

LA SCIENZA E LA TECNICA DI FRONTE ALLA DISCREZIONALITÀ POLITICA E AMMINISTRATIVA: PRINCIPIO DI “NON CONTRADDIZIONE” E DIRITTO ALLA SALUTE

Emilio Castorina

Professore Ordinario di Diritto Costituzionale

Dipartimento di giurisprudenza - Università degli studi di Catania.

Abstract [ITA]: Se la scienza non può rispondere alla domanda di come dovremmo vivere e cosa dovremmo fare, a quali ultimi e più alti valori dovremmo orientare la nostra vita, essa diviene, tuttavia, il necessario presupposto per scelte politiche ragionevoli. Il fondamento delle decisioni che devono necessariamente rifarsi ai dati della scienza e della tecnica riposa nel principio di “non contraddizione” tra legislazione positiva e fenomeno naturale scientificamente osservato. Il Parlamento, come già ammonì Montesquieu, non è destinato a operare come “onnipotente arbitro del divenire umano”, ma quale “accorto interprete della «natura» del suo Stato e dell’*esprit général* del suo popolo” ed è per questa ragione che le leggi positive non possono infrangere l’ordine naturale delle cose. Negli ordinamenti contemporanei, il principio di “non contraddizione” della legge politica rispetto alla legge naturale si caratterizza per contenuti assiologici che sono il dato più sensibile delle odierne democrazie costituzionali. Durante la pandemia da Covid-19, la discrezionalità nella imposizione degli obblighi vaccinali è stata esercitata alla luce delle condizioni sanitarie ed epidemiologiche, così come accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che devono guidare, appunto, il Legislatore nell’esercizio delle proprie scelte politiche, sì da consentire, eventualmente, alla Corte costituzionale, com’è accaduto, di valutare la non irragionevolezza e la non sproporzionalità dell’introduzione di obblighi in tale senso e delle specifiche conseguenze che la legge parlamentare abbia voluto far conseguire alla violazione di esso.

Abstract [ENG]: *If science cannot answer the question of how we should live and what we should do, to which ultimate and highest values we should direct our lives, it nevertheless becomes the necessary prerequisite for reasonable political choices. The foundation of the decisions that must necessarily refer to the data of science and technology rests in the principle of “non-contradiction” between positive legislation and scientifically observed natural phenomenon. Parliament, as Montesquieu already warned, is not destined to operate as an “omnipotent arbiter of human becoming”, but as a “shrewd interpreter of the “nature” of its State and of the *esprit général* of its people” and it is for this reason that the positive laws cannot break the natural order of things. In contemporary legal systems, the principle of “non-contradiction” of political law with respect to natural law is characterized by axiological contents which are the most sensitive datum of today’s constitutional democracies. During the Covid-19 pandemic, the discretion in imposing vaccination obligations must be exercised in the light of the sanitary and epidemiological conditions, as ascertained by the competent authorities, and of the ever-evolving acquisitions of medical research, which must guide, in fact, the Legislator in the exercise of its political choices, so as to allow, possibly, the Constitutional Court, as happened to deal with the Coronavirus, to evaluate the non-unreasonableness and non-proportionality of the introduction of obligations in this sense and the specific consequences that the parliamentary law wanted to combine with the violation of it.*

SOMMARIO: 1. Diritto costituzionale e scienza: alcune premesse. - 2. *Segue:* il principio di “non contraddizione” e la libertà del pensiero scientifico (art. 33 Cost.). - 3. Scienza, tecnica e primato dell’essere umano. - 4. I limiti al principio di maggioranza e l’imposizione di obblighi vaccinali. - 5. *Segue:* la “discrezionalità” del legislatore nel fronteggiare la pandemia e il giudizio di costituzionalità sulla ragionevolezza del relativo esercizio. - 6. L’applicazione del “principio di precauzione” di fronte alle prime incertezze scientifiche.

1. Diritto costituzionale e scienza: alcune premesse.

In materia di salvaguardia e cura della salute pubblica, non meno che in altri campi in cui le conoscenze scientifiche sono chiamate a supportare le decisioni dei pubblici poteri (si pensi, ma non solo, anche al settore ambientale e dell’energia, alle biotecnologie o all’informatica), non si può prescindere dal “parere della scienza”¹.

Il fenomeno pandemico è stato costellato da dispute, anche vivaci e accese, che hanno interpellato le acquisizioni tecnico-scientifiche: dalla determinazione, assunta dall’Organizzazione Mondiale della Sanità, di classificare SARS-CoV-2 come virus trasmesso per via aerea piuttosto che attraverso le goccioline respiratorie (*droplets*), con significative ricadute sulle determinazioni da adottare in via precauzionale (se quelle per la difesa individuale ravvicinata, ovvero mediante una più efficace ventilazione nei luoghi chiusi)²; alle metodologie statistiche impiegate per ricavare gli indici di trasmissione dei contagi³.

Adesso, superata, come sembra, la fase di massima acuzie, sono rimaste sul tappeto questioni altrettanto delicate che, “da solo”, il decisore politico non è in grado di affrontare appropriatamente, come, ad esempio, i possibili effetti a lungo termine legati alla contrazione del virus (il c.d. *long Covid*) in attesa di Linee guida nazionali e di una compiuta casistica per fronteggiare e gestire questa sindrome a livello sanitario e logistico⁴; parimenti problematica risulta la stima del mantenimento di elevate risposte immunitarie sulla base dell’alternativa di pianificare richiami vaccinali piuttosto che attenderne la sperimentazione di nuovi, avendo numerosissimi approfondimenti scientifici documentato come a seguito della

¹ Per più ampie notazioni, sia consentito rinviare a E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 4/2015, Relazione al XXX Convegno annuale AIC - Roma 2015, “La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali” (*Annuario 2015. La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Napoli, 2017).

² Perché l’OMS ha impiegato due anni per dire che COVID-19 si trasmette per via aerea, in *Le Scienze*, 12 aprile 2022.

³ Lazio zona rossa, la polemica degli statistici: “Una misura priva di senso scientifico”, in *Roma.repubblica.it*, 12 marzo 2021.

⁴ Covid, l’autunno non sarà all’insegna di obblighi e chiusure. Affidarci a scienza e buonsenso, imparando a convivere con una malattia ancora tutta da studiare, in *Dire*, 16 giugno 2022.

vaccinazione (o della guarigione dal contagio) si attiva comunque una risposta anticorpale, ancorché soggettivamente apprezzabile⁵.

In questi casi, soltanto in via esemplificativa riportati, il decisore pubblico è chiamato a disciplinare l'“uso” della scienza, che riesce anche a materializzarsi nel “prodotto” tecnologico e nella sua “somministrazione”: il diritto costituzionale, allora, fornisce, per così dire, la “misura della scienza”, segnando i confini (e i limiti) entro cui l'ordinamento giuridico è legittimato a intervenire in queste attività umane⁶ senza violare lo statuto della persona e, dunque, i valori dai quali essa è identificata come tale nella Legge fondamentale⁷.

2. Segue: il principio di “non contraddizione” e la libertà del pensiero scientifico (art. 33 Cost.)

Il fondamento delle decisioni che devono necessariamente rifarsi ai dati della scienza e della tecnica riposa nel principio di “non contraddizione” tra normazione positiva e fenomeno naturale scientificamente osservato, com'è stato evidenziato e dimostrato già nell'età dei “Lumi”.

