



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

EDITORIAL 1

PERSPECTIVAS BIOÉTICAS

El papel de las ciencias empíricas en el derecho:
el estatus del embrión humano..... 5
Eduardo Rivera López

Una utopía ética desmadrada: la intervención
animalista positiva en la naturaleza..... 19
Jorge Riechmann

SECCIÓN GENERAL

Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de
los derechos vinculados a la maternidad subrogada.... 41
Aida Ruiz Franco

La gestación por sustitución: una oportunidad
para repensar la filiación y la reproducción humana.... 57
Noelia Igareda

Mercado regulado de órganos: el caso de Irán..... 73
Lucas Costa de Oliveira

Il consenso informato: i mutevoli rilievi
penali della sua assenza nei trattamenti
medici arbitrari e della sua presenza in caso di
disposizioni anticipate di trattamento..... 89
Alice Caputo

Temas de Bioética e de Biossegurança para
uso de professores da educação
secundária na preparação da autonomia de
jovens entre 12 e 17 anos..... 103
Songeli Freire

Democratización de la comunicación, aprendizaje
mutuo y acción política colectiva: reflexiones
desde Guatemala..... 121
Mar Escarrabill Jané

Weight bias and weight stigma in the healthcare
system: hypothetical case..... 135
Santiago Peregalli Politi

Violência contra crianças na perspectiva de
profissionais de saúde: reconhecimento e proteção
em suas atividades hospitalares.....149
Gabriela Souza Schumacher et al.

BIOÉTICA ANIMAL

Una teoría del derecho para los animales
no humanos. Aportes para la perspectiva
interna del Derecho..... 163
Silvina Pezzetta

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

As particularidades do regime do contrato de
gestação de substituição no direito português e o
Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018..... 179
Maria Raquel Guimarães

L'assoluzione delle vaccinazioni obbligatorie
come condizione per l'accesso agli asili comunali:
tra tutela della salute (collettiva) e libertà
di scelta individuale..... 201
Francesco Emanuele Grisostolo

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

L'assoluzione delle vaccinazioni obbligatorie come condizione per l'accesso agli asili comunali: tra tutela della salute (collettiva) e libertà di scelta individuale

The execution of compulsory vaccination as requirement for the access to public nurseries: balancing protection of (collective) health and individual self determination

Las vacunas obligatorias como condición para el acceso a las guarderías municipales: entre la protección de la salud (colectiva) y la libertad de elección individual

Les vacunes obligatòries com a condició per a l'accés a les guarderies municipals: entre la protecció de la salut (col·lectiva) i la llibertat d'elecció individual

FRANCESCO EMANUELE GRISOSTOLO *

* Francesco Emanuele Grisostolo. Ph.D., Università degli Studi di Udine, Italia. E-mail: f.grisostolo@gmail.com.

Copyright (c) 2018 Francesco Emanuele Grisostolo



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Sommario

La nota analizza la sentenza n. 20 del 2017 del T.A.R. Friuli Venezia Giulia che affronta in maniera approfondita la legittimità di un regolamento comunale che subordina l'accesso agli asili comunali all'esecuzione delle vaccinazioni obbligatorie. Inizialmente, vengono analizzati i diritti e i principi in gioco (diritto alla salute, principio di proporzionalità, principio di precauzione, diritto dei genitori di crescere i figli conformemente alle proprie convinzioni) nel bilanciamento che ne fa il Giudice. In seguito, traendo spunto da alcune affermazioni contenute nella sentenza, vengono considerati da un lato lo spazio che nel processo possono trovare teorie scientifiche minoritarie —o comunque contrarie rispetto a quelle ufficialmente seguite dalla competente autorità pubblica— e, dall'altro, la prospettiva filosofica seguita dal Giudice nel risolvere la questione sottopostagli.

Parole chiavi: vaccinazioni obbligatorie; accesso agli asili; principio di precauzione; principio di proporzionalità; diritto alla salute.

Abstract

The aim of the paper is to analyze the decision n. 20/2017 of the Regional Administrative Court of the Friuli Venezia Giulia Region. This decision deals with the legitimacy of a municipal regulation, which delimitate the access to municipal nurseries to whom has been previously subjected to compulsory vaccinations. The rights and principles at a stake (healthcare right, the proportionality principle, the precautionary principle, the right of parents to grow their children in accordance with their convictions) will be firstly analyzed according to the reasoning of the judge. Subsequently, by taking into consideration some of the statements contained in this judgment, the paper will focus on the possibility for minority scientific theories —the ones contrary to those officially followed by the competent public authority— to find their voice during a trial and, on the other hand, the paper will also consider the philosophical perspective followed by the judge in his reasoning.

Keywords: compulsory vaccinations; access to nurseries; healthcare right; proportionality principle; precautionary principle.

Resumen

El artículo analiza la sentencia n. 20/2017 de la Corte Administrativa Regional de Friuli Venecia Giulia. La decisión se refiere a la legitimidad de una normativa municipal que limita el acceso a las guarderías municipales a los niños que previamente se han sometido a vacunaciones obligatorias. Los derechos y principios en juego (derecho a la salud, principio de proporcionalidad, principio de precaución, derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones) serán analizados, en primer lugar, atendiendo al razonamiento del juez. Posteriormente, y tomando en consideración algunas de las afirmaciones contenidas en esta sentencia, el artículo se centra en la posibilidad que las teorías científicas minoritarias —las contrarias a las oficialmente admitidas por la autoridad pública competente— encuentren su voz durante un juicio y, por otro lado, también se analiza la perspectiva filosófica adoptada por el juez en su razonamiento.

Palabras clave: vacunación obligatoria; acceso a guarderías; derecho a la salud; principio de proporcionalidad; principio de precaución.

Resum

L'article analitza la sentència núm. 20/2017 de la Cort Regional Administrativa de Friuli Venècia Giulia. La decisió es refereix a la legitimitat d'una normativa municipal que restringeix l'accés a les guarderies municipals als infants que prèviament s'han sotmès a vacunacions obligatòries. Els drets i principis en joc (dret a la salut, principi de proporcionalitat, principi de precaució, dret dels pares a criar als seus fills d'acord amb les seves conviccions) seran analitzats, en primer lloc, atenent al raonament del jutge. Posteriorment, i prenent en consideració algunes de les afirmacions contingudes en aquesta sentència, l'article se centra en la possibilitat que les teories científiques minoritàries —les contràries a les oficialment admeses per l'autoritat pública competent— trobin la seva veu durant un judici i, d'altra banda, també s'analitza la perspectiva filosòfica adoptada pel jutge en el seu raonament.

Paraules clau: vacunació obligatòria; accés a guarderies; dret a la salut; principi de proporcionalitat; principi de precaució.

1. La questione affrontata

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia è stato recentemente chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della norma regolamentare di un Comune che prevedeva quale condizione per l'iscrizione dei bambini agli asili comunali l'assolvimento dell'obbligo di vaccinazione¹.

La pronuncia è di sicuro interesse sotto molteplici profili. Sul piano sostanziale, la sentenza tocca il problema di grande attualità dell'obbligo di vaccinazione (sia in sé e per sé, sia declinato come condizione per l'accesso a determinati servizi) e del suo rapporto, da un lato, con la libertà educativa dei genitori e, dall'altro, con il diritto alla salute di coloro che –magari in situazione di fragilità sul piano immunologico– si trovano a contatto con i soggetti non vaccinati. Sul piano del *reasoning* del giudice, essa offre spunti d'interesse in ordine alla maniera in cui il giudicante può affrontare questioni eticamente sensibili e che sottendono opzioni di natura ideologica, compito al quale il T.A.R. non si è affatto sottratto nel caso di specie, dando ampio conto in sede di motivazione dei punti di vista presi in considerazione.

