

OSSERVATORIO EMERGENZA COVID-19
PAPER – 11 MARZO 2020

La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute

di Massimiliano Nocelli
Consigliere di Stato

La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute^{*}

di Massimiliano Nocelli

Consigliere di Stato

Le recenti misure introdotte dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. con mod. nella l. 5 marzo 2020, n. 13 e quelle, via via più stringenti, disposte dai d.P.C.M. del 1° marzo 2020, del 4 marzo 2020, dell'8 marzo 2020 e, per l'intero territorio nazionale, dal d.P.C.M. del 9 marzo 2020 e dal d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, con particolari restrizioni anche alla libertà di movimento delle persone fisiche¹ e anche all'esercizio di numerose attività commerciali², nonché gli interventi previsti dal d.l. 8 marzo 2020, n. 11 sullo svolgimento dell'attività giudiziaria³, per contrastare il diffondersi del coronavirus in Italia, richiamano l'attenzione del giurista su un aspetto forse meno conosciuto del diritto alla salute (art. 32 Cost.) e, cioè, il suo *volto solidaristico*, accanto a quello, più noto e studiato, personalistico.

L'eterna dialettica tra autorità e libertà⁴ ha assunto un rilievo centrale e ormai tutto nuovo nelle decisioni sulla salute, il cui fondamento riposa sul *consenso libero e informato* del paziente, ora riconosciuto solennemente dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219 del 2017⁵.

^{*} Paper non sottoposto a referaggio.

¹ L'ordinanza n. 646 dell'8 marzo 2020 della Presidenza del Consiglio – Dipartimento della Protezione civile ha chiarito, all'art. 1, comma 1, che «*le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a) del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 si applicano alle sole persone fisiche, come letteralmente indicato nel medesimo decreto*», mentre è «*esclusa ogni applicabilità della misura al transito e trasporto merci ed a tutta la filiera produttiva da e per le zone indicate*». Sulla scelta di intervenire con lo strumento del d.P.C.M., che impatta sull'esercizio di diritti costituzionali, v. in senso fortemente critico F. R. TRABUCCO, Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: *con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in www.lexitalia.it.

² Si veda, in particolare, la sospensione di ogni attività commerciale al dettaglio e di ogni attività di ristorazione disposta dall'art. 1 del d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, salve le specifiche eccezioni previste.

³ Per i primi dubbi interpretativi sorti sulla eccezionale sospensione dei termini processuali per il giudizio amministrativo, prevista dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 11 del 2020, v. già il parere n. 571 del 10 marzo 2020 della Commissione speciale del Consiglio di Stato nonché il susseguente d.P.C.S. n. 71 del 10 marzo 2020, recante «*Disposizioni di coordinamento per lo svolgimento delle udienze e delle adunanze*». Sulla questione, e in senso critico rispetto all'orientamento espresso in sede consultiva dal Consiglio di Stato, v. anche C. E. GALLO, *Interventi per contrastare l'emergenza coronavirus in materia di giustizia amministrativa*, in www.giustamm.it, n. 3 – 2020, e F. FRANCIOSI, *L'emergenza Coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in www.federalismi.it.

⁴ Sul rapporto tra autorità e libertà v., tra gli altri, le considerazioni di 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*, Torino, 2017, pp. 11-17.

⁵ Sulla l. n. 219 del 2017 v., tra gli altri, P. BORSELLINO, «*Biotestamento*»: *i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Fam. e dir.*, 2018, 8-9, p. 789 e ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, p. 2; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, p. 47 e ss. e F. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, pp. 3-24. V. anche M. PICCINNI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 7-8, p. 1118 e ss., a commento dell'ordinanza del Trib. Pavia, 24 marzo 2018, *ibidem*, pp. 1128 e ss., che ha sollevato

Il diritto alla salute è una delle massime manifestazioni della libertà e della dignità della persona nelle scelte che riguardano il proprio sé e il proprio corpo.

Sarebbe quasi inutile rammentare, se non fosse l'urgenza del momento tanto grave a raccomandarlo, che il diritto alla salute nella Costituzione non è solo un diritto fondamentale della persona, ma insieme e inscindibilmente, come ora si dirà, anche interesse della collettività (art. 32 Cost.)⁶.