La notorietà di Montesquieu è legata alla teorizzazione della separazione dei poteri e certamente meno all'individuazione di questo rilevante principio dello Stato moderno, destinato a divenire sempre più rilevante nelle decisioni bio-giuridiche (e non solo) del Legislatore dei nostri tempi e del prossimo futuro: il Parlamento, come ammonì il Barone de La Brède, non è destinato a operare come “onnipotente arbitro del divenire umano”, ma quale “accorto interprete della «natura» del suo Stato e dell'*esprit général* del suo popolo” ed è per questa ragione che le leggi positive non possono infrangere l'ordine naturale delle cose⁸.

Le scienze esatte hanno svolto una funzione decisiva nella “formazione della consapevolezza del mondo politico e sociale” da quando s'indirizzarono alle prime interpretazioni della natura⁹. La “rivoluzione” dei secoli XVI e XVII, proponendo nuovi campi di conoscenze e la loro applicazione ai diversi fenomeni dell'esistenza, fu determinante per la formazione di ciò che oggi chiamiamo “scienza dello Stato”¹⁰. Quando i modelli d'interpretazione filosofici e teologici persero la pretesa di spiegare qualsiasi fenomeno dell'esperienza umana e le acquisizioni delle nuove scienze

⁵ Facciamo il punto sui vaccini, in *Scienza in rete.it*, 28 giugno 2022.

⁶ In questi termini, L. ARCIDIACONO, *L'embrione è soggetto di diritti*, in *Luci accese sulla Costituzione. Interventi di Luigi Arcidiacono*, Roma, 2013, 261.

⁷ A. BARBERA, *Un moderno «habeas corpus»*, in *Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo: Vita e Scienza*, a cura di A. Pérez Miras-G.M. Teruel Lozano-E.C. Raffiotta, Cizur Menor (Navarra), 2013, 116, precisa che il riferimento al limite dei valori della persona e del principio di solidarietà, ancorché possa apparire elastico, è comunque in grado di evitare “un ancor più generico riferimento a qualsivoglia libera determinazione dell'individuo”.

⁸ S. COTTA, *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, 1953, spec. 355, richiama, al riguardo, il contenuto di tutto il Libro V dell'*Esprit des lois*. Cfr., su tale profilo, anche S. ROTTA, *Montesquieu, in Il pensiero politico. Idee Teorie Dottrine*, V. II, Età moderna, a cura di A. Andreatta e A. E. Baldini, Torino, 1999, 348 s.

⁹ Così, R.C. LEWONTIN, *Biologia come ideologia. La dottrina del DNA*, Torino, 1993, 76.

¹⁰ P. BADURA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, a cura di F. Fardella, Milano, 1998, 84 ss.

naturali si diffusero rapidamente, “le scoperte astronomiche, meccaniche, matematiche e mediche si ripercossero direttamente sull’etica, sulla politica e sulla giurisprudenza”¹¹; è proprio questo il momento in cui le scienze moderne, con la domanda sul “come delle cose”, si sono poste al servizio delle finalità della volontà umana e del vivere civile¹². Una conoscenza, secondo Hobbes, è possibile soltanto con riferimento agli oggetti prodotti dall’uomo e, dunque, anche la politica, al pari della matematica e dell’etica, dovrà reggersi su taluni principi essenziali, atti a spiegare i fenomeni suoi propri. Il filosofo e politico tedesco Leibniz, com’è noto, diede sistemazione al c.d. calcolo infinitesimale, avvertendo che, se per la matematica deve farsi appello a una logica della certezza, per la politica, invece, risulta più appropriata una logica della probabilità¹³.

Gli sviluppi del costituzionalismo, caratterizzati dall’abbandono di un concetto neutro di costituzione e dall’assunzione di un predeterminato ordine di valori condivisi¹⁴, al quale la “legge politica” deve rifarsi e armonizzarsi, hanno condotto il principio di separazione-non contraddizione tra scienza e ordinamento costituzionale in un contesto del tutto nuovo rispetto al precedente e, per altro, contrassegnato prima di ogni altra cosa dalla “libertà” della ricerca scientifica e tecnologica.

Prende forma più compiuta, dunque, l’idea che il rapporto tra scienza, tecnica e ordinamento giuridico debba essere declinato in termini di “non contraddizione” e di tendenziale “non interferenza” con la “natura della cosa”¹⁵, poiché il rapporto tra il “fatto” espresso dalla “legge naturale” e la “legge politica” -riprendendo la nota separazione proposta da Hume -sta nella distinzione tra “ciò che è” e “ciò che deve essere”¹⁶. Parimenti, nel sostrato culturale di quel tempo si avverte la tensione ideale che condurrà all’emancipazione della dottrina dello Stato rispetto alle c.d. scienze della natura, nel presupposto che “la prima intende recare un contributo scientifico all’ordinamento delle collettività umane, mentre alle seconde spetta il compito di promuovere l’assoggettamento della natura in vista dei fini dell’uomo”¹⁷.

11 Come ricorda M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, Milano, 2008, 342 ss., “Gassendi, Pascal, Hobbes, Descartes, Weigel, Leibniz e Wolff erano matematici e avevano affrontato grazie alla matematica questioni di carattere etico-politico e giuridico”.

12 Sul carattere generale del pensiero scientifico, cfr., ancora, P. BADURA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, cit., 57 ss.

13 Al riguardo, L. BASSO, *Individuo e comunità nella filosofia politica di G.W. Leibniz*, Soveria Mannelli, 2005, 183.

14 A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, 2004, 3.

15 Sui contenuti di questa nozione si può rinviare al contributo di R. BIFULCO, *Per un uso ragionevole della natura della cosa*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, t. I, Napoli, 2008, 147 ss.

16 Si tratta della c.d. legge di Hume (D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, a cura di P. Guglielmoni, Milano, 2001, 929). “Non è la cosa, allora, a essere normativa, ma il principio che le attribuisce valore vincolante. Si vede con chiarezza il carattere del tutto neutro della «cosa» e l’impossibilità di derivarne alcunché avente significato normativo” (G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 84).

17 P. BADURA, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, cit., 83.

Negli ordinamenti contemporanei, il principio di “non contraddizione” della legge politica rispetto alla legge naturale si fa carico di contenuti assiologici che sono il dato più sensibile delle odierne democrazie costituzionali.

Queste si sono assunte il compito, attraverso specifiche disposizioni di rango costituzionale, non solo di garantire i fondamentali diritti della persona umana, ma anche di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca, assicurandone sia l'autonomia rispetto agli apparati di governo, sia la divulgazione dei risultati conseguiti attraverso le più diverse modalità di diffusione (scuola, università, pubblicazioni di sempre più ampia circolazione attraverso Internet, ecc.).

Ciò vale, com'è noto, non soltanto per l'esperienza italiana (cfr. gli artt. 9 e 33 Cost., anche con riferimento all'istituzione universitaria), giacché la gran parte delle Costituzioni liberaldemocratiche europee hanno adottato un simile modello (si vedano, ad esempio, l'art. 5, comma terzo, della Legge Fondamentale tedesca¹⁸, gli artt. 73 delle Costituzioni portoghese e polacca, ed altre ancora) ed è anche per questo che la Carta dei diritti fondamentali di Nizza-Strasburgo ha riconosciuto, nell'ordinamento europeo, la piena vigenza del principio di libertà di arti e scienze (art. 13).

Negli ordinamenti democratici e pluralisti, la “libertà di ricerca scientifica”, anche laddove non fosse espressamente sancita nel testo costituzionale, è comunque tutelata come manifestazione di altre libertà fondamentali.

