delle memorie delle parti perché capaci di gettar luce sul percorso argomentativo privilegiato dal giudice delle leggi al fine di arrivare alla statuizione di infondatezza delle questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3 e 32.

La Corte, invero, discorre significativamente di un necessario «contemperamento» delle diverse posizioni giuridiche in gioco: l'art. 32 Cost. impone, da una parte, l'esigenza di tutelare la salute collettiva, ma, dall'altra, impone la tutela di quella del singolo. Ne segue che la necessità di salvaguardare entrambe le dimensioni della salute postula la necessità di trovare un punto di equilibrio tra la libertà individuale *sub specie* di libertà di cura ed il coesistente e reciproco diritto alla salute degli altri consociati (8.2.1. cons. in dir.).

È sempre il «contemperamento di questi molteplici principi» che «lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive», potendo egli scegliere tra modelli diversi di politica vaccinale nonché differenti forme sanzionatorie volte a garantirne l'effettività. Questa discrezionalità, però, deve pur sempre basarsi sul dato «oggettivo» delle evidenze sanitarie ed epidemiologiche la cui validità, riposando su un metodo «non democratico» come quello scientifico, condiziona il legislatore disegnando il «contesto» su cui si esercita la responsabilità del decisore politico¹².

In questo senso, la scelta del legislatore supera il vaglio di ragionevolezza strumentale dal momento che per i vaccini «l'evolu-

¹² U. ADAMO, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consulta online*, I, 2018, pp. 296 e ss.

zione della ricerca scientifica ha consentito di raggiungere un livello di sicurezza sempre più elevato, fatti salvi quei singoli casi, peraltro molto rari alla luce delle attuali conoscenze scientifiche, nei quali, anche in ragione delle condizioni di ciascun individuo, la somministrazione può determinare conseguenze negative» (8.2.3 cons. in dir.) per le quali l'ordinamento deve stabilire opportunamente un diritto all'indennizzo.

Di particolare rilievo poi ai nostri fini, è proprio la sentenza n. 268 del 2017 che estende simile diritto all'indennizzo anche alle vaccinazioni raccomandate, a fronte della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Appello di Milano dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui non prevedeva che il diritto all'indennizzo spettasse anche ai soggetti che hanno subito danni irreversibili all'integrità psico-fisica, per essersi sottoposti a vaccinazione non obbligatoria di tipo antinfluenzale.

In estrema sintesi, la decisione del giudice delle leggi si spiega in ragione del fatto che, nonostante le ovvie differenze che intercorrono tra soluzioni di tipo coercitivo e soluzioni più attente al profilo dell'autodeterminazione individuale, ciò che conta davvero, in definitiva, è la loro capacità di perseguire la profilassi delle malattie infettive, da misurarsi con l'avvenuto raggiungimento o meno della soglia di garanzia rappresentato dal dato della *herd immunity* (6 cons. in dir.). In questo senso, le politiche vaccinali si rivelano strategie contingenti di *policy making* volte ad evitare fallimenti nella gestione del bene salute, non diversamente da quanto avvenga con riferimento ad altri «beni pubblici». È pertanto alla luce di questa finalità che pare *prima facie* che debba essere misurata la ripartizione tra costi e benefici, al fine di evitare soluzioni inefficienti maggiormente lesive della salute di tutti; non causalmente, in fondo, si può parlare di *free riding* anche nell'ipotesi di eventi epidemici¹³.

¹³ Per una lettura di analisi economica delle politiche vaccinali si v. L. RAMPA, *Autodeterminazione e coercizione nella legislazione sulle vaccinazioni. Un approccio non giuridico*, in *Quad. cost.*, 4, 2018, pp. 937 e ss.

2.2. La razionalità scientifica come ragionevolezza strumentale. Il ruolo delle credenze scientifiche e la «discrezionalità epistemica» delle Corti

Venendo ad una più attenta analisi delle giustificazioni spese dalla Corte nella decisione dei casi summenzionati, giova in prima battuta soffermarsi sulla distinzione tra il modulo argomentativo della ragionevolezza «strumentale» rispetto a quello della ragionevolezza «sostanziale»¹⁴.

In base alla prima dimensione della ragionevolezza, una giustificazione (in questo caso il motivo costituente una ragione per una limitazione di un diritto) sarà valutata in base alla sua compatibilità con la metodologia generalmente accolta per verificare la consistenza analitica di una base cognitiva. L'utilizzo della ragionevolezza strumentale presuppone infatti la distinzione tra «credenze» e «desideri»¹⁵: le prime sono imprescindibili per i secondi (senza credenze è impossibile realizzare uno scopo prefissato) ma questo modulo argomentativo non si concentra su questi ultimi vertendo, al contrario, unicamente sull'adeguatezza dei mezzi per raggiungere quei fini che rispetto ad essa preesistono (perché, ad esempio, “blindati” in un testo costituzionale o frutto delle scelte politiche del legislatore). Potremmo dire allora che la ragionevolezza strumentale, non toccando l'ambito dei fini, preserva una sfera di merito governata non dalla “ragione” ma dalla volontà della politica o del costituente.

Ovviamente in una simile situazione è però pur sempre possibile un controllo che riguardi le credenze. Anzi, è proprio la necessaria

¹⁴ Seguono uno schema classificatorio simile a quello introdotto da A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2, 2016, pur con qualche scostamento terminologico. Esistono, invero, anche altri tentativi di sistematizzazione, non necessariamente coincidenti, come ad esempio la nota tripartizione razionalità-ragionevolezza-giustizia di G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 195 e ss. Si preferisce però la divisione qui proposta perché trova un'eco, seppur in termini diversi, anche negli scritti di altri Autori come G. MANIACI, *Quale razionalità per risolvere i conflitti tra diritti?*, in *Ragion pratica*, 2, 2007, p. 340, che distingue, similmente, tra razionalità formale e razionalità sostanziale o G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., pp. 182 e ss., che invita a distinguere tra argomenti di razionalità sistematica, argomenti di efficienza strumentale e argomenti di giustizia-equità.

¹⁵ Riprendo la distinzione e le ulteriori considerazioni sviluppate da G. MANIACI, *op. ult. cit.*, pp. 339-343.

verifica dei nessi causali posti dal legislatore tra fini e mezzi legislativi, ad attrarre nell'orbita del giudizio valutazioni inerenti alla loro rispondenza con il dato empirico. In altre parole, ogni qualvolta il collegamento tra *ratio legis* e scienza risulti imprescindibile, la Corte può mettere in discussione il fondamento empirico della legge, magari proprio alla luce degli approfondimenti fattuali contenuti nell'ordinanza di rimessione, al fine di giustificare il fondamento normativo della censura di incostituzionalità.

La ragionevolezza strumentale presuppone pertanto la verificabilità, ai fini del controllo di legittimità dell'atto legislativo, del rispetto di una serie di parametri tra i quali, in primo luogo, i criteri paralogici legati alla formazione e all'uso in sede legislativa di qualsiasi credenza come, ad esempio, quello dell'avvenuto svolgimento di un'adeguata istruttoria (*ex multis* Corte cost. sent. n. 70 del 2015), dell'intima coerenza di parti del provvedimento ispirate alla stessa valutazione fattuale (Corte cost. sent. n. 476 del 2002¹⁶) o della congruenza tra mezzo e *ratio* prescelta¹⁷.

Si tratta di moduli argomentativi che sono stati variamente descritti in sede di analisi dottrinale (i gradi di scrutinio detti di «idoneità» e «necessità» all'interno del sindacato di proporzionalità¹⁸ o, al di fuori

¹⁶ Pronuncia in cui viene dichiarata illegittima la mancata previsione di un indennizzo agli operatori sanitari che, in occasione del servizio, abbiano riportato danni a seguito di infezione contratta per contatto con soggetti affetti da epatiti; il personale sanitario, secondo la legge impugnata, è ammesso al beneficio solo nel caso di contagio da infezioni da HIV e ciò rende irragionevole l'omissione, poiché lo stesso legislatore ha considerato equivalenti, ai fini dell'indennizzo, le due patologie se contratte a seguito di somministrazione o trasfusione di sangue.

¹⁷ Pur aprendosi ad elementi extra-sistemici come le conoscenze tecniche o sarebbe pur sempre un «controllo per linee interne» secondo O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note su diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3935, dal momento che non presuppone giudizi di valore attenendo solo alla «metarelazione» mezzi-fini.



delle ipotesi di limitazione di un diritto fondamentale, definiti più largamente di «ragionevolezza metodologica»¹⁹) e che in parte sono stati richiamati anche come moduli procedurali richiesti per l'esercizio della stessa giurisdizione costituzionale ogni qualvolta sia chiamata a rappresentarsi i fatti in causa²⁰.

Ciò però non basta. L'allargamento dello scrutinio delle leggi al vizio di mancata adeguatezza delle norme rispetto ai fatti delinea originali modalità di controllo di costituzionalità da compiersi anche attraverso protocolli di verifica delle premesse empiriche, che a loro volta dipenderanno dal peculiare settore interessato. Nel campo scientifico, come noto, si tratta dei requisiti di non avvenuta falsificazione à la Popper, volti a determinare risultati scientifici condivisi ma sovente provvisori²¹. Ciò ha importanti ripercussioni anche nel mondo



¹⁹ A. CERRI, *op. ult. cit.*, pp. 626 e ss.

