

CARLO IANNELLO

LE “SCELTE TRAGICHE” DEL DIRITTO A TUTELA DELLA SALUTE COLLETTIVA.

I limiti costituzionali della vaccinazione obbligatoria

SOMMARIO: 1. *La salute come libertà individuale e come interesse della collettività.* 2. *La disciplina costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio alla luce dell'art. 32 Cost.* 3. *L'obbligo vaccinale nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale.* 4. *Le “scelte tragiche” del diritto ai tempi del Covid.*

1. *La salute come libertà individuale e come interesse della collettività*

Spesso si confonde il diritto alla salute con la salute pubblica e questa confusione è aumentata durante il periodo di emergenza sanitaria che stiamo vivendo da circa due anni: sovente si afferma, infatti, che le misure limitative delle libertà individuali sono orientate alla tutela del fondamentale diritto alla salute, come se questa espressione equivallesse a tutela della salute pubblica.

Dritto alla salute e tutela della salute pubblica sono, invero, due concetti non solo diversi, ma che si trovano tra loro in una relazione persino conflittuale. Prima di entrare nel merito della questione relativa ai limiti e alle condizioni di una eventuale politica di vaccinazioni obbligatorie per contrastare l'emergenza sanitaria dovuta al Sars-Cov-2, sembra allora opportuno formulare qualche osservazione preliminare sulla nozione costituzionale di salute.

La salute, nell'art. 32 della Costituzione, è declinata in tre differenti accezioni.

La salute è, infatti, innanzitutto un “fondamentale diritto dell'individuo”, cioè un vero e proprio diritto di libertà individuale; l'unico, peraltro, ad essere esplicitamente definito “fondamentale”¹. Aggettivo che evoca

1 A. Barbera, *Art. 2.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 61, l'art. 2 non fu il compromesso tra due distinte posizioni bensì “il frutto del co-

in modo chiaro il cambio di paradigma contenuto nella Costituzione repubblicana in tema diritti. I diritti, infatti, nell'impianto della Costituzione del 1948, sono stati considerati il "fine" dell'organizzazione statale² cioè fondanti l'ordinamento. Si è così instaurata una nuova relazione tra i cittadini e il potere pubblico, che ha ribaltato radicalmente quella, di stampo giuspositivistica³, che si era affermata nell'Ottocento e che si era radicaliz-

mune convergere verso le antiche e rassicuranti posizioni liberali ". Il costituente, del resto, osserva sempre il citato Autore, erano legati a una visione delle libertà civili "come libertà dallo Stato" (Ivi, p. 59). Che la Costituzione si fondi sui diritti individuali e che non sia possibile affermare una insussistente superiorità del gruppo (si chiami comunità, società, stato) sull'individuo è affermato da P. Veronesi, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*. I, *Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 144, secondo il quale l'affermazione della natura individualistica dei diritti costituzionali è anche un modo per tutelare l'individuo "nei confronti di qualsiasi opzione di stampo organicistico (statale, religiosa, familiare che sia)" perché "è il gruppo ad essere strumentale all'individuo, non viceversa" (cfr., a tale proposito, I. Ruggiu, *Ritorno della comunità e principi del costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, p. 405 ss.). Essenziale è, per l'interpretazione della Carta Costituzione, l'odg presentato in Assemblea costituente da Giuseppe Dossetti che, come ricorda P. Ridola, *I diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 126 condusse "ad espungere dal testo definitivo dell'articolo due il riferimento a diritti delle formazioni sociali distinti da quelli individuali, ed anzi a questi potenzialmente contrapposti, ed a piegare il riconoscimento dell'autonomia delle formazioni sociali in funzione dello sviluppo della personalità individuale".

- 2 Osserva P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 2, che "I diritti di libertà, alla cui protezione lo Stato piega la propria forza e i propri strumenti di azione, sono fondamentali, proprio in quanto essi non sono fondati dallo Stato, ma sono, al contrario, "fondanti" della legittimazione dello Stato stesso". Pertanto, "lo Stato non è un *fine*, che incarna valori politici di natura superindividuale, alla cui conservazione ed al cui rafforzamento i diritti vengono funzionalizzati" ma "è, al contrario, un *mezzo*, che si legittima unicamente in base allo scopo fondamentale di garantire spazi di libertà " (ivi, p. 3).
- 3 Cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* [ed. or. 1892], ed. it. a cura di V.E. Orlando, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, secondo il quale il fondamento dei diritti individuali deriverà sempre dallo Stato, in particolare da una sua "autobbligazione" (p. 215 ss.). Cfr., inoltre, S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, Società editrice libreria, Milano, 1900, che diffonde la teoria della giuspubblicistica tedesca in Italia. Nella medesima prospettiva del giurista tedesco, Santi Romano ritiene che i diritti soggettivi derivino da una "autolimitazione" dello Stato (pp. 109 ss.). Le premesse di questa teoria si trovano in C.F. von Gerber, *Diritto pubblico* [ed. or. 1865], Milano, 1971, p. 131 ss. secondo il quale i diritti sono concepiti come promanati dallo Stato, cioè come "riflesso del potere statale stesso". La concezione dei diritti del periodo totalitario porta poi alle estreme conseguenze le impostazioni più conservatrici ottocentesche. Cfr. nota successiva.

zata durante il periodo totalitario, in cui era stata teorizzata e praticata la prevalenza del collettivo sull'individuale, con conseguente trasformazione dei diritti in doveri⁴.

Con la Costituzione repubblicana si è voltata radicalmente pagina rispetto al passato. Dal testo della Carta fondamentale emerge chiaramente il mutamento di paradigma che rende finalmente possibile affermare che lo Stato è un organismo sociale creato in funzione dei diritti dell'uomo e non viceversa⁵. Nel senso precisato da Norberto Bobbio per il quale “prima viene l'individuo, si badi, l'individuo singolo, che ha valore per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa, che lo stato è fatto per l'individuo e non l'individuo per lo stato”⁶. Ed il “fondamentale diritto dell'individuo” alla salute è probabilmente quello in cui questo ribaltamento di prospettiva nei rapporti fra lo Stato e la persona umana, tra l'autorità e la libertà, è maggiormente visibile⁷, come si metterà in evidenza oltre.