L'esperienza statunitense offre un esempio rilevante in tal senso, ove essa è considerata estrinsecazione della libertà garantita al XIV Emendamento e della libertà di espressione¹⁹ di cui al I Emendamento e può soggiacere, specialmente se finanziata con fondi pubblici, alle ragionevoli limitazioni che possono riguardarla nel rispetto del “due process of law”. La dottrina e la giurisprudenza nord-americana non considerano la libertà di ricerca un “diritto assoluto”: essa è tenuta a operare in linea con le più diffuse concezioni etiche e l'ordinamento giuridico può stabilire limitazioni in ordine alle metodiche praticate al fine di tutelare, innanzitutto, i soggetti che sono sottoposti a trattamenti sperimentali (richiedendo loro una

18 Si tratta di una previsione che -nell'ordinamento tedesco -delinea gli elementi del c.d. “diritto costituzionale della cultura” (P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, 26). Esso garantisce al soggetto non solo la libertà giuridica di compiere azioni ricadenti nell'ambito della scienza, nonché il diritto (c.d. ad azioni negative) verso lo Stato a che non ostacoli tali comportamenti, ma anche la pretesa ad azioni positive di quest'ultimo, di tipo organizzativo, atte a garantire la possibilità di una libera attività scientifica: R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 272 ss. In quest'ultima dimensione s'inscrive la problematica della garanzia istituzionalizzata della libertà scientifica come “diritto fondamentale dell'università tedesca”, per la quale cfr. E-W. BÖCKENFÖRDE, *Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali*, in *Stato, costituzione, democrazia*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano, 2006, 164, ma già, con riguardo all'esperienza weimariana, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 228 ss.

19 In senso analogo, la sent. Corte EDU, n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, del 28.5.2013, nella quale si precisa che tale libertà è riferita a coloro che direttamente si occupano di ricerca.

manifestazione di chiaro consenso), ma anche il feto, colui che non è ancora nato e, più in generale, la salute e la sicurezza pubblica²⁰.

L'indipendenza del "mondo del pensiero"²¹, corollario del menzionato "principio di separazione", è il bene giuridico tutelato nel primo comma dell'art. 33 della Costituzione italiana, ove si proclama che "l'arte e la scienza sono libere" al fine di esprimere il valore intrinseco della conoscenza, "della scienza per la scienza"²², senza barriere tra le differenti aree del sapere, tant'è che la comunità scientifica è considerata nella sua globalità²³.

La prima proposizione dell'art. 33 (essendo la seconda volta a garantire il libero insegnamento di arte e scienza²⁴), sebbene contigua alla garanzia della libertà di manifestazione del pensiero racchiusa nell'art. 21, non si risolve, rispetto a quest'ultima, in una duplicazione priva di significato; ed è per tale ragione che in Assemblea Costituente fu rimarcato come non si trattasse soltanto di elevare a rango costituzionale "una verità tanto palese", ma, soprattutto, di innalzare a principio irrinunciabile il fatto che le manifestazioni scientifiche e artistiche del "genio individuale" non possono essere "colpite da coazione", tanto da risultare "non libere"²⁵ o "subire orientamenti ed indirizzi unilateralmente e autoritativamente imposti"²⁶.

La disciplina di rango costituzionale non appare unicamente diretta alla garanzia dei singoli (a tale specifico riguardo, infatti, sovrviene l'apposita disciplina racchiusa nell'art. 21 Cost.), ma a riconoscere il valore, nel loro complesso, delle attività scientifiche e tecniche²⁷ unitariamente intese e integranti un vero e proprio "ordine"

20 L.B. Andrews, *Is There a Right to Clone? Constitutional Challenges to Bans on Human Cloning*, in *11 Harvard Journal of Law & Technology* 643 (1998), 661 ss.

21 L'espressione è di E.J. HOBBSAWM, *L'età della rivoluzione, 1789-1848*, Milano, 1999, 465, il quale fa notare come scienze e arti possano essere comunque influenzate dai contesti sociali e politici in cui operano.

22 In questi termini, J.H. POINCARÉ, *Il valore della scienza*, trad. di G. Ferraro, Bari, 1992, 197.

23 Espressione di tale esigenza, e della necessità di sostenere l'unità dei saperi, è il volume *Science and the Modern Mind*, a cura di G. Holton, (Scienza e cultura oggi), trad. it. di L. Bianchi, Torino, 1962, con contributi di H. Guerlac, H. Brown, G. de Santillana, P. Frank, J.R. Oppenheimer, J.S. Bruner, P.W. Bridgman, C. Morris e H.M. Jones.

24 Al riguardo, si possono annoverare gli interventi in Assemblea Costituente di Bernini, Dossetti, Marchesi, in Atti Ass. Cost., seduta plenaria del 28 aprile 1947, p. 3344 ss. Interessante, altresì, il dibattito che si era già sviluppato all'interno della Prima Sottocommissione, in particolare nella seduta del 18 ottobre 1946, nel quale è stato posto l'accento ora sulla "universalità della scienza e dell'arte al di sopra di ogni barriera statale e di ogni sentimento nazionale, al di sopra di ogni tendenza, di ogni orientamento politico, giuridico e sociale, rendendo omaggio nel contempo alle manifestazioni eccelse della personalità umana" (Mastrojanni), ora sulla necessità di escludere alcuna "finalizzazione" di arte e scienza, fuori e dentro la scuola (Marchesi).

25 Determinante fu, sul punto, il contributo di Marchesi nel dibattito in sede costituente (cfr., ancora, Atti Ass. Cost., seduta plenaria del 28 aprile 1947, cit., 3343).

26 Cfr. Corte cost., sent. n. 57 del 1976, in *Giur. cost.*, 1976, la quale nei termini sopra riportati qualifica la "autentica portata" del contenuto dell'art. 33 Cost. In dottrina, F. RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, 157 ss.

27 G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014, 23 ss., nel riconoscere all'art. 33, comma primo, Cost., natura di norma di principio ("la cultura deve essere libera"), che sta alla base della "costituzione culturale", sottolinea come "l'attività intellettuale non libera, cioè asservita a interessi d'altra natura non è arte, né scienza: è prosecuzione con altri mezzi di politica ed economia".

di conoscenze sistematizzate, alle quali la disposizione direttamente si rivolge, siano esse meramente speculative ovvero consistenti nella creazione di artefatti al servizio dei bisogni dell'uomo. Così, è possibile distinguere tra il diritto all'espressione scientifica e artistica -tutelato, con i relativi limiti, nella previsione da ultimo richiamata²⁸ -e la libertà di arti e scienze come valore costituzionale in sé, al quale aspira, del resto, l'ultimo comma dell'art. 33, garantendo un "ordinamento autonomo" alle più elevate istituzioni in cui tale libertà può essere coltivata, sviluppata e trasmessa²⁹.

La previsione del primo comma dell'art. 33 traduce, in definitiva, il divieto per i pubblici poteri e, innanzitutto, per il legislatore di penetrare il "limite tecnico scientifico"³⁰ in uno all'esigenza di protezione forte della libertà di scienza (istituzionalizzata o meno), come mise già in evidenza la dottrina nel richiamare il testo dell'art. 142 della Costituzione di Weimar, che i nostri Costituenti hanno inteso riprodurre³¹, al fine di sancire l'indipendenza del "mondo del pensiero"³². Le radici liberali della discussa Costituzione del 1919, per altro, sono riconoscibili nella derivazione popolare del potere politico (art. 1)³³ e soprattutto caratterizzano l'impianto del sistema delle libertà che intendeva recuperare, su basi positivistiche, quello della Costituzione liberal-borghese della *Paulskirche*³⁴, ma che non era presente nella Costituzione guglielmina del 1871, priva, com'è noto, di un catalogo dei diritti di libertà³⁵.

