



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. II

(ESTRATTO)

AURORA VESTO

**CAPACITÀ DI AUTODETERMINAZIONE, DISAGIO PSICHICO
E RILEVANZA GIURIDICA DEI TRATTAMENTI SANITARI**

9 MAGGIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Aurora Vesto
**Capacità di autodeterminazione, disagio psichico
 e rilevanza giuridica dei trattamenti sanitari***

ABSTRACT: *This paper analyzes the individual's self-determination capacity within the health sector, with particular reference to both mandatory health treatments (individually implemented) and mandatory vaccinations. Under such circumstances, therapeutic self-determination is weakened whenever the health of the individual, from one hand and of the community, from the other one, appears to be compromised. Considering the specific case, a significant role is actually played by Artificial Intelligence, which with modern instruments, with regards to specific cases of compromised physical fragility, may achieve a compensatory function of the condition of human vulnerability. In fact, well-being may be achieved through interaction with technology, as well; therefore, the category of legal capacity should be observed in the light of the binomial "access-capacity", the exclusion of which may finally result in a potential damage to the individual's health. The hermeneutic approach takes place along the lines of the principles of subsidiarity and solidarity in the axiological primacy of public health; in particular, the principle of horizontal subsidiarity plays a preferential role in the realization of the interest in well-being, which unfolds its effects in a perspective of inclusion and enhancement of private autonomy. Furthermore, within the balance between an individual and a collective interest, the concept of health takes on relevance according to a solidaristic declination that does not legitimize an "omnivorous" vision of the individual's self-determination (as recently noted by the Council of State), but which finds realization in a behavior teleologically oriented towards satisfying the prevailing interest.*

SOMMARIO: 1. Capacità di autodeterminazione e benessere individuale nella prospettiva deterministica dell'Intelligenza Artificiale. - 1.2. Principio di sussidiarietà orizzontale e superamento delle vulnerabilità fisiche attraverso gli strumenti di I.A. - 2. Principio di solidarietà e trattamenti sanitari: la rilevanza dell'interesse alla tutela della salute tra istanze personalistiche e pluralismo democratico. - 2.1. Dalla concezione monolitica ed escludente dell'incapacità giuridica alla valorizzazione inclusiva delle fragilità individuali. - 3. Il primato assiologico della salute pubblica nella dimensione sinodale della protezione della vita umana. - 3.1. Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

1. Capacità di autodeterminazione e benessere individuale nella prospettiva deterministica dell'Intelligenza Artificiale

L'autodeterminazione terapeutica, definita come la facoltà in capo alla persona di effettuare una scelta in merito alla profilassi sanitaria, determina una serie di interrogativi, molti dei quali di recente apparizione, che possono essere risolti nell'assiologia costituzionale, nel rispetto dei principi identificativi dell'ordinamento giuridico.

L'indagine condotta tenta di evidenziare la dialettica esistente tra i principi fondamentali e i diritti attribuiti dalla legge alla persona, anche laddove questa appaia a volte sdruciolevole, al fine di segnalare come ragionando per astratto alcuni enunciati normativi e alcuni principi evidenzino l'esistenza di interessi e valori non "negoziabili". Ciò significa prendere atto dell'esistenza di limiti all'autodeterminazione privata (che ne risulta pertanto affievolita) e che è facile rintracciare in settori particolarmente "sensibili" come quello della salute, dove l'esistenza di trattamenti sanitari obbligatori ed innovazione tecnologica mettono a dura prova la tenuta delle categorie dogmatiche tradizionali.

L'approccio metodologico che qui si intende delineare in una chiave ricostruttiva unitaria è finalizzato ad accentuare quelle che sono le esigenze di solidarietà dell'ordinamento, le quali - nel ragionevole bilanciamento che può coinvolgere valori confliggenti ma entrambi fondamentali - con un'attività integrativa prospettano che alcune situazioni giuridiche si pongano non sempre in termini di supremazia ma di "dovere" rispetto ad altre posizioni giuridicamente rilevanti, in una visione

giammai di assolutezza bensì di relatività che porta a rafforzare la convinzione della dottrina per cui «neanche un valore supremo come la salute o la vita stessa [possa essere considerato] un valore non negoziabile»¹. La “salute” non è solo un valore da “misurare” nella comparazione tra la dimensione individuale e quella collettiva ma è anche oggi uno dei settori dove l’innovazione tecnologica digitale risulta essere sempre più spregiudicata.

Il conflitto tra autodeterminazione e nuove tecnologie si manifesta, soprattutto, nell’ambito dei trattamenti sanitari, i quali si misurano nel superamento della discrezionalità della volontà del singolo, confinata in divieti e concessioni, in considerazione del prevalente interesse superiore, della collettività (in caso di vaccinazione) e dell’individuo verso cui vengono somministrate le misure obbligatorie a tutela del suo benessere.

Nella società dell’algoritmo il rapporto della persona con la salute² si connota per la pervasività della tecnologia³ e per le conseguenti interrelazioni delle indagini sanitarie virtuali e/o affidate a strumentazioni algoritmiche⁴. L’Intelligenza Artificiale (I.A.) ha negli ultimi anni moltiplicato la propria applicazione in ambito sanitario al punto tale - in alcuni casi - da “sostituirsi” all’attività del medico (con particolare riferimento all’attività diagnostica), nei confronti del quale residua un ruolo di controllo *ex post* dell’operato del sistema artificiale utilizzato nel caso specifico. Da ciò deriva un “affievolimento”⁵ del ruolo del medico cui si contrappone il “potenziamento” della strumentazione “intelligente” che determina, nella maggioranza dei casi, un’acritica accondiscendenza da parte degli operatori sanitari⁶.

All’utilizzo della I.A. da parte di esperti qualificati si aggiunge la pratica di chi per una iper-digitalizzazione delle informazioni di natura medica decide di trascurare gli ordinari criteri di diligenza e si attribuisce una individuale autoreferenzialità sanitaria avvalendosi dell’*Internet of Things (IoT)*, nell’errata illusione titanica che con la consultazione della Rete si possa “sostituire” il medico, persona fisica: così ragionando alcune persone si affidano al proprio *browser* ricercando una risposta adeguata alla sintomatologia manifestata demandando ad «un fantomatico dott. *Google*»⁷ l’arduo compito di fornire una diagnosi accurata e individuare un percorso terapeutico

¹ Il riferimento è a V. ROPPO, *Conclusioni*, in C. Cicero (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 161.

² Sulla tutela della salute nella dimensione della persona si rinvia a: G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim.*, 1958, 468 ss.; e in una prospettiva ancora più avanzata a P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 187 s., e ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. III, *Situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 29, ove l’Autore osserva come il diritto alla salute possa assumere diverse configurazioni «a seconda che sia inteso come diritto al servizio sanitario, alla salubrità dell’ambiente, all’integrità fisica o a quella mentale, ovvero che sia realizzato mediante lo schema dell’interesse direttamente protetto o quello della potestà e quindi dell’interesse legittimo [dal momento che ciò] che rileva è il valore della persona unitariamente inteso».

³ Sul tema della pervasività tecnologica sia consentito il rinvio ad A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

⁴ Sul punto si richiama l’ampia ricostruzione giuridica sulla elaborazione algoritmica realizzata dagli Atti SISDiC, *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del 14° Convegno Nazionale, 9-10-11 maggio 2019, Grand Hotel Vesuvio - Napoli, P. Perlingieri, S. Giova e I. Prisco (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020. Più recentemente, per una ricostruzione dell’approccio giuridico all’artificio tecnologico, G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, fasc. 5, 823-853.

⁵ Il riferimento è alla nota efficacia dichiarativa di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, spec. 153-167. L’affievolimento, che costituisce la terza classe delle trasformazioni interne, giustappunto, determina «la riduzione dell’originaria efficienza della situazione giuridica» (cit., 166), ovvero dell’effetto giuridico.

⁶ Sui diversi profili di responsabilità (ente ospedaliero, medico, *trainer*, produttore del *device* medico) si rimanda a U. RUFFOLO, *L’intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e “potenziamento”*, in *Giur. it.*, 2021, 502-508.

⁷ Qualunque motore di ricerca, in sé, rappresenta uno strumento neutro e concretamente equidistante rispetto ai singoli individui che lo utilizzano ma che, a seconda della loro specifica competenza, possono avere un approccio che può determinare fenomeni pericolosi, nel momento in cui la persona intende, con l’ausilio di *Google*, sostituirsi al medico. In effetti, non di rado gli utenti che navigano nella rete non possiedono competenze appropriate e avvedute per decodificare e indicizzare le risposte dei motori di ricerca.

sufficientemente adeguato, senza curarsi del fatto che in questo processo è assente il “*proprium*” dell’attività medica, fatta di esperienza, personalizzazione e specifica diligenza; oppure si pensi allo specialista che nella ricerca di una prognosi adeguata è indotto a considerare prioritariamente attendibile la soluzione proposta dall’algoritmo anche se divergente dalle risultanze delle metodiche d’indagine tradizionali.

Muovendo da queste premesse, in entrambi i casi, si determina una sorta di *transfert* nella dinamica dell’affidamento fiduciario (originariamente alla base della teoria del c.d. “contatto sociale”⁸) dal medico al “motore di ricerca” e dalla diagnostica classica al “risultato algoritmico”, in maniera inversamente proporzionale alle (presunte) conoscenze specialistiche del cibernauta ed alle capacità proprie del professionista sanitario. Se questa seconda ipotesi, seppur con ovvia cautela, può essere giustificata dall’evoluzione tecnologica in ambito medico-sanitario, discorso diverso attiene invece al primo caso, in cui a difettare è proprio il confronto con uno specialista. Indipendentemente da ipostattizzazioni concettuali, è fuor di dubbio che situazioni come quella ora considerata – in cui il singolo individuo si attribuisce, in totale autonomia, un bagaglio di specifiche competenze di natura tecnico-scientifica – comportano, quale immediato corollario, la non diretta applicazione del parametro della diligenza qualificata giacché un tale soggetto non potrà mai vantare un livello di preparazione analogo a quello dello specialista sanitario⁹ men che meno giungendo al punto di individuare percorsi terapeutici *ad hoc* non solo per sé stesso ma addirittura per quei soggetti che la legge sottopone alla sua responsabilità¹⁰. L’emergenza di siffatte dinamiche “eclettiche”, da cui derivano diverse allocazioni di rischio e pertanto di responsabilità, è espressione di un modesto livello di alfabetizzazione scientifico-sanitaria.

Bisogna prendere atto della necessità di un radicale cambio di paradigma culturale che sappia armonizzare tra loro le diverse coordinate del fenomeno (comunicative, sociali e sanitarie) e che, al contempo, possa sollecitare una più articolata riflessione in ambito scientifico sui profili di maggiore criticità connessi all’utilizzo delle nuove tecnologie nel rapporto dialettico con i meccanismi di tutela delle singole libertà fondamentali¹¹.

L’utilizzo di *devices* tecnologicamente avanzati consente di acquisire un grosso ventaglio di informazioni in Rete, nella constatazione che nuove consuetudini reggono i rapporti non solo tra le persone ma anche tra esse e la Rete, dal momento che la *digital globalization* è il prodotto di predeterminate scelte di politica economica che si rivolgono ad una evidente massimazione del profitto a discapito del benessere individuale e collettivo.

Gli stili di vita e le consuetudini culturali della popolazione mostrano una stretta correlazione con le tecnologie dell’informazione, con una tecnologia ubiquitaria che concentra il monopolio

⁸ Per una ricostruzione, che tenga conto anche dei recenti sviluppi normativi, si rimanda a: F. CRISCUOLO, *La nuova disciplina del rapporto medico-paziente: tra buone pratiche, natura dell’obbligazione e responsabilità del sanitario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, fasc. 3, 751-767; C. CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità medica da contatto sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, fasc. 1, 19-36; U. SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, fasc. 11, 1676-1683; A. ZACCARIA, *La “teoria” del “contatto sociale”*, in *Studium iuris*, 2018, fasc. 5, 592-598.

⁹ Sul quale incombe, ai sensi dell’art. 1176, comma 2, c.c., l’applicazione del canone della diligenza qualificata ben più rigoroso rispetto a quello del generico riferimento all’*homo eiusdem generis et condicionis*.

¹⁰ Si pensi al caso del genitore che nel tentativo di curare una specifica patologia del proprio figlio minore, seguendo i riscontri di una consultazione *on line*, decida di somministrargli alcuni farmaci senza previo consulto medico o rifiuti, senza giustificato motivo, una idonea profilassi terapeutica come accaduto di recente nell’ipotesi di diniego al consenso ad una trasfusione salva-vita per motivi puramente ideologici. Com’è noto, su entrambi i genitori grava l’obbligo di prendersi cura dei propri figli apprestando nei loro riguardi quella protezione e quelle cure necessarie per il raggiungimento ed il mantenimento di un adeguato livello di benessere pena l’incorrere in una specifica ipotesi di responsabilità sanzionabile anche ai sensi dell’art. 330 c.c.