4 Cfr. C. Petrone, *L'essenza dello Stato fascista*, Roma, 1927, p. 66, secondo il quale nell'ordinamento fascista, poi, non esistevano “cittadini con diritti pubblici” bensì “sudditi dello Stato”, per cui vi erano “solo doveri”. Cfr., inoltre, G. Ferri, *Sui caratteri giuridici del regime totalitario*, Cremonese – Librai Editore, Roma, 1937, pp. 20-21 che osserva: “L'individuo non è più considerato come unità astratta, scissa dall'ambiente storico e sociale in cui si pone, ma precisamente in connessione con questo ambiente, e quindi, prima che come cittadino della comunità statale, come appartenente ad un determinato circolo sociale, nel quale le sue necessità e le sue attività lo portano ad operare. L'individuo è quindi considerato come appartenente ad una delle forze attive che operano nella società nazionale e la formano; in altre parole è considerato in quanto è produttore, dando a questo termine un senso ben più vasto della semplice produzione economica. Così l'individuo, come la categoria sociale, è subordinato nei suoi interessi, come la parte al tutto, alle finalità superiori della Nazione”.

5 A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica Treccani XI*, Roma, 1989; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984; Sui diritti individuali cfr. C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958; M. Fioravanti, Art. 2, Carocci Editore, Roma, 2017; P. F. Grossi, *I diritti fondamentali ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino; F. Modugno, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.

6 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 59 che parafrasa il versetto del Vangelo secondo Marco 2,23-28 per cui “il sabato è fatto per l'uomo, non l'uomo per il sabato”. “In questa inversione del rapporto fra individuo e stato viene invertito anche il rapporto tradizionale fra diritto e dovere. Nei riguardi degli individui vengono d'ora innanzi prima i diritti e poi i doveri; nei riguardi dello stato prima i doveri e poi i diritti” N. Bobbio, *Teoria generale della politica* (Piccola biblioteca Einaudi. Nuova serie Vol. 446) (Italian Edition). EINAUDI. Edizione del Kindle.

7 S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà, M. Tallachini (a cura di), *Ambito e Fonti del*

In secondo luogo, la salute è presa in considerazione dall'art. 32 come "interesse della collettività", cioè nella sua classica accezione di salute pubblica, che ha tradizionalmente rappresentato un limite per le libertà individuali. Anche la Costituzione repubblicana lo assume in questa sua consolidata accezione, cioè come una legittima causa di limitazione delle libertà. Tutela della salute pubblica, infatti, richiama tutti quei compiti dello Stato volti a proteggere la popolazione dalla diffusione delle malattie, che si sono sviluppati sulla base degli studi di igiene; compiti che normalmente si esplicano anche attraverso la restrizione di alcune libertà⁸. Nell'articolo 32 Cost. il richiamo a questa dimensione collettiva introduce un'accezione della salute che si pone in conflitto, perlomeno potenziale, con quella appena esaminata, cioè con l'autodeterminazione che scaturisce dal diritto individuale. Alla composizione di questo conflitto provvede il II comma del medesimo articolo, dettando il quadro, valoriale e di regole, che deve guidare il legislatore nell'operazione di bilanciamento necessaria per stabilire che un determinato trattamento sanitario sia obbligatorio, affievolendo così l'autodeterminazione individuale connessa alla salute.

In questa medesima accezione, la protezione della salute è, inoltre, espressamente richiamata da vari articoli della Costituzione (si vedano, in modo esplicito, tra gli altri, l'art. 14 sulla libertà di domicilio e l'art. 16, sulla libertà di circolazione⁹; ma il richiamo alla salute pubblica è implicito anche nella disciplina di altre libertà: si veda ad esempio l'art. 41 Cost.).

biodiritto, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Vol. I, Giuffé, Milano, 2010, pp. 169 ss.; P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2008, p. 403 ss.; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 303 ss.; M. Luciani, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 1 ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, p. 769 ss.; V. Pocar, *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in *Sociologia dir.*, 2009, 3, p. 159 ss.; P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw*, 2019, p. 27 ss.; C. Casonato, *Introduzione al bio-diritto. La bioetica nel diritto costituzionale e comparato*, Università degli Studi di Trento, 2006.

8 Cfr. su questa accezione della salute, S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, 1950.

9 Art. 14: Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali.

Il confronto tra questi articoli appena citati e l'art. 32 Cost. è illuminante per chiarire che la "salute pubblica" è una causa di limitazione delle libertà costituzionalmente garantite che agisce secondo un doppio binario. Essa, cioè, opera in modo diverso a seconda del tipo di libertà che si intende limitare. La limitazione delle libertà diverse da quella connessa alla propria salute è affidata alla piena discrezionalità del legislatore, che deve, ovviamente, sempre agire secondo i canoni di proporzionalità, necessità, ragionevolezza.

La limitazione della specifica libertà riguardante la salute individuale (rectius: autodeterminazione) è, invece, più rigorosamente tutelata. Solo nella disciplina costituzionale dell'art. 32, infatti, il limite alla libertà incontra a sua volta un (contro) limite (o limite del limite): il legislatore stesso è sottoposto al rispetto delle condizioni e dei limiti (invalicabili) a tutela della libertà sanciti dal II comma dell'art. 32 (si tratta dei "limiti imposti dal rispetto della persona umana" che non possono essere violati "in nessun caso"). Solo il rigoroso rispetto di tali limiti, così come specificati e chiariti da una consolidata e copiosa giurisprudenza costituzionale, permette di considerare una legge impositiva di un trattamento sanitario costituzionalmente legittima.

Infine, nella parte in cui l'art. 32 Cost. affida alla Repubblica il compito di garantire cure gratuite, la salute è assunta nella sua dimensione novecentesca, quella di diritto sociale, che evoca un compito di prestazione dello Stato, consistente nella predisposizione dell'apparato di erogazione, a cui si affianca un correlativo diritto individuale. Un diritto che dipende da una scelta politica volta ad assegnare le risorse necessarie per soddisfare i bisogni di cura. Se, durante la prima fase di implementazione di questo diritto sociale, la scelta politica assumeva un carattere prioritario, non subordinato cioè ai vincoli di bilancio, nel corso degli anni Novanta del secolo scorso le cose sono cambiate. Non senza critiche, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che si tratta di un diritto "finanziariamente condizionato" nella sua estensione dalla quantità di risorse che lo Stato impegna¹⁰, sebbene abbia, comunque sia, riconosciuto che esiste un nucleo duro, definito "irri-

Art. 16: Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza.

10 Cfr. M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, p. 769 ss.; M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Atti del convegno svoltosi al Belvedere di San Leucio (Caserta) nei giorni 23 e 24 marzo 2001, Giappichelli, Torino, 2003, p. 63 ss.; Corte Cost. 1990.

ducibile”, che deve essere garantito indipendentemente da ogni considerazione di carattere economico¹¹.