L'abbinamento, di evidente derivazione liberale, con cui scienze e arti hanno ricevuto considerazione nel contesto weimariano, può essere decifrato seguendo la lettura già sistematizzata nell'*Encyclopédie*³⁶, ove il principale criterio distintivo si faceva consistere nel carattere speculativo delle prime rispetto alla connotazione pratica delle seconde, con la precisazione che "si può in genere definire arte ogni

28 Va considerato, di contro, che la dottrina prevalente sostiene la tesi secondo cui l'art. 21 Cost., sotto il profilo della tutela dei contenuti delle manifestazioni del pensiero in materia scientifica, vada interpretato sistematicamente con l'art. 33 Cost., il quale, dunque, non potrebbe dare legittimamente fondamento a discipline speciali, nulla aggiungendo tale disposizione alle garanzie apprestate in linea generale dall'art. 21, applicabile, anche nel suo comma sesto, alle manifestazioni artistiche e scientifiche (cfr., per tutti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1992, 392 s. e nt. 6).

29 Al riguardo, sia consentito rinviare a E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista*, Milano, 1992, 108 ss. e, più di recente, *Lo status dei docenti universitari*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2021.

30 Sul c.d. limite tecnico-scientifico, tra gli altri, E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, 91 ss.

31 In questa direzione fu decisivo il contributo di Marchesi, che ne propose la formulazione (cfr. Atti Ass. Cost., seduta plenaria del 28 aprile 1947, cit., 334).

32 Con riguardo all'esperienza weimariana, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 228 ss., distingue i diritti fondamentali veri e propri dalle c.d. garanzie istituzionali (ancorché possano risultare in esse implicati "diritti soggettivi di singoli o di corporazioni"), riferite, fra l'altro, alla libertà di scienza e del suo insegnamento come "diritto fondamentale delle università tedesche".

33 E-W. BÖCKENFÖRDE, *Sviluppo storico e mutamento di significato della Costituzione*, in *Stato, costituzione, democrazia*, cit., 46.

34 L'art. 152 della Costituzione imperiale del 1849 recitava: "La scienza è libera e libero ne è l'insegnamento". Sullo sviluppo del costituzionalismo tedesco, F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*, Milano, 2009, 31 ss.

sistema di conoscenze riducibile a regole positive, invariabili e indipendenti dal capriccio e dall'opinione". Si legge, ancora nel contributo di D'Alembert, che "molte delle nostre scienze, considerate dal punto di vista pratico, sono arti" e che, tra queste ultime, le "arti meccaniche" (consistenti in operazioni manuali) procurano alla società "maggiore utilità" rispetto alle c.d. arti liberali (guidate da "regole relative alle operazioni dell'intelletto o dell'anima")³⁷.

L'interesse per il progresso della società, spinto dall'apporto di "arti e scienze", era presente nel testo costituzionale nord-americano, in cui è ben visibile l'influenza del pensiero liberale allorché il n. 8 della Sezione VIII dell'Art. I della Carta di Filadelfia attribuisce al Congresso degli Stati Uniti il compito "to promote the progress of science and useful arts": sancendo la possibilità che sia garantita, per periodi limitati, agli inventori il diritto esclusivo sugli scritti o sulle loro scoperte, si dà rilevanza giuridica unicamente alle arti "utili", come aveva ammonito Adam Smith³⁸. Delle arti liberali (tra le quali, in particolare, la grammatica, la logica, la morale), quelle che si pongono come finalità l'imitazione della natura sono chiamate "belle arti" e mirano soprattutto al diletto; ma sono quelle c.d. meccaniche, in quanto utili (si pensi, già allora, alla stampa, all'utilizzo della polvere da sparo o alle applicazioni dell'ago magnetico³⁹), il nuovo oggetto di promozione e tutela da parte del nascente costituzionalismo⁴⁰.

È da ritenere, su tali premesse, che i testi costituzionali vigenti -e, per quanto in questa sede interessa, l'art. 33 della Costituzione italiana⁴¹ - vadano interpretati alla

35 D. NOCILLA, *Introduzione*, in G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di D. Nocilla, Milano, 2002, LII ss., LXVII, sottolinea la configurazione positivista che, dal 1848 in poi, caratterizzò la dottrina giuridica tedesca "in quanto comune sia alle forze liberali sia a quelle conservatrici", sì da implicare che i diritti soggettivi, sganciati dal diritto naturale, "si configurassero come il risultato della specifica protezione che le norme dello Stato attribuivano a determinati interessi umani".

36 In continuità con la rivoluzione scientifica della fine del secolo XVII e gli inizi del successivo, essa, "dando corpo alle profezie baconiane, aveva infranto le gerarchie tradizionali del sapere e imposto un nuovo assetto dell'albero enciclopedico", assecondando, dunque, il declino della metafisica, della teologia, dell'erudizione, a favore del rilievo dominante delle matematiche, delle discipline sperimentali e, con esse, appunto, delle arti e delle tecniche (P. CASINI, *Premessa*, in *Enciclopedia o Dizionario ragionato delle scienze, delle arti e dei mestieri*, ordinato da Diderot e D'Alembert, cit., V).

37 D'ALEMBERT, *Discorso preliminare*, in *Enciclopedia*, cit., 22. Fa notare M. Foucault, "Bisogna difendere la società", Milano, 2008, 158, che il XVIII secolo ha rappresentato l'epoca della "messa in forma disciplinare dei saperi" e ciò ha portato alla nascita della "scienza" come "campo generale, come polizia disciplinare dei saperi", rispetto alla quale gli interessi tecnologici dell'*Encyclopédie* non vanno imputati a una sorta di materialismo filosofico, "ma piuttosto a un'operazione, politica ed economica insieme, di omogeneizzazione dei saperi tecnologici".

38 A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, con introduzione di A. Roncaglia e contributi critici di L. Colletti, C. Napoleoni e P.S. Labini, Roma, 1995, 640. In argomento, M. PATRONO, *La Costituzione vivente*, in C. Sacerdoti Mariani - A. Reposo - M. Patrono, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1995, 47.

39 In questi termini, D. DIDEROT, *Arte*, in *Enciclopedia*, cit., 110.

40 Cfr., ancora, D'Alembert, *Discorso preliminare*, cit., 24.

41 In merito alla tendenziale corrispondenza dei termini "arte" e "tecnica", con riferimento soprattutto alla tradizione semantica e non specificamente all'interpretazione del dato costituzionale, si vedano le condivisibili notazioni di P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale AIC, Napoli, 2014, 47.

luce di tale accezione di “arte”⁴², comprensiva, appunto, dell’insieme delle possibili “tecniche”, baconianamente intese quali arti del fare⁴³; conclusione che trova, per altro, ripetute conferme anche nell’interpretazione del giudice costituzionale, il quale, ad esempio, utilizza l’espressione “arte medica”, appunto, quale tecnica e pratica terapeutica fondata su acquisizioni scientifiche e sperimentali⁴⁴.

3. Scienza, tecnica e primato dell’essere umano.

La dimensione costituzionale assunta dal principio di “non contraddizione” comporta, pertanto, l’affrancamento di scienza e tecnica da un’immedesimazione, d’intensità variabile, con le istanze politiche e istituzionali, nelle quali -in precedenti assetti ordinamentali -venivano direttamente coinvolti i “nuovi scienziati”⁴⁵, specialmente ove si andava sviluppando una nuova coscienza nazionale e a sostegno di questa⁴⁶.