¹¹ Al riguardo si rimanda al volume che raccoglie gli atti del Convegno svoltosi a Camerino nei giorni 26 e 27 settembre 2014: *Internet e Diritto civile*, C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

dell'informazione nell'accesso¹² alle infrastrutture telematiche¹³, che depotenziano la riservatezza¹⁴ della persona che da soggetto dell'informazione diventa nell'ambiente digitale "oggetto" di contrattazione nel processo di profilazione dei dati e di aggregazione delle preferenze di consumo del cibernauta, poiché questa raccolta di elementi identitari consente di elaborare in chiave predittiva le scelte di consumo della persona. L'accesso alle nuove tecnologie e il loro utilizzo non possono essere esaminati prescindendo da una rilettura delle categorie tradizionali, soprattutto della "capacità giuridica" avvalorandosi così l'idea di una "concezione dinamica" di tale capacità in larga parte coincidente con l'idea stessa di "accesso"¹⁵. L'esclusione dalla partecipazione all'utilizzo delle nuove tecnologie è causa di un *deficit* del soggetto che vede ridursi fino ad essere esclusa del tutto la propria capacità di autodeterminarsi. Alla luce delle indicazioni di metodo che si sono sopra definite, la sussidiarietà, pertanto, diventa strumento per la realizzazione di una piena capacità del soggetto che ha così la possibilità di utilizzare le nuove tecnologie per perseguire interessi meritevoli di tutela. Si pensi ai dispositivi elettronici indossabili (es. orologi e braccialetti digitali) che raccolgono e gestiscono i dati relativi alle abitudini, alle preferenze ed allo stato di salute dei singoli utenti. Tali dispositivi rientrano pienamente nei percorsi di alfabetizzazione sanitaria, in linea con quanto previsto dall'OMS che definisce la salute come una condizione di benessere ed efficienza del proprio organismo, e dunque non più soltanto come assenza di malattia. L'utilità della strumentazione "intelligente" è indubbia, giacché l'*IoT* consente e facilita l'interazione tra diversi sensori per progettare, registrare, processare e immagazzinare dati¹⁶ nella prospettiva di un costante miglioramento dei livelli di benessere individuale; si pensi ai c.dd. "orologi della salute"¹⁷, ai visori di realtà aumentata¹⁸ o ad altri specifici supporti audiovisivi che se collegati, ad es., ad un apposito "casco" ricevente consentono la decodifica di specifici impulsi che permettono al soggetto ipovedente una parziale visualizzazione di colori, forme e lineamenti. In quest'ottica, l'utilizzazione della strumentazione intelligente, quale misura di integrazione della vulnerabilità del soggetto, altro non è che una delle innumerevoli e specifiche forme di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, giacché conferisce alla persona un sostegno intelligente proporzionato e differenziato (sia sotto il profilo funzionale che qualitativo) in funzione rafforzativa della propria capacità di autodeterminarsi.

1.2. Principio di sussidiarietà orizzontale e superamento delle vulnerabilità fisiche attraverso gli strumenti di IA.

All'interno della cornice generale del principio di autodeterminazione un ruolo determinante, in funzione della protezione della sfera di libertà individuale, è quello svolto dal principio di

¹² Sul punto cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della New economy*, trad. di P. CANTON, Mondadori, Milano, 2000.

¹³ Sulla rilevanza del profilo informazionale nel rapporto tra "diritto" e "informazione" dell'uomo «info-datico» nello spazio digitale e nella regolamentazione dei dati sanitari si rinvia al recente contributo di A. MARCHESE, *Profili civilistici dell'information technology in ambito sanitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

¹⁴ Per un approfondimento sistematico della disciplina della *privacy* e della tutela dei dati personali, a seguito delle nuove prospettive contenute nel Regolamento europeo "General Data Protection Regulation" (GDPR), si rinvia al *Codice della privacy e data protection*, R. D'ORAZIO - G. FINOCCHIARO - O. POLLICINO - G. RESTA, Giuffrè, Milano, 2021.

¹⁵ Cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, cit., *passim*.

¹⁶ I dispositivi interessati non sono soltanto i tradizionali computer o *smartphone*, ma anche quelli integrati in oggetto di uso quotidiano ("*things*") come dispositivi indossabili (cd. *wearable*), di automazione domestica (si pensi ai c.d. "assistenti digitali" come *Siri* della *Apple*, *Alexa* di *Amazon* o *Google Home*) e di navigazione assistita, nonché i *wearable devices*, come *smartwatch* e *fitness band*.

¹⁷ Tra i dispositivi indossabili si annoverano gli orologi intelligenti come lo *smartwatch braille* "Dot", l'orologio intelligente per andare incontro ai non vedenti in tutte le più tipiche incombenze del vivere quotidiano. Questo dispositivo (realizzato in alluminio, composto da celle *Braille* dinamiche controllate da elettrovalvole che monitorano perni magnetici) possiede una tecnologia *force feedback* strutturata sulla percezione tattile, rilevando così il movimento delle dita dell'utente sul quadrante, consentendogli di "leggere" i messaggi e di inviarli o allertano l'utente in caso di eventi inattesi (come l'arrivo di un temporale).

¹⁸ Si pensi, ad es., il *Google Cardboard*.

“sussidiarietà”¹⁹, il quale è deputato ad assolvere ad una delle funzioni proprie dello Stato sociale: la salvaguardia degli interessi e delle libertà fondamentali. In origine il principio è stato concepito in relazione a problematiche di natura pubblicistica ma, specialmente per quel che attiene alla soddisfazione dei bisogni della persona, è sempre più frequente ed intensa l’applicazione del principio nel diritto privato, soprattutto in considerazione del fatto che nella trasfigurazione privatistica la sussidiarietà esprime l’effetto della tutela che l’ordinamento giuridico realizza attraverso essa, intesa come esplicazione di un effetto giuridico, attributivo di capacità di autodeterminazione.

Come accennato l’applicazione originaria era di esclusiva competenza del settore di diritto pubblico, dal momento che il principio di sussidiarietà trova naturale realizzazione nel regolare il riparto delle funzioni presso l’istituzione più prossima alla società.

Si suole distinguere tra la “sussidiarietà verticale” o “istituzionale” e la “sussidiarietà orizzontale” o “sociale”.

Secondo l’accezione di c.d. sussidiarietà verticale il principio consiste nel trasferimento della gestione di certi servizi pubblici agli enti locali (in particolare ai Comuni), in quanto più “vicini” ai bisogni dei cittadini, i quali potranno monitorare la qualità dei servizi e controllarne i relativi costi; difatti, la sussidiarietà verticale riguarda i rapporti fra pubblici poteri all’interno delle istituzioni pubbliche (art. 118, comma 2, e 120, comma 2 Cost.), garantendo un intervento “proporzionale” al raggiungimento degli obiettivi, nel contesto delle concorrenti competenze dello Stato, delle Regioni, nonché delle Autonomie locali ed in ambito sovranazionale delle competenze dell’Unione Europea e degli Stati membri.

Con la c.d. sussidiarietà orizzontale, viceversa, si attribuiscono determinati compiti tradizionalmente propri dello Stato sociale ad alcune formazioni sociali che non hanno scopo di lucro e che costituiscono il c.d. terzo settore; il principio, favorito con la riforma costituzionale del 2001, si ricava dalla normativa costituzionale (art. 118, comma 4, Cost.²⁰) che pone in rilevanza il ruolo delle Autonomie nel garantire l’iniziativa autonoma dei cittadini nella realizzazione delle “attività di interesse generale”²¹, con l’intenzione di mettere a disposizione delle persone servizi tipici dello Stato sociale nel perseguimento di fini di utilità sociale, ad un costo più accessibile e con una qualità del servizio migliore rispetto a quelli erogati dalle burocrazie delle amministrazioni pubbliche. Residua, pertanto, in capo ai privati cittadini una capacità di autodeterminazione espressiva di una sussidiarietà orizzontale, giacché poteri pubblici e privati operano sullo stesso piano, in un rapporto dialettico fra libertà e autorità. In altri termini, l’autonoma iniziativa dei privati, singoli e associati,

¹⁹ In tema l’approfondimento e la ricerca della dottrina sono sterminati, cfr. senza spirito di esautività i seguenti contributi: G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, fasc. 1, 5-50; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, *ivi*, 51-84; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2003, spec. 326 ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. Perlingieri e F. Casucci (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, 143 ss.; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell’iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, fasc. 3, 257-269; ID., *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l’esperienza italiana*, *ivi*, 2014, fasc. 4, 764-775; M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I e II, Giappichelli, Torino, 2014; P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, fasc. 2, 687-690; F. MAISTO, *L’autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016; P. SIRENA, *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, fasc. 3, 652-666, specialmente con particolare attenzione al §5, “Il principio costituzionale di sussidiarietà e la concezione dell’Europa come un impero cosmopolita”, 664-666.

²⁰ La dottrina rileva come il principio abbia iniziato a svilupparsi in Italia in ritardo rispetto ad altri Paesi. «Mentre in Germania il principio di sussidiarietà orizzontale forma oggetto di un ampio dibattito già a partire dagli anni Cinquanta, l’interesse della dottrina italiana si sviluppa, soprattutto, dopo la sua formalizzazione nel novellato art. 118, comma 4, Cost., ad opera della l. cost., 18 ottobre 2001, n. 3» (G. CARAPEZZA FIGLIA, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, fasc. 2, 460, nt. 83). In argomento e con precipuo riferimento alla gestione dei rischi da Covid-19 cfr. A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. Pers. Amm.*, 2020, fasc. 1, 185-196.

²¹ Art. 118, comma 4, Cost.; cfr. con l’art. 5 del d.lgs. n. 117/2017, rubricato “Attività di interesse generale”.

deve essere favorita dallo Stato e dagli altri enti territoriali, sia mediante un'attività di co-progettazione che condivisione della gestione di interessi sociali, che i cittadini possono promuovere attraverso le "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost., mentre i pubblici poteri sono chiamati a intervenire, per mezzo dei loro "poteri sostitutivi", solo quando i privati non riescono nel perseguimento dell'obiettivo²².

La sussidiarietà in ambito familiare svolge in maniera elettiva la propria funzione poiché diventa criterio di identificazione della persona che si rivela più adatta a compiere scelte familiari²³ (si pensi al ruolo dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale nelle scelte che coinvolgono il figlio). Diverse sono le ipotesi esemplificative della capacità di autodeterminazione dei cittadini che si possono annoverare tra gli istituti di diritto privato: si pensi, ad es., la costituzione di un fondo patrimoniale²⁴; la costituzione di un *trust* familiare²⁵; la composizione di accordi in vista della separazione o del divorzio²⁶; i contratti di convivenza²⁷; l'istituzione della sostituzione fedecommissaria²⁸; la *ratio* dell'amministrazione di sostegno²⁹; la legge c.d. "Dopo di noi"³⁰; il diritto, di ogni persona capace di agire, «di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia»³¹ oppure prevedendo

²² Del resto, come autorevolmente evidenziato «la costituzionalizzazione della sussidiarietà riconosce formalmente nell'autonomia negoziale una forza centrale propulsiva dell'ordinamento, tesa a realizzare interessi sia generali sia individuali» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, 30).

²³ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, cit., 27; M. ROMANO, *L'affidamento condiviso tra autonomia privata e controllo del giudice*, in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Giappichelli, Torino, 2014, spec. 429.

²⁴ In argomento, per una recente analisi si rimanda a C. CICERO - A. TRONCI, *Fondo patrimoniale e debiti fiscali*, in *Corr. giur.*, 2020, fasc. 10, 1208-1213.

²⁵ Per una lettura di recente elaborazione M. TATARANO, *Il "trust" assistenziale con funzione successoria. Profili successori della clausola di devoluzione patrimoniale. Il caso del "trust" della fondazione Banco di Napoli*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, fasc. 1, 339-372.

²⁶ Per un approfondimento degli strumenti pattizi di risoluzione del conflitto, nell'attualità del tema e verso la riqualficazione lessicale in termini di "patti pre-crisi" si è espresso A. MARCHESE, *La composizione della crisi coniugale nel «continuo e discontinuo» delle unioni familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, fasc. 2, 611-636.

²⁷ Sul punto si rimanda al contributo di R. AMAGLIANI, *I contratti di convivenza nella L. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. Legge Cirinnà)*, in *Contr.*, 2018, fasc. 3, 317-330.