²⁰ Di recente A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, propone un rafforzamento dei poteri istruttori della Corte. V. altresì Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso agli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali* (a cura di A. D'ALOIA), Giappichelli, Torino, 2005, pp. 189 e ss.

In materia, è ora intervenuta la Corte con la modifica delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale – annunciata con un comunicato stampa dell'11 gennaio e pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del 22 gennaio 2020 – che ha introdotto la possibilità di audire esperti, a mente dell'art. 14-*bis*. Il primo caso applicativo si è avuto con riferimento all'introduzione delle POER. Nel comunicato stampa 28 febbraio 2020 si legge, infatti, che «la Corte ha deciso di “acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali, alle mansioni assegnate al personale e alle modalità di selezione dello stesso”. Per approfondire questi punti, la Consulta ha emesso un’ordinanza di convocazione esperti”, depositata in cancelleria, con la quale ha disposto l’audizione del professor Elio Borgonovi e del dottor Vieri Cerriani. Il 23 marzo 2020, in camera di consiglio, i due esperti saranno ascoltati dal collegio, in presenza delle parti del processo». Al momento, l’audizione è stata rinviata.

A. RUGGERI, *Teoria e “usi” della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3, 2007, p. 522, sottolinea che l'incidenza del “fatto” sul piano costituzionale attiene in particolar modo proprio quelle norme della Carta fondamentale che «evocano interessi o beni della vita soggetti agli sviluppi dell'esperienza (ad es. per ciò che attiene ai mutamenti della scienza e della tecnologia)».

²¹ In estrema sintesi, per K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970, p. 311, quello che fa l'uomo di scienza è «la ricerca critica, persistente e inquietata della verità».

giuridico, non solo per una ipotetica estensione del metodo delle scienze empiriche alle scienze sociali (a cui ora brevemente si accennerà), ma soprattutto per la messa in discussione che un simile paradigma comporta nei confronti di alcuni elementi della teoria e della prassi del diritto²².

Rientrano, ad esempio, all'interno della logica che guida queste premesse epistemologiche, le osservazioni mosse dalla Corte nella sent. n. 338 del 2003 alla difesa regionale che pretendeva di isolare una presunta comunità scientifica territoriale²³. Non diversamente, nella sent. n. 137 del 2019, la censura, poi accolta, avente a oggetto la previsione della Regione Puglia che stabiliva che le direzioni sanitarie ospedaliere o territoriali potessero valutare l'opportunità di prescrivere vaccinazioni normalmente non raccomandate per gli operatori sanitari, in presenza di specifiche condizioni epidemiologiche o ambientali, testimonia di un simile intreccio tra profili giuridici e scientifici, poiché «l'intervento regionale invade un ambito riservato al legislatore statale [...] in quanto inerente ai principi fondamentali concernenti il diritto alla salute, come disposto dall'art. 117, terzo comma, Cost., che riserva allo Stato il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili».

Nella pronuncia n. 5 del 2018 si afferma poi che, se non è irragionevole che il legislatore abbia deciso di dover rafforzare la coerenza degli strumenti della profilassi vaccinale mediante la previsione di un obbligo, «nulla esclude che, mutate le condizioni, la scelta possa essere rivalutata e riconsiderata». Nella ontologica assenza, insomma, di una anche solo ipotizzabilità di «prove empiriche definitive», il meta-bi-

²² M. TALLACCHINI, *Politica della scienza e diritto: epistemologia dell'identità europea*, in *Notizie di Politeia*, XVII, 62, 2001, 7, «la consistente presenza di sapere scientifico all'interno di materie di competenza normativa rende necessari esplorare i rapporti tra scienza e diritto – ben oltre la riflessione sulle norme tecniche – come intersezione tra categorie e qualificazioni scientifiche e giuridiche».

²³ «Il riferimento limitativo ad una non meglio precisata “Comunità scientifica toscana” come base tecnica per l'elaborazione delle linee guida si pone in contraddizione con il carattere, di norma nazionale o sovranazionale, delle acquisizioni e delle valutazioni tecnico-scientifiche sul cui fondamento i sanitari sono chiamati ad operare, non potendosi certo ammettere, per la stessa ragione per cui è precluso un intervento legislativo regionale sul merito delle scelte terapeutiche, un vincolo, in una sola Regione, a rispettare indicazioni provenienti da un solo settore, territorialmente circoscritto, della comunità scientifica» (5.3 cons. in dir.).

lanciamento compiuto in sede di *judicial review* diventa sempre aperto a futuri stravolgimenti.

In effetti, la logica conseguenza derivante dalle impostazioni epistemiche tutt'ora prevalenti in campo scientifico è che una legge, il cui contenuto verta su materie siffatte, sia un provvedimento "istituzionalmente precario"²⁴ nel senso che, alternativamente, o si rivela capace di introiettare la mutabilità dei presupposti fattuali ai quali si ispira la *ratio legis*²⁵ o altrimenti si espone a potenziali censure di «anacronismo scientifico»²⁶.

Se spostiamo il *focus* dal versante della legislazione a quello del controllo di costituzionalità, constatiamo che simili considerazioni lasciano però impregiudicata la risposta al quesito, di secondo livello, di

²⁴ Mi avvalgo della terminologia proposta di recente da E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017. Il tema evoca peraltro gli studi sulla *experimentalist governance* (per tutti M.C. DORF, C.F. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, in *Cornell Law Faculty Publications*, 1998, 290) che fa dell'incertezza (giuridica) uno scopo strategico della regolazione basata su metodologie *trial and error*.

L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 975: «mentre infatti la norma cristallizza la fattispecie per obbedire ai dettami imposti dalla certezza del diritto, la scienza non conosce che risultati transitori, continuamente sottoposti a verifiche empiriche di stampo sperimentale».

²⁵ Per esempio, attraverso l'impiego di clausole generali quali «la migliore tecnologia possibile» o il «progresso della tecnica» (sulle quali v. la sent. 127 del 1990 in tema di inquinamento industriale) oppure, come nel caso delle vaccinazioni, attraverso un obbligo di monitoraggio delle risultanze derivanti dalla ricerca scientifica: «In questa prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario, il legislatore – ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter del decreto-legge n. 73 del 2017, come convertito – ha opportunamente introdotto in sede di conversione un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini (e segnatamente di quelli elencati all'art. 1, comma 1-bis: anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella)» (Corte cost. n. 5 del 2018, 8.2.5. cons. in dir.).

²⁶ A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 1, p. 10. Ha ragione però B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, pp. 125-128, ad avvertire che il mutamento del titolo giuridico della somministrazione dei vaccini non può dipendere unicamente dal raggiungimento della soglia ottimale di copertura perché, così operando, potrebbe esserne minata la sua stessa futura efficacia nell'ipotesi di riesplorazione del contagio.

quale debba essere il *grado* di scrutinio delle credenze sulla base delle quali vengono compiute le scelte normative da parte del legislatore.

È noto che il nostro giudice delle leggi abbia inizialmente proposto per un atteggiamento di sano *self restraint*²⁷, limitandosi a sanzionare i casi di evidente mancata acquisizione o irragionevole uso del dato scientifico. Peraltro, un controllo troppo penetrante che pretendesse di muovere conclusioni di ordine prescrittivo direttamente dal piano descrittivo del confronto con i fatti, accantonando la valutazione delle finalità politiche sottese agli interventi del legislatore, rischierebbe di trasformare l'aspetto procedurale della ragionevolezza nella sua anti-tesi ossia in una ragionevolezza sostanziale, attraverso quella «cattiva infinità» che capovolge i mezzi in fini e dunque in un valore assoluto²⁸.

Orbene, è proprio in questo senso allora che si può discorrere di una necessaria «discrezionalità epistemica»²⁹ da parte dei giudici co-

²⁷ Corte cost. n. 342 del 2006 e n. 103 del 1983. S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 4, p. 825, parla di controllo «prudente».

²⁸ Sull'inversione dei rapporti mezzi e fini, in chiave filosofica, cfr. G.W.F. HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, Utet, Torino, 1981, p. 275. I pericoli di una simile deriva sono abbastanza eloquenti quando si volge la propria attenzione alle scienze economiche, le quali pretendono di disegnare l'orizzonte epistemico entro cui si dovrebbe muovere il legislatore semplicemente invocando la naturalità dello stesso mercato (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, spec. p. 31), così da impedire il coordinamento del principio dell'efficienza economica con un autonomo sistema di valori a cui il legislatore potrebbe ispirarsi (su cui la classica riflessione di L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 155-156).

²⁹ Colgono il punto M. KLATT, J. SCHMIDT, *Epistemic discretion in constitutional law*, in *I-Con*, 2012, 10, che propongono un secondo ordine di bilanciamento attraverso ancora una volta l'uso della proporzionalità. La prospettiva mi pare connotata da eccessiva artificialità non tenendo in considerazione, ad esempio, altri parametri giuridici tra i quali il principio di precauzione che consentono la valutazione della distribuzione di rischio. In merito, il Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 6655, 19 settembre 2019 – 3 ottobre 2019, ha di recente ribadito che «Nel conseguente bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. “rischio zero” entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure “congrue rispetto al livello prescelto di protezione” ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti: dunque, non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano “una risposta proporzionale al rischio potenziale”, potendosi configurare situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva [...] la costante giurisprudenza ha ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi — carattere necessario delle misure adottate, presuppone

stituzionali. Le prove empiriche costituiscono una variabile dirimente del bilanciamento alla stregua delle premesse di ordine normativo. La celeberrima Formula del Peso (*Gewichtsformel*), inventata dallo stesso R. Alexy, dà conto di questa conclusione strutturandosi come un'equazione matematica al cui interno entra, come variabile, anche il *grado di certezza delle premesse empiriche*. D'altra parte, per l'Autore, ciò discende logicamente dallo stesso statuto ontologico dei principi intesi come «richieste o comandi di ottimizzazione» (*Optimierungsgebote*), ossia direttive prescriventi alle autorità giuridiche, e anzitutto ai giudici costituzionali, di *massimizzare* i fini ultimi dell'ordinamento, tenendo però sempre conto del contesto *giuridico e fattuale*.