Un’assai penetrante forma d’immedesimazione coinvolse, ad esempio, la prospettiva del pensiero anti-illuminista interpretata dal modernismo tedesco degli anni venti e trenta del secolo scorso, la quale mirava a conciliare le idee romantiche con le manifestazioni razionali della moderna tecnologia (che commisura i mezzi ai corrispondenti fini), ricorrendo a un’accettazione irrazionalistica di essa al fine di ricondurre la tecnologia “da componente dell’estranea *Zivilisation* (civiltà) occidentale in parte organica della *Kultur* tedesca”: in uno al sostegno alla bellicosa politica nazionalsocialista, veniva promossa, secondo tale visione, l’industria e, più in generale, la potenza della nazione, al cui servizio erano destinati, appunto, gli apparati tecnologici⁴⁷.

Qualunque sia il peso decisionale assunto dai tecnici o dagli esperti portatori di raffinate conoscenze specialistiche (si pensi alle autorità amministrative indipendenti)⁴⁸, anche con riguardo a contesti interni o sovranazionali sempre più

42 Heidegger e Marcuse riprendono il concetto greco di τέχνη, in cui si riconosce non soltanto il fare artigianale, ma anche la creazione artistica nonché l’affinità tra arte e tecnica, intese come produzione umana di qualsiasi tipo, sia fisica che spirituale, sia pratica che artistica (M.T. PANSERA, *L’uomo e i sentieri della tecnica. Heidegger, Gehlen, Marcuse*, Roma, 1998, 46, 156).

43 Cfr., ancora, D. DIDEROT, *Arte*, cit., 106, il quale richiama, al riguardo, il pensiero di Bacone, secondo cui “ciò che io faccio (*rem quam ago*) non consiste nell’emettere una opinione, ma a realizzare un’opera. Non si tratta di fondare una setta qualsiasi o una teoria personale, ma di rendere possibile un’attività la cui utilità e portata sono immense”.

44 In questi termini, cfr. la sent. n. 151 del 2009.

45 L’Accademia reale delle scienze di Parigi, ad esempio, era istituzionalmente al servizio della monarchia assoluta; si pensi, inoltre, alla produzione bellica nell’epoca giacobina, che coinvolse geometri, matematici e chimici, o anche alla c.d. rivoluzione ferroviaria in Inghilterra.

46 Tra le arti, la musica -nel periodo che va dalla Rivoluzione francese del 1789 alla Rivoluzione industriale del 1848 -presentava con un accentuato contenuto di rivendicazione politica. Come fa notare E.J. HOBBSAWM, *L’età della rivoluzione*, cit., 442, 408, ove, fra l’altro, si ricorda che Beethoven dedicò la Eroica a Napoleone quale erede della Rivoluzione francese.

47 Per l’approfondimento della tematica, si può inviare al volume di J. HERF, *Il modernismo reazionario. Tecnologia, cultura e politica nella Germania di Weimar e del Terzo Reich*, Bologna, 1988, 27 ss.

48 L. ARCIDIACONO, in occasione del convegno tenutosi a Catania il 30 maggio 2003, in *Scienza, Tecnologia & Diritto*, a cura di B. Montanari, Milano, 2006, IX, ha fatto notare come “lo sviluppo impresso in pochi anni alla

miranti all'affermazione di obiettivi economici e di massima efficienza⁴⁹, le decisioni pubbliche che implicano discrezionalità tecnica non possono comunque offrire la sponda a derive "tecnocratiche" senza che sia, al tempo stesso, sovvertita la posizione costituzionale di arte e scienza, collocate all'interno dei rapporti etico-sociali (art. 33) o tra i diritti fondamentali (art. 8 Cost. Germania), dal piano delle "libertà" e dei "valori" all'esercizio del "potere".

Negli ordinamenti pluralisti contemporanei, i momenti in cui, fisiologicamente, scienza e tecnica sono destinati a incontrarsi col diritto costituzionale sono le "richieste di riconoscimento", da parte della società civile, del dato tecnologico nel tessuto dell'ordinamento giuridico: in tali evenienze viene meno la "distanza" tra scienza, tecnica e legge prescrittiva⁵⁰.

Il progresso scientifico innerva ormai -tranne rarissime eccezioni -qualsiasi forma di rapporto interpersonale: l'avanzare dell'acquisizione tecnologica è divenuto fattore determinante dello sviluppo dello Stato-comunità, della sua coscienza sociale e guida il "conferimento di senso ai valori costituzionali"⁵¹, ma non per questo si può concludere che il modello tecnocratico si sia sostituito a quello democratico⁵² mediante l'assunzione di un nuovo formante tecnologico per l'ordinamento giuridico.

Ai giorni nostri, di tanto in tanto, si fanno strada concezioni pessimistiche circa l'effettiva capacità della Costituzione di esprimere il fondamento della convivenza civile: come se quest'ultima si sia ridotta, né più né meno, a un semplice protocollo di "regole procedurali e organizzative, essenzialmente funzionali al dispiegarsi della tecnica e delle sue necessità"⁵³ e gli esseri umani divenuti, al contempo, "materia

creazione di autorità indipendenti costituisce esempio emblematico, così come lo spostamento delle decisioni, che un tempo impegnavano il Parlamento, a quelle giurisprudenziali della Corte costituzionale, forniscono efficace prova del processo in atto, che si svolge lungo linee dominate dalla scienza e dalla tecnologia".

49 D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio - N. Matteucci - G. Pasquino, Torino, 1983, 1181, si chiede se sia sufficiente la competenza per decidere sui fini o se questi ultimi "non chiamano piuttosto in causa opzioni di valori, scelte di civiltà, persino considerazioni metafisiche, e in definitiva passioni, positive e negative".

50 Cfr., in particolare, C. MITCHAM, *Thinking through Technology. The Path between Engineering and Philosophy*, Chicago-London, 1994, 107 ss.

51 In questi termini, A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, a cura di M. Volpi, Bologna, 2001, 21.

52 Si tratta di un profilo particolarmente dibattuto nel percorso d'integrazione europea, ove il rafforzamento funzionalistico degli organi istituiti dai Trattati richiederebbe in parallelo -secondo l'impostazione più diffusa - l'ampliamento dei "controlli democratici", sia per rafforzarne la legittimazione, sia per non assecondare un determinato "modello di politica" tecnocratica, priva di radici democratiche e, pertanto, non in condizione di "prendere sul serio le richieste dell'elettorato circa giustizia sociale, sicurezza assistenziale, prestazioni pubbliche e beni collettivi, nel caso in cui tali richieste entrino in conflitto con i requisiti sistemici della competitività e della crescita" (J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Roma-Bari, 2014, 21). Il profilo istituzionale "tecnocratico" della Commissione, quale guardiania del Trattati, è evidenziato da P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 9.

53 Per una preoccupazione di siffatto tenore, G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 258.

prima della macchina produttiva”, in un rapporto con le “cose” che “li costringe ad agire come degli ingranaggi, anche loro malgrado”⁵⁴. Di contro, la considerazione unitaria di scienza e tecnica, come componente essenziale e inseparabile dell’ordine civile, offre le basi per l’inquadramento del fattore tecnologico, all’interno delle logiche del diritto costituzionale dei nostri giorni, inteso come “fatto”, rispetto al quale la legittimazione delle decisioni pubbliche va apprezzata esclusivamente “dal basso”, vale a dire attraverso la capacità di emersione delle nuove “istanze tecniche” mediante gli strumenti della rappresentanza democratica: essa non gode, in definitiva, di una forma di legittimazione a se stante o addirittura “ancillare” con quella che procede, “dall’alto”, dai valori costituzionali⁵⁵.