²⁸ Per una analisi di settore si rinvia a R. SCUCCIMARRA, *Rapporti tra la sostituzione fedecommissaria e l'attribuzione separata dell'usufrutto vitalizio e della nuda proprietà*, in *Riv. not.*, 2012, fasc. 1, 145-155.

²⁹ Per opportuni riferimenti si rimanda a V. ROPPO, *Il contratto*², Giuffrè, Milano, 2011, spec. 722 ove l'A. individua nella persona sottoposta ad amministratore di sostegno una «incapacità variabile» a seconda della previsione contenuta nel decreto del giudice tutelare.

³⁰ Legge 22/06/2016, n. 112, *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*. Si tratta, infatti, di una legge che disciplina misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, prive di sostegno familiare, al fine di agevolare attività che anche le famiglie possono pianificare, come la stipula di polizze di assicurazione, la costituzione di *trust*, di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645 *ter c.c.*, di fondi speciali composti di beni sottoposti a vincoli di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario. Per una disamina approfondita della normativa, a garanzia della proprietà fiduciaria nell'ordinamento giuridico interno e dei suoi rapporti con il sistema pubblicitario, alla luce dei diversi interessi in gioco e delle possibili manifestazioni dell'autonomia privata, si rimanda a M. TATARANO, *La c.d. legge «dopo di noi»: profili giusprivatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, fasc. 4, 1465-1502.

³¹ Art. 1, comma 5, legge 22/12/2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

In dottrina, tra i primi commenti, cfr.: S. STEFANELLI, *Status di paziente e disciplina del fine vita*, in *Riv. Diritto e processo*, 2017, 113-135; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017 n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 2018, fasc. 1, 109-116; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 689 ss.; A. GORASSINI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento di trattamento nella dimensione della c.d. vulnerabilità esistenziale*, in *Ann. Sisdic*, 2018, 2, 23 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247-252; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, V, cc. 137-143; M. FRANZONI, *Le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento*, in [Giustizia Civile.com](http://GiustiziaCivile.com), 2018, fasc. 2, 3-11; B. SALVATORE, *La recente legge sul consenso informato. Un passo in avanti in tema di*

che la stessa possa «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi [...], attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari»³²; nonché la finalità del Codice del Terzo Settore³³ a sostegno della «autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona [...], in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione [...]» (art. 1 d.lgs. n. 117/2017); infine emerge in tale contesto la parziale legalizzazione del c.d. suicidio assistito³⁴ per mezzo della valorizzazione dell'autodeterminazione del soggetto sottratta, in larga misura, al controllo del medico.

Nell'ottica di garantire la più ampia tutela al principio di autodeterminazione è doveroso valorizzare quelle che sono le potenzialità in capo ai consociati per la pianificazione e attuazione dei bisogni essenziali alla promozione della personalità delle persone più vulnerabili. Originariamente, il principio di sussidiarietà è stato invocato da Papa Leone XIII, il 15 maggio 1891, con l'enciclica “*Rerum novarum*” che auspicava di dirimere alcune asperità proprie dell'epoca, come la questione operaia. Dalle parole della enciclica emerge l'attualità del suo messaggio con l'intento di far recuperare all'uomo la sua autentica concezione, facendo emergere la dignità e l'autonomia della persona: «Non è giusto (...) che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto invece che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altrui diritti»³⁵.

Seguendo le coordinate di questo ragionamento, il cui proposito è cogliere l'essenza giustificativa del discorso in una sinodalità diffusa, sul presupposto che il principio di sussidiarietà con ruolo elettivo debba svolgere un ulteriore importante compito, garantendo un criterio di equilibrio tra le diverse posizioni che il cittadino può assumere nella finalità di soddisfare il suo bisogno, sia con lo Stato che con le istituzioni a lui più prossime, nonché nelle relazioni con gli altri cittadini, in una dinamica che non predilige soluzioni di esclusione e di ghettizzazione delle parti più deboli del rapporto, in quanto la persona più fragile deve essere messa in condizione di interagire in maniera virtuosa poiché essa è espressiva di una posizione giuridica di beneficio e giammai di soggezione-

responsabilità medica per violazione degli obblighi informativi? in *Riv. it. med. leg.*, 2018, fasc. 3, 995-1008; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2018, 2, 97-151. Sia, infine, consentito il richiamo A. VESTO, “*Le disposizioni anticipate di trattamento tra normativa cogente ed applicazioni etiche*”, in *Riv. Diritto e processo*, 2018, 135-157.

³² Art. 4, comma 1, legge n. 219/2017.

³³ D.lgs. 3/07/2017, n. 117. Sul punto si rinvia a: A. FUSARO, *Attuazione o correzione della Riforma degli Enti del Terzo Settore?* in *Pol. dir.*, 2019, fasc. 4, 677-682; E. TUCCARI, *La disciplina «democratica» delle associazioni non riconosciute fra codice del terzo settore e codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, fasc. 2, 438-458.

³⁴ In argomento numerosi sono stati i contributi della dottrina, tra cui si rimanda, senza pretesa di esaustività, a: P. FEMIA, *Dinanzi al dolore della parte. Il dovere costituzionale di fare regole con sentenze*, in O. Di Giovine e G. D'Alessandro (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020, 247 ss.; A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in O. Di Giovine e G. D'Alessandro (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 325 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, fasc. 2, 580-598; A. RUGGERI, *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”)*, frutto di libera invenzione della Consulta a margine di Corte cost. n. 242 del 2019, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2019, fasc. 3, 633-649; ID., [Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, 571 ss.; ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, *ivi*, 2019, 92 ss.

Ai fini della completezza della rilevazione si rammenta il recente intervento della Corte costituzionale che con la [sentenza n. 50 del 16 febbraio 2022](#) esprime parere negativo sull'ammissibilità del quesito referendario relativo all'eutanasia, confermando che l'abrogazione, ancorché parziale, della norma sull'omicidio del consenziente è contraria al principio di tutela minima costituzionalmente necessaria della vita umana, in generale, e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili.

³⁵ Così espressamente, §28, *Rerum novarum*, Lettera enciclica, ed. Paoline, 2013.

esclusione, in vista della correlazione tra il principio di sussidiarietà e quello di autodeterminazione, purché l'atto di autonomia sia meritevole e ragionevole³⁶.

Si intravede, pertanto, la molteplicità dei casi in cui nel diritto privato il principio di sussidiarietà orizzontale può dispiegare i propri effetti, proprio nella realizzazione di questa prospettiva di inclusione e valorizzazione dell'autonomia privata³⁷.

L'autonomia privata³⁸, esercitata secondo i criteri previsti dal codice civile, fortificata dal principio di sussidiarietà orizzontale protegge la sfera giuridica del soggetto contro le avversità esterne, diventando momento costitutivo di specifici atti di autonomia e comportamenti giuridicamente legittimi, poiché realizzativi di interessi meritevoli di tutela. L'autonomia³⁹, intesa come estrinsecazione della sussidiarietà, dispiegando efficacia oltre la sfera giuridica delle parti, è attuativa di interessi generali, non essendo preordinata alla esclusiva realizzazione di interessi a carattere individuale; ed è indubbio che essa assuma oggi una specifica funzione sia nel c.d. cyberspazio⁴⁰ sia nella utilizzazione personale di strumenti "intelligenti" a beneficio di soggetti portatori di una vulnerabilità, specialmente di natura fisica. L'implementazione di attrezzature e dispositivi elettronici volti a supplire le menomazioni umane è un importante traguardo raggiunto per mezzo della c.d. Intelligenza Artificiale (I.A.)⁴¹, la cui interazione con le biotecnologie, con le scienze mediche e con

³⁶ Ciononostante, il principio non legittima i privati a comportamenti arbitrari e non conformi ai valori dell'ordinamento, pertanto la «sussidiarietà non può legittimare *tout court* il ricorso a strumenti 'più duttili'. Necessaria, infatti, è pur sempre la verifica in concreto dello strumento regolatore più idoneo a garantire la realizzazione e la conformità dell'attività alla gerarchia dei valori presenti nella Costituzione: essa non è una fonte in sé meritevole, ma è tale se è conforme al sistema ordinamentale. Lo stesso art. 118 cost. esige che la sussidiarietà si realizzi nel rispetto della differenziazione e dell'adeguatezza. Sì che l'atto di autonomia è meritevole soltanto se adeguato, proporzionato, ragionevole; se conforme, cioè, all'assiologia del sistema» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, cit., 30).

³⁷ La dottrina pone in evidenza l'importante ruolo dell'autonomia privata che diviene fonte del diritto: R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, spec. 36 ss. e 105 ss., secondo il quale l'art. 118, comma 4, Cost. «ne tratta come di una fonte concorrente, sul medesimo piano, rispetto alle altre»; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, spec. 1 ss., 17 ss., 41 ss.; P. FEMIA, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno Nazionale della S.I.S.Di.C., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 189-197, secondo il quale il giurista deve assolvere al compito di identificare «un processo pubblico di conciliazione» (cit., 191), un'attività di regolazione «di un contratto a rilevanza normativa all'interno della società civile» (cit., 192) e distingue tra i «contratti a rilevanza normativa» quelli «secondo effettività» [che sono «i modelli contrattuali uniformi, quelli che Natalino Irti chiamerebbe i frutti della potenza del mercato» (cit., 192),] e quelli «secondo legalità» [che sono «gli atti di autonomia privata che vengono giustificati sulla base dell'ormai affermato principio di sussidiarietà. Alla luce di questo principio, si può legittimare la fonte di autonomia privata rispetto alla fonte di produzione pubblica, statale o sovrastatale che essa sia» (cit.); D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà*, cit., 64 ss.; F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, cit., 126 ss., secondo il quale «a determinate condizioni anche gli atti di autonomia (specialmente, il contratto) produc[ono] (non semplici situazioni soggettive, ma) vere e proprie norme giuridiche» (130).

Di contrario avviso, invece, è N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. 170, ove l'A. considera la sussidiarietà del tutto estranea «alla problematica delle fonti riconducibili all'autonomia dei privati».

³⁸ Sulla precarietà della locuzione che ingenera disguidi si è espressa autorevole dottrina (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, cit.), la quale sottolinea «l'angustia della tradizionale definizione dell'autonomia "privata", intesa come potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al "privato" [e l']improponibilità di una tale nozione [soprattutto] (...) là dove la regolamentazione degli interessi sia frutto dell'incontro di volontà di enti pubblici, talvolta previsto espressamente al fine di stimolare un proficuo coordinamento delle loro attività istituzionali» (cit., 20-21): a tal proposito si pensi all'art. 11, comma 2, e all'art. 1, comma 1-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

³⁹ È stato rilevato che «un concetto di autonomia, aderente alla dinamica delle odierne relazioni giuridiche, può essere descritto come il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare, in conformità ad esso e con proprie manifestazioni di volontà, interessi privati o pubblici, particolari e/o generali, non necessariamente propri» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, cit., 30-31).

⁴⁰ Sul punto v., in particolare: P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

⁴¹ Per un approfondimento sulle caratteristiche principali dell'I.A. cfr.: A.F. Uricchio, G. Riccio e U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti. Prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea*, Cacucci,

l'ingegneria genetica, ha consentito il totale o parziale recupero di capacità corporee a tutte quelle persone che ne sono state private a causa di una malattia o di un incidente stradale o sul luogo di lavoro. Gli accadimenti avversi, di fatto, determinano un processo inverso a quello che scaturisce al conseguimento del diciottesimo anno di età, con il raggiungimento della c.d. capacità di agire, giacché l'evento ostile può ridurre la capacità della persona a seguito di una menomazione più o meno invalidante tale da compromettere il compimento di attività quotidiane e negozi giuridici. Da questa prospettiva, pertanto, è innegabile che l'Intelligenza Artificiale funga da parametro di redistribuzione della capacità violata dell'individuo, al fine di consentirgli il recupero (totale o parziale) dello stile di vita goduto prima dell'evento avverso o della malattia. L'I.A. coniugata con la neuroscienza computazionale può raggiungere confini inesplorati e impensabili, fino a poco tempo fa, come la realizzazione di una sorta di "emulazione del cervello"⁴², con un processo di simulazione del modello biologico perfezionato in simbiosi con il cervello biologico, diventandone un suo clone, senza escludere che possa avvenire un trasferimento di questo cervello elettronico in un automa o in un *cyborg*⁴³, con tutte le problematiche di natura etica e giuridica, ma con il precipuo scopo di arginare e superare l'evento sfavorevole o il decadimento di un corpo poiché ammalato o degenerato a causa di un processo naturale di senilità. L'I.A. cambia il punto di osservazione che dalla fisicità si sposta all'analisi in termini utilitaristici dei "circuiti elettrici", "cavi" e "sensori" capaci di far riacquistare alla persona abilità pregresse che le sono state sottratte a causa per es. di una malattia come la Sclerosi Laterale Amiotrofica (SLA) o il morbo di Parkinson⁴⁴. Le vulnerabilità che il soggetto può manifestare possono dipendere da diversi fattori ed essere presenti sin dalla nascita oppure sorte nei primi anni di vita o in qualunque momento a causa di eventi avversi; in entrambi i casi esse costituiscono sempre motivo (diretto o indiretto) di "esclusione" dalla società e, pertanto, da tutte le formazioni sociali in cui il soggetto è o desidera inserirsi in relazione alla volontà di valorizzare e promuovere la propria personalità. La considerazione fin qui accennata richiama alla mente la portata assiologica delle disposizioni presenti a livello superstatuale come la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità⁴⁵, finalizzate a estendere la portata della tutela del valore della dignità umana. L'evoluzione del concetto di "disabilità", alla luce delle presenti riflessioni, rischia, in quanto tale, di venire affievolito financo escluso da tutta una serie di barriere fisico-cognitive, ambientali e tecnologiche. La disabilità, accuratamente delineata dall'art. 12 della Convenzione ONU attiene al riconoscimento che le persone vulnerabili devono ricevere in qualunque territorio, affinché venga garantita loro la possibilità di esercitare liberamente la propria capacità⁴⁶.