Venendo ai termini della controversia, agiscono in giudizio due coppie di genitori per ottenere l'annullamento della delibera del Consiglio Comunale di Trieste recante modifiche al Regolamento comunale per i servizi della prima infanzia ed educativi comunali, avente ad oggetto l'introduzione dell'assolvimento dell'obbligo vaccinale quale requisito di accesso ai servizi educativi comunali per l'età da 0 a 6 anni.

Numerosi i vizi eccepiti in sede d'impugnazione, fra i quali possiamo limitarci a riprendere quelli più interessanti per la prospettiva biogiuridica. Prima di tutto, i genitori lamentano la

¹ Il testo della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 16 gennaio 2017, n. 20, è disponibile nella Rivista online *dirittifondamentali.it*. La sentenza è stata appellata ma il Consiglio di Stato, sez. III, con ordinanza n. 1662 del 21 aprile 2017 (disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it), ha per ora rigettato la relativa istanza cautelare. Il provvedimento impugnato non costituiva già un esempio isolato: la legge regionale dell'Emilia Romagna n. 19 del 2016 ha stabilito che «costituisce requisito di accesso ai servizi educativi e ricreativi pubblici e privati l'aver assolto da parte del minore gli obblighi vaccinali prescritti dalla normativa vigente» (art. 6). Durante la fase di revisione di questo contributo il Governo è intervenuto con Decreto Legge 7 giugno 2017, n. 73, elevando a dodici il numero delle vaccinazioni obbligatorie, comminando sanzioni amministrative e prevedendo che l'avvenuta vaccinazione sia condizione per l'iscrizione ai servizi educativi per l'infanzia, alle istituzioni del sistema nazionale di istruzione e ai centri di formazione professionale regionale e alle scuole private non paritarie. Al momento il decreto non è stato ancora convertito in legge dal Parlamento: come si vede dunque il quadro normativo in materia risulta assai mutevole, rispecchiando le tensioni che a livello sociale e politico il tema sta suscitando.

violazione dell'art. 1 del D.P.R. n. 355 del 1999, ovvero della norma che –come si vedrà più approfonditamente in seguito– statuisce che la mancata vaccinazione non giustifica l'esclusione del bambino non vaccinato dalla frequenza alla scuola dell'obbligo: secondo i ricorrenti, infatti, tale norma esprimerebbe un principio generale suscettibile di essere applicato anche alla scuola dell'infanzia (che pur non rientra nell'obbligo scolastico).

Più ampiamente, viene poi contestata la stessa fondatezza del presupposto sui cui si basa il provvedimento del Comune, ovvero la necessità di riportare il tasso di copertura vaccinale obbligatoria a valori maggiori del 95%, soglia ritenuta dall'ente “di sicurezza” per la salute pubblica. I ricorrenti mettono radicalmente in discussione questa visione del modo di gestire gli obblighi vaccinali, sulla base di posizioni scientifiche evidentemente diverse da quella dell'Istituto Superiore di Sanità, espressamente richiamata dalla delibera.

Infine, essi contestano sotto più profili il bilanciamento dei valori in gioco operato dalla delibera: questa non avrebbe contemperato la tutela della salute della collettività con l'obiettivo della salute del singolo individuo, in relazione ai rischi derivanti dalle somministrazioni vaccinali. Fra l'altro, l'oggetto della delibera sarebbe “impossibile”, in quanto in sede locale non risultano disponibili vaccini singoli ovvero in dosi multiple riferite alle sole vaccinazioni obbligatorie². Sempre in quest'ottica, sarebbe stato violato anche il principio di proporzionalità, in quanto in mancanza di un serio rischio di contagio l'obbligatorietà delle vaccinazioni sacrificerebbe in maniera sproporzionata l'interesse dei singoli soggetti.

Il T.A.R. ha rigettato il ricorso con le motivazioni che saranno ripercorse nei prossimi paragrafi.

Già dalla sintetica enunciazione dei motivi di ricorso emerge tuttavia in maniera evidente il “tenore costituzionale” della questione, nella quale si pongono in tensione tre valori positivizzati tutti all'interno del Titolo II della Parte I della Costituzione, relativo ai «Rapporti etico-sociali». Si tratta del diritto alla salute, individuale e collettiva, inteso anche come diritto a non ricevere le cure (art. 32 Cost.); del «diritto dei genitori a mantenere, istruire ed educare i figli», anche secondo modelli culturali alternativi rispetto a quelli maggioritari (art. 30 Cost.) e del principio secondo il quale «la scuola è aperta a tutti» (art. 34 Cost.).

La conflittualità generata da queste istanze, che non sempre si armonizzano, si riflette pienamente nella complessità che ha assunto il quadro normativo relativo alla “obbligatorietà” di

² Ci si riferisce alla prassi di somministrare un unico vaccino “esavalente”, che oltre alle vaccinazioni obbligatorie (difterite, tetano, poliomelite, epatite B) ne comprende anche due fra quelle indicate come “raccomandate”, ma non obbligatorie (pertosse acellulare, Hib).

alcune vaccinazioni. Il contributo ricostruisce prima di tutto l'intreccio normativo nel quale la pronuncia si inserisce (par. 2), per poi esaminare, da un lato, il trattamento che il giudice amministrativo fa dei singoli diritti che vengono in bilanciamento nel caso in esame (par. 3) e, dall'altro, gli espedienti argomentativi utilizzati dal giudice, sia con riferimento al peso da attribuire alle prospettazioni scientifiche dei ricorrenti, sia rispetto alla più ampia prospettiva filosofica con la quale la questione viene affrontata (par. 4), per poi concludere con una riflessione sulla tenuta complessiva della pronuncia commentata.

Dalla trattazione emergerà chiaramente come, in una prospettiva biogiuridica, le riflessioni bioetiche –con particolare riferimento alla libertà di scelta del paziente di sottoporsi o meno a un trattamento medico –non sono messe da parte ma rilette criticamente dal punto di vista dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali: il *focus* si sposta dalla domanda su quale prospettiva sia più sostenibile sul piano etico a quella su quale sia quella che tutela meglio tutti i diritti in gioco³.

2. Il quadro normativo. Esistono (effettivi) obblighi di vaccinazione in Italia?

La legislazione italiana prevede quattro vaccinazioni obbligatorie, contro difterite (l. n. 891 del 1939), tetano (l. n. 292 del 1963), poliomelite (l. n. 51 del 1966) ed epatite B (l. n. 165 del 1991)⁴.

Il quadro sanzionatorio si è evoluto nel tempo nel senso di una decisa attenuazione. Inizialmente, era prevista una sanzione penale per i genitori in caso di omessa vaccinazione del figlio e i bambini non vaccinati non erano ammessi alle scuole e agli esami⁵. In seguito, la sanzione penale è stata sostituita da una sanzione amministrativa⁶ ed è caduto il divieto di ammissione⁷. Un'ultima fase – che incide in maniera piuttosto problematica sulla complessiva coerenza e

³ R. Baker, *Bioethics and Human Rights: A Historical Perspective*, in *Cambridge quarterly of healthcare ethics*, 10, 2001, 250.

⁴ Sono intervenuti di recente sul tema delle vaccinazioni obbligatorie M. Tomasi, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016; M. Plutino, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Rivista online dirittifondamentali.it*, 1, 2017.

⁵ Cfr. F. Zuolo, *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi, *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Padova, 2009, 534 ss.; S. Panunzio, *Vaccinazioni*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 2.

⁶ Legge n. 689 del 1981.

⁷ D.P.R. n. 355 del 1999.

“leggibilità” del sistema – si ha dopo la riforma costituzionale introdotta dalla l.cost. n. 3 del 2001, che vede la sostanziale regionalizzazione della materia sanitaria (ad eccezione della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», di cui all’art. 117, c. 2, lett. m, Cost.).