Ferma restando, allora, la libertà, garantita costituzionalmente in modo unitario, di scienza e tecnica, è da escludere che sia realmente ipotizzabile un governo del tutto autonomo della scienza, rimesso a indirizzi, per così dire, strategici, elaborati all’interno della comunità scientifica e in grado di divenire, essi stessi, “valori-guida” esclusivi e legittimanti, anche in potenziale conflitto con i valori costituzionali.

Se tale governo dovesse comportare l’autoreferenziale pretesa della scienza di dominare tutti gli aspetti dell’esistenza umana attraverso le proprie applicazioni tecnologiche e, dunque, il prevalere di una mentalità scienziata che reputasse ammissibile tutto ciò che è tecnicamente fattibile, la risposta alla domanda dipenderebbe soltanto dalle concezioni etiche di soggettivo riferimento⁵⁶, ma non sarebbe certo guidata da alcuna regola giuridica e costituzionale in particolare. A simile pretesa potrebbe, ad esempio, opporsi quella visione morale, secondo cui la scienza, da sola, “non è in grado di elaborare principi etici”, che le sono offerti, ma non per limitarla, dalla teologia e dalla filosofia, dalla fede e dalla ragione, affinché, mantenendo vigile il senso di responsabilità, essa “permanga nel solco del suo servizio all’uomo” e debelli le sue eventuali patologie⁵⁷. La conciliazione, per così dire, tra scienza e tecnica sul piano giuridico-costituzionale è fondata, in definitiva, sul raccordo di entrambe (unitariamente intese) col valore universale del “primato dell’essere umano”⁵⁸.

54 Così, P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, 256.

55 Tale suggestiva tesi è, invece, argomentata da A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D’Aloia, Torino, 2005, 575 ss.

56 Fra i contributi che considerano i profili etici implicati, F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 46 ss. Come fa notare G.A. FERRO, «Eroi» ed «anti-eroi» di fronte alle questioni di fine-vita: note critiche intorno al silenzio-assenso in materia di trapianti d’organo da cadavere, in *Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo*, cit., 430, in un moderno Stato di diritto, comunque, non andrebbe attribuito al legislatore alcun compito educativo in questioni, per altro, che mal si attagliano a “rigide” regolamentazioni normative.

57 Cfr. il Discorso del Santo Padre Benedetto XVI ai partecipanti al Congresso internazionale promosso dalla Pontificia Università Lateranense, nel X anniversario dell’Enciclica “Fides et Ratio” del 16 ottobre del 2008, in https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2008/october/documents/hf_ben-xvi_spe_20081016_x-fides-et-ratio.html.

Scienziati che hanno direttamente conosciuto gli orrori di Hiroshima e Nagasaki non ritengono convincente la tesi secondo cui l'attività scientifica sarebbe neutrale come una macchina e progredirebbe senza alcun aggancio ai valori umani, prospettando, di contro, che i valori della comunità scientifica (indipendenza, tolleranza, libertà di pensiero e di parola, rispetto dell'uomo, dignità umana) scaturiscono proprio "dalla pratica scientifica, perché ne sono le indispensabili condizioni" e non possono entrare in insanabile conflitto con quelli "grazie ai quali, soltanto, l'umanità può sopravvivere"⁵⁹. La comunità scientifica non è identificabile attraverso ambiti territoriali definiti e, inoltre, com'è stato provocatoriamente affermato, la "separazione di scienza e non scienza" non solo sarebbe artificiale, ma addirittura dannosa per il progresso della conoscenza⁶⁰. Entro così elastici confini, per altro, "il diritto gioca un ruolo abbastanza trascurabile nella costituzione del mondo del pensiero", ma da ciò non può desumersi l'esistenza di una sorta di "autocostituzione della scienza"⁶¹, poiché una conclusione siffatta si porrebbe in contrasto con le esigenze della disponibilità pubblica dei risultati⁶² e delle implicazioni dovute ad essi⁶³, della responsabilità nei confronti delle generazioni future (art. 9, comma 3, Cost.)⁶⁴ e di congruenza con lo sviluppo sostenibile (compatibilità ambientale, economica e sociale), finendo, così, con l'essere negata a questa qualificata

58 Cfr. gli artt. 2 e 15 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (Convenzione di Oviedo) del 1997. M. PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Milano, 2006, 93, osserva che, "mentre l'uso della nozione di persona comporta un'elaborazione culturale che può prestarsi a derive ideologiche, il riferimento alla specie umana o, meglio ancora, alla famiglia umana, in chiave biologica, permette di sancire una inequivocabile base egualitaria su cui costruire e difendere quei diritti dell'uomo che si articolano secondo le fasi e l'età della vita, ma che pongono, come inequivocabile condizione preliminare, quella difesa e quel rispetto dell'esistenza che è condizione per la realizzazione di qualsiasi ulteriore diritto".

59 J. BRONOWSKI, *Scienza e valori umani*, Milano, 1962, spec. 77, 91.

60 P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, 2013, 249, il quale, contestando la conclusione che non c'è conoscenza fuori della scienza, precisa che "se desideriamo comprendere la natura, se vogliamo padroneggiare il nostro ambiente fisico, dobbiamo usare tutte le idee, tutti metodi e non soltanto una piccola scelta di essi".

61 Così, G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano-Torino, 2012, 116, il quale, in merito alla scienza, precisa, tuttavia, che il diritto "è certamente necessario per garantirne la libertà e per l'organizzazione formale della sua impresa, ma poi tutto sarà rimesso alla sua autocostituzione".

62 M. TALLACCHINI, *Evidenza scientifica e normazione ambientale: la "co-produzione" di scienza e diritto*, in *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, a cura di S. Grassi e M. Cecchetti, Milano, 2006, 7, ritiene necessaria la democratizzazione del rapporto tra scienza e società, estendendo la consultazione con gli scienziati e nell'ottica di un maggiore coinvolgimento dei cittadini nelle decisioni a base scientifica che toccano direttamente la società civile.

63 G. METTA, *Robot: ci minacciano oppure ci salvano?*, in *La Stampa - Tuttoscienze*, 28.1.2015, 15.

64 F. BORRELLI, *Un'etica per la civiltà tecnologica. Intervista immaginaria ad Hans Jonas*, in *Pensare la Tecnica*, Roma, 1996, 9 ss. L'alleanza tra scienza e democrazia -secondo G. ZAGREBELSKY, *Decidere noi della scienza*, in *www.repubblica.it*, 21.2.2012 -comporta che il principio di precauzione vada "assunto come elemento conformativo dell'intero modo di concepire il diritto costituzionale" come "un diritto prognostico, che guarda avanti, fin dove, nel tempo, le previsioni scientifiche permettono di gettare lo sguardo" a favore delle generazioni future e, pertanto, "il costituzionalismo dei diritti, senza rinunciare alla sua aspirazione centrale d'essere al servizio della resistenza all'arbitrio, deve scoprire i doveri, non semplicemente in quanto riflessi, cioè in quanto controparte dei diritti, ma come posizioni giuridiche autonome che vivono di vita propria, senza presupporre l'esistenza (attuale) delle corrispondenti situazioni di vantaggio e dei relativi titolari".

componente della società la prerogativa d'essere parte integrante (e non isolabile) della comunità civile.

4. I limiti al principio di maggioranza e l'imposizione di obblighi vaccinali.

Le tecnologie alimentano di continuo il "processo di concretizzazione dei diritti fondamentali"⁶⁵, per poi diventare parte integrante di questi ultimi; esse, per un verso, sono decisive ai fini della ricostruzione di uno "stato di fatto" in un determinato momento storico⁶⁶, ma, per altro verso, la Costituzione è pressantemente interrogata dai "nuovi fatti", resi possibili, appunto, dalle acquisizioni tecnico-scientifiche⁶⁷.