Gli strumenti di I.A. possono ineludibilmente svolgere una funzione assistenziale e compensativa delle vulnerabilità esistenti. Del resto le ricerche scientifiche hanno già condotto a risultati molto

Bari, 2020; E. Gabrielli e U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.; M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018, 75-113.

⁴² Il progresso e la ricerca scientifica hanno determinato come con riferimento a tre dei cinque sensi tradizionali (udito, tatto e vista) le protesi robotiche e gli altri *devices* dotati di I.A. siano in grado di far recuperare, totalmente o parzialmente, alla persona la pregressa abilità fisica.

⁴³ Si tratta di una inarrestabile evoluzione della biotecnologia che consentirà, con escatologiche finalità di tipo edonistico, l'innesto sul corpo umano di protesi intelligenti capaci di modificare la realtà corporea dell'essere umano con forme di *human-machine hybridization*.

⁴⁴ La *Microsoft Research Innovation* ha ideato e realizzato un prototipo che ha consentito, alle persone colpite dalla malattia di Parkinson, di riacquistare la capacità di tenere sotto controllo i tremori della malattia; il dispositivo è stato utilizzato per far riacquistare la capacità di disegnare ad una giovane *graphic designer*, da qui il nome del dispositivo "Emma watch", che riesce a riequilibrare il rapporto tra gli impulsi cerebrali e la loro trasmissione motoria, superando il *gap* che il Parkinson determina tra la centralizzazione del sistema nervoso e la riflessa articolazione motoria (in ANSA.it).

⁴⁵ La "Convenzione sui diritti delle persone con disabilità", adottata il 13 dicembre 2006 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, assicura ai soggetti disabili il pieno e uguale godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali. Per una disamina sulla ricostruzione della genesi del testo convenzionale alla luce della legge 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, A. DE AMICIS, *La L. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *Giur. mer.*, 2009, fasc. 10, 2375-2388.

⁴⁶ Per un'ampia indagine V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, fasc. 2, 419-449.

importanti⁴⁷ a tutela del benessere delle persone vulnerabili, ma è prevedibile che nel breve-medio periodo si assisterà ad una implementazione dei dispositivi elettronici, sul presupposto che l'evoluzione delle metodologie di I.A. unitamente a quelle della robotica computazionale potenzieranno ancora di più la c.d. *human engineering*, determinando una sempre più intima e meno scomponibile interazione tra corpo biologico e macchina robotica che diventa portatrice di una, seppur eclettica, proiezione identitaria e, perciò, autonoma capacità di agire, una legittimazione a compiere atti e comportamenti imputabili agli “agenti software” che in qualità di membri non-umani della società, definiti “attanti”⁴⁸, risultano titolati di capacità giuridica parziale⁴⁹: l'estensione di tale capacità determina diversi corollari, tra cui l'imputazione di responsabilità in caso di conseguenze dannose.

2. Principio di solidarietà e trattamenti sanitari: la rilevanza dell'interesse alla tutela della salute tra istanze personalistiche e pluralismo democratico.

L'approccio dell'ordinamento è sempre stato cauto e tendenzialmente tutelativo della sfera inviolabile della persona nella c.d. autodeterminazione terapeutica⁵⁰, sul presupposto che il limite di ogni trattamento sanitario, anche obbligatorio, sia sempre il rispetto della persona umana, come previsto dalle disposizioni costituzionali che difendono la persona dalle ingerenze coercitive costituzionalmente ingiustificate. L'autodeterminazione terapeutica è un diritto fondamentale e inviolabile della persona, tutelato ai sensi degli artt. 2, 13, 32, comma 2, Cost., esplicitando una declinazione del benessere del soggetto, sul presupposto che la salute non sia un valore scindibile dalla persona, alla cui unitarietà corrisponde una pluralità di tecniche giuridiche che rinvergono il fondamento nella concreta esecutività del principio di uguaglianza sostanziale, che identifica la tutela della salute con quella della stessa persona concretamente intesa, anche laddove il soggetto, maggiore di età e capace di intendere di volere, sia contrario alla sottoposizione di specifici trattamenti medici.

⁴⁷ Si pensi ai benefici che i non vedenti o ipovedenti raggiungono attraverso l'ausilio dei dispositivi ad attivazione vocale che si collegano ai loro occhiali e che consentono in tempo reale e *offline* la lettura istantanea di un testo da un libro o dallo schermo di uno *smartphone* o da qualsiasi altra superficie, consentendo loro, altresì, l'acquisto di un bene di consumo, l'adempimento di attività lavorative e il riconoscimento delle persone. Il sensore ottico presente in questi dispositivi - senza essere connesso ad internet - riesce immediatamente a comunicare l'immagine dell'ambiente circostante e/o le informazioni giunte all'ipovedente, riabilitandolo nelle attività quotidiane e garantendogli un benessere che diversamente senza il *device* non raggiungerebbe.

⁴⁸ In tali termini G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, in P. Femia (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019. Lo studio presenta il tema coniugando dogmatica civilistica e scienza sociologica per fondare una teoria degli agenti *software* quali soggetti giuridici parziali, meri flussi informativi, capaci di decisione autonoma; in altri termini, gli agenti *software* hanno uno «status di attanti, attori provvisti di capacità giuridica parziale» le cui decisioni autonome «presentano il carattere della vincolatività giuridica e sono tali da determinare conseguenze in punto di responsabilità» (cit., 63).

⁴⁹ L'intrinseca connessione fra il pensiero dell'uomo e la tecnica volta ad emularlo «fu già intuita da Goethe in una delle prime scene del Faust (che perciò assai piacque a Werner Heisenberg): “E veramente succede con la fabbrica dei pensieri proprio come col telaio del tessitore: dove una pressione del piede basta a mettere in moto migliaia di fili, e la spola passa e ripassa in su e in giù, e i fili scorrono invisibili, e un colpo solo genera mille collegamenti”» [N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, fasc. 4-5, 1177-1181. Discorso d'apertura al Convegno su «Decisione robotica», svolto il 5 luglio 2018, presso l'Accademia Nazionale dei Lincei].

⁵⁰ In argomento S. DEPLANO, *Diritto all'autodeterminazione terapeutica e suoi limiti*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Persone - Famiglie - Successioni, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, 97 ss.; M. FRANZONI, *L'autodeterminazione nelle scelte di cura ed il testamento biologico*, in *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, L.S. Rossi e C. Bottari (a cura di), Maggioli, Rimini, 2013. Con specifico riferimento alla valorizzazione della portata relazionale e sociale della vulnerabilità delle persone incapaci per età o per menomazioni di natura psico-fisiche si rinvia a B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, in *juscivile*, 2020, fasc. 6, 1494-1508. Sulla vulnerabilità in senso generale con riferimento alle fragilità umane si rimanda, per tutti, M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008.

È palese come l'autodeterminazione si realizzi con l'esaltazione del consenso informato del paziente prima di sottoporsi all'attività sanitaria, la cui inosservanza determina una responsabilità in capo al medico o al soggetto che in ambito sanitario ha omesso di fornire tutte le informazioni necessarie per consentire al paziente la formazione di un consenso realmente adeguato ed informato.

Ogni persona è, in quanto tale, titolare di situazioni esistenziali costitutive dello *status personae*; i diritti fondamentali dell'uomo, infatti, sono dei diritti che tutelano la persona nei suoi valori essenziali, indipendentemente dalla graduazione di un eventuale stato personale patologico, dal momento che la valutazione del *deficit* psichico non può essere categorizzata *a priori* e assoggetta a stereotipi ma, caso per caso, deve condurre alla rilevazione della propensione della capacità intellettuale e affettiva che la persona può concretamente realizzare, a garanzia dello sviluppo e della evoluzione della propria personalità. Pertanto, i diritti della personalità eletti come "diritti inviolabili" dalla nostra Costituzione, attraverso la "clausola generale"⁵¹ di cui all'art. 2, ricevono una tutela ampia a garanzia della dignità umana, sempre meritevoli di protezione giuridica, indipendentemente dalla concreta situazione psico-fisica del soggetto, con riferimento al quale vanno garantite le potenzialità fisiche e intellettive.

L'autodeterminazione si attenua laddove la persona versi in una situazione di vulnerabilità a causa di una evidente non attitudine ad intendere, assoluta o relativa a determinate sfere di interessi, come gli infermi di mente o le persone con un *deficit* intellettuale o psichico, oppure si pensi a tutti i casi in cui si determini un "breakdown evolutivo"; in questi casi l'ordinamento prevede l'adozione di specifici istituti protettivi in base alla gravità dell'infermità mentale, valutando l'eventuale stato di necessità e garantendo al paziente una posizione di garanzia da parte del personale sanitario, con l'intento di evitare di contenere e "annullare" la persona ma al solo scopo di garantirne i diritti inviolabili. L'esigenza si è tradotta con l'istituzione dell'amministrazione di sostegno⁵² e con l'intento di differenziare gli statuti protettivi della persona per graduarne più opportunamente l'incapacità valorizzando il ricorso agli strumenti offerti dalle neuroscienze «che possono contribuire alla verifica dell'idoneità del soggetto al compimento di atti, patrimoniali e non patrimoniali [...] ovvero al potenziamento di specifiche facoltà cerebrali e, dunque, delle capacità cognitive della persona»⁵³.

In linea con quanto rilevato, perciò, l'attenuazione dell'autodeterminazione si ha, soltanto per trarne qualche esempio, laddove la persona necessiti seppur contro la propria volontà di interventi

⁵¹ Al riguardo fondamentale è il riferimento a P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*², Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, spec. 28-34. Altresì, più recentemente P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

⁵² Introdotta nel Codice civile con l. 9 gennaio 2004, n. 6 la nuova misura protettiva ha il pregio di aver creato le premesse per una rivoluzione copernicana a favore del soggetto debole ed emarginato, a tutela dei valori e dei principi costituzionali. Sul punto la letteratura civilistica è illimitata; si richiamano senza spirito di esautività i recenti contributi: I. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; G. LISELLA, *Dalla sentenza d'interdizione alla nomina dell'amministratore di sostegno: una "coraggiosa" decisione sul piano sostanziale in un'intricata vicenda procedimentale*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, fasc. 4, 1084-1098; O. CLARIZIA, *Amministratore di sostegno e promozione della personalità del beneficiario*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, I, cit., 53 ss.