E qui viene in rilievo il risvolto o, se si preferisce, il volto meno conosciuto della salute, quale diritto “bifronte”, nel suo versante solidaristico.

L'interesse della collettività, di fronte a situazioni di gravissima emergenza sanitaria e alla minaccia per la salute di tutti e di ciascuno, assurge ad un valore superiore, capace di giustificare severe restrizioni alla libertà della persona e agli atti della sua vita quotidiana e di imporre rigorosi limiti ad altri diritti costituzionalmente garantiti, appunto, di tutti e di ciascuno.

Quest'ordine di restrizioni, imposte dal rispetto della salute quale interesse della collettività, a determinate condizioni – di cui si dirà – è ammissibile e anzi necessario, persino con la temporanea compressione delle libertà democratiche, senza che ciò lo trasformi in un *diritto della paura*⁷.

Le attuali condizioni del contagio da Covid-19, il tasso non irrilevante di letalità che sta manifestando in Italia (pari, attualmente e sulla base delle evidenze note, al 6,7%), le crescenti difficoltà del Servizio Sanitario Nazionale nel far fronte ad una domanda sempre più elevata di terapia intensiva per le complicazioni polmonari, a discapito di iniziali ottimistiche, superficiali, previsioni sulla scarsa aggressività del virus, hanno imposto l'adozione di misure precauzionali sempre più intense ed estese sul territorio nazionale.

In questa lotta la sinergia tra scienza medica e intervento normativo e amministrativo è essenziale, come in tutte le decisioni pubbliche in materia di salute, per combattere la diffusione del virus, se è vero che «un sistema democratico ben funzionante fa affidamento sulla scienza e sulla parola degli esperti, rifiutando di seguire un *populismo d'accatto*»⁸.

E così l'art. 1 del d.P.C.M. del 9 marzo 2020, nel contesto della nuova legislazione emergenziale, ha previsto al comma 1 che, per contrastare il contagio da Covid-19 connotato da un tasso di diffusività

questione di costituzionalità rispetto alle previsioni dell'art. 3, commi 4 e 5, della l. n. 219 del 2017 in rapporto agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. La questione è stata respinta, successivamente, con la sentenza n. 144 del 13 giugno 2019 della Corte costituzionale, in *Foro it.*, 2019, I, col. 3024 e ss.

⁶ In tema v. anche Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, sulla tutela delle persone più vulnerabili anche per quanto riguarda le scelte di fine vita.

⁷ V. sul tema C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, Bologna, 2005, p. 303, il quale ricorda che «la paura può determinare alcune fra le più grottesche violazioni dei diritti umani».

⁸ Così, ancora, C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., p. 12. Sul punto v. anche M. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019, p. 222, che parla di interazioni trasparenti e sorvegliate tra discrezionalità politica e valutazioni tecnico-scientifiche.

ormai elevatissimo, le misure restrittive introdotte dall'art. 1 del d.P.C.M. dell'8 marzo 2020 siano estese all'intero territorio nazionale.

Tra queste misure è annoverato, oltre a numerosissime altre restrizioni⁹, il divieto di locomozione delle persone fisiche, salvo che «*per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute*» (art. 1, comma 1, lett. a), del d.P.C.M. dell'8 marzo 2020)¹⁰, mentre il comma 2 del d.P.C.M. del 9 marzo 2020, in aggiunta a quanto previsto già dal d.P.C.M. dell'8 marzo 2020, ha vietato sull'intero territorio nazionale ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha ridefinito ancora una volta i contorni del diritto alla salute, soprattutto a tutela delle categorie più deboli, ma ha anche rivelato un ulteriore aspetto, forse inedito nella forma così radicale in cui viene manifestandosi, riguardante più in generale il delicato bilanciamento dei diritti costituzionali, e cioè il difficilissimo equilibrio tra il diritto alla salute nella sua proiezione solidaristica e gli altri diritti fondamentali tutelati dalla nostra Costituzione.