In presenza di una attività legislativa chiaramente indirizzata a realizzare un fine di pregio costituzionale, la ragionevolezza diventa pertanto espressione di una «utilizzazione razionale dei contesti umani nella costruzione di norme sulla base delle prescrizioni fonte»³⁰. Ha ragione, dunque, chi intravede una relazione inversamente proporzionale tra discrezionalità politica e certezza scientifica che delinea nuovi oneri procedurali. Questi devono però pur sempre risultare ancorati al linguaggio dei diritti³¹.

Se una «collusione epistemica» con le metodologie scientifiche potrebbe rappresentare, invece, la via per proporre giudizi di valore autonomi rispetto a quelli formulati dal legislatore sfruttando la possibilità di «interrogare direttamente il fatto»³², ne deriva altresì che lo studio del bilanciamento non possa andare disgiunto dal problema più generale della legittimazione della Corte costituzionale. Solo fintanto che essa si fonda sulle norme costituzionali, si può scongiurare il pericolo che, nel forzare la *grande divisione* tra essere e dover essere, si possa spostare il punto di equilibrio tra giurisdizione e legislazione³³.

l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura».

³⁰ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1582.

³¹ S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica»*, cit., p. 831: «il diritto alla salute ed alla integrità fisica e psichica della persona viene quindi a porsi come condizione di applicabilità del modello *procedurale* delineato dalla sentenza [ndr sentenza n. 282 del 2002]».

³² O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato*, cit., p. 3933.

³³ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 469 e ss. Con riguardo al giudice comune v. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 2015, 4, pp. 919 e ss.

Si incomincia, dunque, già ad intuire che la tecnica del bilanciamento non sembra esaurire la complessità dello scrutinio di legittimità delle leggi, non potendo andare ad esempio disgiunta da ultronee considerazioni quali quelle di tenore “istituzionale”, che possono pure suggerire una certa prudenza nel decidere le controversie³⁴. Una simile *judicial modesty* spiega, ad esempio, la risalente ritrosia della Corte a sostituirsi al legislatore nello svolgimento di un’istruttoria che possa ripercorrere interamente quella compiuta in sede parlamentare³⁵ (così nella sent. n. 66 del 1992 ove la Corte dichiara di non potersi «spingere fino a considerare la consistenza degli elementi di fatto posti a base della scelta legislativa»).

In generale, spetta in prima battuta al legislatore intervenire con un nuovo assetto regolatorio in presenza di sopravvenienze fattuali (per esempio, Corte cost. sent. n. 5 del 2018, 6.4 cons. in dir.). Queste cautele devono però lasciare spazio ad una minore riluttanza, in mancanza di interventi del legislatore, seppur sollecitati, volti a rimediare al *vulnus* di «valori costituzionali» di particolare rilievo (Corte cost. sent. n. 242 del 2019).

2.3 Coniugare la razionalità scientifica con le altre dimensioni della ragionevolezza. Limiti e aporie dell’uso della tecnica del bilanciamento “proporzionato” in campo medico

Stante la divisione *supra* tracciata tra (pluralità dei) fini e (falsificabilità delle) informazioni tecnico-scientifiche, il controllo di ragionevolezza strumentale può realizzare una verifica dell’uso ottimale dei mezzi impiegati alla luce del contesto fattuale, ma nulla può circa l’interpretazione dei limiti giuridici stabiliti per il legislatore.

Anche in presenza di un conflitto tra principi concorrenti, la ragionevolezza si traduce nel controllo dell’ottimale contemperamento tra interessi o valori in gioco (il contestuale uso, in questa sede, di termini così diversi dipende dalle differenti teorie del bilanciamento predilette

³⁴ C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 2, 2019, p. 209, discorrono di «relazionalità istituzionale». In generale, sul tema, O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

³⁵ Si v. Q. CAMERLENGO, *L’istruttoria legislativa ed il sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 2457-2481.

dagli interpreti³⁶, nonché dal vocabolario non sempre rigoroso impiegato dal giudice delle leggi), attraverso l'impiego di ulteriori meta-criteri di ponderazione, tra i quali, però, la verifica di idoneità è solo una delle tappe.

Resta preclusa, dunque, ogni ultronea valutazione se valga la pena perseguire l'obiettivo legislativo prefissato.

In questo secondo scenario ci si potrebbe però domandare se la razionalità scientifica possa comunque dispiegare ulteriori effetti, delineando una presunzione relativa di più generale ragionevolezza, qualora il legislatore abbia proceduto in sede deliberativa ad un primo bilanciamento degli interessi facendosi guidare proprio da considerazioni di tipo tecnico. A fronte del «politeismo dei valori» a cui si ispirano le democrazie contemporanee³⁷, le relazioni formali, descrivibili secondo il rapporto mezzo-fine, paiono infatti essere le uniche a conservare la possibilità di prestarsi a valutazioni oggettive per l'intero «uditório» dei consociati.

Il caso dei vaccini si presta felicemente a dare esemplificazioni³⁸ in questo senso, poiché può essere (ed è in effetti stato) declinato *prima facie* sia come bilanciamento tra beni giuridici identici (si pensi alla

³⁶ Si concorda, invero, con chi ritiene che sarebbe necessario compiere una distinzione analitica tra le tre categorie. Così O. CHESSA, *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE e A. SPADARO, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 225 e ss., che impiega in tal senso un criterio di «dislocazione spaziale»: gli interessi si porrebbero sul piano dell'essere e, dunque, al di sotto dei principi costituzionali. I valori, al contrario, esprimendo un dover essere, costituirebbero la dimensione assiologica superiore al piano normativo-positivo.

La distinzione tra principi e valori è ancora oggi, però, tra le più dibattute in sede teorica. Si v. in argomento almeno B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 4, 2004; A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3065 e ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà e eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, spec. pp. 29 e ss.

³⁷ M. WEBER, *La scienza come professione*, in ID., *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, trad. it., di A. Giolitti, Einaudi, Torino, 1980, *passim*.

³⁸ Ad es., già M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 27, si chiedeva provocatoriamente: «la vaccinazione di massa lascia sul campo le sue vittime sacrificali, e in alcune fattispecie non manca chi contesta l'efficacia dei vaccini. Se però il legislatore sceglie egualmente questa via, e se la Corte rinunzia a ogni sindacato in ossequio alla discrezionalità legislativa, dinanzi a quale autorità possono farsi valere le ragioni del dissenso?».

dimensione individuale contrapposta a quella collettiva del diritto alla salute), sia come bilanciamento tra situazioni giuridiche differenti (diritto alla salute *vs* diritto all'istruzione, per come è stato ideato il c.d. decreto Lorenzin), facilitando così utili comparazioni.

Ebbene, già in prima approssimazione, si può rilevare che una incompressibile discrezionalità del legislatore rispetto ai vincoli posti dalle credenze tecnico-scientifiche continui a sussistere. Nella sentenza 5 del 2018 si precisa ad esempio con sufficiente chiarezza che alcune delle scelte giuridiche ricadono senza dubbio sul legislatore legittimato ad intervenire con ampi margini discrezionali. Si tratta sì di decisioni da compiersi «alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017)» nonché «delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)», ma che pur sempre «lascia[-no] spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive» e che consentono di «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».

La «relazione di proporzionalità inversa»³⁹ che è stata riscontrata tra copertura vaccinale e «l'accento [che] è di volta in volta caduto più sull'obbligo o sulla raccomandazione» pare quindi un rapporto solo tendenziale, non ravvisandosi alcun nesso di necessaria coincidenza tra *cogenza dell'obbligo legale e necessità della misura terapeutica* (l'art. 32, secondo comma si riferisce solo alla prima delle due situazioni. *Ex plurimis* Corte cost. sent. n. 226 del 2000).

A maggior ragione, allora, alla luce della *ratio legis* del D.L. rinvenibile dalla *Relazione* di accompagnamento al d.d.l. di conversione, nonché dalla Circolare n.5 del Ministro della salute del 12 giugno 2017, dalla quale si desume che lo scopo della normativa è quello di raggiungere la soglia del 95% di copertura vaccinale contro le malattie a rischio epidemico, l'obbligo vaccinale supera senza problemi il *test* di ragionevolezza strumentale.

³⁹ V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, 1, 2018, p. 467.

La soglia non è infatti solo raccomandata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità per il conseguimento della c.d. "immunità di gregge" («herd immunity»), o resistenza collettiva, al fine di proteggere, indirettamente, anche coloro che per motivi di salute non possono vaccinarsi, ma ha già dato riprova della sua utilità. A fronte di un calo della copertura vaccinale al di sotto della soglia anzidetta, sono effettivamente aumentati i casi di malattie infettive (soprattutto, morbillo e rosolia), anche in fasce di età diverse da quelle tipizzate, con quadri clinici più gravi ed un maggiore ricorso alla ospedalizzazione.