⁵³ Come evidenziato da C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, fasc. 2, 333. L'Autrice, il cui contributo fa riflettere sulla importanza della scelta di una misura di sostegno proporzionata e differenziata sotto il profilo funzionale e qualitativo, si sofferma in particolare sulla rilevanza e sulla utilità delle indagini peritali, psichiatriche e cognitive, che consentono di ascrivere «alle neuroscienze un ruolo significativo nel costante controllo della condizione – anche parziale, temporanea – di "impossibilità" di realizzazione dei propri interessi da parte del soggetto [...] sottoposto all'amministrazione di sostegno al fine di assicurarne il rispetto della dignità» (cit., 335). Attraverso l'apporto delle neurotecnologie, dunque, sarebbe possibile sottoporre la persona ad una periodica revisione e ad una più puntuale e realistica «valutazione del livello di capacità del soggetto che si intende proteggere, soprattutto nei casi più emblematici [...]. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso di persona affetta dal morbo di Alzheimer» (cit., 338). Nell'indiscutibile apporto delle neuroscienze «per rilevare la volontà del soggetto cosciente al fine di garantirne l'esplicazione soprattutto con riferimento ai "diritti personalissimi", come quello di accettare o rifiutare interventi terapeutici sino all'estrema estrinsecazione di esercizio all'autodeterminazione in termini negativi qualora interferisca con il diritto supremo della vita» (cit., 339), l'A. condivide «l'auspicio di risolvere i problemi giuridici in maniera pragmatica e flessibile, nonché di riconoscere giuridicamente rilevanti quelle scelte che di fatto il livello intellettuale del soggetto è in condizione di compiere in attuazione della solidarietà umana e sociale» (cit., 343).

sanitari imprescindibili e indifferibili, ad es., per evitare che atteggiamenti compulsivi possano sfociare in drammi familiari; difatti in questi casi l'ordinamento attraverso un "trattamento sanitario obbligatorio" (t.s.o.) - in forza di una riserva di legge relativa rinforzata (in pieno rispetto dei principi costituzionali) - autorizza l'adempimento di una serie di interventi sanitari in deroga agli artt. 13 e 32, comma 2, Cost., la cui applicazione è subordinata alla sussistenza di uno stato di necessità ed urgenza (secondo quelli che sono i parametri delineati dall'art. 54 c.p.), pertanto senza l'acquisizione del consenso informato⁵⁴, qualora sussista il rifiuto al trattamento da parte del soggetto che deve ricevere assistenza. Tutte le volte in cui un paziente manifesti un comportamento disallineato con quelle che sono le manifestazioni di una personalità ordinaria⁵⁵, attendando alla sua vita e/o a quella altrui sfoggiando una acclarata patologia psichiatrica compatibile con il ricovero obbligatorio, in questi casi qualora il soggetto in preda a *raptus* comportamentali non sia in grado di sottoporsi volontariamente ai trattamenti necessari, la valutazione di tale necessità è rimessa ai sanitari ed al Sindaco quale autorità sanitaria, ai sensi dell'art. 34 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 di Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale⁵⁶, ed alla successiva convalida dell'autorità giudiziaria⁵⁷.

Quanto osservato conduce all'ulteriore intendimento della tutela della compagine affettiva, familiare o lavorativa della persona profondamente compulsiva, dal momento che inevitabilmente la patologia inficia la componente relazionale, alle volte anche con esiti drammatici, dal femminicidio al figlio che attenta alla vita dei genitori per placare turbe ossessive o manie consumistiche. In simili casi emerge la tutela di una esigenza diversa, poiché assume rilevanza anche l'interesse riflesso, cioè la circostanza che la persona affetta da specifico disturbo risulta pericolosa non solo per la propria incolumità ma anche per quella altrui; logico corollario è - per motivi di sanità e sicurezza (costituzionalmente tutelati precipuamente dagli artt. 16, 13, comma 2, e 32, comma 2, Cost.) - la riduzione della libertà e dell'autodeterminazione terapeutica in capo alla persona, alla quale perciò vengono somministrate le cure necessarie per evidente e improcrastinabile stato di necessità, quindi senza acquisirne il relativo consenso. L'intervento sanitario coattivo, in casi siffatti, è finalizzato ad attenuare ed eliminare la pericolosità sociale del soggetto a beneficio suo (sul presupposto di ricondurre la persona ad una dimensione di consapevolezza e di continuità rispetto ad un ripristino della esistenza condotta prima del *breakdown*) ma anche della comunità di riferimento.

La posizione soggettiva in cui si trova il destinatario del provvedimento di t.s.o. è in radice una posizione giuridica attiva⁵⁸ che non è suscettibile di affievolimento al di fuori delle ipotesi giustificate ex art. 32, comma 2, Cost.; questa posizione va distinta rispetto a quella delle persone che rientrano nella cerchia familiare o amicale del soggetto affetto da disturbi compulsivi, maniacali o mentali, soprattutto quando la persona abbia raggiunto una età tale che non consente alla famiglia neanche un "contenimento" umorale del soggetto che rifiuta costantemente l'apporto terapeutico e l'inserimento in comunità di riferimento.

Tutti coloro che interagiscono con la persona affetta da consimili disturbi non ricevono una tutela diretta da parte dell'ordinamento, come quella di cui astrattamente potrebbe beneficiare la persona destinataria del t.s.o.; in particolare, la posizione di tutti coloro che rappresentano la cerchia delle relazioni della persona vulnerabile appare fioca e rimessa alla discrezionalità di una strumentazione efficace ed esaustiva che l'ordinamento dovrebbe garantire.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 16.10.2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, 2366.

⁵⁵ Sul punto si rinvia a G. FONTANA, *Disturbati psichici e accertamento e trattamento sanitario obbligatorio*, in [Diritto.it](#), 15 aprile 2003 e ID., *Ordinanza di ASO/TSO: solo atto dovuto?* in *Riv. pen.*, 2020, fasc. 1, 3-4.

⁵⁶ Il procedimento da osservare nella disposizione di un t.s.o. è previsto dagli artt. 33 ss. della l. n. 833 del 1978.

⁵⁷ In ordine al t.s.o. su minori si rinvia a D. CALDERONI, M. FERRARA, M.I. SARTI, F. NARDOCCI, *More With Less: minori e ricovero psichiatrico*, in *Gior. Neuropsich. Età Evol.*, 2008, 149-166.

⁵⁸ Cfr. *ex multis*, T.A.R. Toscana, sez. I, Firenze, 27.11.2006, n. 6022 (in *Corr. mer.*, 2007, 258): «La posizione soggettiva in cui si trova il destinatario del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio non ha natura di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo pieno, non suscettibile di affievolimento a fronte del potere riconosciuto all'autorità amministrativa. Infatti, il provvedimento di ricovero coattivo del soggetto sospettato di malattie mentali si inquadra tra quelli restrittivi della libertà personale».

In linea con la dottrina che individua l'esistenza dell'interesse legittimo nel diritto privato⁵⁹, intesa come situazione giuridica attiva posta a tutela del soggetto nei confronti di altri soggetti privati, si può scorgere proprio in questa tensione all'affievolimento dell'autodeterminazione terapeutica (del soggetto vulnerabile che cagiona volontariamente o involontariamente lesività alle persone più vicine) l'esercizio di una situazione "di vantaggio ma inattiva", giacché il rafforzamento della capacità di autodeterminazione è inversamente proporzionale alla valutazione specialistica in merito alla graduazione della inefficienza mentale riscontrata nell'indagine medica specialistica. È, pertanto, individuabile una ulteriore ma riflessa posizione giuridica in capo a tutti coloro che subiscono lesioni dalla condotta della persona affetta, per esempio, da disturbi ossessivi compulsivi⁶⁰; pertanto sia i componenti del nucleo familiare sia i membri delle formazioni sociali, a cui è ricollegabile la vita della persona con fragilità o inefficienze cognitive, hanno una posizione giuridica "riflessa", un interesse legittimo di diritto privato, a garanzia del quale si propone l'intervento coattivo, così come previsto dalla riserva di legge.

La presenza e la rilevanza dei diversi interessi che costellano la formazione sociale di riferimento della persona affetta da disturbi comportamentali non depotenzia, per ciò stesso, la tutela che l'ordinamento riserva alla persona che presenta turbe e deficienze cognitive, sul presupposto che quest'ultima non debba mai mortificare la propria personalità, a meno che ciò non sia strettamente necessario nel bilanciamento con altri valori giuridici. Il controllo di liceità e di meritevolezza di tutti gli interventi obbligatori è, difatti, riconducibile alla primaria esigenza di preservazione del "valore" persona, nella convinzione che «l'autodeterminazione del soggetto per ciò che riguarda tanto la dignità quanto la vita è obbligata a confrontarsi e, se del caso, a bilanciarsi con altri valori, primo su tutti quello della solidarietà»⁶¹, indipendentemente dal grado di capacità della persona.

Focalizzando l'attenzione su quest'ultimo punto, il codice civile si riferisce in maniera espressa al «dovere di solidarietà umana»⁶², tutte le volte in cui l'assicuratore è obbligato, anche in caso di patto contrario, per i sinistri compiuti in adempimento di un dovere morale o sociale, a tutela di un interesse (non individuale ma) comune.

Il principio di solidarietà pervade la struttura ordinamentale e, alla stregua di altri principi fondamentali⁶³, costituisce l'archetipo di realizzazione delle istanze solidaristiche, nella sua concreta portata applicativa⁶⁴, per riequilibrare il bilanciamento assiologico diviso dalle confliggenti

⁵⁹ Il riferimento è alla nota tesi della scuola pisana, avviata da L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967. L'Autrice osserva come, diversamente dal diritto soggettivo che rappresenta «una tipica situazione attiva e di vantaggio, cioè attiva-attiva» (cit., 18), l'interesse legittimo - nella icaistica posizione di interesse indirettamente protetto - si manifesta come una «situazione bensì di vantaggio, e in questo senso attiva, ma, per il resto, sostanzialmente inattiva» (cit., 19), ovvero "inattiva-attiva", con ciò intendendo rimarcare la mancanza di un contenuto specifico di attività e, pertanto, che la realizzazione dell'interesse è subordinata ad una condotta altrui.

⁶⁰ Si pensi ad esempio ai casi di ragazzi, adolescenti e alle volte giovani uomini, affetti da dipendenze e/o da disturbi della personalità, sofferenza neuropsichica, incapaci di assumere comportamenti diligenti e inclini ad una convivenza civile, capaci solamente di cagionare danno a sé e alla propria famiglia, con minacce, vessazioni e comportamenti delinquenti.

⁶¹ Le parole sono di A. RUGGERI, *Dignità versus vita?* in *Rivista AIC* n. 1/2011, 1. L'A. nel saggio persuasivamente delinea come "autonomia" e "solidarietà" siano due valori portati necessariamente ad integrarsi fino ad immedesimarsi totalmente, financo diventando indistinguibili: «da autonomia *versus* solidarietà ad autonomia e solidarietà e, infine, ad autonomia è solidarietà, dunque» (4). Per un approfondimento di carattere generale sulla "solidarietà" si rimanda a S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2016.

⁶² Art. 1900, comma 2, c.c.

⁶³ Si pensi alla "buona fede", a cui è ricollegabile la solidarietà, come rilevato da Betti, laddove osserva che «la buona fede è essenzialmente un criterio di reciprocità [...] nella quale si esplica la solidarietà» (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, 93).

⁶⁴ Il principio esprime una intensa carica valoriale sia all'interno delle fonti sovranazionali (cfr. art. 2 TUE, nonché "clausola di solidarietà" ai sensi dell'art. 222 TFUE, nonché Preambolo e Capo IV - *Solidarietà* - della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2007) sia all'interno delle fonti interne privatistiche, nelle quali dispiega un importante ruolo di equilibrio tutte le volte in cui sussistono posizioni confliggenti alla luce dell'interesse concreto meritevole di tutela. L'attitudine inclusiva del principio presenta solide radici costituzionali (si pensi alla solidarietà costituzionale con riferimento al diritto allo studio di cui all'art. 34, al diritto alla salute di cui all'art. 32 o al diritto di

posizioni relazionali, in attuazione del solidarismo, inteso come tutela della personalità nell'affermazione dei diritti fondamentali di tutti⁶⁵, soprattutto della persona cognitivamente ed empaticamente più fragile.

2.1. Dalla concezione monolitica ed escludente dell'incapacità giuridica alla valorizzazione inclusiva delle fragilità individuali.

Tradizionalmente la persona con un *deficit* psichico, indipendentemente dalla tipologia di incapacità e dal *quantum* di attitudine di intendere e di volere, veniva identificata come devianza sociale (follia), determinando in capo allo Stato una competenza ipertrofica capace di sostituire, fino ad eclissare, la personalità dell'incapace, tacciata di pericolosità sociale e/o pubblico scandalo. La correlazione tra il malessere mentale e la pericolosità sociale era stata delineata dalla legge n.

proprietà di cui all'art. 42), a sostegno della realizzazione della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali «ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2, comma 2, Cost.); per approfondimenti, sul punto, si rimanda a F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1970.