⁹ L'art. 1, comma 1, del d.P.C.M. dell'8 marzo 2020 aveva previsto, inizialmente per la sola regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanio-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia, misure molto drastiche, tra le quali vanno rammentate per la loro incisività e generalità: il divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus (lett. c); la sospensione degli eventi e delle competizioni sportive di ogni ordine e disciplina, in luoghi pubblici o privati (lett. d); la sospensione di tutte le manifestazioni organizzate, nonché degli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso e fieristico, anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico, quali, a titolo d'esempio, grandi eventi, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati (lett. g); la subordinazione dell'apertura dei luoghi di culto all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro di cui all'allegato 1, lett. d), dello stesso d.P.C.M. e, comunque, la sospensione delle cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri (lett. i); la sospensione di tutte le attività di palestre, centri sportivi, piscine, centri natatori, centri benessere, centri termali (fatta eccezione per l'erogazione delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza), centri culturali, centri sociali, centri ricreativi (lett. s). Tutte queste misure, come le altre contemplate dal comma 1 dell'art. 1 del d.P.C.M. dell'8 marzo 2020, sono ora estese all'intero territorio nazionale, come si è detto, dal d.P.C.M. del 9 marzo 2020.

¹⁰ Ancora la citata ordinanza n. 646 dell'8 marzo 2020 della Presidenza del Consiglio – Dipartimento della Protezione civile ha chiarito, sempre all'art. 1, comma 1, «*che quanto previsto dal medesimo articolo 1, comma 1, lettera a) non vieta alle persone fisiche gli spostamenti su tutto il territorio nazionale per motivi di lavoro, di necessità o per motivi di salute, nonché lo svolgimento delle conseguenti attività*». Le ampie eccezioni previste dalla norma stanno già suscitando, tuttavia, alcune perplessità sul piano applicativo. È molto discussa, infatti, sia la stessa natura giuridica del “divieto” di locomozione – se, appunto, si tratti di un divieto vero e proprio o di una raccomandazione assistita, però, da forme di coercizione indiretta, tra le quali la sanzione penale (art. 650 c.p.) nei casi meno gravi – sia la portata delle eccezioni alla sua osservanza, che possono essere oggetto di autocertificazione. Sul punto è dovuta intervenire la recente circolare del Ministero dell'Interno prot. n. 15350 del 12 marzo 2020 a chiarire che «*la previsione di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), del citato decreto dell'8 marzo scorso è finalizzata a evitare ogni spostamento dalla propria abitazione se non per validi motivi*» e che le medesime regole sono valide anche per gli spostamenti all'interno di uno stesso comune, ivi compresa quella concernente il conseguente rientro presso la propria abitazione. Per quanto riguarda le situazioni di necessità, la circolare del Ministero specifica che gli spostamenti sono consentiti per comprovate esigenze primarie non rinviabili, «*come ad esempio per l'approvvigionamento alimentare, o per la gestione quotidiana degli animali domestici, o svolgere attività sportiva e motoria all'aperto, rispettando la distanza interpersonale di almeno un metro*».

Il sacrificio imposto anche a numerosi diritti fondamentali della persona, che vede limitare anche la propria libertà di circolare all'interno del territorio nazionale, se non per giustificate ragioni, o quella di riunirsi, mostra come, anche e soprattutto nel delicato frangente del contrasto all'emergenza epidemiologica, il diritto alla salute del singolo non possa essere inteso nella sua declinazione individualistica più estrema e alla stregua, per rovesciare i termini di un antico adagio, del *vita mea, mors tua*.

Il doveroso riconoscimento dell'autonomia individuale nelle scelte sul proprio corpo, anche quelle estreme che possono avere conseguenze gravissime o mortali, e la riaffermata centralità nel nostro ordinamento del consenso informato, quale massima espressione della dignità umana, hanno nella tutela dei soggetti più deboli il loro limite naturale, connaturato ad un ordinamento democratico fondato sul principio solidaristico, affinché non si smarrisca *«la consapevolezza delle connessioni tra diritti e doveri che la Costituzione allestisce quali condizioni per un esercizio responsabile della libertà e per evitare che questa si riduca a rivendicazionismi individualistici»*¹¹.

In assenza, allo stato attuale delle conoscenze mediche, di una terapia capace di contrastare la diffusione del coronavirus e di curarne i sintomi più gravi, il Governo, con i provvedimenti sopra ricordati, ha ritenuto che misura atta ad impedire il contagio della malattia – che colpisce con maggiore veemenza le persone anziane, immunodepresse o già affette da serie patologie (tra le quali, come rivelano i primi dati, anche malattie particolarmente diffuse come l'ipertensione il diabete) con un tasso di letalità più elevato per soggetti ultrasessantenni – sia anzitutto la riduzione degli spostamenti e, ove questi si rendano necessari, la distanza di almeno un metro tra le persone per evitare il contagio.