2. La disciplina costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio alla luce dell'art. 32 Cost.

Le prime due accezioni in cui la salute è declinata in Costituzione sono, come osservato, in potenziale contrapposizione tra loro. Il conflitto è solo potenziale perché la dimensione individuale della libertà può certamente coincidere con “l’interesse della collettività”, come spesso – peraltro – avviene, in tutti quei casi in cui gli sforzi individuali di protezione della salute si orientano nella medesima direzione auspicata per la protezione della salute pubblica¹². Ma ciò non può essere dato per scontato, nel senso che non è certo che avvenga. Scelte individuali, infatti, determinate da convinzioni etiche, religiose, di coscienza, o anche di tipo medico, come nel caso (che si verifica spesso) in cui ci sia un dibattito in corso nell’ambito della stessa

11 Cfr. sul punto Corte Cost. 455 del 1990; Corte cost. 304 del 1994. Nella stessa giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta e in quella successiva, tuttavia, emerge che questa natura condizionata del diritto non è senza limiti. La Corte costituzionale, in numerose pronunce, ha affermato che non è ammissibile che vi possano essere condizionamenti di natura finanziaria, per lo meno di fronte al nucleo essenziale del diritto alla salute (cfr., fra le tante, Corte Cost. n. 185 del 1998). In numerose sentenze la Consulta ha affermato il principio secondo cui, “una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali” (sentenza n. 275 del 2016). Nel medesimo senso, da ultimo, Corte Cost. n. 62 del 2020. Sul punto cfr. L. Chieffi, *I paradossi della medicina contemporanea*, in Id. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, cit., 5 e ss., che cerca di contemperare le esigenze universalistiche sottese all’impostazione costituzionale con le esigenze economico finanziarie determinate dai tagli, indirizzate ad un “universalismo selettivo”. L’Autore, pur nella convinzione che la razionalizzazione della spesa sia necessaria, chiarisce come l’allocazione delle risorse in sanità debba essere, comunque sia, orientata dal perseguimento dei valori di fondo della nostra Carta Costituzionale. Cfr., in tema, S. Holmes, C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, tr. it. Bologna, 2000, *passim*.

12 Occorre incidentalmente notare che data l’alea di incertezza che investe le nuove applicazioni tecnologiche, anche nel campo della medicina, e la diversità di opinioni che sempre più spesso esprime la comunità scientifica, stabilire quali siano i comportamenti appropriati da imporre come obbligatori è un compito molto complesso in periodi ordinari, la cui difficoltà aumenta in periodi emergenziali in cui occorre accelerare le procedure e procedere con meno dati a disposizione.

clinica medica, possono far emergere un conflitto tra la dimensione individuale e quella collettiva della salute¹³.

Inoltre, ed è questo il problema più rilevante, tra le due evocate dimensioni della salute, quella individuale e quella collettiva, può sussistere una relazione antagonista. Ciò emerge fulgidamente proprio dalla storia delle vaccinazioni collettive, che ha messo in luce come una profilassi, necessaria per assicurare la tutela della salute, allo stesso tempo individuale e collettiva, possa arrecare conseguenze pregiudizievoli, sebbene in rarissimi casi, ad alcune persone che si sottopongono al trattamento, le cui sofferenze devono essere prese in carico dalla collettività.

Si comprende, pertanto, che, con riferimento a questioni di questo tipo, ci troviamo di fronte ad una intrinseca problematicità che deve essere sciolta dal legislatore, sia avvalendosi dei più rigorosi dati scientifici, sia facendo un uso del bilanciamento tra i valori costituzionali. Compito, indubbiamente, di notevole complessità. Un uso ragionevole della discrezionalità legislativa, infatti, non solo deve tenere conto dei dati scientifici e della situazione di fatto, ma deve essere rigorosamente improntato ai principi di proporzionalità, necessità, distinguendo le opzioni in base a condizioni di salute, età, sesso, ecc. per evitare di trattare in modo uguale casi diversi o in modo diverso casi uguali.

Solo così si può immaginare di abbracciare la complessità dei problemi, adottando soluzioni che non solo siano le più garantiste dal punto di vista dei valori coinvolti, ma che siano al contempo anche le più efficaci possibili per la tutela dei due valori richiamati: la garanzia del diritto individuale alla salute e la tutela della salute pubblica, cioè dell'interesse della collettività.

Tale conflitto è stato preso in considerazione dal secondo comma dell'articolo 32 Cost. e su di esso si è formata una giurisprudenza costituzionale che ci ha fornito indicazioni preziose.

L'art. 32 Cost. ha affrontato in modo originale il tema della limitazione della libertà di autodeterminazione connessa alla salute individuale per la garanzia della salute collettiva. Originale perché l'art. 32 Cost. è l'unico articolo in tema di libertà individuali che non si limita ad attribuire alla legge la possibilità di limitare il loro esercizio per la tutela di interessi pubblici (lasciando, pertanto, al legislatore, un ampio margine di discrezionalità), ma che individua, in modo chiaro, il paradigma che deve presiedere al bilanciamento fra i diversi e contrapposti interessi in cui si si

13 Spesso infatti accade che, nell'ambito del dibattito scientifico, ci sia una pluralità di posizioni, ciò che può portare anche a diverse opzioni sia delle molte istituzioni a cui è attribuito il compito della tutela della salute ovvero vi sia una diversità di vedute tra le posizioni 'ufficiali' e 'non ufficiali' della stessa medicina.

articola la salute, letta nella sua duplice dimensione di diritto fondamentale e di interesse collettivo¹⁴.

Come accennato, normalmente, le previsioni costituzionali che riconoscono diritti e libertà affidano alla legge un ampio potere discrezionale con riferimento all'individuazione dei limiti da opporre all'esercizio della libertà stessa. La disciplina costituzionale, dunque, generalmente, si caratterizza per porre a presidio delle libertà alcune garanzie di carattere formale, preoccupandosi cioè, in definitiva, che i limiti ai diritti e alle libertà costituzionali possano essere introdotti solo dalla legge del Parlamento. Il rispetto delle "forme" prescritte esaurisce, cioè, la garanzia, risolvendosi pressoché integralmente nella stessa riserva di legge. La legge che pone alcuni limiti all'esercizio delle libertà individuali è libera, ovviamente nell'ambito della ragionevolezza, di realizzare, in concreto, il bilanciamento fra le esigenze della libertà e quelle della collettività, cioè tra l'esercizio del diritto individuale e le sue limitazioni, opportunamente individuate dal legislatore per la garanzia di preminenti interessi collettivi.

L'art. 32, è invece il solo che, innanzitutto, chiarisce direttamente quali sono gli interessi contrapposti che vanno valutati nel bilanciamento: da un lato, la salute intesa nella sua declinazione individuale, come autodeterminazione e, dall'altro, la sola salute collettiva: è sempre e solo la salute, nelle due differenti – e contrapposte – accezioni, che viene in rilievo, mentre non sarebbe possibile comprimere l'autodeterminazione terapeutica per altri motivi di interesse pubblico¹⁵.