Va dunque lasciato margine di manovra alle scelte compiute in sede politica che devono financo essere rispettate dal giudice costituzionale, fatte salve però le precisazioni che seguono relative allo scrutinio di legittimità.

L'obbligo vaccinale si pone, come si ricordava, al crocevia tra numerosi interessi in conflitto in cerca di composizione. Dal momento che l'ambientazione in cui si svolge siffatto lavoro interpretativo è quella delineata dal costituente con la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori, si rende rilevante studiare le problematiche che investono l'obbligatorietà dei vaccini, definendo preliminarmente i trattamenti sanitari, di cui all'art. 32 Cost., II comma. Lo si farà prendendo a prestito, limitatamente alle loro capacità euristiche, anche noti *tòpoi* della filosofia morale, come il «dilemma del carrello», seguendo lo spunto contenuto nei lavori di Mattias Kumm⁴⁰.

Ci si riferisce al famoso esperimento mentale in cui vengono solitamente contrapposti due scenari: nel primo, un carrello ferroviario è in corsa verso cinque persone che giacciono sui binari. L'agente non può fermare il treno in corsa ma si trova accanto a una leva che comanda un interruttore. Tirando la leva, il carrello potrebbe essere deviato su un secondo binario ove si trova una sola persona e le cinque persone che si trovano sul binario principale verrebbero così salvate. Questa scelta implicherebbe comunque il sacrificio di un individuo. Nel secondo scenario, invece, l'attore si trova su un cavalcavia che si affaccia sul binario. Il carrello ferroviario sfreccia fuori controllo e rischia di travolgere, poco più avanti, cinque persone legate sui binari, senza possibilità di deviare il percorso. L'unica azione che potrebbe salvare le

⁴⁰ M. KUMM, *Political liberalism and the Structure of Rights: On the Place and the Limits of the Proportionality Requirement*, in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, (George Pavlakos), ed., Hart Publishing, Oxford, 2007.

cinque persone è quella di gettare una massa sufficientemente pesante sui binari. C'è effettivamente un uomo molto grasso che sta guardando il treno appoggiato alla ringhiera. Se lo si spingesse oltre la balaustra, piomberebbe di sotto e con la sua mole riuscirebbe a fermare il vagone in corsa. In questo modo verrebbe dunque sacrificato l'uomo grasso ma si potrebbero salvare gli altri cinque⁴¹.

Il confronto è realizzato per limitate finalità descrittive, non volendo in alcun modo sottintendere una commistione tra morale e diritto. Cionondimeno si rivela fecondo poiché – come confermato dagli stessi teorici delle operazioni di bilanciamento – il modello originale del controllo di costituzionalità di matrice kelseniana riposa(va) su precisi presupposti etici, inquadrabili nella teoria metaetica del relativismo⁴². A quali approdi etici ci conducono, invece, le dottrine del bilanciamento?

2.3.1. Le vaccinazioni obbligatorie tra testo e dilemmi morali: dalle regole ai principi

I trattamenti sanitari obbligatori sono, come noto, il frutto di una imposizione del legislatore (distinguendosi dai trattamenti necessari che derivano invece dalla natura della patologia)⁴³. Per poter essere compatibili con il dettato costituzionale devono inoltre essere indirizzati a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato oltre che, naturalmente, quello degli altri (giacché è proprio tale finalità, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare l'adozione⁴⁴).

⁴¹ Per la prima volta introdotto (in una versione leggermente differente) da P. FOOT, *The problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, in *Virtues and Vices*, 1978, in italiano si può ora leggere di D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Raffaello Cortina, Milano, 2014. Numerose simulazioni hanno dimostrato che esiste una propensione a ragionare intuitivamente in modo utilitaristico nel primo scenario ma non nel secondo.

⁴² R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di) *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 50 e ss.

⁴³ M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2, 2012, p. 457.

Dalla differenza profonda tra *cogenza dell'obbligo legale e necessità della misura terapeutica* (sent. n. 226 del 2000) deriva l'apertura di spazi per la discrezionalità del legislatore.

⁴⁴ Corte cost. sent. n. 218 del 1994: «La tutela della salute non si esaurisce in queste situazioni attive di pretesa. Essa implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui».

Il costituente ha compiuto dunque una precisa scelta di campo⁴⁵: la salute è anche un bene collettivo che non può permettere visioni «insulari» dell'individuo⁴⁶. Allo stesso tempo però viene abbandonata una visione meramente pubblicistica della salute (definibile come mero «problema di ordine pubblico»⁴⁷).

È sintomo di questo orientamento il controlimito rappresentato dalla seconda parte del secondo comma che significativamente prevede che «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». I padri costituenti, infatti, memori dell'orrore delle pratiche eugenetiche compiute durante la guerra, hanno voluto esplicitare la sussistenza di un irreducibile limite alla discrezionalità legislativa.

Essendo tale enunciato un divieto assoluto, fraseggiato peraltro come una regola e non come una disposizione interpretabile alla stregua di un principio, parrebbe dunque più corretto inquadrarlo come un limite “esterno” al bilanciamento, piuttosto che una disposizione a tutela di un bene giuridico a sua volta bilanciabile⁴⁸. Ne seguirebbe la necessità di applicare i tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie. In generale, però, una conclusione analoga si può estendere all'intera architettura dell'art. 32 Cost., dal momento che sussiste una relazione gerarchica tra i beni giuridici di rilievo, già stabilita *ex ante* dallo stesso costituente⁴⁹.

Riassuntivamente discorrendo, l'imposizione dell'obbligo vaccinale trova una giustificazione piana nel testo costituzionale, interpretato

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus. La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 177.

⁴⁶ G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, 2012, p. 78.

⁴⁷ R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. delle Disc. Pubb.*, XIII, Utet, Torino, 1997, p. 514.

⁴⁸ O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato*, cit., p. 3938.

⁴⁹ Il bilanciamento presuppone infatti «la mancanza di una regola preconstituita, e dotata quantomeno di pari valore rispetto ai diritti in conflitto sul piano della gerarchia delle fonti, che indichi un criterio di coordinazione o di preferenza tra i due diritti» secondo G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 103. R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto pubblico*, 1998, 651-659, in modo non dissimile, ritiene che il bilanciamento ordini i principi o diritti in conflitto secondo una «gerarchia assiologica» che, per definizione, deve essere «mobile».

anche alla luce delle altre disposizioni rilevanti, secondo un disegno organico e coerente⁵⁰. Ciò non preclude, ovviamente, che la legittimità dell'intervento legislativo possa essere studiata sul piano della ragionevolezza strumentale, andando a censurare interventi sproporzionati rispetto agli obiettivi costituzionalmente prefissati.

Ne segue, viceversa, che si impone cautelativamente uno sforzo addizionale di riflessione, ogniqualvolta si assista al richiamo da parte della Corte costituzionale alla tecnica del bilanciamento tra valori o interessi, al fine di giustificare decisioni di analogo contenuto («i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.), anche l'interesse del minore» cfr. sent. n. 5 del 2018).

Si tratta solo di un modo irriflesso ed innocuo di argomentare? Oppure, da questa scelta stilistica – che comunque, come si avrà modo di vedere, nel caso di specie si rivela ininfluenza nel determinare la regola di coordinamento tra i beni giuridici in gioco – possono derivare, per altre fattispecie, potenziali pericoli alla tutela della sfera personale⁵¹?

Non è questa, ovviamente, la sede per una compiuta analisi critica della tendenza, emersa nella giurisprudenza costituzionale, di avvalersi della pervasiva retorica del bilanciamento. Quello che preme qui abbozzare sono ancora una volta i limiti derivanti dall'uso del *test* di proporzionalità avulso da un saldo ancoraggio al testo costituzionale. È evidente, infatti, che nel voler abbandonare l'«*absolutisme juridique*»⁵² rappresentato dal riferimento testuale per avvalersi di quelle eterogene

⁵⁰ Controverso se la garanzia dei diritti debba convivere, in materia, anche con la richiesta di adempimento dei doveri di solidarietà. Cfr. R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5396.

Contra R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, III, Milano, 1982, spec. pp. 539 e ss., e F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1982, spec. p. 311, poiché il catalogo dei doveri di cui all'art. 2 Cost. non sarebbe passibile di applicazioni estensive.

⁵¹ Secondo una prospettiva di indagine su cui V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito*, Cedam, Padova, 1995, in particolare pp. 224-225, per ulteriori esempi relativi al parametro rappresentato dall'art. 32 Cost.

⁵² Parafrasando O. PFERSMANN, *Normes juridiques et relativisme politique en démocratie*, in *Cités*, 2011, 3, 47-48, pp. 275 – 281.

forme del ragionamento sapienziale, secondo alcuni Autori dai tratti addirittura di ispirazione morale, che chiamiamo «ragionevolezza», è sull'interprete che incombe l'onere di provare che le relative decisioni sappiano ugualmente assolvere al compito di mantenere una base condivisa per la convivenza, al pari dell'ordinamento dei beni fondamentali espresso dalla Costituzione. Se, infatti, un «criterio precostituito di coordinamento» sussiste perché espresso dalla Carta fondamentale, ma si decide in ogni caso di procedere ad un bilanciamento, si sottintende che questi sia «assiologicamente insoddisfacente»⁵³. Anche a voler tacere della correttezza di una simile operazione integrativa – ove la presupposta lacuna viene creata dallo stesso interprete che si libera dai vincoli del testo, in ragione dei suoi (soli) convincimenti⁵⁴ – si rende allora quantomeno indispensabile mettere a confronto scelta siffatta con i valori sottostanti il testo costituzionale.