Queste misure si sono rese necessarie non solo per la particolare diffusività dell'epidemia, che si sta rivelando superiore ad ogni previsione, ma anche, come è emerso dai dati epidemiologici e dagli eventi occorsi negli ultimi giorni, per l'assenza di particolari accortezze igienico-sanitarie e per il mancato rispetto di misure precauzionali anzitutto da parte di soggetti che sono o si ritengono essere più resistenti alle conseguenze più gravi e finanche mortali del virus, ma che potrebbero trasmetterlo ai soggetti più deboli, con conseguenze irreparabili per la vita di questi ultimi.

La scelta, irresponsabile, di esporsi a situazioni, contesti o momenti di contagio, assunta da parte di soggetti – a torto o ragione ritenuti – più resistenti al virus, oltre che rischiosa per la loro stessa vita a cagione degli imprevedibili, repentini, fulminei sviluppi della malattia, espone soprattutto le persone più vulnerabili ad un rischio irreparabile per la loro salute.

¹¹ Sul principio solidaristico e sulla connessione esistente tra libertà e responsabilità v. le acute considerazioni di G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 2, p. 245 e ss., in particolare a p. 272.

Una simile decisione, con l'accettazione del rischio di contrarre la malattia in forma più blanda pur di non rinunciare alle proprie abitudini di vita, al frequente e ripetuto contatto con altre persone o a spostamenti che non siano dettati da reali necessità, diviene un moltiplicatore della malattia anche per tutti gli altri in quanto pregiudica, per la circolazione del virus anche in Italia, la c.d. *immunità di gregge*.

È bene subito chiarire che tale scelta, a dispetto delle apparenze, è anzitutto sanitaria – per quanto possa apparire “insana” – perché implica, da parte del soggetto che non si attenga ad essenziali o minime misure di cautela di fronte ad un contagio conclamato, anche l'accettazione del rischio di poter contrarre la malattia, seppure nella convinzione – spesso dimostratasi illusoria – di una sua minore virulenza, essendo ben noto che il *virus* ha ormai una diffusività elevatissima in caso di contatti ravvicinati anche con persone in apparenza asintomatiche, e di trasmetterla anche ad altri soggetti in assenza di una copertura vaccinale o, comunque, di una qualsiasi terapia che, allo stato delle conoscenze mediche, consenta di arrestarne la rapida, incontrollata diffusione.

Ma questa scelta del singolo, quando pure sia frutto di un consenso “ben” informato, quale sintesi del diritto alla salute e del diritto all'autodeterminazione, e di una valutazione “ponderata” sui costi/benefici per la propria salute, incontra il limite del *principio solidaristico* (art. 2 Cost.), che costituisce, appunto, l'altro volto del diritto alla salute, quale interesse della collettività, che non può ammettere che la decisione sanitaria, da parte del singolo a torto o a ragione “più forte”, pregiudichi i soggetti più vulnerabili e, nell'ipotesi di una emergenza sanitaria come quella in corso, metta a repentaglio addirittura il funzionamento del Servizio Sanitario Nazionale per l'accresciuta esigenza di ricoveri nei reparti di terapia intensiva di fronte al rapido evolversi della sintomatologia in polmonite intestiziale bilaterale.

Esiste un significativo precedente che, a tacer d'altro, mostra l'indissolubile legame tra aspetto personalistico e aspetto solidaristico del diritto alla salute ed è quello delle vaccinazioni obbligatorie.

Per tali trattamenti sanitari reintrodotti in via obbligatoria dal d.l. n. 73 del 2017, come è noto, la Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018¹² ha osservato che la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale, obiettivo, come visto, ora realizzato dall'art. 1 del d.P.C.M. del 9 marzo 2020 nella lotta contro il coronavirus.

¹² La sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018 della Corte costituzionale si può leggere in *Foro it.*, 2018, I, col. 710 e ss., con nota di G. PASCUZZI, *Vaccini: quale strategia?* Per una interessante ricostruzione della questione degli obblighi vaccinali, anche in chiave comparatistica, v. ora S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, 2018/1, pp. 47-78. Per l'esperienza statunitense v., ad esempio e in particolare, S. ROSSI, *Lezioni americane. Il bilanciamento tra interesse della collettività e autonomia individuale in materia di vaccini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, pp. 749 e ss.