14 Come recentemente messo in evidenza da A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2001. In tema si veda V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, p. 557 ss.; D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015; Id., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002; S. P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, p. 900 ss.; S. Panunzio, *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, I, p. 21 ss.; D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, p. 2462 ss.; L. Chieffi, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 595; P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso San Raffaele)*, in *Nuova rassegna giurisprudenza civile*, 2000, II, p. 1 ss.; M. Plutino, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *BioLaw*, 2/2019, p. 541 ss.

15 Cfr. L. Chieffi, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, cit., p. 599 il quale osserva che la compromissione della libertà che ha ad oggetto la salute individuale "lungi dal perseguire un qualsiasi interesse pubblico diverso da quello

Inoltre, sempre e solo l'art. 32 Cost. pone un limite invalicabile al legislatore. La legge può imporre un trattamento sanitario obbligatorio, ma non potrà "in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". In ciò risiede la profondità e la novità dell'articolo in questione nel panorama del costituzionalismo novecentesco ed anche la sua singolarità all'interno dello stesso impianto costituzionale: il limite, questa volta, si rivolge al potere¹⁶, non all'esercizio della libertà individuale.

Un limite, però, ben diverso da quelli che si trovano nella disciplina delle altre libertà costituzionali, perché è di carattere sostanziale, cioè assiologicamente pregnante, garantendo una tutela rafforzata della libertà. Per questo motivo tale limite assume la corrente qualificazione di contro-limite¹⁷ (o limite del limite), cioè di limite posto al potere. Tali espressioni rendono palese che tale clausola svolge una funzione esattamente opposta a quella normalmente assunta dalla previsione di limiti in tema di libertà: quella, cioè, di ampliare la libertà¹⁸.

Pur essendo in presenza di una disposizione costituzionale di principio, inevitabilmente soggetta a una pluralità di interpretazioni, il secondo comma detta una regola auto-applicativa e pone un principio chiaro a tutela dell'autonomia individuale, al fine di impedire ogni forma di strumentalizzazione del corpo umano per finalità ultra individuali.

In questo senso, l'art. 32 si manifesta come una delle disposizioni più coerenti con il principio personalistico. Come acutamente osservato, "il rispetto della persona umana coincide con il rispetto della libertà di scelta del singolo, che solo può fissare le modalità e il disegno di essere persona, non

sanitario (come, ad esempio, "scopi di sicurezza o di giustizia")", deve essere diretta "contestualmente alla tutela della salute della collettività e dello stesso singolo". Nel senso che non sarebbero costituzionalmente ammessi altri motivi di pubblico interesse per la compressione di questa libertà cfr. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015; Id., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002.

16 S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua auto-determinazione*, in S. Rodotà, M. Tallachini (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 169 ss.

17 Cfr. R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Il Foro Italiano*, 1991, I, c. 15 ss.

18 S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua auto-determinazione*, in S. Rodotà, M. Tallachini (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 169 ss.

essendovi in Costituzione un'immagine preconfezionata della personalità umana imposta all'individuo"¹⁹.

Letto in armonia con gli stessi lavori dell'Assemblea Costituente, in cui emerse chiaramente che la salute individuale investiva una "questione di libertà"²⁰, non si può non riconoscere che l'art. 32 Cost. è complessivamente orientato a fondare un pieno diritto di auto-determinazione individuale sul proprio corpo²¹. La scelta di campo dell'art. 32 in tema di conflitto fra autorità e libertà, fra imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio e la libertà di disporre di sé, è netta ed è in favore della libertà di autodeterminazione individuale con riferimento alla propria salute.

Da quanto osservato pare chiaro che nell'impostazione costituzionale è esclusa ogni accezione di dovere collegato alla salute²². Anche quando en-

19 F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 303 ss.; M. Luciani, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 10.

20 A. Moro, *Assemblea Costituente, Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione*, seduta del 28 gennaio 1947. È chiaro che i Costituentiolgevano lo sguardo alle risultanze del processo di Norimberga che, nella sessione dedicata ai crimini compiuti dai medici tedeschi nei campi di concentramento, mise in luce come esseri umani erano stati usati come cavie.

21 C. Iannello, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'auto-determinazione individuale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, *passim*.

22 Cfr. in tema, L. Chieffi, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Politica del diritto*, 1997, 591 e ss.; A. D'Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4/1998, p. 611 e ss.; R. D'Alessio, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Diritto e società*, 1981, p. 536; D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 2469, per la quale "si avrebbe un completo stravolgimento del sistema se nell'attribuzione di un diritto si trovasse anche la giustificazione della sua doverosità". Cfr., in modo conforme, F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 311. Per comprendere la concezione che qualifica la salute come dovere Cfr. la nota sentenza della Cassazione sul trapianto di gonadi (*Cassazione penale*, 31 gennaio 1934, in *Il Foro Italiano*, 1934, II, 146 ss. su cui cfr. il commento di A. Ruiz, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*, ivi) che ha dato origine all'art. 5 del c.c. attualmente vigente. Sostiene che l'art. 32 legittimerebbe anche un dovere di curarsi P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1045. Appare il caso di sottolineare che recentemente, invece, aumentano le pubblicazioni in cui si ritorna a discorrere di dovere alla salute. Cfr. A. Palma, *Il diritto-dovere alla salute. Diritti e libertà fondamentali*, Cfr. il convegno organizzato dal Centro Studi Borgogna, *La salute tra diritto e dovere: obbligo vaccinale e art. 32 della Costituzione* e, in particolare, l'intervento introduttivo che discorre di vaccinazioni

trano in gioco le esigenze della collettività esse sono sempre strettamente collegate a una dimensione della solidarietà che non dimentica mai il profilo individuale. L'esigenza di cura dell'individuo concreto e la tutela dei suoi diritti è sempre al centro dell'interesse dell'art. 32, nel senso che "a venire in rilievo, anche nell'interesse collettivo, è il profilo individuale"²³. Ciò che impedisce, radicalmente, che il diritto fondamentale, come accaduto nel passato, possa trasformarsi nel suo opposto, cioè in un dovere dell'individuo verso lo Stato e la collettività²⁴.

3. L'obbligo vaccinale nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza costituzionale ha svelato il senso profondo dell'art. 32, II comma, in tema di trattamenti sanitari obbligatori, chiarendo che il divieto di strumentalizzazione della persona umana è garantito dalla necessaria sussistenza di un doppio beneficio: se il vantaggio riguarda non solo la collettività ma anche, al tempo stesso, la persona che subisce il trattamento, questo rischio è scongiurato.

Per utilizzare le parole del Giudice delle Leggi, l'obbligo in materia di salute individuale deve essere teso "non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella

obbligatorie come "scelte strategiche del diritto". Il video è disponibile al seguente link <https://www.youtube.com/watch?v=iKPaqikcFt8>, minuto 10:04.