Orbene, proprio il caso vaccini consente di fare qualche precisazione su una simile estensione dei metodi dell'argomentazione giudiziale.

Già nella preliminare fase di «topografia del conflitto»⁵⁵, ossia nella fase di rilevazione degli interessi in gioco e delle proprietà rilevanti, si intravede, in effetti, qualche difficoltà.

Innanzitutto, si può apprezzare che il trattamento sanitario obbligatorio non è propriamente, a rigore, il frutto di un bilanciamento da parte del legislatore tra le due dimensioni positive (individuale e collettiva) della salute, in quanto la seconda aggrega anche la prima sulla base di diverse possibili sfumature di relazione (di sovrapposizione o di piena identità) tra le due dimensioni giuridiche. A maggior ragione, qualora al bilanciamento si accompagni la certezza che la salute collettiva non possa mai essere garantita attraverso trattamenti che siano certamente pregiudizievoli del singolo e non anche a suo diretto beneficio (*ex multis sent. Corte cost. n. 258 del 1994*).

Quest'ultimo, peraltro, è un approdo ermeneutico scontato poiché, così non fosse, la proporzionalità dell'intervento legislativo assumerebbe le vesti di un letterale calcolo costi-benefici e non si sottrarrebbe dunque alle inevitabili critiche che investono tradizionalmente le derive a cui porta qualsiasi approccio utilitaristico che, proprio in

⁵³ G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 103.

⁵⁴ Operazione della cui scientificità si potrebbe invero discutere. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, *passim*.

⁵⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 62 e ss.

campo medico, ha conosciuto tra le più macabre e celebri esemplificazioni. In assenza di un simile limite di diritto positivo, si riproporrebbero, cioè, i dilemmi derivanti dallo schema del «*trolley problem*» in cui è presente «l'uomo grasso» e che non paiono superare neppure una soglia minima di accettabilità culturale. Si consideri, ad esempio, il caso di un paziente i cui organi possano essere espianati per salvarne altri 10. Il limite costituzionale in parola permette di risolvere – almeno da un punto di vista giuridico – simili problemi di filosofia morale fondati sulla valutazione del male minore e la massimizzazione dell'utile collettivo, semplicemente vietando la pratica.

Ciò chiarito, si potrebbe comunque concludere che il bilanciamento risulti in una ponderazione tra autodeterminazione del singolo ed interesse collettivo alla salute della popolazione. Eppure, anche questa lettura desta forti perplessità, poiché consentirebbe di ipotizzare paradossali situazioni-limite di «paternalismo» medico nelle quali si potrebbe legittimamente imporre un intervento, a beneficio sia del singolo che della collettività, ancorché a scapito del consenso dell'interessato e in assenza di un reale pericolo per quest'ultima⁵⁶. Si consideri, come esempio, il caso della malattia ereditaria che, a differenza di quella contagiosa, non rischi di mettere in pericolo la salute di altri cittadini⁵⁷. È evidente che imporre una astratta ed autoritaria idea di salubrità, attraverso una prospettiva di perfezionismo morale, risulterebbe nel viatico per rovesciare la regola costituzionale espressa dalla seconda parte dell'art. 32, comma II, mediante l'imposizione di una visione «oggettiva» della dignità umana (mentre, al contrario, una mo-

⁵⁶ G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim.*, definisce paternalismo giuridico «la concezione eticopolitica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, può usare la (minaccia dell'uso della) forza, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano razionali e libere da coazione altrui, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene». Situazione che si avrebbe per esempio qualora il medico non valorizzasse affatto il rapporto con il paziente (sul modello «paternalistico-ippocratico» su cui v. B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 14 e ss.

⁵⁷ Il problema evoca la pratica medica della sterilizzazione su cui si accese il dibattito in Assemblea costituente. In dottrina, si disse a favore C. MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 443; Oggi si possono leggere le osservazioni contrarie di M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, spec. p. 780.

terna lettura del rapporto tra medico e paziente non può fare a meno di incentrarsi sulla volontà di quest'ultimo)⁵⁸.

Per uscire dall'apparente situazione di stallo bisogna necessariamente concludere che neppure questa sia la corretta rappresentazione degli interessi in campo. In effetti, nel caso delle vaccinazioni obbligatorie non si assiste, come si vorrebbe far credere, ad uno scontro tra "assoluti", giacché l'avvenuta compressione dell'autonomia individuale è relativizzata dalla presenza di un ulteriore elemento nella già citata formula del bilanciamento⁵⁹ che, seppur sussistente, non viene però ad essere palesato dal giudice delle leggi, rimanendo così sullo sfondo.

Per dimostrarlo si deve focalizzare la propria attenzione sull'utile indizio rappresentato dalla previsione di origine pretoria di un diritto all'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicità irreversibili delle vaccinazioni che è stato introdotto nel nostro ordinamento fin dalla sentenza Corte cost. n. 307 del 1990.

2.3.2. *Segue: La «tragicità» del bilanciamento e il conseguente diritto all'indennizzo*

L'indennizzo consente di riequilibrare il «contenuto minimale proprio del diritto alla salute», allorquando seguano effettivamente danni scaturenti dal contagio o da altra malattia dovuta alla vaccinazione. Si tratta di quelle ineliminabili, ancorché rare, ipotesi di danno da vaccinazione.

Si tenga a mente, innanzitutto, che l'indennizzo è stato esteso anche alle ipotesi di vaccinazioni raccomandate dalla già citata sent. n.

⁵⁸ Sul punto V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 40-41.

Sul diritto all'autodeterminazione in campo medico vedi anche B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, pp. 30 e ss; C.M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1009 e ss; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., pp. 770 e ss; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori»*, cit., pp. 303 e ss; A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2011, pp. 156 ss; P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente ed «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2, 2008, pp. 403 ss.

⁵⁹ Che si vuole usare ancora una volta per le sue capacità esemplificative al di là delle critiche di cui è stato oggetto. Tra le molte, colpisce quella di O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., pp. 321- 325, che parla di una semplificazione dell'onere argomentativo. Il punto sarà particolarmente approfondito in questa sede.

268 del 2017 intervenuta in una complessa vicenda giudiziaria ove una lesione dell'autodeterminazione del singolo, a rigore, non era ipotizzabile (salvo voler confondere l'autorevolezza del consiglio medico con una decisione autoritaria⁶⁰). In effetti, la Corte ha chiaramente precisato che «la ragione determinante del diritto all'indennizzo [...] non deriva dall'essersi sottoposti a un trattamento obbligatorio, in quanto tale; essa risiede piuttosto nelle esigenze di solidarietà sociale che si impongono alla collettività, laddove il singolo subisca conseguenze negative per la propria integrità psico-fisica derivanti da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato) effettuato anche nell'interesse della collettività». Non deve neppure essere letto alla stregua di un sinonimo di sfiducia verso l'accettabilità scientifica del trattamento sanitario: le ragioni a fondamento dell'indennizzo – afferma il giudice delle leggi – «non hanno mai comportato né comportano, da parte di questa Corte, valutazioni negative sul grado di affidabilità scientifica della somministrazione delle vaccinazioni».

Se è dunque «del tutto irrilevante, o indifferente, che l'effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all'intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito», poiché il solo dato dirimente è che «i diversi attori finiscono per realizzare un interesse obiettivo – quello della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia – indipendentemente da una loro specifica volontà di collaborare» (sent. Corte cost. n. 107 del 2012), si pone, cionondimeno, il problema del perché ciò non avvenga per ogni ipotesi di sacrificio di una posizione giuridica individuale costituzionalmente protetta, all'atto della realizzazione di un diverso interesse collettivo.

Da questo punto di vista, acuta dottrina ha avvertito dei rischi implicati dall'introduzione di una analoga previsione indennitaria a margine di qualsiasi operazione di bilanciamento. Ne deriverebbe una monetizzazione di diritti fondamentali, fino all'insostenibile deriva di

⁶⁰ Nonostante sia vero che «In presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore della pratica di vaccinazioni è, infatti, naturale che si sviluppi un generale clima di “affidamento” nei confronti proprio di quanto “raccomandato”: ciò che rende la scelta adesiva dei singoli, al di là delle loro particolari e specifiche motivazioni, di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo» (sent. Corte cost. n. 107 del 2012).

Su questa distinzione sempre B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità*, cit., p. 8.

trasformare la dimensione economica nell'unico vero incomprimibile meta-valore mai sacrificabile⁶¹. Diviene dunque urgente porsi l'interrogativo del perché ciò sia viceversa possibile nel caso delle vaccinazioni (obbligatorie o raccomandate che siano).

Ragionando sul tema, si può allora dare una risposta al problema sopra evocato della rappresentazione degli interessi in conflitto: l'elemento, che ridisegna completamente il panorama delle posizioni giuridiche campo è infatti costituito dai diritti dei più deboli, ossia di chi vede compromessa l'effettività delle sue scelte in merito al suo stato di salute perché immunodepresso o a rischio (cfr. art. 1, comma 3, del d.l. n. 73 del 2017).