Secondo i documenti delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali, infatti, l'obiettivo da perseguire in questi ambiti è la cosiddetta “*immunità di gregge*”, la quale richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute, non possono sottoporsi al trattamento preventivo.

È evidente che, nell'assenza, allo stato, di una copertura vaccinale contro il nuovo Covid-19, questa stessa “*immunità di gregge*” sia attuabile solamente con misure atte ad evitare il contatto ravvicinato tra le persone, se non nei limiti in cui è necessario e ad una distanza di sicurezza, e tutte le occasioni di assembramento, di qualunque genere.

La similarità della nuova situazione con quella delle vaccinazioni obbligatorie, sul piano del risultato, non è in discussione, perché il principio di precauzione, anche e – vien fatto di dire – soprattutto in assenza di vaccino, impone di adottare le misure finalizzate a preservare o a pregiudicare il meno possibile l'immunità di gregge quantomeno attraverso il contenimento del contagio.

La Corte costituzionale ha osservato che è affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta circa i modi attraverso i quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, in questo secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo.

Questa discrezionalità del legislatore non è però illimitata perché deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia.

E proprio la Corte, con riferimento alla reintroduzione degli obblighi vaccinali, ha osservato che la scelta del legislatore statale non può essere censurata sul piano della ragionevolezza per aver indebitamente e sproporzionatamente sacrificato la libera autodeterminazione individuale in vista della tutela degli altri beni costituzionali coinvolti, frustrando, allo stesso tempo, le diverse politiche vaccinali basate sul solo metodo della persuasione, rivelatosi nel tempo insufficiente ad assicurare la c.d. copertura vaccinale e la citata “*immunità di gregge*”¹³.

Non vi è dubbio che, proprio per la c.d. *riserva di scienza* che vige in questa materia¹⁴, gli obblighi e le prescrizioni estesi dal d.P.C.M. del 9 marzo 2020 all'intero territorio nazionale, siano gli unici, secondo la migliore scienza ed esperienza medica, in grado di preservare la più ampia possibile immunità di gregge – salva l'adozione di misure ancora più restrittive, ove possibili, necessarie e proporzionate per arginare

¹³ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5, cit., col. 726.

¹⁴ Sulla c.d. *riserva di scienza* nelle decisioni pubbliche in ambito sanitario v., di recente, M. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., p. 214 e ss.

la diffusione del virus¹⁵ – a tutela di tutti e, in particolare, dei soggetti più esposti non solo al contagio, ma alle sue conseguenze più pericolose e, a determinate condizioni cliniche, purtroppo letali.

La Costituzione, come ha osservato anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 2065 del 26 settembre 2017 sulle vaccinazioni obbligatorie¹⁶, contrariamente a quanto hanno ritenuto i sostenitori di «alcune interpretazioni riduzionistiche del diritto alla salute»¹⁷, non riconosce un'incondizionata e assoluta libertà di non curarsi o di non essere sottoposti trattamenti sanitari obbligatori (anche in relazione a terapie preventive quali sono i vaccini), per la semplice ragione che, soprattutto nelle patologie ad alta diffusività, una cura sbagliata o la decisione individuale di non curarsi può danneggiare la salute di molti altri esseri umani e, in particolare, la salute dei più deboli, ossia dei bambini e di chi è già ammalato.

Alla stregua dell'art. 32 Cost., la salute non è solo oggetto di un diritto, ma è anche un interesse della collettività, sicché, come ha anche osservato la Corte costituzionale nella sentenza n. 218 del 2 giugno 1994, la tutela della salute implica anche il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Sulla base dell'art. 32 Cost., dunque, la copertura vaccinale può non essere oggetto dell'interesse di un singolo individuo, ma sicuramente è d'interesse primario della collettività e la sua obbligatorietà – funzionale all'attuazione del fondamentale dovere di solidarietà rispetto alla tutela dell'altrui integrità fisica