La solidarietà, che esprime una forza assistenziale in tutte le formazioni sociali e soprattutto a beneficio delle fragilità umane «per rimuovere gli squilibri economici e sociali» (art. 119, comma 5, Cost.), è escatologicamente finalizzata a rappresentare il presupposto dell'unità dei diritti e dei doveri in ambito familiare, come da ultimo manifestato con la riforma della filiazione, ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 (in argomento S. STEFANELLI, *Famiglia e successioni tra eguaglianza e solidarietà*, in *Vita not.*, 2012, 475-511): la famiglia, infatti, è sempre più concepita come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca (cfr. l. 20 maggio 2016, n. 76, cd. Cirinnà, in *G.U.* del 21 maggio 2016, n. 118) anche in funzione compensativa nel sistema dei rapporti patrimoniali tra *ex* coniugi (tra tutti, si rimanda almeno a E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019, fasc. 1, 29-41) e in funzione contributiva nell'obbligazione alimentare (*ex* artt. 433 ss. c.c.). La solidarietà richiama il tema dell'assistenza, della "cura alla persona" debole, impossibilitata a soddisfare in maniera autonoma i bisogni della vita quotidiana: in tali termini M.N. BUGETTI, *La solidarietà tra genitori e figli e tra figli e genitori anziani*, in *Famiglia*, 2017, 313-322.

La solidarietà esplica rilievo anche in campo di responsabilità civile, con precipuo riferimento alla risarcibilità del danno non patrimoniale alla persona conseguente alla lesione di diritti costituzionali inviolabili, soprattutto a seguito delle sentenze S. Martino che, alla luce del dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., hanno delimitato le pretese risarcitorie, non prendendo in considerazione quelle futili e irrisorie [Cass., S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, pubblicate in numerose riviste, tra cui in *Rass. dir. civ.*, 2009, 499 ss., con note di P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*, e F. TESCIONE, *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.*].

Il principio di solidarietà dispiega efficacia - oltre che in caso di obbligazione naturale (art. 2034, comma 1, c.c.) e con riferimento agli «atti compiuti in adempimento di un dovere morale» (art. 64, comma 1, l. fall.) - sia nel rapporto latamente obbligatorio, che si caratterizza per un comportamento secondo correttezza (art. 1175 c.c.), sia in materia contrattuale, nell'esecuzione di buona fede (art. 1375 c.c.); sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, 140, ove l'A. osserva che l'«art. 1175 non deve essere considerato come un isolato termine di riferimento, ma, al pari dell'art. 1375 [...], come espressione del principio di solidarietà che caratterizza ormai il nostro sistema».

Il principio, che fa da volano nel nevralgico ed insostituibile compito di sostentamento sociale (come si evince dalla legislazione di settore, cfr. l. 8 novembre 2000, n. 328), diventa strumento di superamento delle regole ordinarie per la realizzazione delle istanze interculturali, realizzando un modello antropologico di solidarietà a garanzia dell'uguaglianza sostanziale a beneficio delle persone fragili in quanto tali per appartenenza ad etnie e culture diverse, in una proiezione inclusiva e basata sull'equità della "solidarietà sociale italo-europea": sul punto sia consentito il richiamo A. VESTO, *Istanze interculturali ed assiologia delle formazioni sociali: la tutela del minore e della donna musulmana*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 927-972, spec. 951 ss. nello sviluppo della solidarietà sociale nel meccanismo della *kafalah*. Quest'ultimo riferimento funzionale all'adempimento, secondo la cultura islamica, del dovere di fratellanza è conforme all'accezione «che la solidarietà si congiunge con la fraternità [...] verso radici comuni» (S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 4). Portatrice di una espressiva posizione interrogativa, seppur con precipuo riferimento al frazionamento giudiziale del credito, cfr. A. ALPINI, *La solidarietà è davvero un "mantra"? Precisazioni in tema di frazionamento giudiziale del credito*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, fasc. 2, 389-402.

⁶⁵ Sul punto, per approfondimenti si rimanda al lavoro sistematico di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Quale ruolo per la solidarietà nel diritto privato?* in *Rass. dir. civ.*, 2017, fasc. 2, 540-554.

36/1904⁶⁶, la quale attribuiva di fatto una delega «in bianco» al Direttore del Manicomio sul destino dei pazienti, i quali senza alcuna possibilità di interazione venivano sottoposti ad interventi di tipo direttivo-autoritario che si traducevano, nella totalità dei casi, con l'erogazione di un'assistenza di contenzione meccanica del paziente⁶⁷. Lo Stato, pertanto, interveniva con una indebita limitazione alla capacità di agire del soggetto: la partecipazione legislativa si traduceva in un intervento vessatorio e limitativo della capacità della persona, poiché gli strumenti adoperati erano manifestamente lesivi della dignità della persona, che era pertanto rappresentata e dominata da uno Stato assistenziale ed interventista.

Il passaggio da una politica escludente, di “dominio”, ad una di “sostegno” e di inclusione sociale, si è avuto attraverso delle tappe importanti che hanno segnato un importante passaggio epocale, un transito sempre più proteso a baluardo della persona, indipendentemente da ragioni di mera convenienza e/o opportunità sociale, in relazione alla condizione di inefficienza mentale o fisica, nonché comportamentale, della persona bisognosa di assistenza psichiatrica o latamente medica. In questa traiettoria fondamentale è stata la legge c.d. Basaglia, 13 maggio 1978, n. 180, «*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*»⁶⁸, la quale nel rinnegare la disumanizzazione del

⁶⁶ Legge 14 febbraio 1904, n. 36 «Riguardante disposizioni sui manicomi e sugli alienati» (legge che porta il nome del Ministro dell'Interno dell'epoca, Giovanni Giolitti). La legge “manicomiale” istituiva i manicomi, luoghi dove “contenere” i malati psichiatrici (o i soggetti “indesiderati”) ritenuti socialmente pericolosi a causa della loro “condizione”.

⁶⁷ In argomento, per un approfondimento del dibattito in tema di contenzione fisica all'interno del Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura a quarantaquattro anni dall'entrata in vigore della l. n. 180/1978, si rinvia a professionisti del settore, tra cui al lavoro di D. FILIPPO, *La contenzione nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, fasc. 1, 227-234.

Per un approfondimento di natura giuridica si rimanda a G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidiario*, *ivi*, 2011, fasc. 6, 1483-1518.

⁶⁸ La legge, che fu presentata in Parlamento da Bruno Orsini, psichiatra e politico della Democrazia Cristiana, è il frutto di un importante svolta che si attribuisce ad un medico, psichiatra di Venezia, Franco Basaglia, promotore della l. n. 180/1978 (in *G.U.* 16.05.1978, n. 133), che abrogò la l. n. 36/1904. L'art. 1 della l. n. 36/1904 disponeva, con una agghiacciante terminologia, la “custodia” e la “cura” nei manicomi (non solo degli infermi di mente ma, con una terminologia volutamente estensiva, anche) degli “alienati mentali”, ovvero delle «persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri, o riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi». L'intento della previsione era chiaramente quello di concepire il manicomio come un luogo di “custodia” della persona alienata (intesa come persona che non poteva essere curata - neanche dallo psichiatra, il quale poteva solo assumere un ruolo di “sorvegliante” - ma solo “contenuta” affinché non turbasse gli altri), la quale non era “conveniente” avere a casa, relegando all'assistenza terapeutica una funzione meramente accessoria. La situazione determinava di fatto una infermità, poiché al soggetto internato veniva nominato (a prescindere da un procedimento giurisdizionale) un tutore provvisorio, con conseguente cessazione della sua capacità di agire, nonostante non fosse stato avviato un procedimento di interdizione *ex art.* 414 c.c., poiché si applicava l'art. 420 c.c. (abrogato poi dalla legge Basaglia), che era rubricato “Internamento definitivo in manicomio” (sulle differenze intercorrenti all'epoca per procedere ad interdizione *ex art.* 420 o 414 c.c. si rimanda a: A. TORRENTE - G. PESCATORE - C. RUPERTO, *Codice civile annotato con la giurisprudenza della Corte costituzionale, della Cassazione e delle Magistrature Superiori*, ed. sesta aggiornata e integrata, Giuffrè, Milano, 1973; Cass. civ., sez. I, sentenza 13 maggio 1968, n. 1490, in *Foro it.*, 1968, cc. 2163-2167, con commento di V. ANDRIOLI, cc. 2164-2165, ove l'A. evidenzia la criticità del sistema dal momento che «[l']internamento definitivo nel manicomio, integrato dalla nomina del tutore provvisorio, continuerà ad essere un assai pericoloso surrogato del procedimento giurisdizionale d'interdizione» (cit., c. 2165).

L'evoluzione della legislazione sociale e la rinnovata sensibilità civile hanno spostato la prospettiva dalla malattia come pericolosità alla malattia come “fragilità umana”. Difatti, autorevole dottrina, nella valorizzazione dei diritti delle persone fragili e inferme di mente, pone in rilievo come con questo importante intervento legislativo sia emersa una prospettiva di cura verso la persona che diventa «inviolabile», da rispettare in ogni momento e in qualsiasi luogo, dal momento che «[i] diritti dei folli scardinano la logica della separazione che giustificava i manicomi, e la predicazione e l'azione di un tenace visionario, lo psichiatra Franco Basaglia, sono all'origine di una legge che ne decreta l'abolizione» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, 81). L'illustre psichiatra si è soffermato sulla condizione sociale ed economica della persona internata in ospedale psichiatrico, rilevando come la comunità sociale considerava la “diversità” del soggetto legittimo motivo di sua esclusione dalla società: «il malato mentale era da ritenersi il risultato di un'alterazione biologica, non ben identificata, di fronte alla quale non c'era altro da fare che accettarne

malato dispose la chiusura dei manicomi e l'eliminazione del concetto *boomerang* di pericolosità sociale, sia per sé che gli altri, attribuito negli anni alla persona affetta da malessere psichico, che di fatto, a giustificazione di esso, veniva esclusa dalla comunità sociale e spesso anche dalla propria comunità familiare⁶⁹. Si supera pertanto il concetto di malato psichiatrico come soggetto socialmente pericoloso in sé, a favore di un riconoscimento della dignità umana della persona fragile bisognosa di uno specifico trattamento di cura e non di "contenimento". L'inserimento del paziente in una struttura ospedaliera o extra ospedaliera deve, pertanto, essere finalizzato prioritariamente a soddisfare le esigenze di ordine individuale, sociale e giuridico, della persona garantendone sempre la dignità. La legge Basaglia, infatti, vieta la coazione strutturale del paziente e nel prevedere espressamente il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari stabilisce che i trattamenti obbligatori per legge debbano essere attuati nel rispetto «della dignità della persona» (art. 1), con una partecipazione del Sindaco e del Giudice tutelare competente affinché la richiesta motivata del medico venga convalidata e considerata conforme alla acclarata urgenza sanitaria manifestata. Anche un terzo soggetto, diverso dalla cerchia familiare e/o, amicale - lavorativa del paziente, può rivolgersi al Sindaco o al Giudice tutelare per ottenere la revoca dell'ordinanza di t.s.o. La procedura è volta, pertanto, non a contenere il paziente ma a predisporre un programma di intervento e di cura per favorirne, laddove possibile, la ripresa. Questa inversione di prospettiva, incentivata dalla entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ha condotto all'abolizione dell'istituzione manicomiale e ad un potenziamento delle strutture di prevenzione e di riabilitazione, con lo scopo di far raggiungere alla persona fragile un equilibrio capace di coniugare la propria individualità con l'attitudine alla partecipazione sociale che il t.s.o. è preordinato a ricostituire. Questa prospettiva, la cui realizzazione si deve alla valorizzazione della sussidiarietà nelle relazioni sociali, accoglie e legittima come obbligatori solo determinati trattamenti sanitari, con il precipuo scopo di tutelare il diritto della persona alla cura e alla sua salute, senza limitarne oltremodo la dignità.

L'intervento statale, perciò, ha mutato traiettoria, modulando l'intervento in base alle concrete esigenze della persona, in una politica di «sostegno», in cui lo Stato non si frappone tra la persona, individualmente intesa, e la cittadinanza attiva, ma svolge un ruolo sussidiario e giammai sostitutivo della persona, in attuazione del principio di solidarietà sociale. Pertanto il grado di inefficienza del soggetto assurge a *status* di protezione dello stesso poiché diventa parametro di rilevazione della specifica e opportuna tipologia di strumento da adoperare a beneficio della diversità di graduazione e di qualità della insufficienza mentale riscontrata, dal momento che in base al grado di inefficienza mentale l'ordinamento si avvarrà di un intervento non standardizzato - e giammai di ghettizzazione ed esclusione della persona dalla comunità sociale - ma qualitativamente diverso e concretamente rispettoso della dignità umana, nella concezione che *ex artt. 2 e 3 Cost.* tende a pluralizzare le incapacità (dalla incapacità alle incapacità) con consequenziale specifico intervento, nella constatazione che la galassia antropologica dei soggetti deboli è ampia e non individuabile *ex ante* e che, pertanto, il giurista non può incasellare il fenomeno in preconcetti giuridici e in tassativi interventi sanitari, poiché l'eterogeneità e la graduazione della inefficienza mentale inducono un

supinamente la diversità, rispetto alla norma; da qui l'azione esclusivamente custodialistica delle istituzioni psichiatriche, come diretta espressione dell'impotenza di una disciplina che, di fronte alla malattia mentale, si è limitata a definirla, catalogarla e gestirla in qualche modo» [F. Basaglia (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Einaudi, Torino, 1968, 119]; in questa prospettiva il medico assolveva ad un «ruolo di sorvegliante, di tutore interno, di moderatore degli eccessi cui la malattia poteva portare» (cit., 130), mentre il malato mentale veniva «posto in uno spazio coatto [ove] l'uomo, qualunque sia il suo stato mentale, si oggettivizza gradualmente nelle leggi dell'internamento, identificandovisi» (cit. 137).