È questo il motivo per il quale ci si trova davanti ad una peculiare forma di «scelta tragica del diritto»⁶² secondo la fortunata espressione ripresa anche nella sentenza Corte cost. n. 118 del 1996; quale che sia l'orientamento prediletto dal legislatore si avrebbe comunque un «sacrificio» a prescindere dalle scelte individuali espresse dai destinatari del trattamento di cura. Si tratta del primo schema del «dilemma del carrello» dove i danni individuali sono definibili come *side effects* ed è dunque legittimo propendere per lo scenario con meno «vittime», pur ovviamente nel rispetto del limite ultimo stabilito all'art. 32, II comma⁶³.

⁶¹ G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., p. 280.

⁶² Ripresa da M. ANIS, *op. ult. cit.*, p. 27 e criticamente da G. PONZANELLI, «*Pochi, ma da sempre*»: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione, o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità (nota a Corte cost., 18.4.1996, n. 118), in *Foro.it*, 1996, I, pp. 2328 e ss.

Secondo gli Autori, la scelta è definibile tragica quando la società è chiamata a scegliere tra due o più valori fondamentali che si affermano in modo assoluto senza che sia possibile poter ammettere tra loro un compromesso (G. CALABRESI e P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 3).

⁶³ «Per l'imposizione di un trattamento sanitario, infatti, occorrerà sempre una legge condizionata dal rispetto della persona umana» precisano A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 667.

Più problematico però stabilire se ciò valga anche per i casi in cui la negazione della dignità della persona risulti inevitabile in qualsiasi scenario. Una simile ipotesi si presentò al *Bundesverfassungsgericht* (BverfG – 1 BvR 357/05) chiamato a valutare la legittimità costituzionale del *Luftsicherheitsgesetz* dell'11 gennaio 2005 che autorizzava il Ministro della difesa tedesco a ordinare all'aeronautica militare l'abbattimento, in caso di necessità, dei voli civili oggetto di dirottamento qualora si fosse potuto ritenere, in base alle circostanze, che l'aereo avrebbe potuto essere usato contro la vita di altri

Dalla prospettiva della protezione dell'autodeterminazione del singolo, la situazione appena descritta si rivela in effetti un gioco a somma zero in quanto è un conflitto *intra-right*, ossia un conflitto tra diversi titolari dello stesso bene giuridico di cui si impone la distribuzione. Sebbene, dunque, la misura legislativa limiti, nei fatti una libertà negativa, ciò avviene unicamente come conseguenza di un male necessario. Dall'analisi dello scenario si evince, insomma, che la previsione delle vaccinazioni obbligatorie, nonostante imponga il concreto sacrificio del diritto di libertà per alcuni tra i suoi titolari, risulta pur sempre rispettosa della «concezione» della libertà a fondamento delle democrazie contemporanee⁶⁴.

La misura indennitaria ha dunque la funzione di riequilibrare l'esito a cui porta l'impiego del *test* di proporzionalità – che in questo caso può essere impiegato per valutare il sacrificio più sopportabile tra due lesioni alternative dello stesso bene giuridico, che si differenzino unicamente per l'impatto *pro quota* – compensando i sacrifici individuali compiuti obbligatoriamente o volontariamente dai singoli. Non deriva però da una rinuncia, ancorché limitata al caso concreto, di un valore di simile rilievo. Proprio al contrario, il problema giuridico dei vaccini si potrebbe perfettamente sposare con una teoria etica monista di matrice liberale, dal momento che, persino per il modello protoliberalo più radicale, è pur sempre necessario che la libertà trovi un limite nel rispetto delle altrui sfere di non-costrizione.

Il complessivo orientamento che ne deriva, allora, non è solo razionale da un punto di vista scientifico ma anche ragionevole in quanto (il solo?) accettabile, ogniqualvolta non sia possibile compiere nessuna scelta collettiva che non sacrifichi almeno una preferenza individuale.

A questa ipotesi va aggiunta, inoltre, quella in cui una scelta personale rispetto alla cura non possa essere formulata affatto, poiché *in nuce* assente o carente la possibilità di autodeterminarsi. È il caso, ad esempio, del minore per il quale la relativa responsabilità dei genitori

cittadini al suolo. L'argomento principale speso dalla Corte tedesca per giustificare la sua decisione di incostituzionalità fu proprio il principio kantiano per il quale nessuno può essere fatto "strumento" di un intervento normativo ancorché volto a salvare altre vite umane.

⁶⁴ Cfr. O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 320 e ss., che riprende la nota distinzione tra concetto e concezione proposta da J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.) 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982, p. 23.

di proteggerne la salute da danni e pericoli concreti non può concretizzarsi nella negazione dell'obbligo vaccinale per convinzioni proprie o timori generici, ma solo nella prospettazione di ragioni specifiche che facciano temere controindicazioni rispetto alla salute fisica del soggetto da vaccinare dovendo, altrimenti, lasciare il campo al potere-dovere dello Stato e delle istituzioni pubbliche di tutelare la salute dei minori, se occorre, anche contro la volontà dei loro genitori ogni qualvolta la pretesa si traduca in condotte pregiudizievoli alla salute dei figli⁶⁵.

Simile impostazione abbracciata dalla Corte costituzionale ricorda il celebre caso del rifiuto all'emotrasfusione da parte dei Testimoni di Geova per i propri figli⁶⁶. Ma se così è, siamo di fronte ad un'ulteriore ipotesi in cui parlare di «bilanciamento di valori» si rivela quantomeno problematico, dovendosi in ipotesi concepire scenari in cui, nel ponderare i diritti in conflitto, ragioni diverse (definibili, per usare un eufemismo, quantomeno come "disomogenee") possano essere poste a confronto, l'una con l'altra, per condurre ad alternative regole di collisione attraverso un differente giudizio di valore⁶⁷.

Dal canto suo, la Corte costituzionale pare esprimere un simile ordine di preoccupazioni, preferendo discorrere, nelle pronunce più recenti in materia di vaccinazioni, di un «contemperamento» e non di un bilanciamento tra interessi⁶⁸. Senza voler dare soverchia importanza

⁶⁵ Sul tema in generale v. L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina, Tratt. biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 417 e ss., e G. MATTUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, Padova, 2015, pp. 137 e ss.

⁶⁶ Cass. pen. 13 dicembre 1983, in *Foro Italiano*, 1984, II, cc. 361-385.

⁶⁷ Non si condivide quindi l'esempio proposto da L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 285, secondo il quale «si dovrà procedere ad un ragionevole bilanciamento» nell'ipotesi di «Testimoni di Geova, che rifiutano – non solo per sé, ma anche per i figli minori – le trasfusioni di sangue».

⁶⁸ Sulla distinzione tra i due modelli di argomentazione, cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 230. L'uso del termine contemperamento da parte della Corte non è tecnicamente corretto poiché è indubbio che vi sia una gerarchia stabilita a monte, all'art. 32, tra il diritto all'autodeterminazione del singolo e l'interesse collettivo alla salute, ma questa scelta lessicale si rivela comunque apprezzabile perché, nell'esprimere l'esigenza di ricercare un ragionevole compromesso, in luogo di una scelta di preferenza di un diritto o principio rispetto ad un altro, sembra voler sottintendere la necessità di procedere a valutazioni organiche del testo costituzionale. *Contra* G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, cit., p. 104, reputa che si tratti di uno stile argomentativo apodittico che comunque porta al sacrificio di uno degli interessi in campo.

a formule che hanno per certo una funzione principalmente persuasivo-retorica, ciò sembra sottintendere che nel caso dell'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori ai sensi dell'art. 32, comma secondo, siamo di fronte ad un conflitto tra beni costituzionali che non necessita di una composizione attraverso l'uso della tecnica del bilanciamento, poiché la loro relazione gerarchica è stata già stabilita a monte dallo stesso costituente. Invero, l'uso del bilanciamento potrebbe anche portare alle medesime conseguenze nel caso esaminato ma solo a patto di ricostruire – come è stato fatto in questa sede – i plurimi interessi in gioco.

2.4. *Problematiche costituzionali derivanti dalla soluzione degli hard cases in materia di trattamenti sanitari obbligatori attraverso metodi non interpretativi di risoluzione delle antinomie*

I rischi derivanti dall'utilizzo del bilanciamento come asettica valutazione di proporzionalità dell'intervento legislativo, in mancanza di valutazioni complessive del quadro costituzionale, assumono invece consistenza in altre ipotesi di conflitto tra beni costituzionali⁶⁹. Non si riuscirebbe infatti a dimostrare, senza ulteriori valutazioni di moralità politica, come sia possibile evitare soluzioni non appaganti rispetto alla natura deontologica del limite posto dalla dignità umana, sotto forma di potere di autodeterminazione nella relazione di cura (nella specie, mediante l'autorizzazione al trattamento sanitario)⁷⁰, che costituisce

⁶⁹ Pur in una prospettiva diversa, concorde anche A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 68-69.