Nel quadro dei maggiori spazi di autonomia loro riconosciuti, alcune Regioni hanno proseguito in maniera decisa sulla strada della “neutralizzazione” dell’obbligo di legge, sospendendo anche la sanzione amministrativa⁸. La punta, in questo contesto, sembra essere la legge n. 7 del 2007 della Regione Veneto, la quale sospende l’obbligo vaccinale per tutti i nuovi nati a far data dal 1° gennaio 2008 (art. 1). Essa stabilisce però allo stesso tempo che tale sospensione possa essere, a sua volta, sospesa con ordinanza motivata dal Presidente della Giunta regionale – con ripresa dell’efficacia dell’obbligo – «in caso di pericolo per la salute pubblica conseguente al verificarsi di eccezionali e imprevedibili eventi epidemiologici relativi alle malattie per le quali la presente legge ha sospeso l’obbligo vaccinale, ovvero, derivante da una situazione di allarme per quanto attiene i tassi di copertura vaccinale» (art. 4).

Non è escluso che l’allarmante abbassamento della copertura al quale si assiste in questi anni –secondo i dati messi a disposizione dal Ministero della Salute⁹– porti a una inversione del *trend* descritto, anche perché l’efficacia della copertura vaccinale soprattutto nell’ottica del contenimento di ipotetiche epidemie dipende dalla c.d. “immunità di gregge” o di gruppo, ovvero dal fatto che l’elevata percentuale di soggetti vaccinati, impedendo la diffusione dell’infezione, protegge indirettamente anche i non vaccinati¹⁰.

Così ripresi i riferimenti normativi, è possibile svolgere alcune considerazioni. In primo luogo, rimane fermo in linea generale che la vaccinazione nei casi sopra indicati è un obbligo e, conseguentemente, la sua omissione un illecito. La Corte costituzionale è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità delle leggi istitutive di questo trattamento sanitario obbligatorio statuendo, in linea di principio, la sua conformità all’art. 32 Cost., «se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare

⁸ Ad esempio, per la Regione Piemonte: delibera G.R. 63/2598, 10 aprile 2006, 3.2.3, B.U.R. Piemonte, 27 aprile 2006, n. 17. Un’esplicita apertura in questo senso era prevista anche dal Piano Nazionale Vaccini 2005-2007 (disponibile al seguente indirizzo: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_543_allegato.pdf), parte prima, par. 4, intitolato «Percorso verso il superamento dell’obbligo».

⁹ Disponibili al seguente indirizzo:

http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?id=811&area=Malattie%20infettive&menu=vaccinazioni.

¹⁰ Va segnalato che il problema dell’immunità di gregge non vale per la vaccinazione contro il tetano, in quanto si tratta di patologia non trasmissibile.

lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale», pur tenendo ferme alcune condizioni, ovvero:

- ◆ che vi sia la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili;
- ◆ che nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio sia prevista comunque la corresponsione di una "equa indennità" in favore del danneggiato, a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria¹¹.

Allo stato della normativa e oltre all'irrogazione della sanzione pecuniaria, vi è inoltre la possibilità per l'A.S.L. di sollecitare il Pubblico Ministero ad adire il giudice tutelare per l'adozione dei provvedimenti idonei a sottoporre un bambino a vaccinazioni, ai sensi degli artt. 333 e 336 cod. civ., rendendo quindi effettivo l'obbligo di vaccinazione¹².

La giurisprudenza e la legislazione si sono fatte nel tempo carico di prendere in considerazione le situazioni nelle quali *-ex ante-* la somministrazione del vaccino si possa ritenere potenzialmente dannosa per la salute di un soggetto, in considerazione delle sue peculiari condizioni cliniche, e quelle in cui *-ex post-* un danno alla salute si verifichi effettivamente.

Nel primo caso, alla luce della giurisprudenza costituzionale appena richiamata, pur in assenza di norma espressa¹³, si riconosce all'autorità sanitaria nell'esercizio della sua

¹¹ Corte cost., sentt. nn. 307 del 1990. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia cfr. F. Minni-A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, par. 3.

¹² Corte cost., sentt. nn. 26 del 1991; 132 del 1992. Rimane escluso il ricorso ai trattamenti sanitari obbligatori, di cui all'art. 33, l. n. 833 del 1978, e all'intervento della forza pubblica ai sensi dell'art. 12, d.l. n. 273 del 1994. Del tutto rare – e derivanti dalla combinazione della mancata vaccinazione ad altre forme di incuria nei confronti del minore – sono le ipotesi in cui la violazione degli obblighi vaccinali comportino la limitazione della responsabilità genitoriale.

¹³ E questo nonostante il monito al legislatore contenuto nella sentenza n. 258 del 1994, cons. dir. 6, affinché «siano individuati e siano prescritti in termini normativi, specifici e puntuali, ma sempre entro limiti di compatibilità con le sottolineate esigenze di generalizzata vaccinazione, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze». Bisogna precisare che le norme istitutive delle differenti vaccinazioni obbligatorie si esprimono in modo non omogeneo sul punto. La l. n. 891 del 1939, istitutiva della vaccinazione antidifterica, autorizza il Ministero a emanare le norme circa «le modalità per l'esecuzione della vaccinazione», non facendo cenno né a sospensioni né a esoneri; la l. n. 51 del 1966 sull'antipoliomelitica autorizza il medesimo a determinare «i modi e i tempi della sua somministrazione e le categorie di bambini che per speciali condizioni possono essere dispensati temporaneamente dall'obbligo e le modalità della loro vaccinazione successiva anche dopo il decorso del primo anno

discrezionalità tecnica¹⁴, e successivamente al giudice tutelare, il potere di accertare caso per caso la pericolosità di procedere alla somministrazione alla luce delle condizioni di salute e delle eventuali patologie presenti al fine di concludere per la liceità del rifiuto dei genitori o di demandare all'A.S.L. di procedere ugualmente alla vaccinazione, ma solo dopo esaurienti controlli per evitare rischi¹⁵. In ogni caso, viene però escluso che la mera contrarietà ideologica dei genitori ai vaccini possa essere ritenuta una causa di giustificazione per l'illecito amministrativo previsto dalla legge¹⁶.

Nel secondo caso, il legislatore è intervenuto con legge n. 210 del 1992, stabilendo un indennizzo per tutti coloro che abbiano riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica (art. 1). La Corte costituzionale è peraltro più volte intervenuta sulla norma, ampliandone l'ambito di applicazione¹⁷.

di età»; la l. n. 165 del 1991 relativa all'epatite B stabilisce che un decreto del Ministro stabilisce «condizioni e modalità» dell'effettuazione della vaccinazione (decreto 3 ottobre 1991, al quale è allegato un protocollo che non prevede casi di esonero). Di "esonero" parla invece esplicitamente la Circolare n. 9 del 1991 del Ministero della Sanità ("Norme per la esecuzione delle vaccinazioni"). Il quadro normativo è stato ripreso in modo pedissequo al fine di dimostrare che la giurisprudenza costituzionale – e al seguito i giudici ordinari – sembrano compiere sulle vaccinazioni obbligatorie un ragionamento trasversale basato sui principi che ormai prescinde in un certo senso da un dato normativo disorganico e stratificato nel tempo.

¹⁴ Cfr. M. Plutino, *Le vaccinazioni*, cit., 18.