¹⁵ E il medesimo Governo ha infatti disposto, con il successivo d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, che siano sospese sull'intero territorio nazionale, tra l'altro, le attività commerciali al dettaglio, fatta eccezione per le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità individuate nell'allegato 1, sia nell'ambito degli esercizi commerciali di vicinato, sia nell'ambito della media e grande distribuzione, anche ricompresi nei centri commerciali, purché sia consentito l'accesso alle sole predette attività. Sono stati chiusi, indipendentemente dalla tipologia di attività svolta, i mercati, salvo le attività dirette alla vendita di soli generi alimentari, mentre restano aperte le edicole, i tabaccai, le farmacie, le parafarmacie, e comunque «*deve essere in ogni caso garantita la distanza di sicurezza interpersonale di un metro*» (art. 1 lett. a), mentre restano garantiti, nel rispetto delle norme igienico-sanitarie, i servizi bancari, finanziari, assicurativi nonché l'attività del settore agricolo, zootecnico di trasformazione agro-alimentare comprese le filiere che ne forniscono beni e servizi (art. 1 lett. d).

¹⁶ Il parere 26 settembre 2017, n. 2065/17 (in affare n. 1614/2017) della Commissione speciale del Consiglio di Stato si può leggere in *Foro it.*, 2017, III, col. 609 e ss. Il quesito posto dalla Regione Veneto chiedeva al Consiglio di Stato di precisare, in particolare, se in base alle nuove disposizioni del d.l. n. 73 del 2017 già a decorrere dall'anno scolastico 2017/2018 si dovesse ritenere preclusa la frequenza scolastica ai minori i cui rappresentanti legali, ancorché tenuti a dimostrare nei modi e nei tempi stabiliti dalla fonte primaria l'avvenuto adempimento dell'obbligo vaccinale, non abbiano presentato la documentazione occorrente. La risposta del Consiglio di Stato è stata, in sintesi, che nell'anno scolastico 2017/2018 si applicano gli artt. 3 e 5 del d.l. n. 93 del 2017, sicché valeva anche per l'anno scolastico al tempo corrente il divieto di accesso ai servizi scolastici per i minori nel caso di mancata presentazione della documentazione idonea a comprovare l'adempimento dell'obbligazione vaccinale. Sulle impugnative dei dinieghi di iscrizioni alle scuole materne, motivati dalla mancata vaccinazione dei minori, v. ad esempio T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 16 gennaio 2017, n. 20, in *Foro it.*, 2017, III, 406, e in *Giur. it.*, 2017, p. 1418 e ss., con nota di G. MANFREDI, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, sentenza che ha ritenuto legittimo il regolamento del Comune di Trieste che, anche prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 93 del 2017, aveva subordinato l'accesso dei minori alle scuole primarie all'adempimento degli obblighi vaccinali.

¹⁷ Cons. St., Comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 622.

– può essere imposta ai cittadini dalla legge, con sanzioni proporzionate e forme di coazione indiretta variamente configurate, fermo restando il dovere della Repubblica (anch'esso fondato sul dovere di solidarietà) di indennizzare adeguatamente i pochi soggetti che dovessero essere danneggiati dalla somministrazione del vaccino (e a ciò provvede la legge 25 febbraio 1992, n. 210) e di risarcire i medesimi soggetti, qualora il pregiudizio a costoro cagionato dipenda da colpa dell'amministrazione.

«La mancata considerazione di siffatto dovere di solidarietà rischierebbe, peraltro, di minare alla base – ha osservato a chiare lettere il Consiglio di Stato con riferimento agli obblighi vaccinali – anche l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini sulla quale poggia la stessa democrazia repubblicana, atteso che i bambini costretti a frequentare classi in cui sia bassa l'immunità di gregge potrebbero essere esposti a pericoli per la loro salute, rischi ai quali invece non andrebbero incontro bambini appartenenti a famiglie stanziate in altre parti del territorio nazionale»¹⁸.

Lo stesso ragionamento, con le dovute distinzioni, deve essere applicato anche alla lotta intrapresa dallo Stato contro il coronavirus con le misure sopra ricordate perché il venir meno a questo dovere fondamentale di solidarietà minerebbe parimenti alla base l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini, sulla quale poggia la stessa democrazia repubblicana, esponendo a rischi più elevati proprio i soggetti più vulnerabili e mandando in crisi lo stesso funzionamento del Servizio Sanitario Nazionale, che non sarebbe più in grado di fronteggiare la richiesta di terapia intensiva o sub intensiva¹⁹.