Il compito di rendere compatibile con i diritti costituzionali il grande potenziale di utilizzo del prodotto tecnico-scientifico spetta, nei sistemi costituzionali continentali, primariamente al Legislatore, il quale, anzi, nelle questioni più controverse, può essere obbligato a intervenire con una legge formale, assumendosi, dunque, "la responsabilità di decidere"⁶⁸, rendendo le tecniche oggetto di regola⁶⁹ per dare risposte ai veri e propri bisogni e necessità che si presentano nelle circostanze emergenziali. Negli ordinamenti pluralisti, della sfera bio-politica dovrebbe farsi carico, in prima battuta, sempre il Parlamento, chiamato a individuare -talvolta anche col fondamentale contributo del giudice costituzionale e sovranazionale e comunque senza poter alterare e/o prescindere dal dato tecnico-scientifico -un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti⁷⁰.

Ne discende che la discrezionalità nella imposizione degli obblighi vaccinali deve essere esercitata alla luce delle condizioni sanitarie ed epidemiologiche, così come accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che devono guidare, appunto, il Legislatore nell'esercizio delle

65 In argomento, per più ampi svolgimenti, si può fare riferimento al recentissimo contributo di V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015, spec. 122 ss.

66 Questo argomento è utilizzato dalla dottrina americana per supportare la critica alla concezione che utilizza la tradizione per definire i diritti costituzionali (cfr., al riguardo, C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2001, 119 ss.).

67 R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, 6, richiama l'art. 2 della Costituzione proponendo la lettura del "riconoscimento", ivi sancito, per quei diritti "che di fatto sono rivendicati con successo dalla società, nel suo disordinato pluralismo", anche se essi "non sono necessariamente nuovi 'diritti', ma più spesso coniugazione delle vecchie libertà con nuovi fatti - nuovi perché sinora non si erano posti all'attenzione sociale, vuoi perché non era mutata l'opinione pubblica, vuoi perché il progresso scientifico non li aveva ancora resi possibili".

68 M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, 625 ss., osserva che una comunità politica "ha la responsabilità di decidere sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili" e "non può scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione dei problemi". Sul ruolo prioritario del Parlamento nel contemperamento e bilanciamento dei diversi principi costituzionali, spesso tra loro contrastanti, R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 579.

69 In questi termini si esprime N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, 62.

70 S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte costituzionali di inizio-vita*, Milano, 2012, 46.

proprie scelte politiche, sì da consentire, eventualmente, alla Corte costituzionale, com'è accaduto per fronteggiare il Coronavirus, di valutare la non irragionevolezza e la non sproporzionalità dell'introduzione di obblighi in tale senso e delle specifiche conseguenze che la fonte primaria abbia voluto accostare alla violazione di esso⁷¹.

Non può, infatti, dubitarsi che proprio nella sede parlamentare risiede la competenza istituzionale della disciplina dei "nuovi beni della vita", anche se la questione di "come" la pertinente regolamentazione possa prendere forma compiuta non è affidata, del tutto meccanicisticamente, né all'operare del principio di maggioranza⁷², né a una, non più attuale e realistica, concezione dei precetti costituzionali come se fossero ermeticamente chiusi e refrattari a riempirsi di contenuti "dall'esterno" dell'ordinamento statale.

La regola delle decisioni a maggioranza, indispensabile, in via generale, sotto il profilo procedurale e democratico, non è sufficiente allo scopo specifico, in quanto non si inscrivono nel novero delle scelte politiche in senso stretto le decisioni che danno cittadinanza alle acquisizioni scientifiche e tecniche nel mondo del diritto. Essendo tali determinazioni direttamente o indirettamente incidenti sullo "statuto" relazionale, identitario o perfino biologico dell'essere umano, così come decifrato dalle conoscenze scientifiche, e, pertanto, non risultando tali decisioni pienamente libere nel fine⁷³, il principio di maggioranza non può superare e/o contraddire l'evidenza tecnico-scientifica, opponendovi una contraria manifestazione di "potere"⁷⁴.

5. Segue: la "discrezionalità" del Legislatore nel fronteggiare la pandemia e il giudizio di costituzionalità sulla ragionevolezza del relativo esercizio.

Le misure di contrasto alla emergenza sanitaria da Covid-19 hanno intercettato, in maniera drammatica, il latente conflitto tra diritto alla salute del singolo e quello della collettività, sicché il giudice costituzionale è divenuto l'"arbitro" di un così importante snodo, che muove dal dettato stesso dell'art. 32 Cost., richiedendo un esercizio appropriato della "discrezionalità politica" nel bilanciamento delle due

71 Cfr. le sentenze n. 15 e n. 14 del 2023, n. 5 del 2018 e n. 282 del 2002.

72 Al riguardo, M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1695, fa notare che il pluralismo dei valori, protetto dalla Carta, porta a respingere l'opinione secondo cui la Costituzione non imporrebbe nessun limite alla disciplina di simili questioni, lasciando alla maggioranza "il potere di squadernare a piacimento le proprie convinzioni ideali, salvo il rispetto del procedimento parlamentare".

73 Infatti, il Legislatore deve operare nell'ambito dei "dati forniti dalla scienza" e, pertanto, non è libero nel fine (G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 4).

74 Già nella sentenza n. 282 del 2002 la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi -di norma nazionali o sovranazionali -a ciò deputati" (cfr., nel medesimo senso, le sentenze n. 8/2011 e n. 164/2014).

dimensioni del diritto alla salute in modo non irragionevole e non sproporzionato rispetto alla finalità perseguite.

Si tratta di un campo in cui il dato tecnico-scientifico s'incrocia con rilevanti valori di rango costituzionale e, pertanto, la fonte parlamentare (o comunque primaria) trova uno "spazio" di disciplina già puntellato dal principio di "non contraddizione" (il quale, come si è visto, è profondamente radicato nella nascita dello Stato di diritto e costituzionale) del dato tecno-scientifico, il quale regola l'integrazione nell'ordinamento giuridico del c.d. ordine naturale⁷⁵, come esso viene decifrato dalle acquisizioni delle scienze: il Legislatore -ma lo stesso vale anche per le fonti subordinate -dovrà tenere conto dei dati tecnico-scientifici (per loro natura in continua evoluzione) che s'impongono, per così dire, per propria forza, e sono "catturati" dalla fonte normativa allorché la disciplina giuridica dei rapporti umani ne richieda il coinvolgimento.

La Corte costituzionale ha, conseguentemente, proceduto a un sindacato che, riferito alle scelte legislative compiute durante l'emergenza sanitaria, si è articolato "lungo due direttrici principali: la valutazione della situazione di fatto, cioè, nel caso in esame, della pandemia, e l'adeguata considerazione delle risultanze scientifiche disponibili in ordine all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini"⁷⁶, che, rispetto alle ulteriori misure idonee a fronteggiare i contagi (uso obbligatorio di mascherine, lockdown, chiusure di attività ed esercizi commerciali, distanziamento individuale, ecc.), sono senz'altro maggiormente invasive della sfera biologica, richiedendosi, per altro, il necessario consenso dei destinatari.

I limiti in cui si è imbattuto, in siffatto contesto, il decisore pubblico sono, dunque, tanto di ordine fattuale, quanto di carattere scientifico; e la questione circa il carattere obbligatorio della vaccinazione per talune categorie di persone non ha potuto fare a meno di rispondere al menzionato principio di "non contraddizione".