- 23 Come giustamente messo in rilievo da A. D'Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4/1998, p. 611. La citazione completa, che chiarisce l'insussistenza di un dovere di curarsi, è la seguente: "è largamente acquisito in dottrina, forse meno in alcuni indirizzi della giurisprudenza, che l'eventuale costrizione alle cure mediche non può essere strumentale ad una sorta di "dovere" di essere sani o di curarsi come principio di ordine pubblico o come presupposto dell'adempimento di doveri costituzionali tipici, ma all'esigenza di preservare e/o curare (insieme a quella del soggetto interessato) la salute degli altri consociati, cosicché – alla fine – a venire in rilievo anche nell'interesse collettivo è il profilo individuale".
- 24 Per le tesi che considerano del tutto estraneo al diritto alla salute qualsiasi aspetto di doverosità, cfr. L. Chieffi, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 595; e S. Panunzio, *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994, p. 2. Cfr. Corte cost. n. 118 de 1996 che, nel punto 4 del considerato in diritto, discorre di "coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva". Il corsivo è mio.

autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale".

Ciò significa, come ribadito dalla stessa Consulta, che le sole esigenze di tutela della collettività "non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente"²⁵.

Ciò che è impedito dai "limiti imposti dal rispetto della persona umana" è, come sopra osservato, la strumentalizzazione dell'individuo per finalità di interesse collettivo. Continuando ad usare le parole della Consulta, "nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri"²⁶.

Quindi, la circostanza che il trattamento sanitario impedisca il prodursi di un danno agli altri è solo una condizione, necessaria ma non sufficiente, della limitazione della libertà di auto-determinazione connessa alla propria salute.

Proprio questa giurisprudenza costituzionale che si occupa dei casi in cui la dimensione della salute "individuale e collettiva entrano in conflitto"²⁷ non solo ha contribuito a chiarire il senso profondo dell'art. 32 Cost. e cioè che l'"autodeterminazione" inerisce proprio "al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"²⁸, ma ci ha fatto comprendere come questa autodeterminazione sia anche qualitativamente diversa dalle altre forme di autodeterminazione connesse all'esercizio delle numerose libertà individuali tutelate dalla Carta del 1948. Solo in questo caso, infatti, quel "principio generale" di matrice liberale "che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri"²⁹, ha concreta ed effettiva vigenza, come espressamente ribadito dalla stessa Consulta³⁰.

25 Corte cost. n. 253 del 2003, punto 2 del considerato in diritto.

26 Corte cost. n. 118 del 1996.

27 Corte cost. n. 118 del 1996, punto 4 del considerato in diritto.

28 Corte cost. n. 307 del 1990, punto 2 del considerato in diritto.

29 Corte cost. n. 218 del 1994, punto 2 del considerato in diritto.

30 A rafforzare ulteriormente l'impronta personalistica di questa disciplina è anche l'"obbligo" costituzionale di far ricadere sulla collettività "il sacrificio" eventualmente subito dalla persona per quelle conseguenze negative che, sebbene raramente, possono verificarsi. La forza con cui si impone, in questo caso, il dovere di solidarietà verso la persona che ha subito un pregiudizio a seguito della limitazione della sua libertà, ne caratterizza lo stesso regime dei limiti. In Corte cost. n. 307 del 1990, punto 2 del considerato in diritto, la Consulta ha chiarito che un tale trattamento "può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili". Per cui, prosegue la Corte, "Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute – e

L'art. 32 appare, quindi, una coerente attuazione del paradigma del costituzionalismo delle origini relativo alla limitazione dei diritti. Il riferimento è all'articolo 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino secondo il quale “La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Questi limiti possono essere determinati soltanto dalla legge”. Un principio che, sebbene abbia rappresentato il faro del costituzionalismo liberale³¹, non si può certo ritenere abbia illuminato il

lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito”. Concetto ribadito e approfondito da Corte cost. n. 118 del 1996, nella parte in cui ha preso atto che a fronte questi trattamenti (definiti “scelte tragiche” del diritto), punto 4 del considerato in diritto), la collettività ha non tanto il dovere, “ma l'obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall'intera collettività”. Sarebbe, infatti, contrario al principio di giustizia, come risultante dall'art. 32 della Costituzione, alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall'art. 2, “che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento imprevisto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all'esistenza di un comportamento negligente altrui”. (Corte cost. n. 118 del 1996, punto 5 del considerato in diritto). Coerentemente, Corte cost. n. 107 del 2012, ha ampliato le garanzie costituzionali in materia di trattamenti sanitari, prevedendo il diritto all'indennizzo in ragione di danni conseguenti a vaccinazioni anche solo legislativamente “raccomandate”.

- 31 Cfr. in proposito, J. S. Mill “[...] l'unica ragione per cui il potere è legittimamente autorizzato ad usare la forza contro un membro di una civile comunità è quello d'impedire che nocia agli altri. Il bene tanto fisico che morale di quest'ultimo individuo, non è una giustificazione sufficiente. Nessuno può essere costretto a fare o non fare qualcosa per la ragione che sarebbe meglio per lui, o perché quella cosa lo renderebbe più felice, o perché nella mente dei terzi ciò sarebbe saggio, od anche giusto. Possono essere queste buone ragioni per fargli qualche rimostranza, per ragionare con lui, per persuaderlo e per pregarlo, ma non per costringerlo suo malgrado, o per recargli alcun male quando agisca altrimenti. La coazione non è giustificata se non allorché si ritiene che la condotta di un individuo porti un danno ad un altro. L'uomo non deve rispondere verso la società se non delle cose che possono concernere i terzi: per quello che non interessa che lui, la sua indipendenza è di diritto assoluta. Sopra se stesso, sul suo corpo e sul suo spirito l'individuo è sovrano”. J. S. MILL, *La libertà*, (cap. I), in *Biblioteca di Scienze*

concreto funzionamento degli ordinamenti statuali. Non solo perché il giurisprudenzialismo ottocentesco aveva elaborato la nota teoria dei diritti pubblici soggettivi come “autolimitazioni” dello Stato, conferendo ai diritti una dimensione che si esauriva interamente nella legge (cioè, completamente modellabili dal legislatore)³², ma anche perché questo paradigma è risultato di difficile attuazione nelle stesse democrazie postbelliche, in cui i margini di intervento del potere pubblico, in funzione limitativa delle libertà costituzionali, sono risultati spesso molto ampi e non necessariamente legati alla produzione di un effettivo danno ad altri³³.