L'egoismo della singola decisione terapeutica, anche irresponsabile e sprezzante del pericolo, non può pregiudicare la dimensione solidaristica del diritto alla salute quale interesse della collettività a tutelare, anzitutto, i soggetti più esposti al rischio.

Il principio di precauzione non obbliga affatto alla scelta del “rischio zero”, ma semmai impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile.

La selezione di tale soglia, tuttavia, può compiersi unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile.

¹⁸ Cons. St., Comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 623.

¹⁹ Per le misure volte a rafforzare l'organizzazione del Sistema Sanitario Nazionale nella lotta contro il coronavirus v., ora, il d.l. n. 14 del 9 marzo 2020, recante appunto «Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19» per l'incremento dei posti letto per la terapia intensiva e sub intensiva necessari alla cura dei pazienti affetti dal nuovo virus.

E in tale prospettiva il principio di precauzione può, talora, condurre le autorità pubbliche a non agire oppure, in altri casi, può spingerle ad attivarsi, adottando misure proporzionate al livello di protezione prescelto e, cioè, adeguate rispetto alla soglia di pericolo accettabile²⁰.

La base scientifica del principio di precauzione rappresenta, come pure il Consiglio di Stato ha ricordato nel più volte citato parere, anche un presidio di garanzia della ragionevolezza delle scelte pubbliche e rafforza conseguentemente la *compliance* delle regole positive (su di esso fondate) che impongano obblighi di comportamento per i consociati.

«La consapevolezza, invero, che il decisore pubblico sia tenuto a seguire una strategia valutativa (di problem solving) poggiante sulle verificabili e verificate acquisizioni della miglior scienza del momento (e sul rigore del relativo metodo) concorre ad escludere il sospetto di arbitrarietà 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)»²¹.

A quello di precauzione si accompagna poi il principio di prevenzione, atteso che la massima efficacia della minimizzazione del rischio, nei sensi sopra indicati, si ottiene, in genere, attraverso un intervento sulle cause della possibile insorgenza del pericolo.

Ebbene, rileva ancora il Consiglio di Stato, non vi è dubbio che il sistema della vaccinazioni obbligatorie sia informato anche a questo principio giuridico, complementare a quello di precauzione e altrettanto rilevante.

Nel valorizzare la declinazione solidaristica del principio di precauzione, il Consiglio di Stato ha sottolineato la indubbia valenza scientifica nella misura in cui esso poggia su solide basi scientifiche, ad escludere il sospetto di arbitrarietà inevitabilmente connesso, così si esprime il Consiglio di Stato, ad ogni “*epifania dell'autoritatività*”, specialmente quando quest'ultima si manifesti sotto forma di biopotere e, cioè,

²⁰ Sul rapporto tra principio di precauzione e canone di proporzionalità v., di recente, Cons. St., sez. III, 9 marzo 2020, n. 1692, il quale ricorda, seppure con riferimento alla *Xylella fastidiosa* che infesta gli ulivi in Puglia, che, «quando risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive (v., in particolare, Corte di Giustizia UE, 17 dicembre 2015, in C-157/14, §§ 81-82)» e che «il suddetto principio deve, inoltre, essere applicato tenendo conto del principio di proporzionalità, il quale esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione e quelli adottati dalle amministrazioni nazionali in conseguenza non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno gravosa, e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti». Sempre su tale rapporto, con riferimento ad una gara per la fornitura di vaccini, cfr. anche l'importante sentenza del Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, che contiene importanti precisazioni sull'applicazione del principio in materia vaccinale. In tema, con specifico riferimento anche a quest'ultima pronuncia, v. anche M. MENDILLO, *Precauzione e proporzionalità in una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, n. 3 – 2020.

²¹ Cons. St., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 625. Sulla maggiore legittimazione della funzione legislativa v. M. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., p. 222.

di esercizio di poteri autoritativi, con restrizioni anche sulle libertà fondamentali dell'individuo, nella gestione del corpo umano.

Le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale e dal Consiglio di Stato in materia di obblighi vaccinali hanno una indubbia valenza generale.