La connotazione medico-scientifica degli elementi in base ai quali il legislatore deve operare le proprie scelte politiche non esclude, tuttavia, la sindacabilità delle stesse da parte della Corte costituzionale (cfr., già, la sentenza n. 282 del 2002) mediante un sindacato che investe "la coerenza della disciplina con il dato scientifico posto a disposizione, oltre che la non irragionevolezza e la proporzionalità della disciplina medesima". In particolare, tra le possibili opzioni che la scienza offre in un dato momento storico, la scelta tra quelle che racchiudono una intensità diversa e quindi un diverso grado di limitazione dei diritti, è, comunque, "esercizio di discrezionalità politica che, nei limiti della sua ragionevolezza e proporzionalità, non può essere sostituita da una diversa scelta" da parte del giudice costituzionale. E tale scelta è, per sua stessa natura, transitoria, "perché adottata allo stato delle conoscenze

⁷⁵ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, v. XXIII, Roma, 1990, 4.

⁷⁶ Cfr. la sent. n. 14 del 2023.

del momento e destinata ad essere superata a seguito dell'evoluzione medico-scientifica" (cfr., in questi termini, la sentenza n. 14 del 2023)⁷⁷.

In definitiva, se la scienza "non può rispondere alla domanda di come dovremmo vivere e cosa dovremmo fare, a quali ultimi e più alti valori dovremmo orientare la nostra vita"⁷⁸, essa diviene, tuttavia, il necessario presupposto per scelte politiche ragionevoli.

Le conoscenze tecniche sulle quali il Legislatore ha fatto, in concreto, affidamento sono quelle promananti dalle autorità istituzionali nazionali (AIFA - Agenzia Italiana del Farmaco, Istituto Superiore di Sanità, Segretariato generale del Ministero della salute, Direzione generale della programmazione sanitaria del Ministero della salute e dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria) e internazionali (l'Organizzazione mondiale della sanità o i *Centers for disease prevention and control* statunitensi), le quali hanno attestato concordemente la sicurezza e la qualità dei vaccini per fronteggiare l'infezione da SARS-CoV-2, oggetto di immissione in commercio, e la efficacia di essi nella riduzione della circolazione del virus, scientificamente attestata e monitorata.

Tali dati, in quanto raccolti ed elaborati dalle autorità scientifiche di settore, secondo la Corte costituzionale conferiscono un appropriato fondamento alla scelta legislativa circa l'obbligo vaccinale che la rende, quindi, non irragionevole rispetto allo scopo di ridurre la diffusione di un virus altamente contagioso in modo ubiquo in tutto il mondo e che può venire contratto da chiunque, caratterizzato, com'è, per rapidità e imprevedibilità di circolazione. Non si sarebbe potuto, comunque, far ricorso a dati provenienti da fonti diverse, ancorché riferibili a vari "esperti" del settore anziché alle autorità scientifiche istituzionali, potendosi ancorare, solo in tal modo, il prodotto parlamentare a criteri della cui non opinabilità è possibile avere oggettivo riscontro⁷⁹.

La vaccinazione obbligatoria degli operatori sanitari, unitamente alle ulteriori misure di protezione collettiva e individuale per la prevenzione della trasmissione degli agenti infettivi nelle strutture sanitarie e negli studi professionali, per altro, esprime valenza multipla: consente di salvaguardare l'operatore rispetto al rischio infettivo professionale, contribuisce a proteggere i pazienti dal contagio in ambiente assistenziale e serve a difendere l'operatività dei servizi sanitari, garantendo la

77 La Corte ha fatto notare come "è l'intera disciplina relativa alla gestione della pandemia ad aver subito continue modifiche in risposta all'evoluzione della situazione sanitaria nonché delle conoscenze mediche. Basti pensare alle limitazioni imposte alla libertà di circolazione, al diritto allo studio e all'esercizio delle attività produttive e lavorative, che sono state nel tempo modificate e infine revocate, sempre sulla base dell'andamento della situazione epidemiologico-sanitaria e dell'evoluzione degli strumenti offerti dalla scienza medica per fronteggiarla".

78 In questi termini, riprendendo spunti del pensiero di Max Weber, H. DREIER, *Wertfreiheit*, Piccole Conferenze, Modena, 2020, 43.

79 Cfr., ancora, la sentenza n. 14/2023, punto n. 11; ma anche le sentenze n. 127 e 171 del 2022 della stessa Corte costituzionale.

qualità delle prestazioni erogate, e contribuisce a perseguire gli obiettivi di sanità pubblica.

6. L'applicazione del "principio di precauzione" di fronte alle prime incertezze scientifiche.

Sono di competenza del giudice amministrativo le questioni concernenti la legittimità dei ben noti d.P.C.M., atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, avverso i quali -come, per altro, ha confermato la Corte costituzionale⁸⁰ -possono essere dedotti i classici vizi di legittimità, ivi compreso l'eccesso di potere *sub specie* della carenza di adeguata istruttoria e motivazione⁸¹.

Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità di tali provvedimenti è chiamato a pronunciarsi un organo consultivo, istituito per intervenire nel processo di attuazione delle norme generali contenute nei decreti-legge governativi mediante i menzionati decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che danno attuazione alle regole generali previste dalla fonte primaria, da adottarsi, pertanto, sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico, di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630 (cfr. l'art. 2 del d.l. n. 19/2020)⁸².

In varie circostanze, il giudice amministrativo ha ritenuto che il "principio di precauzione" potesse costituire, in un contesto di forte congestione del sistema sanitario nazionale, valido motivo per l'adozione di misure, almeno nella prima fase emergenziale, incisivamente restrittive di libertà individuali e collettive (come, ad esempio, le attività scolastiche, legittimando, quindi, il ricorso alla DAD - didattica a distanza).

La "precauzione", di derivazione eurounitaria (art. 191 TFUE), temperata dall'applicazione dei correlati principi di adeguatezza e proporzionalità (che richiedono misure congrue rispetto al livello prescelto di protezione e presuppongono un'analisi dei vantaggi e degli oneri derivanti, atteso che queste possono trovare applicazione solo se strettamente necessarie), viene ragionevolmente invocata già in relazione al primo contesto di emergenza sanitaria, caratterizzato dalla circolazione di un virus sul cui andamento non esistevano certezze nella comunità scientifica, con la conseguenza che, non essendo ben conosciuti, né prevedibili con ampia certezza, i rischi indotti dalla frequenza della scuola in presenza, l'azione della pubblica amministrazione ben poteva tradursi in una "prevenzione anticipata" rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, a tutela del valore primario della salute, anche in attesa dell'intervento del legislatore

⁸⁰ Cfr. la sentenza 12 marzo 2021, n. 37, al punto n. 9.1.

⁸¹ In questi termini, Consiglio di Stato, sez. III, n. 7547 del 2022.

⁸² In argomento: A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2022, 521 ss.

al fine di dare maggiore stabilità e certezza alla regola giuridica tecnica disposta in sede amministrativa.

Del resto, lungi dal vietare l'adozione di qualsiasi misura in mancanza di certezza scientifica quanto all'esistenza o alla portata di un accertato rischio sanitario, il principio di precauzione può giustificare l'adozione di provvedimenti di protezione quand'anche permangano in proposito margini di incertezza scientifica⁸³.

83 Sentenza della Corte di Giustizia UE (Prima Sezione) del 9 giugno 2016, *Giovanni Pesce e a. contro Presidenza del Consiglio dei Ministri e a.*, nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16.