¹⁵ P. Vercellone, *Il corpo del minore: i trattamenti sanitari*, in G. Collura-L. Lenti-M. Mantovani (cur.), *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), II, *Filiazione*, Milano, Giuffrè, 2002, 999-1000, O. Morini-L. Macri, *Obbligatorietà delle vaccinazioni: aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 19 (4-5), 1997. Si tratta di una «valorizzazione casistica delle fattispecie in considerazione», al pari di quanto osserva, relativamente ad altra vicenda giurisprudenziale, I. Rivera, *La legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 2, 2016, 19-20, che ne sottolinea i rischi in termini di frammentazione del quadro ordinamentale. Sul rapporto tra giudice e legislatore, cfr. anche A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 novembre 2014. Evidentemente, come emerge dalla riflessione dei due Autori, la relazione tra giudice e legislatore si rivelerebbe pienamente virtuosa ove si desse una reale circolarità fra i due apporti, nella cui logica il legislatore intervenga anche *ex post* sistematizzando e specificando i principi enunciati in via giurisprudenziale: nel caso di specie, come in molti altri, si ha però piuttosto una "circolarità interrotta" in quanto il legislatore, nonostante il monito contenuto nella sent. n. 258 del 1994 (v. *supra*, nota 13), non è intervenuto per disciplinare la casistica in cui può prescindere dalla somministrazione del vaccino.

¹⁶ Dovendo i genitori «indicare le ragioni specifiche che rendono, nel proprio caso, sconsigliata o pericolosa la vaccinazione e allegare la prova, da un lato, della sussistenza, quantomeno fondatamente putativa, di specifiche controindicazioni e, dall'altro, dell'indifferenza della struttura sanitaria in occasione del contratto» (Cass. civ., n. 11226 del 2003; nello stesso senso n. 14384 del 2005).

¹⁷ Corte cost., sent. n. 27 del 1998 ha esteso l'indennizzo a chi abbia subito conseguenze negative da vaccinazione antipoliomelitica nel periodo di vigenza della legge n. 695 del 1959 (Provvedimenti per rendere integrale la

In questo panorama, la legge regionale del Veneto rimane un caso isolato. Nonostante la stessa non sia stata impugnata di fronte alla Corte costituzionale da parte dello Stato¹⁸, essa si presenta comunque dubbia sul piano della legittimità con riferimento al riparto delle competenze. Prima di tutto la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, c. 2 Cost.) sembrerebbe da intendersi come riserva di legge *statale*, rimanendo aperto il problema se gli stessi possano essere legittimamente “sospesi” da una legge regionale¹⁹. D’altro canto, l’obbligo vaccinale sembra rispondere non soltanto a fini sanitari ma anche di “ordine pubblico” (materia di competenza esclusiva statale ai sensi dell’art. 117, c. 2, lett. h Cost.): si può ricordare a questo proposito che la disciplina penale dei comportamenti volti alla diffusione di agenti patogeni rientra nel Titolo VI del Libro II del Codice penale, che disciplina – appunto – i «Delitti contro l’incolumità pubblica».

Anche se si riconoscesse la legittimità *ab origine* della norma, rimarrebbe infine aperta la possibilità di ritenere che la mutata situazione di fatto (copertura vaccinale in preoccupante calo) imponga l’adozione di un piano strategico coerente ed effettivo a livello nazionale, facendo così viaggiare verso l’alto l’“ascensore” della sussidiarietà rispetto alle competenze legislative²⁰.

vaccinazione antipoliomelitica), in quanto – anche se la vaccinazione antipoliomelitica è stata resa obbligatoria solo con legge n. 51 del 1966 – già la legge del 1959 aveva fortemente incentivato la vaccinazione pur non imponendola come obbligo giuridico. La sentenza n. 423 del 2000 ha esteso il diritto all’indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di trasfusioni e somministrazione di emoderivati a favore di coloro che siano stati sottoposti non obbligatoriamente a vaccinazione anti-epatite B a partire dall’anno 1983, ovvero a seguito di una campagna legalmente promossa dall’autorità sanitaria per la diffusione di tale vaccinazione. Infine, la sentenza n. 107 del 2012 ha ulteriormente ampliato l’ambito di applicazione alle vaccinazioni contro il morbillo, la parotite e la rosolia in presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore della pratica di vaccinazioni “raccomandate”. La motivazione di tutte queste pronunce si basa sul principio solidaristico (art. 2 Cost.): dal momento che il singolo è disposto a porre a rischio la propria salute per un interesse collettivo – anche a prescindere dall’obbligo di legge, ma in presenza di campagne persuasive e raccomandazioni dell’autorità sanitaria – la collettività deve essere disposta a condividere il peso delle eventuali conseguenze negative, almeno tramite la sopportazione di parte degli oneri economici delle stesse.

¹⁸ La legge è stata impugnata invece in via incidentale dal Giudice di pace di Padova con ordinanza n. 201 del 2008, la Corte cost. ha però dichiarato la questione manifestamente inammissibile con ordinanza n. 87 del 2010.

¹⁹ C. Tripodina, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole-R. Bin, Padova, Cedam, 2008, 331.

²⁰ Al momento in cui viene licenziato questo contributo, viene data notizia che l’Esecutivo intende reintrodurre con decreto legge l’obbligo vaccinale come condizione di accesso anche alla scuola dell’obbligo (v. ad esempio *Vaccini, Gentiloni: “Decreto sull’obbligo per iscrizione a scuola la prossima settimana*, in *La Repubblica*, 12 maggio 2017). Sull’attrazione in sussidiarietà delle competenze legislative, il punto di riferimento è la pronuncia Corte cost., sent. n. 303 del 2003, che chiarisce le relative condizioni. Nonostante i dati sulla copertura vaccinale siano regionalizzati, non sembra comunque possibile escludere che si tratti di un problema unitario nella prospettiva della garanzia dell’immunità di gregge, vista anche la fisiologica elevata mobilità delle persone a livello nazionale.

3. Il trattamento dei principi costituzionali da parte del giudice

Dopo aver brevemente ripreso il quadro normativo generale, è ora possibile analizzare più da vicino la sentenza in commento: la prospettiva che qui si seguirà è quella di porre in evidenza il trattamento che hanno ricevuto i singoli diritti che si ponevano in conflitto nel caso concreto.

3.1 Il diritto alla salute

Il diritto alla salute ha naturalmente un ruolo centrale nella pronuncia in esame. Essa a ben vedere non deve affrontare soltanto un conflitto *inter*-valoriale ma anche *infra*-valoriale, ovvero fra più declinazioni del medesimo diritto alla salute, inteso come:

- a. diritto a non ricevere il trattamento sanitario (nel caso di specie, la vaccinazione);
- b. diritto alla salute nell'accezione collettiva;
- c. diritto alla salute dei soggetti che vengono in contatto con coloro che non sono vaccinati²¹.

Il cuore dell'argomentazione del T.A.R. nel bilanciare questi confliggenti aspetti è costituito dalla constatazione secondo la quale «proprio i principi invocati dai ricorrenti non possono limitarsi ad un'applicazione parcellizzata e individualizzata, ma devono essere estesi all'intera collettività, con la differenza che per definizione l'interesse pubblico deve prevalere su quello dei singoli». Interesse pubblico che –nella situazione contingente– viene rafforzato, da un lato, dalla diminuzione della copertura vaccinale e, dall'altro, dai fenomeni migratori che la nostra società vive, con conseguenti «più frequenti contatti ... con soggetti provenienti da Paesi in cui le malattie sopra indicate sono ancora presenti».