In sintesi, l'intervento autoritativo in materia sanitaria e l'esercizio del c.d. *biopotere*, dunque, devono fondarsi su due presupposti:

a) l'uno, assiologico, rispondente al *principio di solidarietà*, che impone al decisore pubblico (legislatore o pubblica amministrazione) di intervenire a tutela di un interesse collettivo e di porre al riparo soggetti indifesi o più vulnerabili da scelte fatte dal singolo, in una prospettiva esclusivamente egoistica, che possono ledere o anche solo mettere in pericolo la salute degli altri;

b) l'altro, metodologico, rispondente ad *una legge di copertura scientifica*, che impone al decisore pubblico di adottare una misura razionale o quantomeno ragionevole, sindacabile dal giudice costituzionale a livello di normazione primaria o dal giudice amministrativo a livello di normazione secondaria o di singola decisione amministrativa, sulla base di canoni epistemologici che consentono di apprezzare, quanto ad attendibilità logica, la "tenuta" della decisione in punto di discrezionalità tecnico-scientifica²².

Se si tengono ferme queste essenziali coordinate, all'interno delle quali si muove il decisore pubblico (legislatore o amministratore) nell'esercizio del biopotere, si comprende come le severe misure adottate per il contrasto al coronavirus, anche se comportano un pur temporaneo, eccezionale, limite all'esercizio di libertà fondamentali, non configurano, come si è detto, un diritto della paura, dettato da pulsioni irrazionali, né un attentato ai diritti fondamentali, perché giustificate dal principio solidaristico e, con esso, dalla irrinunciabile tutela della persona umana, e sono anzi le sole che garantiscono, secondo la miglior scienza ed esperienza medica del momento storico, il rispetto del principio solidaristico contro decisioni avventate o irresponsabili dei singoli in una visione solo egoistica del proprio benessere e della società, concepita e confusa in un malinteso senso di "socialità", che sfidi divieti e cautele.

Un'idea, questa, che porta a concezioni egoistiche del diritto alla salute, come benessere solo di sé; un'arida visione dei diritti alieni dai doveri, a cominciare da quello primario della solidarietà; un «*pensare che il diritto sia ciò che personalmente si crede essere «giusto»*», tipica espressione di quello che è stato chiamato «*terraplattismo giuridico*»²³, senza considerare che organizzazione e diritti sono «*aspetti speculari della stessa*

²² Sia consentito rinviare comunque sul punto a M. NOCELLI, *Libertà e autorità nelle decisioni sanitarie tra principio personalistico e solidaristico*, in S. CACACE, A. CONTI e P. DELBON (a cura di), *La volontà e la scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino, 2019, pp. 39-66.

²³ G. PASCUZZI, *Prevenire il «terraplattismo giuridico»*, in *Foro it.*, 2010, V, col. 19. Giustamente l'Autore ammonisce, a conclusione del proprio saggio, che «*il «terraplattismo giuridico» si combatte anche non offrendo del diritto una immagine di quello che il diritto non è: una scienza separata un po' complicata e un po' parolaiata*».



*materia*²⁴ ed ogni organizzazione si fonda sul rispetto dei doveri, sicché, se non vi è una organizzazione sanitaria capace di sostenere l'esercizio dei diritti, nessun diritto è possibile.

La guerra contro il coronavirus non è, perciò, soltanto e anzitutto una lotta ingaggiata dalla scienza contro un male nuovo, invisibile, mortale, ma è anche una battaglia di civiltà giuridica, la riaffermazione di un volto, forse un po' appannato, del diritto alla salute, quello della solidarietà verso l'altro, e insieme l'occasione per l'importante riscoperta di un valore, l'eguaglianza fondamentale dei cittadini e, con essa, la tutela della dignità della persona, a cominciare dalla più vulnerabile ed esposta al rischio di ammalarsi e morire, valore sul quale poggia la democrazia repubblicana²⁵.

Essa è dunque oggi in Italia, se così intesa, una lotta della democrazia per la democrazia, una lotta per salvare se stessa.

²⁴ Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 3, p. 222, con nota di A. MARI, *Riserva di legge aperta e limitazioni delle iscrizioni all'Università*, Ma v. sul punto anche Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

²⁵ Così il già più volte citato parere sulle vaccinazioni obbligatorie del Cons. St., Comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065/17, cit., col. 623.