⁷⁰ Ad esempio, M. KUMM, *Political liberalism and the Structure of Rights*, cit., *passim*, pur ritenendo utilizzabile la tecnica di proporzionalità, afferma che si debba limitarne l'impiego ai soli casi in cui il soggetto danneggiato sia un *disabler* (scenario con i due binari) e non un *enabler* (scenario con l'uomo grasso); su questa distinzione nella filosofia morale ci si riferisce sempre al dilemma del carrello integrata dalle riflessioni mutuata da A. WALLEN, *Doing, Allowing and Disabling: Some principles Governing Deontological Restrictions*, in *Philosophical Studies*, 1995). In definitiva, lo stesso Kumm deve convenire che quando è in gioco la dignità umana «the balancing test in particular is insufficient to capture these concerns» (vedi M. KUMM, *op. ult. cit.*, p. 162 e le riflessioni contenute in M. KUMM, A.D. WALLEN, *Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing*, in (G. HUSCROFT, B.W. MILLER, G. WEBBER) *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, spec. p. 87).

un vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze Corte cost. n. 253 del 2009 e n. 438 del 2008).

È bene precisare che così dicendo non si vuole certo negare *tout court* uno spazio di operatività alla «tecnica» del bilanciamento⁷¹. Valga ancora una volta l'esempio delle vaccinazioni obbligatorie, per intendersi: il legislatore italiano, nello stabilire il divieto di accesso per i minori non vaccinati agli asili nido ma non anche alla scuola primaria con il d.l. n.73 del 2017, ha ritenuto di dare precedenza ad un diverso diritto individuale – quello all'istruzione garantito dall'art. 34 Cost. – rispetto al diritto alla salute (in questo caso, infatti, ad essere imposta è solo una sanzione amministrativa pecuniaria). La Corte costituzionale, nel dover valutare una ipotesi di conflitto tra due principi costituzionali, in assenza di regole precostituite di gerarchia, non ha potuto far altro che impiegare la tecnica del bilanciamento per addivenire alla soluzione del caso concreto. In mancanza di un precostituito ordine oggettivo (*objektive Wertordnung*) tra i citati beni giuridici, è infatti alla Corte che spetta verificare la ragionevolezza del bilanciamento legislativo – anche alla luce dei dati relativi alla diffusività delle malattie infettive – che potrebbe pure sfociare nella «doppia obbligatorietà» (di frequentare la scuola e di sottoporsi a vaccinazione)⁷².

Quello che invece può lasciar maggiormente perplessi è il richiamo al bilanciamento come ausilio di risoluzione delle antinomie, nei casi in cui si possa risolvere un dubbio interpretativo semplicemente estraendo il significato dalla disposizione costituzionale interessata. Certo, nessuno ritiene che si tratti di una operazione priva di incognite: la mente corre ai casi definiti come «conflitti interpretativi profondi»⁷³, ossia quei disaccordi tra interpreti che riguardano questioni eticamente sensibili e che sono accentuati, in sede di interpretazione, dalla com-

⁷¹ Sulla distinzione tra tecnica e logica del bilanciamento cfr. sempre G. PINO, *op. ult. cit.*, pp. 99 e ss.

⁷² In fondo, la presentazione alle autorità scolastiche delle certificazioni relative alle vaccinazioni ha già costituito in passato un adempimento necessario per ottenere l'ammissione dell'alunno, secondo l'art. 47 del d.p.r. n. 1518/1967 e modificato successivamente, solo nel 1999, dal d.p.r. n. 355/1999. Sulla questione si veda il dibattito sviluppatosi sul Forum *Vaccini obbligatori: le questioni aperte* della rivista *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2017.

Non manca poi chi intraveda, anche in questo scenario, possibili relazioni di precedenza logica tra i due beni giuridici come B. LIBERALI, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁷³ V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi*, Mucchi, Modena, 2016.

presenza di concezioni etico-politiche radicalmente antagoniste e in competizione tra loro.

Valga, come esempio, la previsione rappresentata dall'art. 6, comma III, della l. n. 40/2004, con la quale il legislatore scelse di introdurre una inconsueta ipotesi di trattamento obbligatorio stabilendo che il consenso all'intervento di procreazione assistita sia revocabile fino al momento della fecondazione dell'ovulo, ma non oltre. Ebbene, si tratta in tutta evidenza di un "caso difficile" ove al dissenso sul significato da attribuire a questi due beni giuridici fondamentali (la posizione giuridica dell'ovulo e il diritto alla salute della donna) si aggiunge il problema della loro relazione gerarchica che, secondo una certa opzione interpretativa, potrà persino condurre all'impianto dell'ovulo fecondato contro la volontà di quest'ultima.

Non è questa la sede per dare una risposta esauriente a simili ipotesi drammatiche. La questione che qui interessa attiene piuttosto al fatto che, come si può evincere, ai casi definiti di «disaccordo nel bilanciamento»⁷⁴ si possano accompagnare situazioni, come quelle appena accennate, di disaccordi sull'uso del bilanciamento stesso, ossia casi in cui sia in gioco una decisione metodologica o ideologica dell'interprete, di secondo grado, relativa al metodo di risoluzione delle antinomie (interpretativo *vs* non interpretativo). Come si è sostenuto, trattasi di una scelta carica di conseguenze, a maggior ragione quando su un piatto della bilancia si venga a trovare un bene come la dignità umana, sotto forma di autodeterminazione del singolo, che pare rappresentare un bene non negoziabile secondo meccanismi di calcolo costi-benefici⁷⁵. Quando la Corte costituzionale federale tedesca afferma che «Human dignity, as the root of all fundamental rights, cannot be balanced against an individual right»⁷⁶ sta ad indicare proprio un simile orizzonte di senso.

⁷⁴ V. VILLA, *op. ult. cit.*, p. 35.

⁷⁵ K. BAYERTZ (Ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1996, spec. p. 113: «Menschenwürde, in brief, can best be conceived of as a social minimum of rights, as a principle that bars weighing of goods and rights *within* its sphere against goods and rights *outside* its sphere. It does not, however rule out the weighing of goods and bads exclusively outside or exclusively within its sphere. If the minimal claims contained in the concept of Menschenwürde cannot be satisfied at the same time (as under conditions of catastrophe), some compensatory weighing is inevitable. But, of course, one of the implications of the principle is the injunction to minimize the incidence of situations in which the need for such a weighing of basic goods and rights arises».

⁷⁶ BVerfGE 93, 226, 1995.

Certamente, si potrebbe obiettare, alla R. Alexy, che una «devaluation of human dignity» sia poco probabile poiché, in ragione dell'altissimo valore attribuito al bene, una sua limitazione sarebbe ritenuta proporzionata solo «in 1 of 81 constellations»⁷⁷ delle possibili relazioni di interferenza. Ma il problema è rappresentato dalle conseguenze implicite nel modello di decisione delle controversie, più che dagli esiti a cui questi conduce.

È così, a mostrarci tutta la complessità dell'ermeneutica costituzionale si staglia la sentenza Corte cost. n. 242 del 2019 ove si chiarisce che «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari» abbracciando, di fatto, una lettura soggettiva della dignità umana⁷⁸, pur con l'accortezza di precisare però che «al legislatore penale non può ritenersi inibito [...] vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite» (ord. n. 207 del 2018).

In definitiva, si può concludere che l'uso del bilanciamento degli interessi escluda in alcuni casi, per definizione, la possibilità di esiti compatibili con un'etica deontologica⁷⁹, dal momento che non riesce in modo autonomo e parimenti certo a garantire una dimensione sostanziale condivisa, per quanto minima, da rintracciare sotto forma

⁷⁷ R. ALEXY, *Human dignity and proportionality analysis*, in *Joaçaba*, v. 16, n. 3, Edição Especial 2015, p. 83-96.

⁷⁸ A cui si contrappone, invero, la sent. Corte cost. n. 141 del 2019 che ha ritenuto che «nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di «dignità» vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della “dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore». A testimonianza del fatto che, tra le «circostanze [da chiarire] in cui vogliamo opporre la tutela della dignità a qualche altro interesse» (G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 214), compare il vincolo testuale della Carta fondamentale. Condivide questa conclusione A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, Studi 2018/II, pp. 394 e ss.

⁷⁹ M. BARBERIS, *Metaetica del costituzionalismo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, pp. 155-156, avverte che nonostante sia «meglio una ponderazione di interessi ben motivata che pretese deduzioni dall'intenzione originaria dei costituenti [...] Non mancano certo i paradossi: conflitti deontologici vengono risolti consequenzialisticamente; l'utilitarismo, monista, fornisce il criterio per risolvere i conflitti, ammessi dal pluralismo; valori dichiarati incommensurabili, non negoziabili e assoluti dai filosofi morali sono quotidianamente commisurati, negoziati e relativizzati dai giuristi».

di spazi di autonomia dell'individuo non confrontabili con considerazioni di tipo consequenzialista. Si tratta di quelle zone franche che l'interpretazione sistematica presidia, al contrario, con sicuri divieti di intrusione da parte del potere statale. Allontanarsi dalle direttive del testo costituzionale può allora non solo apparire un esercizio inutile (qualora bilanciamento e interpretazione sistematica portino agli stessi risultati, come nel caso delle vaccinazioni obbligatorie) ma anche problematico nel quadro più generale di una *scientia juris* chiamata a difendere gli interessi del singolo davanti alla presa «governamentale» del potere⁸⁰.

3. Considerazioni conclusive. Verso un modello di teoria dell'argomentazione in materia sanitaria fondato sulla persona umana?

«La pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, comma 2, secondo periodo, Cost. pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica. Questi diritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione»⁸¹.