Questo “classico” giudizio di prevalenza dell'interesse generale su quello particolare del ricorrente –peraltro coerente con la richiamata giurisprudenza costituzionale– viene nel caso di specie rinforzato dalla concorrenza con l'interesse generale di quelli individuali degli altri bambini

²¹ Sul diritto alla salute v. C. Tripodina, *Art. 32*, cit.; D. Vincenzi Amato, *Art. 32, co 2*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II foro it., Bologna-Roma, 1976, 182 ss.; M. Luciani, *Salute, 1) Diritto alla salute – Dir.cost.*, in *Enc.giur.*, vol. XXVII, Roma, Treccani, 1991; D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2013; I. Rivera, *La comparazione giuridica nel concetto di “salute”. Possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2017.

iscritti alla scuola dell'infanzia (e specialmente di quelli con particolari debolezze e fragilità immunitarie), necessitati a convivere con i soggetti non vaccinati in un ambiente ristretto.

Il bilanciamento così linearmente operato però, a ben vedere, costituisce l'esito di un preliminare approfondito esame della posizione vantata dai ricorrenti, i quali ponevano particolare accento, da un lato, sulla non fondatezza degli assunti scientifici sui quali si fondavano le valutazioni compiute dalla delibera impugnata, dall'altro sull'elevata potenzialità dannosa del vaccino nei confronti della salute del proprio figlio a fronte della natura meramente ipotetica del rischio per la salute collettiva in presenza degli attuali tassi di copertura vaccinale. Nei termini proposti dai ricorrenti il differente grado di (potenziale) lesione degli interessi coinvolti ben avrebbe potuto portare a un diverso bilanciamento.

Di grande interesse dunque il procedimento tramite il quale la pronuncia "decostruisce" il ragionamento dei ricorrenti (che verrà meglio esaminato nel par. 4), mettendo in luce la sua intrinseca contraddittorietà –poiché «si basa su di un elemento non discutibile, cioè che gli altri soggetti della collettività non seguono lo stesso orientamento»– e quindi svuotandolo della sua potenziale carica argomentativa.

Oltre ai tre distinti profili del diritto alla salute finora esaminati, il Giudice triestino era chiamato ad esaminare lo stesso diritto non soltanto in quanto leso nella sua dimensione *attuale*, ma anche in quella *potenziale* e futura, ovvero sotto la lente del principio di precauzione²², evocato dai ricorrenti. Alla stregua di tale principio (rientrante sempre sotto la protezione dell'art. 32 Cost.), in materie sensibili come l'ambiente o la salute, per operare un corretto bilanciamento a livello giurisdizionale non bisogna prendere in considerazione solo l'attuale lesione del diritto, ma anche i *rischi* di effetti dannosi sulla salute dei soggetti coinvolti che in prospettiva possono prodursi a seguito, in questo caso, dell'adempimento dell'obbligo vaccinale.

²² Sul principio di precauzione, v., ad esempio, F. de Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna-F. Saitta (cur.), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 413 ss.; J. Riechmann-J. Tickner (coords.), *El principio de precaución. En medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica*, Barcelona, Icaria, 2002. Particolarmente interessante la ricostruzione operata in J. Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2009, part. 141 ss., secondo il quale il principio di precauzione può aprire a una "deriva scienziata" del diritto, dato che la sola *incertezza* scientifica sarebbe in grado di giustificare uno stato di eccezione rispetto alla *certezza* delle regole giuridiche stabilite. Nel caso di specie, tuttavia, si può ritenere che il Giudice abbia tenuto fermo il modello di decisione caratteristico del diritto, e in particolare – sempre nella ricostruzione di Esteve Pardo (p. 168) – dato pieno spazio a una "presunzione istituzionale di conoscenza scientifica", intesa come presunzione di autorevolezza in capo all'organo deputato per legge a occuparsi di un determinato settore, in quanto la decisione non lascia spazio a teorie che si discostino da quella seguita dall'autorità sanitaria.

Con il medesimo schema argomentativo utilizzato in precedenza, il Collegio però “ribalta” l’argomentazione dei ricorrenti, osservando che lo stesso principio «vale in senso opposto, nel rendere obbligatorie le vaccinazioni e nell’estendere la copertura della popolazione vaccinata»²³. In effetti, è proprio nella logica di una corretta gestione del rischio a livello sistemico, ovvero tramite la prefigurazione degli effetti di un’epidemia in assenza di adeguata copertura, che si giustifica l’obbligo vaccinale.

La pronuncia affronta infine anche il problema dell’asserita “impossibilità dell’oggetto” della delibera a causa della non disponibilità di preparati contenenti le sole vaccinazioni obbligatorie, statuendo –in modo condivisibile– che tale profilo tocca le modalità operative dell’Azienda Sanitaria ma non certo l’esecuzione della delibera impugnata relativa alle scuole dell’infanzia. Anche il giudice però dimostra di concordare con i ricorrenti sul fatto che «non si può costringere nessun genitore a sottoporre il figlio alla vaccinazione non obbligatoria per legge, e che quindi è indiscutibile il suo diritto ad accettare solo quelle obbligatorie e non le altre»: in effetti, qualora la questione venisse posta in un procedimento avverso l’operato dell’Azienda Sanitaria da parte di genitori non contrapposti aprioristicamente alle vaccinazioni *in sé* ma determinati a che il loro figlio riceva soltanto le vaccinazioni strettamente necessarie ad adempiere gli obblighi di legge, sarebbe difficile ipotizzare una risposta negativa a tale pretesa, con tutti gli oneri organizzativi che ne conseguono per l’Amministrazione (se del caso resi effettivi mediante il giudizio di ottemperanza di cui agli artt. 112 ss. c.p.a.).

3.2 Il diritto a fruire del servizio scolastico

Il diritto protetto dall’art. 34 viene in considerazione nel caso di specie sotto il peculiare profilo del principio di proporzionalità. Sinteticamente, si può ricordare come questo principio, derivato dall’ordinamento tedesco ma ormai acquisito anche in quello italiano per il tramite della giurisprudenza comunitaria²⁴, comporta che ove il provvedimento comporti restrizioni ai diritti e

²³ Si ricordi inoltre che, sulla base della giurisprudenza costituzionale (seppure in ambito di limiti all’iniziativa economica privata), il principio di precauzione può essere invocato soltanto sulla base 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, dato l’essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici» (Corte cost., sent. n. 282 del 2002; conforme sent. 116 del 2006).

²⁴ Descrive questo percorso E. D’Orlando, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2013, 268.

alle libertà fondamentali dei cittadini, esso possa essere sottoposto a un “test di proporzionalità”, articolato nei tre momenti concettuali di verifica: a) dell’idoneità (adeguatezza del mezzo utilizzato rispetto all’obiettivo perseguito); b) della necessità (assenza di altri mezzi idonei che comportino un minore sacrificio dell’interesse privato); c) della proporzionalità in senso stretto (sacrificio dell’interesse privato nella misura strettamente necessaria al raggiungimento dello scopo)²⁵.

Secondo i genitori, il divieto di accedere alla scuola dell’infanzia ove non siano state compiute le vaccinazioni obbligatorie comporterebbe un sacrificio eccessivo del diritto del fanciullo rispetto agli interessi che intende tutelare. Per contro, la pronuncia osserva che «nessuno costringe i genitori a iscrivere i figli all’asilo comunale».

In effetti, nonostante qualche perplessità²⁶, non sembra precluso all’ente locale, o in ipotesi alla Regione, operare con riferimento alle scuole dell’infanzia un bilanciamento diverso da quello operato dal legislatore statale con riferimento alle condizioni di accesso alle altre scuole, tanto più che le stesse esulano dall’ambito dell’obbligo scolastico, coperto dall’art. 34, c. 2 Cost.

Nella logica del bilanciamento, poi, deve venire in considerazione non solo il “peso” in astratto dei diritti in gioco, ma anche il grado della lesione (in concreto) che verrebbe in ipotesi portato agli stessi e, in questi termini, la progressiva diminuzione della copertura vaccinale e il potenziale *vulnus* alla salute collettiva che ne deriva è certamente elemento di fatto degno di considerazione²⁷.