⁶⁹ Sul punto cfr.: R. MASONI, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, fasc. 1, 399-410; A. VENCHIARUTTI, *Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, fasc. 3, 385-389. G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. dir.*, 1999, fasc. 1, 147-156; C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 1990, fasc. 2-3, 179-196; P. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, in *Pol. dir.*, 1990, fasc. 4, 553-617; G. ALPA, *Il danno psichico*, in *Giur. it.*, 1986, fasc. 10, 307-311; C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 25 ss.; G. VISINTINI, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 1982, fasc. 3, 445-462.

«differenziato statuto protettivo della persona»⁷⁰, nella proiezione antropocentrica di cui all'amministrazione di sostegno, in linea con i principi previsti dalle fonti sovranazionali a baluardo della personalità della persona che viene posta «al centro» della sua azione dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷¹, che dedica ad ogni principio (“Dignità”; “Libertà”; “Uguaglianza”; “Solidarietà”; “Cittadinanza”; “Giustizia”) un Capo specifico, e gli uni e gli altri appaiono collegati tra loro dalla logica che pone al centro del sistema la persona con la propria personalità, nella concretezza dei suoi bisogni, nel rispetto della propria integrità fisica e psichica; difatti, come autorevolmente evidenziato, «connotato tipico dei principi [...] è quello di avere una propria individualità e però, allo stesso tempo, di essere, a conti fatti, inautonomi l'uno dall'altro [giacché ...] ciascuno di essi concorre a fare l'identità degli altri e tutti assieme il “sistema” al quale appartengono»⁷².

3. *Il primato assiologico della salute pubblica nella dimensione sinodale della protezione della vita umana.*

I principi delle fonti dell'ordinamento italo-europeo, che pongono al centro del sistema la persona, inducono ad un ripensamento della riflessione dei diritti fondamentali, nella inevitabile trasformazione della teoria universale dei diritti in una “teoria dei doveri” che giunge a proporre un modello distributivo dei doveri, nel convincimento che la “combinazione” e la “riduzione ad unità” dei “diritti e dei doveri”, non sia espressiva di un relativismo giuridico ma di un relazionismo delle posizioni confliggenti nella realizzazione della transizione - definita dalla dottrina - «dai diritti “individuali” ai doveri “globali”»⁷³.

Da quest'angolo di osservazione si appalesa come necessaria l'esecuzione di una misura sanitaria concepita nell'intento non solo di salvaguardare il soggetto medesimo e la cerchia ad esso precipuamente riferibile (come analizzato in caso di un malessere psichico e/o comportamentale) ma anche e soprattutto per preservare la salute intesa, nel retaggio fenomenico tradizionale, come assenza di malattia. Sotto questo profilo, dunque, un trattamento sanitario diventa obbligatorio tutte le volte in cui attraverso esso si concorre alla conservazione della tutela dei principi fondamentali, in una dimensione di sinodalità diffusa. A tal proposito sono da annoverare i provvedimenti e gli interventi

⁷⁰ Così P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, 329, ove l'A. affronta la questione degli istituti di protezione e di promozione dell'infermo di mente, precisando che la «insufficienza mentale, per giustificare uno statuto particolare di incapacità o limitata capacità e quindi per derogare al principio di eguaglianza formale (art. 3, comma 1, Cost.), deve rappresentare obiettivamente uno stato patologico sia pure individuato mediante una complessa valutazione delle condizioni personali del soggetto nonché di quelle sociali, culturali ed ambientali, pur sempre in relazione all'esclusivo interesse delle manifestazioni dello sviluppo personale e non già adducendo ragioni di interesse superiore che ben si presterebbero a legittimare qualsiasi strumentalizzazione anche politica violando l'art. 22 Cost. L'eguaglianza sostanziale, cioè la necessità di rimuovere gli ostacoli al pieno, ottimale sviluppo della persona (artt. 3, comma 2, 2 Cost.) – ancor più della stessa tutela della sua salute (art. 32 Cost.) –, costituisce l'unica legittimazione costituzionale dello statuto di protezione e di promozione che pertanto non può che essere funzionalizzato a tale esigenza» (cit., 341).

⁷¹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009, nel “Preambolo” pone «la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. [...] A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici [...]».

⁷² A. RUGGERI, *Dignità versus vita?* cit., 6, ove l'A. pone in rilievo come ogni principio abbia «un significato suo proprio, che viene dall'essenza di valore di cui sono portatori, dal *Begriffskern* assiologico insopprimibile racchiuso in ciascun principio, ma hanno anche un disperato bisogno di appoggiarsi gli uni agli altri, acquistando senso, un senso costantemente rinnovato, nel prendere e darsi luce a vicenda. Sta proprio in ciò [...] l'idea della Costituzione come “sistema”, un sistema che o riesce a farsi tutto quanto valere nell'esperienza oppure semplicemente non è».

⁷³ A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005.

legislativi a favore della copertura vaccinale obbligatoria per i figli minori di età⁷⁴, poiché «funzionale all'adempimento di un generale dovere di solidarietà che pervade e innerva tutti i rapporti sociali e giuridici»⁷⁵, nonché tutti i casi in cui sia necessaria l'attuazione di un trattamento sanitario conforme alle prescrizioni costituzionali, giacché ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., può disporsi un t.s.o. solo quando sia in discussione non solo la salute del singolo ma - in contemporanea e direttamente - anche quella della collettività. Viceversa, non si può somministrare un t.s.o. al di fuori delle ipotesi in cui non sia in rischio l'incolumità di altre persone e nei casi in cui ciò possa calpestare la peculiare dignità di chi vi viene sottoposto⁷⁶.

Alla stessa maniera, le vaccinazioni - e non solo quelle rivolte ai minori di età - diventano trattamenti sanitari obbligatori tutte le volte in cui coinvolgono l'intera cittadinanza, dal momento che «il sistema democratico nel suo complesso è [...] segnato dalla costituzionalizzazione della persona, che non è vicenda da racchiudere nello stretto perimetro dell'individualità, essendo invece l'elemento che fonda e rende possibile "l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese", per usare il linguaggio dell'art. 3 della Costituzione»⁷⁷.

Nelle fattispecie latamente indicate e sottoposte all'attenzione vi è una attenuazione dell'autodeterminazione per tutelare e preservare la "vita" come primario valore, secondo la formulazione contenuta nell'art. 2 CEDU, a tenore del quale «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge», in conformità con i principi dell'ordinamento italo-europeo.

In questa cornice narrativa, il cui implicito riferimento è alla somministrazione vaccinale *anti Covid-19*, appare imprescindibile la riflessione sulla allocazione dei rischi, prevedibili e imprevedibili, connessi al vaccino, con particolare attenzione agli effetti eventuali di natura dannosa che l'inoculazione di un prodotto biologico come il vaccino, composto da elementi virali o batteriologici, sviluppando la c.d. memoria immunologica, può determinare in un corpo sano⁷⁸. Il vaccino - sia quello tradizionale che quello di nuova generazione attraverso l'inserimento con la mRNA nelle cellule del corpo umano del segmento del genoma del virus per stimolare le proteine utili nel meccanismo di difesa dell'organismo - ha la funzione di stimolare il sistema immunitario alla produzione degli anticorpi necessari per contrastare l'infezione in caso di contagio. Il vaccino, pertanto, seppur determini un beneficio di valore inestimabile può far insorgere degli effetti collaterali avversi da imputarsi alle interazioni che sia il virus attenuato o disattivato (nel caso di vaccino tradizionale) sia il virus veicolato con il "messaggero" della proteina *Spike* possono causare con il sistema immunitario⁷⁹.

Con riferimento all'evento avverso, pertanto bisogna effettuare una distinzione tra chi rientra nelle categorie selettive sottoposte all'obbligatorietà vaccinale, per le quali dunque il vaccino è

⁷⁴ Il richiamo è alla l. 31 luglio 2017, n. 119, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale".

⁷⁵ T.A.R. Trento, (Trentino-Alto Adige), sez. I, 21.11.2018, n. 256, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 1348.

⁷⁶ Tra le patologie che attecchiscono nella società attuale vi sono anche quelle che attengono ai disturbi alimentari, dalla bulimia alla anoressia; con riferimento ai pazienti anoressici studi medici hanno dimostrato come queste persone spesso presentino maggiori comorbidità psichiatriche e nei loro riguardi un t.s.o. ha una durata maggiore e spesso la «cura coercitiva si può accompagnare anche a pratiche di contenimento (per evitare l'eccessiva attività fisica o le condotte di eliminazione) o di nutrimento coatto attraverso il sondino naso-gastrico» (F.M. MOSCATI, S. DE MARCO, G. MANDARELLI, S. FERRACUTI, P. FRATI, *Il consenso informato e il trattamento dei disturbi della condotta alimentare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, fasc. 3, 1281).

⁷⁷ Come ricorda S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 63.

⁷⁸ Al riguardo, per una ampia disamina che coinvolge tutti gli aspetti della questione, che trascendono l'oggetto del presente saggio, si rimanda al contributo di E. RAJNERI, *Il vaccino anti Covid-19. La normativa speciale e il meccanismo di distribuzione dei rischi e dei benefici*, in *Contr. impr.*, 2021, fasc. 2, 490-522. Per una riflessione relativa al periodo pre-pandemia cfr. A. PALMIERI, *In tema di danni da vaccinazioni obbligatorie*, in *Foro it.*, 2018, cc. 748-751; F. GRECO, *Rassegna giurisprudenziale sul danno da vaccinazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, fasc. 5, 1522-1538. In argomento fondamentale è il richiamo agli studi di C. Donisi, in C. Buccelli e C. Casella (a cura di), *Ricerche di Biodiritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, spec. 61-78.

⁷⁹ Per una erudita narrazione, che presenta tutta la sua attualità nell'attuale momento pandemico, F. AIUTI, *Il nostro meraviglioso sistema immunitario. Come conoscerlo e preservarlo*, Guerini e Associati, Milano, 2015.

obbligatorio, rispetto alle persone che hanno deciso di vaccinarsi pur non rientrando nelle predette categorie, per le quali invece il vaccino è solo raccomandato. In caso di danno, anche se questo è stato cagionato in entrambi i casi dalla inoculazione del vaccino si delinea una differenza riguardo al meccanismo di compensazione, poiché in caso di vaccino obbligatorio il bilanciamento del danno sofferto dall'individuo a tutela di un interesse collettivo sarebbe, per ragioni di solidarietà sociale, da ascrivere alla categoria dell'“atto lecito dannoso”⁸⁰. Viceversa, se l'accertamento causale attiene ad un danno correlato ad una somministrazione di un vaccino solo raccomandato ne conseguirebbe un danno ingiusto in senso stretto - che secondo la clausola generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. - in quanto inferto senza alcun diritto, *non jure* e *contra jus*, lede direttamente uno specifico diritto; in tal caso la lesione dei diritti fondamentali della persona danneggiata finirebbe con il determinare il trasferimento del danno direttamente in capo al “danneggiato” sul quale incomberà un onere probatorio particolarmente gravoso⁸¹. Soltanto nel primo caso, pertanto, l'evento conseguenza sarà addebitabile come danno, con contestuale ottenimento dell'indennizzo ai sensi della legge 1992 n. 210⁸², laddove sussista un nesso causale tra la somministrazione vaccinale e la produzione del danno «secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio del “più probabile che non”, da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica)»⁸³.

La riconduzione del danno, in caso di obbligo selettivo alla copertura vaccinale - seguendo questo ragionamento -, determina una responsabilità da “atto lecito dannoso”, il cui fatto, seppur lecito, in quanto previsto e consentito da parte dell'ordinamento, determina un danno che, differentemente dalla clausola di ingiustizia, appare legittimato da una determinata disposizione normativa⁸⁴.