L'art. 32, invece, si pone nella scia del richiamato art. 4 interpretato però alla luce del personalismo che ispira tutto l'impianto della Costituzione nella misura in cui non solo evoca il paradigma liberale ma, in coerenza con le esigenze di tutela della persona, lo porta addirittura verso nuovi confini: la limitazione della libertà di autodeterminazione connessa alla salute in tanto è legittima in quanto all'esigenza di prevenire un “danno” ad altri si accompagni, necessariamente, anche il “beneficio” per la persona che subisce la compressione della propria autodeterminazione.

Fedele espressione dell'impronta personalista di questa disposizione è anche l'“obbligo”, desunto in via interpretativa dalla Consulta³⁴, di tenere

politiche diretta da A. Brunialti, volume V, Torino, Unione Tipografica editrice, 1890, pp. 11-12.

32 Cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* [ed. or. 1892], ed. it. a cura di V.E. Orlando, Società Editrice Libreria, Milano, 1912

33 A. Cadoppi, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, p. 83 ss. P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *BioLaw*, 2/2018, p. 77 ss. In senso difforme cfr.: G. Amato, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, ora in ID., *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 169 ss.); G. Amato, *Guasto è il mondo, meno libertà?*, cit., p. 183 ss.

34 Cfr. Corte cost. n. 307 del 1990. Cfr. il punto 2 del considerato in diritto che si riferisce all'ipotesi in cui la vaccinazione abbia causato un danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio. A tale proposito osserva la Corte che “il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria” perché non può ammettersi “il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri”. Pertanto, prosegue il Giudice delle Leggi, “un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento”. In caso contrario sarebbe “sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla

indenne la persona che si è sottoposta al trattamento sanitario per il caso in cui abbia patito delle conseguenze negative. Proprio perché non può ammettersi "il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri", non sarebbe possibile abbandonare a sé stesso il vaccinato che ha subito una conseguenza sfavorevole. I principi costituzionali impongono di far ricadere sulla collettività "il sacrificio" eventualmente subito dalla persona per quelle conseguenze negative che, sebbene rarissimamente, possono verificarsi. Lo stesso regime dei limiti è quindi modellato dal dovere di solidarietà della collettività verso la persona che ha subito un pregiudizio a seguito della limitazione della sua libertà. La dimensione solidaristica, cioè, non perde mai di vista la cura della persona concreta.

Lungi dal presentarsi come una mera prevalenza dell'interesse collettivo su quello individuale, queste ulteriori specificazioni del limite confermano che la disciplina e lo spirito dell'art. 32 Cost. vanno concordemente nella direzione di garantire la più ampia tutela della persona umana³⁵.

Anche quando viene in rilievo la necessità di tutelare l'interesse della collettività alla salute, dunque, è la tutela della dimensione individuale, cioè della persona che si è sottoposta al trattamento, ad occupare interamente la scena. Tanto che la presa in carico da parte della collettività delle conseguenze sfavorevoli patite dal singolo in seguito alla vaccinazione diventa un "obbligo" costituzionale, che integra le condizioni di legittimità costituzionale della limitazione dell'auto-determinazione individuale³⁶.

È significativo che un'oramai consolidata giurisprudenza costituzionale³⁷ abbia molto rafforzato questo dovere di presa in carico dei danni patiti dal vaccinato, estendendo quest'obbligo solidaristico anche alle vaccinazioni meramente raccomandate, cioè quelle in cui il legislatore ha espresso "maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale (o, nel caso di minori, alla responsabilità dei genitori) e, quindi, al *profilo soggettivo del*

salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito".

35 A. D'Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4/1998, p. 611.

36 Come giustamente messo in rilievo da A. D'Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, cit., p. 611, "a venire in rilievo anche nell'interesse collettivo è il profilo individuale".

37 Sentenze n. 107 del 2012 (riguardante la vaccinazione per contrastare morbillo, parotite e rosolia), n. 423 del 2000 (con riferimento alla vaccinazione, allora solo raccomandata, contro l'epatite B) e n. 27 del 1998 (relativa alla vaccinazione, anch'essa allora solo raccomandata, contro la poliomielite), Corte cost. n. 268 del 2017 relativa al vaccino antinfluenzale, solo raccomandato

diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell'art. 32 Cost.³⁸. La raccomandazione, osserva la Corte, è infatti “pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (*anche*) collettivo”³⁹.

Da questo punto di vista, secondo la Corte, “non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione”⁴⁰, tanto più che normalmente si assiste a “diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali” che instaurano “un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie: e ciò rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo, al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli”⁴¹.

Le esigenze di solidarietà della collettività verso l'individuo, dunque, non si disgiungono mai dalla cura, nel senso più pregnante, della persona umana: comunque sia qualificato il vaccino, obbligatorio o raccomandato, la collettività deve venire in aiuto della persona eventualmente lesa. Anche se orientati alla tutela dell'interesse collettivo alla salute, i trattamenti obbligatori come i vaccini, alla luce del principio ispiratore dell'art. 32 Cost., non postulano affatto una subordinazione dell'individuo alla collettività e allo Stato, trasformando il diritto in una situazione di dovere (ciò che appare, in realtà, un retaggio di altra epoca storica da cui la Costituzione ha voluto prendere nettamente e radicalmente le distanze).

4. *Le “scelte tragiche” del diritto ai tempi del Covid*

Pur nell'ambito del preciso solco tracciato dall'art. 32 della Costituzione che ci indica le condizioni in virtù delle quali l'imposizione di un trattamento sanitario possa essere considerato costituzionalmente legittimo, la Corte costituzionale ha chiarito che quella della vaccinazione obbligatoria rappresenti – comunque sia – una “scelta tragica” del diritto⁴².

38 2017, punto 6 del considerato in diritto. Corsivo mio.

39 2017, punto 6 del considerato in diritto. Corsivo mio.

40 2017, punto 6 del considerato in diritto.

41 2017, punto 6 del considerato in diritto.

42 Corte cost. Corte cost. n. 118 del 1996, nella parte in cui ha preso atto che a questi trattamenti rappresentano delle “scelte tragiche” del diritto”, punto 4 del considerato in diritto. “L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri. Finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche – e per

Occorre tener presente che la Corte costituzionale affermava la tragicità della scelta con riferimento a vaccini storici, dotati cioè di un'autorizzazione all'immissione in commercio piena, abbondantemente collaudati nel tempo e per i quali, dunque, era nota un'ampia gamma di dati di carattere scientifico, provenienti da molti anni di farmacovigilanza e di studi scientifici.