3.3 La potestà (*rectius*, responsabilità) dei genitori

Nella parte finale della pronuncia, e alla luce di quanto finora esposto, il giudice afferma sinteticamente che «non è in discussione la potestà genitoriale» anche se quest’ultima deve cedere il passo all’interesse generale.

²⁵ V. *ex multis*, D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna-F. Saitta (cur.), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 389 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in S. Mangiameli (cur.), *Ordinamento Europeo. L’esercizio delle competenze*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 227 ss.

²⁶ M. Plutino, *Le vaccinazioni*, cit., 21-22.

²⁷ Sul ruolo del fatto nel bilanciamento, v. ad esempio R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, part. 149 ss.; A. Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006, nonché, ad opera dell’estensore della pronuncia in commento, M. Abruzzese-U. Zuballi, *Il metodo del bilanciamento nel diritto amministrativo*, Roma, Aracne, 2011.

L'affermazione sembra per certi versi fin troppo "generosa" rispetto allo stato della normativa. In linea generale, giova ricordare che la responsabilità genitoriale è un ufficio di diritto privato, ovvero un potere riconosciuto al genitore (o al tutore legale) nell'interesse del minore²⁸: essa trova quindi naturalmente limitazione nei precetti legislativi e negli obblighi dagli stessi previsti.

Allo stato attuale, da questa potestà viene fatta discendere, in via giurisprudenziale, la facoltà di non sottoporre il minore al vaccino quando – a causa della sua peculiare condizione – possa derivargli un danno alla salute²⁹.

In astratto, il fatto che la disposizione legislativa prescriva un trattamento a parere dei genitori dannoso per il minore permetterebbe loro senza dubbio di porre in questione la legittimità dell'obbligo di fronte alla Corte costituzionale, sollevando la relativa questione in via incidentale in un giudizio nel quale la norma sia rilevante per la soluzione del caso. In questo caso, tale strada è tuttavia impraticabile in virtù della esposta giurisprudenza costituzionale sul punto, tanto che la relativa istanza dovrebbe essere rigettata dallo stesso giudice investito della questione per la sua manifesta infondatezza. Ciò non toglie che, nell'(apparentemente improbabile) ipotesi nella quale la dannosità "strutturale" del vaccino venisse effettivamente dimostrata in maniera condivisa dalla comunità scientifica, la questione potrebbe probabilmente essere riproposta al giudice costituzionale, almeno a seguire la suggestiva teoria che vede la "letteratura medico-scientifica condivisa" come un potenziale parametro interposto di costituzionalità, andando ad integrare il concetto di "salute" di cui all'art. 32 Cost., nonché il principio di ragionevolezza (declinato in senso scientifico), derivato in via interpretativa dall'art. 3 Cost.³⁰.

Ad avviso di chi scrive, rimane però ragionevole escludere in maniera netta che le mere convinzioni ideologiche del genitore possano rendere legittimo l'esercizio della patria potestà in contrasto con norme di legge.

²⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano, Giuffrè, 2014, 343 ss.

²⁹ V. *supra*, par. 2.

³⁰ C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016; S. Penasa, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, 817 ss. I casi più importanti e discussi che hanno impegnato la Corte costituzionale italiana (caso "Di Bella", caso "Stamina", etc. sono tutti ivi richiamati). Sullo specifico tema delle vaccinazioni, la Corte costituzionale ha affermato che «nel caso di opposizione motivata dalla allegata pericolosità del vaccino in uso, si tratterebbe di valutare, sulla base di comprovati elementi di natura tecnico-scientifica, la fondatezza di tale allegazione» (ord. 262 del 2004).

4. Il metodo di giudizio. Un giudice non scienziato ma... Filosofo

Dal punto di vista del metodo di giudizio seguito, il collegio è fermo nell'escludere una propria presa di posizione in «disquisizioni scientifiche sulla necessità delle vaccinazioni e sui rischi che esse comportano» e «l'inammissibilità di questioni tecnico discrezionali» che esulano dall'ambito del giudizio, rimandando alla consolidata letteratura scientifica e alle determinazioni dell'autorità sanitaria.

Si pone in questo modo il delicato problema del peso che posizioni scientifiche minoritarie o non convenzionali –com'è attualmente quella che ritiene opportuna l'eliminazione delle vaccinazioni obbligatorie– possono avere nel processo. La selezione dei materiali posti alla base del processo decisionale (sia esso legislativo, amministrativo o giudiziale) è un problema centrale in quanto ne co-determina gli esiti ed è al tempo stesso indice della sua qualità³¹.

Mentre con riguardo al legislatore, anche per la discrezionalità politica di cui è titolare, il discorso presenta margini più indefiniti, la posizione del giudice rispetto alle diverse teorie scientifiche che si fronteggiano in una data materia sembra piuttosto vincolata³²: se bisogna ammettere che, di fronte alle (nuove) possibilità di azione per la persona offerte dall'avanzamento della tecnica, il giudice, e specialmente il giudice costituzionale, sia il soggetto nella miglior posizione per operare un bilanciamento dei *valori* in gioco nel caso concreto, alla stessa conclusione non si può giungere ove si tratti di valutare *teorie scientifiche*.

Per dirlo in maniera netta, a meno di non voler riesumare una concezione totalizzante del giudice come *peritus peritorum* –quanto mai insostenibile nell'attuale complessità della conoscenza³³– non sembra che nel processo vi sia spazio per “ponderare” teorie scientifiche, dal che consegue che in esso non sia strutturalmente possibile l'affermazione di teorie *minoritarie*, come sono – almeno al momento – quelle che reputano i vaccini aprioristicamente dannosi³⁴.

³¹ Un interessante campionario degli studi scientifici di volta in volta presi in considerazione in alcuni procedimenti legislativi in materia eticamente sensibile, sul piano comparato, in A. Gatti, *Omogenitorialità e filiazione tra diritto e scienza*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

³² G. Silvestri, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 412.

³³ Nello stesso senso v. M. Cartabia, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intraccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Forum. Le molte responsabilità della scienza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 11.

³⁴ Il problema è trattato in maniera approfondita ad esempio in S. Penasa, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *Forum di Quaderni*

Si pensi infatti allo strumento processuale per eccellenza per effettuare valutazioni scientifiche (e sindacare la discrezionalità tecnica della P.A.³⁵), la Consulenza Tecnica d'Ufficio: in essa non può assolutamente svolgersi un dibattito scientifico volto al superamento delle teorie scientifiche più accreditate e accolte nel caso di specie dall'autorità sanitaria, in quanto il compito del consulente è precisamente quello di individuare e mettere a disposizione del giudice le nozioni proprie della *lex artis* con riferimento alla comunità di studiosi di riferimento, destinate a integrare il parametro di giudizio³⁶, potendosi al limite discutere sull'individuazione della regola più adatta per il caso concreto e sulla corretta maniera di applicarla.

Per utilizzare la terminologia kuhniana, nel processo entra dunque sempre la "scienza normale" conforme al paradigma scientifico dominante³⁷, pur nel suo divenire e tenuto conto che su specifiche questioni possono darsi più prospettive egualmente accreditate senza che si sia formata ancora una posizione netta nella comunità scientifica³⁸ (il che tuttavia non avviene nel caso di specie).

La motivazione del giudice triestino assume però improvvisamente un respiro più ampio ove si sofferma sulle prospettive filosofiche connesse alla decisione. L'occasione di questo approfondimento viene data dalla posizione dei genitori, secondo la quale «il rischio derivante dalle vaccinazioni può diventare superiore a quello di contrarre le malattie oggetto delle vaccinazioni stesse», in quanto un'elevata percentuale dei genitori vaccina i propri figli

costituzionali, 17 dicembre 2015; A. Santosuosso-G. Pinotti, *Il diritto delle corti, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 53 ss.