Questa condivisibile statuizione della Corte riassume come la «normatività» dell'obbligo vaccinale riposi su una pluralità di «giustificazioni» (e forse spiega anche la meritorietà della prospettiva di chi ritiene che ci debba essere un concorso di più legittimazioni, in

⁸⁰ A. PACE, D. PICCIONE, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in AA.VV., *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. 2, *Diritti e libertà*, a cura di S. LABRIOLA, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 41 ss.: «la preferenza per il metodo giuspositivistico temperato presuppone una “scelta di valore” favorevole ai contenuti del testo costituzionale [che] in tanto si privilegia [...] in quanto se ne condividono i valori sottesi».

⁸¹ Corte cost. n. 282 del 2002.

equilibrio tra di loro⁸², nell'imposizione di qualsivoglia restrizione in materia di libertà individuale).

Da una parte, si fronteggiano le ragioni legate allo sviluppo della scienza il cui compito è quello di provare la rispondenza delle scelte normative al mondo dei fatti e che, mediante i vari gradini del sindacato di ragionevolezza, assicura un uso razionale delle conoscenze empiriche, così acquisite, al fine di perseguire gli obiettivi di *policy*. Dall'altro, si stagliano le esigenze dettate dal testo costituzionale da cogliere attraverso uno sforzo interpretativo unitario e mai votato alla standardizzazione del riconoscimento delle molteplici e nuove aspettative di tutela, su cui incide ovviamente anche l'innovazione tecnologica e a cui ambiscono soggetti giuridici in carne ed ossa, diversi l'uno dall'altro⁸³.

Davanti ai rischi di adottare metodi ermeneutici che permettano all'interprete di rifugiarsi nel comodo richiamo ai valori dominanti in seno al corpo sociale e alle critiche, mosse da più parti, di indebolire, così operando, gli stessi diritti inviolabili, la dottrina della proporzionalità di R. Alexy ha tentato di rispondere addivenendo ad un modello saldamente ancorato ad una metodologia argomentativa razionale e oggettiva, capace di governare il passaggio dal versante deontologico a quello teleologico dei diritti fondamentali e, al contempo, contrastare le accuse mosse al giudice costituzionale di soggettivismo⁸⁴.

⁸² A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni dello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.Vv., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., pp. 569 e ss.

⁸³ Cfr. le considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, svolte in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, Roma, Palazzo della Consulta, in www.cortecostituzionale.it, in cui si auspica che «temi come le scelte di autodeterminazione in ordine al diritto alla vita e alla salute, e il consenso ai trattamenti sanitari [...] formino oggetto di chiare opzioni legislative: perché solo con la legge può raggiungersi un ponderato equilibrio dei valori in gioco, soprattutto di fronte alla "esplosione" dei nuovi diritti determinata, in particolare, dalle incessanti conquiste della scienza e della tecnica. Allo stesso modo, solo la enunciazione di un preciso dettato normativo è in grado di circoscrivere l'impiego di un "diritto giurisprudenziale" che altrimenti, secondo alcuni, correrebbe il rischio di spingersi oltre il limite dell'interpretazione; ma che al tempo stesso si giustifica in qualche modo con l'esigenza – fortemente avvertita dalla collettività – di non lasciare aree dell'ordinamento (specie se particolarmente "sensibili") prive di garanzia e tutela giurisdizionale».

⁸⁴ D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 138-139.

Non è questa ovviamente la sede per tentare di chiarire una volta per tutte a quest'ordine di sfide e problematiche imposto dall'erompere della cultura neocostituzionalista, ma qualche breve riflessione si impone.

Innanzitutto, stante la centralità del metodo di risoluzione delle controversie, si richiede uno sforzo di formalizzazione e trasparenza da parte dei supremi organi giudicanti nell'indicare e giustificare la scelta di metodo impiegata, al fine di permetterne una disamina critica da parte della stessa dottrina⁸⁵. D'altra parte, se «si è sempre ritenuto che la Corte costituzionale si legittimi non solo per quello che decide, ma per come decide»⁸⁶, si tratta di un'esigenza non rinviabile, nonostante i vantaggi pratici che possono derivare dall'evitare il confronto diretto con i nodi teorici sottesi alle differenti teorie dell'interpretazione in campo⁸⁷. Un punto di partenza, in generale, potrebbe essere costituito da una operazione di pulizia concettuale, volta a distinguere e chiarire i presupposti metodologici da cui muovono le diverse pratiche interpretative. Quanto al profilo più specifico, relativo all'impatto causato dall'istruttoria in materie tecnico-scientifiche sul canone di ragionevolezza, molto dipenderà senza dubbio dall'uso delle motivazioni che esplicitino l'importanza giocata dal fatto, ricostruito anche attraverso l'audizione di esperti di chiara fama in camera di consiglio *ex art. 14bis* delle Norme integrative, sulla valutazione di legittimità compiuta dalla Corte.

In secondo luogo, riconoscere uno spazio di libertà all'individuo non significa negare che la possibilità di protezione e di autorealizzazione dei consociati non possa più oggi riposare su una concezione di libertà analoga a quella «formale», propria della tradizione giuspolitica

⁸⁵ L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 3, 1985, *passim*.

⁸⁶ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO e F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 18.

⁸⁷ Ci si riferisce, ad esempio, alla nota teoria minimalista di C. R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, Oxford University Press, New York, 2001, trad. it., *A cosa servono le costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna, 2009, sui cd. «accordi non completamente teorizzati», volti a superare il problema del disaccordo teorico puntando sulle convergenze pratiche sottese alla risoluzione di un caso concreto.

coeva allo Stato legislativo⁸⁸. Da questo punto di vista, la Corte costituzionale, consapevole delle difficoltà di dare conto degli ostacoli da superare per vederne garantito il suo effettivo esercizio, promuove meritoriamente una coerente versione realista, attenta ad evitare «il pericolo di abusi per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità» (cfr., ad esempio, la già citata sentenza Corte cost. n. 242 del 2019, con riferimento alla possibilità di esprimere la volontà di lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza)⁸⁹.

Abbandonata una visione meramente individualista, non sono dunque da escludersi limiti in presenza di potenziali danni a terzi né vincoli all'altrui tolleranza, come ci stanno ad avvertire anche i recentissimi episodi di emergenza epidemiologica. Bandito l'egoismo, non si può però neppure cadere nelle tentazioni organicistiche di vedere nell'individuo un mero «funzionario della società»⁹⁰. Non si vede infatti come sia possibile negare l'importanza di riservare uno spazio di libertà-autodeterminazione, senza ricadere in visioni anacronistiche dello stesso bene giuridico «salute»⁹¹.

La dimensione collettiva della salute è allora, in questo senso, istruttiva perché disegna una possibile via per stemperare la tensione tra l'individualismo liberale ed il sociocentrismo. La chiave di volta riposa su una lettura del principio solidarista che, collocando l'individuo nella realtà dell'interazione ed interdipendenza sociale, non travalichi al contempo nel paternalistico tentativo di fare del cittadino un sem-

⁸⁸ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, a cura di P. RIDOLA, NIS, Roma, 1993, pp. 49 e ss.

⁸⁹ G. D'AMICO, *La nascita del biodiritto come prodotto della costituzionalizzazione dell'ordinamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 2, 2019, p. 185, richiama più in generale, in tale prospettiva, la formula dell'*homme situé* di Georges Burdeau.

⁹⁰ P. LEROUX, *De l'individualisme et du socialisme*, 1834, in P. LEROUX, *Œuvres (1825-1850)*, I, Paris, 1850-1851. Slatkine, Genève, 1978, p. 376.

⁹¹ M. MARZANO, *Foucault et la santé publique*, in *Les Tribunes de la santé*, 2011/4 (n° 33), pp. 39-43, «dans nos sociétés pluralistes, il est désormais évident que les pouvoirs publics ne peuvent plus ignorer l'importance de l'autonomie personnelle et imposer aux citoyens une vision unique du Bien. C'est pourquoi les pouvoirs publics devraient, autant que possible, laisser les citoyens libres de mener leur vie comme bon leur semble. Personne ne devrait intervenir sur la conduite des autres, à la condition qu'ils permettent à tout le monde de faire de même».

plice «momento» della «società organica e solidale»⁹² dalla quale egli trarrebbe i propri diritti.

Ciò porta, infine, all'inevitabile conclusione che è al giurista, e non allo scienziato, come «artiste de la Raison»⁹³, che si chiede di guidare lungo lo stretto crinale, per coniugare i diversi contenuti etico-giuridici che sostanziano oggigiorno il principio personalista.

⁹² P. COSTA, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005, spec. p. 101, nel riprendere il dibattito ottocentesco, analizza come l'influenza della visione Comtiana sugli autori francesi (tra i quali Bourgeois, che dedica alla *Solidarité* un celebre scritto), troverà successivamente applicazione nel settore degli infortuni sul lavoro, dove si realizza che «se è vero che l'individuo vive immerso nelle relazioni intersoggettive e la sua identità dipende dall'organismo sociale, egli non può essere lasciato solo nell'affrontare i rischi e i rovesci dell'esistenza» sicché «conviene allora concentrarsi non tanto sul comportamento del singolo, quanto sugli oneri che devono gravare sulla società nel suo complesso; conviene parlare non tanto di responsabilità quanto di rischio: un rischio "oggettivo", che non può essere scaricato sui singoli individui, ma deve gravare sulla collettività attraverso il meccanismo dell'assicurazione sociale». In questa prospettiva, le similitudini con il meccanismo dell'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze irreversibili delle vaccinazioni appaiono evidenti.

⁹³ P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, Paris, 1999, spec. pp. 195 e ss.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)