La tragicità dell'imposizione dell'obbligo, per continuare ad usare l'efficace espressione della Consulta, in periodi come quello che stiamo vivendo, si acuisce, perché, da un lato, manca un'ampia quantità di dati che provengono dalla pratica clinica, regnando una situazione di incertezza, in continua e rapida evoluzione⁴³; dall'altro lato, la stessa situazione di fatto è in continuo ed imprevedibile movimento. Questa considerazione non stupisce ove si pensi che la scienza contemporanea ha perso, oramai da tempo, il proprio statuto epistemologico che per secoli è stato quello della dispensatrice di certezze⁴⁴, qualificandosi, sempre più, come "scienza incerta"⁴⁵. Si è pertanto assistito a un radicale mutamento dei rapporti tra

la vaccinazione antipoliomielitica non è così –, la decisione in ordine alla sua imposizione obbligatoria apparterrà a questo genere di scelte pubbliche".

43 Si pensi solo alle questioni suscitate dall'indicazione relativa alla fascia di età per sottoporsi alla vaccinazione che, in qualche caso, è stata radicalmente modificata nel giro di poche settimane o, ancora, alle incertezze ancora da sciogliere in merito alla durata temporale della protezione offerta dai singoli vaccini.

44 Con particolare riferimento ai rapporti tra scienza e diritto, cfr. A. Cerri, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in *Studi parl. pol. cost.*, 2003, 7. Sui rapporti tra diritto e tecnica si veda F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001; L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996. Per una efficace sintesi degli studi sociologici in argomento cfr. P. Savona, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 1 e ss. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

45 In tema cfr. M. Tallachini, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi-M. Cecchetti-A. Andronio, *Ambiente e diritto*, 1999, Firenze, 57 e ss. che analizza il principio di precauzione. L'autrice osserva come il principio di precauzione rifletta "il generale mutamento di ottica e di prospettiva del pensiero giuridico che consegue al venire meno del tradizionale fondamento epistemologico della certezza assoluta della scienza". Una scienza, cioè, che diviene sempre più "scienza incerta" e che invece di dispensare certezze ragiona sempre più in termini probabilistici. Vale la pena ricordare che, nel 1949, il massimo riconoscimento scientifico per la medicina a livello mondiale, il premio Nobel, fu attribuito a António Caetano de Abreu Freire Egas Moniz per aver concepito la leucotomia prefrontale, ossia il primo esempio di quella pratica medica che è stata successivamente qualificata lobotomia. Alcuni decenni dopo, molti Stati l'hanno vietata. Sui rapporti tra tecnica e diritto imprescindibile, anche per la sua grandissima attualità, N. Irti-E. Severino, *Dialogo su Diritto e Tecnica*, Roma-Bari 2001.

la scienza e la società, che dovrebbero essere governati dalla sempre più ampia applicazione del principio precauzionale⁴⁶.

Se da un punto di vista generale, il bilanciamento in materia deve essere sempre particolarmente rigoroso, quindi proporzionato e sostenuto da stretta necessità (perché l'obbligo vaccinale, come osservato, affievolisce un diritto di autodeterminazione individuale costituzionalmente tutelato), in un momento come quello attuale, di fronte ad un virus che non si conosce ancora a fondo (in cui – pertanto – i dati scientifici non possono che essere incerti e provvisori), il bilanciamento tra rischi e benefici è complesso e richiede una ponderazione quanto mai attenta ed equilibrata.

In questi casi al legislatore, stando sempre a quanto affermato dalla Corte costituzionale, non è consentito un esercizio pienamente libero della sua discrezionalità. In tali ambiti la discrezionalità del legislatore, infatti, è condizionata dalle evidenze scientifiche⁴⁷; non che il parere di medici si debba sostituire a quello delle autorità politiche, sia chiaro, ma certo è che l'analisi attenta e scrupolosa dei dati e delle evidenze scientifiche è un elemento basilare di ogni bilanciamento relativo alla tutela della salute. Inoltre, le precauzioni devono essere massime, come ha chiarito la stessa Consulta⁴⁸: “proprio per la necessità di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico – a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo – che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicità potenzialmente derivabili dalla vaccinazione, e determinasse se

46 C. Iannello, 2013.

47 Cfr. Corte Cost. n. 282 del 2002 con affermazioni spesso ribadite. Cfr., ad esempio, Corte Cost. n. 151 del 2009 in tema di fecondazione assistita e, in tema di vaccinazione obbligatoria, si veda Corte Cost. n. 5 del 2018.

48 Corte Cost. n. 258 del 1994, punto 5-bis del considerato in diritto. Nel punto 5 del considerato in diritto la Corte scrive “le ordinanze di remissione privilegiano evidentemente il profilo individuale di tutela della salute con considerazioni volte a sottolineare la necessità che il soggetto vaccinando sia messo quanto più possibile al riparo dai rischi di complicanze da vaccino. Tali considerazioni meritano attenta riflessione ma non possono essere correttamente apprezzate se non in necessario bilanciamento con la considerazione anche del parallelo profilo che concerne la salvaguardia del valore (compresente come detto nel precetto costituzionale evocato) della salute collettiva, alla cui tutela – oltre che, (non va dimenticato) a tutela della salute dell'individuo stesso – sono finalizzate le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie”.

e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità". Con questa affermazione il Giudice delle leggi ha inteso indicare al legislatore la strada per operare un corretto bilanciamento tra le esigenze individuali e quelle collettive connesse alla salute, facendo, tuttavia, esercizio di self restraint. L'"adeguamento a Costituzione che si prospetta", osservò la Consulta nel caso concreto, non si presenta, tuttavia, "a rime obbligate" perché implica "ineludibilmente l'intervento del legislatore, al quale questa Corte non può sostituirsi". La questione non fu, dunque, giudicata nel merito ma considerata inammissibile. Il giudice delle leggi non perse, tuttavia, l'occasione di lanciare un monito al legislatore affinché "siano individuati e siano prescritti in termini normativi, specifici e puntuali, ma sempre entro limiti di compatibilità con le sottolineate esigenze di generalizzata vaccinazione, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicatezze"⁴⁹.