³⁵ C.d.S., sez. IV., n. 601 del 1999.

³⁶ In una classica riflessione (F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983), tramite la norma tecnica il diritto fa propria la normatività inerente a questa o quella tecnica traducendola per ciò stesso in normatività giuridica. Secondo M. Tomasi, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza*, cit., 102, il dato scientifico «costituendo il presupposto dell'ampliamento del novero di posizioni e aspirazioni individuali, non può che rappresentarne il limite contestuale».

³⁷ T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1978. In questa prospettiva, sinteticamente, la comunità degli studiosi che si identificano in un dato campo scientifico è il soggetto che determina il successo o l'insuccesso (e la conseguente validità) di un paradigma scientifico in un dato momento. È significativo che già in una risalente riflessione monografica in tema di perizia tecnica (G. Franchi, *La perizia civile*, Padova, Cedam, 1959, 62, richiamato adesivamente da C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Torino, Giappichelli, 2004, 201, nota 3) ritenga che la funzione della stessa sia far entrare nel processo «regole di esperienza organizzata».

³⁸ È la fase che Kuhn (*ibid.*, p. 76) chiama di "scienza straordinaria", nella quale la comunità scientifica riconosce la presenza di anomalie che non rientrano nel paradigma ma non si è ancora affermato un nuovo paradigma scientifico. Per un ulteriore approfondimento v. anche P. Veronesi, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 591 ss.

(garantendo, s'intende, l'immunità di gregge anche ai non vaccinati). Il che comproverebbe ulteriormente, a detta dei ricorrenti, l'irrazionalità dell'obbligo.

Nel confutare questa posizione, la pronuncia fa esplicitamente riferimento al formalismo etico kantiano e – in senso più ampio – al principio di non contraddizione. La pretesa dei ricorrenti di non vaccinare i figli sarebbe dunque insostenibile in quanto, presupponendo un *diverso* comportamento da parte della maggioranza dei genitori, non sarebbe suscettibile di generalizzazione, richiamando la massima della *Critica della ragion pratica*: «Agisci in modo che la massima della tua volontà possa sempre valere come principio di una legislazione universale»³⁹. Il richiamo alla prospettiva kantiana presenta certamente spunti d'interesse in campo bioetico e biogiuridico: proprio partendo dal principio secondo cui la libertà è diritto innato e originario, infatti, il filosofo di Königsberg mette in luce la costante tensione strutturale tra la propria e l'altrui libertà, non potendosi rivendicare la prima senza riconoscere al tempo stesso la seconda⁴⁰. È per questo che per Kant, che pur distingue in partenza la volontà giuridica (eteronoma) dalla volontà morale (autonoma), il diritto costituisce a sua volta un fine etico, in quanto garantisce il coordinamento delle libertà individuali⁴¹.

Questa posizione si lega anche strettamente all'esigenza del rispetto del principio di non contraddizione, che non a caso è stato indicato da autorevole dottrina come uno dei criteri di giudizio da adottare preferenzialmente in ambito bioetico in quanto da annoverare fra i «modelli che più di altri possono essere ammessi in termini, se non oggettivi, perlomeno riconoscibili da molti come non troppo equivoci»⁴². Se esso viene individuato come strumento per valutare la normazione, a maggior ragione pare sensato pretendere che i “personali progetti di vita”⁴³ dei quali i soggetti reclamano tutela innanzi alle istanze giurisdizionali non si basino su premesse

³⁹ I. Kant, *Critica della ragion pratica e altri scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino, UTET, 2006, 167. Il “formalismo” implica che «la forma – la universalità – è la chiave per decidere quale materia [ovvero azione] può essere oggetto di una legge [morale], ovvero può essere comandata in modo categorico»: così, R. Rodríguez, *El formalismo ético como lógica de la conciencia moral*, in J. Muguerza-R. Rodríguez Aramayo, *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Madrid, Tecnos, 1989, 82.

⁴⁰ Cfr. R. Valls, *Ética para la bioética*, in M. Casado (coord.), *Bioética, Derecho y Sociedad*, Madrid, Trotta, 1998, 31.

⁴¹ Per queste conclusioni e più ampi riferimenti v. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, Bologna, il Mulino, 1968, 408.

⁴² C. Casonato, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2006, 232.

⁴³ Progetti che dovrebbero trovare comunque in linea di massima una possibilità di realizzazione in una società liberale: J. Habermas, *Il futuro della natura umana: i rischi di una genetica liberale*, Torino, Einaudi, 2010, 62.

intrinsecamente contraddittorie, le quali –qualora fossero avallate dal giudice– contribuirebbero all'incoerenza, o "schizofrenia", del sistema.

La strategia argomentativa perseguita dai ricorrenti ha quindi incontrato quasi una doppia barriera all'interno del *reasoning* giudiziale: da un lato, l'impossibilità stessa di vagliare la fondatezza di teorie scientifiche pacificamente minoritarie, dall'altro, quella di dar seguito a pretese fondate su premesse contraddittorie in quanto non "autosussistenti", ovvero che presuppongono aprioristicamente il mantenimento di un comportamento opposto da parte della maggioranza.

Ampliando ulteriormente la prospettiva sul piano bioetico, si può notare come la pronuncia del T.A.R. non sottenda in alcun modo una concezione del diritto sanitario vicina al c.d. "paternalismo medico", ovvero a quella prospettiva –ormai superata– che si centrava sull'idea di una superiorità del medico rispetto al paziente, sull'obbedienza incondizionata del paziente rispetto alle direttive di questo e sulla restrizione all'essenziale dell'informazione somministrata al paziente: un sistema in cui era sostanzialmente il medico l'attore di tutte le decisioni in ordine alla cura⁴⁴.

Com'è noto da tempo ormai l'impostazione del rapporto medico-paziente si è tendenzialmente rovesciata, con l'affermazione dell'autonomia del paziente e della sua libertà di scelta consapevole come punto di partenza di questa relazione, che trova la sua chiave di volta nel principio del consenso informato⁴⁵. Esso è ormai recepito giuridicamente a livello sovranazionale nella *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina* (c.d. Convenzione di Oviedo del 1997, art. 5) e implica una rivoluzione copernicana nella relazione medico-paziente, mettendo al centro la capacità di raziocinio del paziente, che compie le scelte sul proprio essere e operare d'accordo con il suo personale sistema di valori⁴⁶.

Questo principio si inserisce appieno nella prospettiva della Convenzione, secondo la quale «l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della

⁴⁴ V. Méndez Baiges, H.C. Silveira Gorski, *Bioètica i dret*, Barcelona, UOC, 2005, 63.

⁴⁵ P. Simón, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Madrid, Triacastela, 2000, 119 ss., descrive chiaramente il sorgere del principio del consenso informato nell'ambito della bioetica principialista, sviluppatasi negli Stati Uniti a partire dagli anni '60. Ai fini della problematica in esame, ci si limita a rimarcare come già il più importante documento elaborato in quella fase – l'*Informe Belmont*, approvato dalla *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* – nello stabilire il principio del rispetto per la persona, puntualizza come il «chiaro pregiudizio per gli altri» possa costituire un limite alla libertà di scelta riconosciuta al soggetto.

⁴⁶ V.M. García Llerena, *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física in investigación y medicina*, Junta General del Principado de Asturias, 2012, 16.

scienza» (art. 2). Se si pensa però al caso delle vaccinazioni non si dà una contrapposizione essere umano-società, ove la *società* è intesa in senso astratto, ma fra la libertà del soggetto che non intende sottoporsi (o meglio, sottoporre il proprio figlio) alla vaccinazione e la salute degli altri esseri umani che, in concreto, vengono a contatto con il soggetto non vaccinato. Sembra calzante a questa problematica l'osservazione secondo la quale in un contesto di pluralismo etico, la *alterità* implica la giuridicità, la convergenza del giuridico e dell'etico reclama il superamento della nozione di dovere morale personale in cui si centra la bioetica per l'inclusione dell'altro, del diritto dell'altro⁴⁷.

Non si tratta di negare la logica che sta alla base del consenso informato –tanto che ai genitori spetta comunque di sorvegliare tutti quei casi in cui è più probabile che si produca un danno alla salute del figlio, onde sollecitare quantomeno la dilazione del trattamento– quanto di riconoscere, sul piano etico prima ancora che giuridico, come la tutela dell'*altro* possa essere fonte di doveri per il soggetto, che si sobbarca (al pari degli altri) anche dei rischi nell'interesse collettivo.

Nello stesso si pongono peraltro i documenti adottati finora in materia dal Comitato Nazionale per la Bioetica⁴⁸. Il primo in ordine cronologico, e più ampio, è il parere del 22 settembre 1995, il quale dedica un'apposita sezione ai profili etici, osservando che «la vaccinazione ripropone il tema della cura della vita, che è al centro dell'intera bioetica, ma lo fa esasperandone alcuni termini quali il rapporto tra bene pubblico e privato, tra libertà individuale ed eventuali interventi dello Stato a carattere coercitivo».

Il nocciolo dell'argomentazione del Comitato risiede nel duplice scopo della vaccinazione, tutela tanto dell'individuo quanto dei soggetti che lo circondano e sono a rischio di contagio, al punto da definire «falsa concezione della libertà individuale» quella che non si faccia carico dei danni per gli altri che possano derivare dalle proprie scelte⁴⁹.

Più di recente, nel contesto della crisi di copertura vaccinale che si preannunciava, il 24 aprile 2015 il Comitato ha adottato una mozione su "l'importanza delle vaccinazioni". Essa

⁴⁷ Ibid., 46.

⁴⁸ Si tratta di un organismo con funzioni consultive costituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. I documenti di seguito citati sono reperibili sul sito istituzionale: <http://bioetica.governo.it/>

⁴⁹ Invero, la stessa strategia argomentativa adottata dalle associazioni "per la libera scelta" in ambito vaccinale non poggia spesso su discorso "libertario" ma cerca di dimostrare al contrario sul piano scientifico (o pseudo-tale) la dannosità o comunque la inutilità delle vaccinazioni sul piano sistemico. Un esempio in questo senso è il documento prodotto dall'Associazione COMILVA Onlus in sede di Audizione informale presso il Senato della Repubblica, Commissione Igiene e Sanità, in data 20 giugno 2017, sul Disegno di Legge N. 2856 (Conversione in legge del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale), disponibile sul sito <http://www.comilva.org/>

riprende le linee del parere, affermando che esse hanno un «valore non solo sanitario ma anche etico assai rilevante», ponendo l'accento su un ulteriore elemento di riflessione: la vulnerabilità dei bambini individua il problema della loro protezione come «un importante fattore di equità», costituendo fra l'altro il diritto ad essere vaccinato una declinazione del superiore interesse del fanciullo. Il riferimento è alla fondamentale categoria del *best interest of the child*, introdotta da un altro importante strumento internazionale elaborato nell'ambito delle Nazioni Unite, la *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 1989, che fornisce una base concettuale e giuridica a un intervento dell'autorità sanitaria anche in contrasto con la volontà dei genitori, nel caso in cui si reputi che la stessa non è orientata alla miglior tutela della salute del bambino.

Il breve mosaico di posizioni appena esposto rende l'idea di come nella complessa problematica delle vaccinazioni obbligatorie la libertà di decisione dei genitori sul vaccinare o meno il proprio figlio sia soltanto una delle posizioni che vengono in considerazione, destinata nel caso di specie a rimanere recessiva rispetto a imperative esigenze sociali, e come la stessa *pluralità* di prospettive e di interessi che si intrecciano impongano il passaggio dal piano bioetico a quello propriamente biogiuridico, dal momento che l'intervento del diritto diviene necessario al fine di tutelare *l'altro* di fronte alla libertà di scelta del soggetto.

5. Conclusioni

La decisione di rigetto del ricorso adottata dal T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia è in linea di massima condivisibile e coerente con l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale.

Come si è cercato di porre in luce nelle pagine che precedono, essa si presta a interessanti riflessioni sia sul piano sostanziale –il bilanciamento degli interessi in gioco concretamente operato dalla decisione– sia su quello dell'*iter* logico seguito nelle argomentazioni.

Con riferimento al primo, si è visto come il caso presentasse un singolare intreccio di interessi costituzionalmente protetti fra loro confliggenti. Sulla linea della giurisprudenza costituzionale, il Giudice amministrativo ne ha operato una valutazione non parcellizzata ma complessiva, cercando di massimizzare la tutela di tutte le posizioni in considerazione. La ragionevolezza della norma comunale che pone la vaccinazione a requisito per l'iscrizione agli asili viene ricavata soprattutto dal fatto che, oltre alla tutela della salute collettiva, viene in considerazione anche il diritto alla salute di altri soggetti che usufruiscono del medesimo servizio e che «per problemi immunologici di varia natura non siano vaccinabili o che nonostante una

corretta vaccinazione non riescano a sviluppare una risposta anticorpale protettiva»⁵⁰. Allo stesso tempo, la salute del soggetto che deve essere vaccinato trova ormai una sufficiente protezione a seguito dei temperamenti che le norme hanno subito nel corso del loro “cammino giurisprudenziale”: ai genitori e all’amministrazione sanitaria, prima, e al giudice tutelare, poi, è riconosciuto comunque un significativo margine di valutazione con riferimento a tutti quei casi in cui il vaccino possa recare danno alla salute del bambino⁵¹.

Sul piano delle tecniche decisorie la pronuncia si presta a considerazioni ancor più articolate. Prima di tutto, emerge un limite strutturale del processo nell’affrontare quelle che si possono qualificare come teorie minoritarie o “alternative”: esse, per quanto articolatamente argomentate, difficilmente trovano spazio in un contesto in cui –anche avvalendosi dello strumento della consulenza tecnica– si dovranno sempre prendere a riferimento della decisione le posizioni scientifiche comunemente accettate.

Il Giudice amministrativo si presta invece volentieri ad approfondire le implicazioni filosofiche delle teorie prospettate e, richiamando la prospettiva kantiana, dimostra anche su questo piano l’infondatezza della pretesa dei genitori di non vaccinare i figli (pretesa basata sull’assunto che la cd. “immunità di gregge” sarebbe stata comunque assicurata dal fatto che gli altri bambini fossero già stati perlopiù vaccinati: un comportamento per sua natura non suscettibile di essere generalizzato si rivela infatti insostenibile sul piano etico prima ancora che giuridico. La pronuncia di dimostra così coerente anche con gli orientamenti sulla questione vaccinale del Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha dimostrato come la “libertà dalla cura” non possa essere concepita in modo puramente individualistico, senza ponderare le conseguenze che il mancato trattamento sanitario potrebbe avere rispetto alla collettività.

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2017

Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2017

⁵⁰ Raccomandazione formulata in data 20.10.2016 dai Pediatri di Famiglia Triestini riuniti in assemblea congiunta, richiamata nella delibera impugnata.

⁵¹ A. D’Aloia, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, cit., 109, ritiene che la peculiarità del ruolo del giudice consista proprio nella «straordinaria (ed inimitabile dal legislatore) capacità di vedere il caso, i suoi profili particolari, le piccole o grandi differenze che rendono ogni vicenda diversa da un’altra».