La tradizionale lettura che di questo articolo ha dato il giudice delle leggi alla luce della situazione di fatto⁵⁰ fanno dubitare, nella situazione attuale, della legittimità costituzionale dell'imposizione di un obbligo generalizzato, cioè rivolto all'intera popolazione, come pure è stato autore-

49 Corte Cost. n. 258 del 1994, punto 6 del considerato in diritto. Corsivo mio.

50 Rispetto alla quale assume un ruolo importante anche la circostanza per cui gli stessi enti regolatori dei farmaci hanno dovuto utilizzare procedure diverse da quelle ordinarie. Si legga, a tale proposito, il Piano Strategico per la vaccinazione anti SARS COV 2/COVID 19 contenente *Elementi di preparazione e implementazione della strategia vaccinale*, elaborato da Ministero della salute, ISS, AIFA, Commissario straordinario emergenza Covid-19, approvato con D.M. del 12 marzo 2021, pubblicato in G.U. 24.3.21, n. 72 in cui si legge che "la situazione di emergenza e la necessità di accelerare i tempi per poter avere a disposizione dei vaccini sicuri ed efficaci hanno reso necessario il ricorso a procedure del tutto innovative ". Ed ancora: "l'agenzia europea per i medicinali, onde contribuire all'accelerazione del processo senza venir meno al proprio fondamentale ruolo, sta procedendo con una procedura finalizzata, definita di *rolling review*". Come chiarito nel sito dell'EMA (<https://www.ema.europa.eu/en/news/ema-starts-rolling-review-sputnik-v-Covid-19-vaccine> Rolling review) "A rolling review is a regulatory tool that EMA uses to speed up the assessment of a promising medicine during a public health emergency. Normally, all data on a medicine or vaccine's effectiveness, safety and quality and all required documents must be ready at the start of the evaluation in a formal application for marketing authorisation. In the case of a rolling review, EMA's human medicines committee (CHMP) reviews data as they become available from ongoing studies. Once the CHMP decides that sufficient data are available, the company can submit a formal application. By reviewing the data as they become available, the CHMP can come to an opinion on the medicine's authorisation sooner".

volmente sostenuto⁵¹. Un obbligo che presupporrebbe un bilanciamento tra rischi e benefici effettuato una sola volta per tutti. Un obbligo cioè che, non differenziando (tra bambini, adolescenti, giovani, adulti e anziani, donne e uomini, condizioni di fragilità, in base al tipo di attività esercitata che pone la persona ad un rischio più o meno alto di contagiarsi e di contagiare, ecc.) sia invece rivolto, indifferentemente, a tutta la popolazione pare difficilmente sostenibile sul piano della ragionevolezza e del rispetto dell'art. 32 Cost. Peraltro, gli stessi dati scientifici, come ad esempio quelli pubblicati periodicamente dall'istituto superiore di sanità, sono estremamente attenti alle differenze (di fascia di età, di sesso, di condizioni di salute pregresse, ecc.) per cui, lungi dall'indicare la strada della generalizzazione, sono acquisiti proprio con l'intenzione di aiutare la migliore comprensione possibile della complessità della situazione di fatto, disaggregando i dati riferiti all'intera popolazione.

In realtà, queste esigenze di ponderazione e di bilanciamento sono state prese in considerazione dalla legge che ha introdotto l'obbligo vaccinale per i sanitari. Come è noto, infatti, l'atteggiamento del legislatore (art. 4 del d. l. n. 76 del 2021) ha mostrato prudenza nella misura in cui ha introdotto un obbligo solo per alcune categorie di professionisti (medici, infermieri e operatori sanitari). Si è operato, dunque, un bilanciamento specifico, perché ha riguardato solo quelle categorie professionali che, da un lato, sono più molto più esposte al pericolo di contagio, dall'altro, sono quotidianamente in contatto con persone fragili, cioè con quella parte della popolazione che è maggiormente esposta a subire danni importanti dalla contrazione dell'infezione⁵². Una normativa, che, occorre ribadirlo, lascia peraltro spazio all'autodeterminazione, perché, da un lato, è previsto l'affidamento del lavoratore che si rifiuta di vaccinarsi ad altre mansioni non in contatto con il pubblico, dall'altro, quando ciò non sia possibile, è prevista una sanzione sì di notevole entità (sospensione dello stipendio) ma limitata nel tempo e sottoposta ad una duplice e alternativa condizione risolutiva:

51 A. Ruggeri, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Diritti fondamentali*, 2/2021, 184 che osserva: "La soluzione qui patrocinata è, dunque, favorevole – come si è venuti dicendo – alla estensione generalizzata dell'obbligo di vaccinazione".

52 P. Pascucci, C. Lazzari, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, 1, I, 152 ss.; M. Mocella, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *Diritti fondamentali*, 2/2021; M. Cerbone, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, 79 ss.; M. Verزارo, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *Federalismi.it*, 2021, f.6, 267 ss.

“fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021”.

Questo intervento in materia conferma che una misura sull'obbligo vaccinale, in quanto potenzialmente lesiva del fondamentale diritto di autodeterminazione, debba essere ispirata ai canoni di ragionevolezza, proporzionalità e necessità.

Si può infine rilevare che lo stesso piano vaccinale, approvato, in una prima fase con D.M. del Ministro della salute del 2 gennaio 2021 e, in una seconda fase, con d.m. del Ministro della salute del 12 marzo 2021, si svolge sul piano della raccomandazione (che quindi salvaguarda per definizione l'auto-determinazione individuale) e accuratamente individua i soggetti da vaccinare prioritariamente (ma sempre volontariamente) con riferimento alla specificità della professione, dell'età e della condizione di fragilità⁵³ (operatori sanitari, personale scolastico, soggetti anziani e soggetti fragili).

Ciò conferma che l'approccio in tema di trattamenti sanitari obbligatori dovrebbe essere ispirato alla massima cautela, bilanciando correttamente interesse collettivo e auto-determinazione individuale, come suggerito dalla stessa giurisprudenza costituzionale, sempre attenta a conciliare la dimensione individuale della salute, espressa nel diritto fondamentale, e quella dell'interesse della collettività, che mai può arrivare ad annullare il primo, trasformando la salute, come fu in passato, in un dovere verso la collettività.

Ispirata agli stessi principi dovrebbe essere anche la normativa sulla cosiddetta tessera verde, che esula dalla presente indagine, ma che ha molti tratti in comune con il tema trattato, non foss'altro perché i requisiti per ottenere tale certificazione (a parte la pregressa infezione) sono proprio due differenti trattamenti sanitari: il vaccino e l'accertamento diagnostico di negatività al virus. Anzi, in quest'ultimo caso, la prudenza dovrebbe essere anche maggiore perché questa normativa non riguarda solo l'au-

53 D.M. Ministero della Salute, 12 marzo 2021, Approvazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento recante “Elementi di preparazione della strategia vaccinale”, di cui al decreto 2 gennaio 2021 nonché dal documento recante “Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19” del 10 marzo 2021. (21A01802). Si tratta di d.m. approvati sulla base dell'Art. 1, comma 457 della LEGGE 30 dicembre 2020, n. 178, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023. (20G00202), secondo cui “Per garantire il più efficace contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2, il Ministro della salute adotta con proprio decreto avente natura non regolamentare il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale”.

to determinazione individuale relativa alla propria salute, ma interferisce con l'esercizio di una pluralità di libertà costituzionali che si estrinsecano "nell'ambito delle formazioni sociali in cui l'individuo svolge la sua personalità", a cominciare dal luogo di lavoro.