3.1. Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

Il principio di autodeterminazione soggettiva, pur preservando la capacità personale del soggetto nelle dinamiche di sua appartenenza, non può sfociare nella realizzazione di una libertà prettamente

⁸⁰ La responsabilità da “atto lecito dannoso” legittima il compimento di un atto, autorizzato dalla legge, che determina un affievolimento dell'interesse individuale, il quale viene sottoposto ad un “sacrificio” sul presupposto che l'atto autorizzato dall'ordinamento (appunto “lecito”, poiché caratterizzato dall'assenza di anti-giuridicità) sia previsto da una norma di legge: la conformità del fatto, l'agire facultato, proprio perché espressione dell'autonomia privata ma non anche alla causazione della conseguenza dannosa, manifesta la c.d. anti-giuridicità del fatto che non determina, perciò, l'estensione dell'autorizzazione (che attiene esclusivamente al compimento del fatto) alla causazione del danno (per es., l'ordinamento consente al nubendo di revocare la proposta qualificata di matrimonio ma non anche a cagionare un evento dannoso).

Per un inquadramento di carattere generale sull'impostazione della teoria si rimanda a: G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, Milano, 1964; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, spec. 555-558.

⁸¹ La responsabilità aquiliana o extracontrattuale scaturisce dalla violazione di norme di condotta che regolano la vita sociale e che impongono all'autore del fatto illecito l'obbligo di risarcire tutti i danni causati al danneggiato, il quale ha l'onere di provare sia il danno che la colpa di colui che lo ha cagionato; la legge prevede la prescrizione del risarcimento del danno (sia prevedibile che imprevedibile) di regola in cinque anni (art. 2947 c.c.).

⁸² La l. 25 febbraio 1992, n. 210 (in *G.U.*, Serie Generale, del 6 marzo 1992, n. 55), riconosce un “*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*” infetti.

In argomento, per ulteriori spunti di riflessione sulla l. n. 210/1992 e le successive modifiche, si rimanda ai seguenti contributi: G. PONZANELLI - A. BUSATO, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992*, in *Corr. giur.*, 1992, 952 ss.; P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, fasc. 4, 1061-1087.

⁸³ Così Cass. civ., sez. lav., 3.02.2021, n. 2474, in *Giust. civ. Mass.*, 2021, conforme a giurisprudenza maggioritaria che valuta il nesso causale secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica (cfr. Cass. civ., sez. lav., 11.09.2018, n. 22078, in *Rass. dir. farm.*, 2019, 32; Cass. civ., sez. VI, 24.10.2017, n. 25119, in *Giust. civ. Mass.*, 2018).

⁸⁴ Si tratta, pertanto, di atti che si caratterizzano da una presunzione legale di ingiustizia che, nel caso in cui determina una conseguenza dannosa, deve essere equamente bilanciata.

egoistica dell'individuo⁸⁵, manifestativa di un diritto c.d. tiranno, ma si autoalimenta dal bilanciamento con le posizioni giuridiche e i diritti che possono essere ad esso correlate e che, secondo il principio di ragionevolezza, possono apparire nel rispettivo bilanciamento⁸⁶ manifestative di più significativi interessi rispetto a quello di appannaggio meramente individuale, come quello appartenente alla salute collettiva, soprattutto in considerazione di quanto asserito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità⁸⁷ con riferimento all'epidemia da *Covid-19*, valutata come "pandemia" in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale, con le evidenti ripercussioni soprattutto in tema di circolazione⁸⁸.

Da una lettura assiologica degli artt. 32 e 2 Cost. si evince una correlazione tra diritto e dovere alla salute, una riduzione ad unità delle astrattamente confliggenti posizioni, nella prospettiva della salute non soltanto come stato di assenza di malattia ma tendenzialmente come condizione ottimale per la realizzazione del benessere della persona, la cui libertà non è esercizio di un cieco potere individuale ma è un concetto relazionale in cui la persona dimostra di essere sensibile al destino del prossimo, accogliendo volontariamente un intervento sanitario funzionale alla tutela della salute collettiva. In tale direzione, autorevole dottrina evidenzia che «nel nostro ordinamento vigente la persona umana [...] non costituisce un'isolata monade chiusa alle esigenze del bene altrui: verso questo è in collegamento in spirito di solidarietà: così tanto il gesto di generosità di autorizzare del prelievo del sangue, quanto la collaborazione richiesta per il trattamento sanitario obbligatorio, realizzati nel rispetto della dignità della persona, testimoniano il superamento dell'istanza meramente volontaristica e di concezioni del diritto alla personalità inteso come diritto sul proprio corpo quasi di contenuto proprietario»⁸⁹.

La relazione tra "diritto" e "dovere" alla salute, nel predominio del "dovere globale" considerato come sommatoria dei "diritti individuali" di ciascuno, viene affrontata ed efficacemente delineata da una recente sentenza del Consiglio di Stato⁹⁰, la quale nel bilanciamento tra l'autodeterminazione

⁸⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., laddove l'A. osserva «Autonomia non è arbitrio, né l'atto di autonomia in un ordinamento sociale può esimersi dal realizzare un valore positivo. Se all'apice della gerarchia dei valori v'è la persona umana l'atto che la riguarda deve pur sempre obiettivamente tendere a realizzarla nella libertà ma anche nel rispetto del suo stesso valore» (127).

La dottrina si interroga sull'esistenza di «una soglia oltre la quale i diritti fondamentali incidono in maniera distruttiva sul nucleo stesso della democrazia [chiedendosi] Qual è la soglia di sopportabilità per una democrazia di una quota crescente di diritti fondamentali [...]?» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 55). A tal proposito Rodotà (cit., 57) ricorda (richiamando M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1668) che «[o]ccorre rifuggire [...] i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione [...] e tornare a un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere».

⁸⁶ L'importanza di questo processo comparativo nella prospettiva assiologica costituisce oggetto primario di indagine da parte della dottrina. Sul punto A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, cit., spec. 7 ove si legge che «fermo l'attributo della "fondamentalità" proprio di tutti i principi [...], resta il fatto che la dignità per un verso, la vita per un altro, presentano l'attributo stesso in una peculiare, irripetibile forma». D'altronde la mutevolezza dei valori - cangianti in relazione al contesto storico, culturale e geografico - non compromette il ruolo sovraordinato della dignità, giacché «la storicità dei valori non esclude che la dignità dell'uomo debba essere considerata un valore assoluto» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. I, *Metodi e tecniche*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, 19).

⁸⁷ Dichiarazione dell'11 marzo 2020.

⁸⁸ Sulla legittimità di tali limitazioni cfr. Tribunale I grado UE, 29/10/2021, n. 527, per il quale «Il certificato Covid digitale Ue non rappresenta una violazione del diritto alla libertà di circolazione» (in *Guida dir.*, 2021, 44).

⁸⁹ Così, chiaramente, P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, cit., 127. L'A. con lungimiranza aveva già, in epoca non sospetta, evidenziato come una persona protagonista dei valori costituzionali non conduce lo Stato ad un intervento coattivo ma è incline ad una «gestione corretta e partecipata della salute» (129). Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 65-66, ove l'A. evidenzia come il cambiamento di paradigma della democrazia «ha portato con sé non la prepotenza dei diritti fondamentali, quanto piuttosto la costruzione di una democrazia sempre più profondamente innervata dai diritti individuali e collettivi. Di questi deve essere sottolineata la storicità, non tanto per sottrarli a suggestioni giusnaturalistiche o per confinarli nel mondo del relativo, ma perché sono appunto il prodotto della storia e della politica, configurano un regime politico e un ordinamento istituzionale, si presentano come pietra di paragone e criterio di legittimità di un sistema».

⁹⁰ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, in *Dir. & Giust.* 2021, 21 ottobre.

individuale⁹¹ e la tutela della salute pubblica da una parte pone in rilievo come, in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV-2, non si possa prevedere «legittimo spazio e cittadinanza né diritto di cittadinanza [...] per la c.d. esitazione vaccinale»⁹²; d'altra parte, inoltre, evidenza di accogliere una specifica concezione del concetto di «salute» in termini di interesse della collettività, anzitutto, secondo una declinazione solidaristica⁹³ che non legittima una visione “onnivora” dell'autodeterminazione⁹⁴, in conformità con il secondo periodo del secondo comma dell'art. 32 Cost.⁹⁵, che attraverso la previsione di chiusura «illumina il senso del complesso, e complessivo, equilibrio sul quale poggia la salute, quale situazione giuridica soggettiva “ancipite”, bifronte, diritto fondamentale del singolo e, insieme, interesse della collettività»⁹⁶.

A giustificazione di tale scelta il Consiglio di Stato richiama il fondamentale valore-dovere di solidarietà, principio cardine dell'ordinamento costituzionale che, unitamente agli obblighi di reciproca assistenza e protezione, per sé e per gli altri, «legano ciascun individuo all'altro indissolubilmente, in una “social catena” e in quel “patto di solidarietà” tra individuo e collettività che, secondo la stessa Corte costituzionale, sta alla base di ogni vaccinazione, obbligatoria o raccomandata che sia ([Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118](#))»⁹⁷. In questi termini, in cui la concatenazione di “diritti e doveri” tutela gli altri nella condizione in cui ognuno faccia la propria parte nella protezione della salute collettiva, in una visione espressiva sia di una rivendicazione dei

⁹¹ Il Consiglio di Stato sottolinea come il principio di autodeterminazione non possa arroccarsi in logiche che attribuiscono carattere prevalente ad un diritto senza l'opportuno bilanciamento con le altre situazioni giuridiche soggettive rilevanti. Espressamente la sentenza n. 7045/2021, al § 42.9 (cit.) enuncia che «La logica dei cc.dd. diritti tiranni e, cioè, di diritti che non entrano nel doveroso bilanciamento con eguali diritti, spettanti ad altri, o con diritti diversi, pure tutelati dalla Costituzione, e pretendono di essere soddisfatti sempre e comunque, senza alcun limite, è del resto estranea ad un ordinamento democratico».

⁹² in *Guida dir.*, 2021, 42. Alla luce del ragionamento il Consiglio di Stato (§ 34.3) sottolinea come «La c.d. esitazione vaccinale ha un'origine multifattoriale, comprende i più vari atteggiamenti ideologici, culturali, religiosi, filosofici, ma non di rado è il frutto, da un lato, di una irrazionale sfiducia nei confronti della scienza e, più in generale, dei “tecnici”, portatori di un sapere specialistico, avvertiti come titolari di un potere ritenuto inaccessibile e, in quanto tale, elitario ed antidemocratico (“nam et ipsa scientia potestas est”, “sapere è potere”, secondo l'antica massima baconiana), con il rifiuto di un sapere-potere “costituito” e la ricerca di conoscenze altre, alternative, nascoste ai più, e, dall'altro, anche il portato di una visione icasticamente definita “onnivora” dell'autodeterminazione, assoluta e solipsistica, insopportabile di vincoli ed obblighi che contemplino la visione più vasta dell'intero ordinamento e degli altri individui, secondo, invece, una fondamentale e doverosa declinazione solidaristica». Si sofferma sulla importanza della decisione in merito alla trattazione della questione A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, n. I-Speciale/2022, spec. 12-17, al quale si rimanda per gli opportuni approfondimenti.

⁹³ Nell'affermare ciò il giudice di secondo grado richiama la giurisprudenza costituzionale precisando «che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.» (Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, § 32.4).

⁹⁴ Cfr. § 34.3, Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045.

⁹⁵ Con riferimento alla salute, intesa sia come libertà negativa (alla luce della imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, coattivo) che come libertà positiva (in stretta relazione alla libertà di curarsi e alla rilevanza del consenso informato), si rimanda al contributo di M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, fasc. 2, 455-465. Dalla disamina della libertà discendono diversi corollari, nonché il convincimento «che dalla legge fondamentale della Repubblica discendono vincoli dalla varia natura e intensità: di *non facere*, come pure di *facere*. [...] È però da chiedersi se un obbligo di *facere* in parola possa darsi anche in mancanza di una espressa previsione nella Carta. [Sul punto erge la questione del] carattere facoltativo della disciplina riguardante la vaccinazione [che] è da molti fatto discendere dalla formulazione letterale dell'art. 32 della Carta a riguardo dei trattamenti sanitari obbligatori, imponibili unicamente in presenza di legge che espressamente li preveda, la cui adozione è appunto considerata il frutto di una valutazione discrezionale o, diciamo pure, politica delle assemblee elettive» (A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale*, cit., 4). L'A., tuttavia, pone in rilievo come alla base vi sia «un difetto di prospettiva nell'inquadramento della questione, ritenendosi assiomaticamente essere *sempre* nella piena disponibilità del legislatore la decisione in parola. [...] Giacchè] possono darsi (ed effettivamente si danno) congiunture al ricorrere delle quali l'obbligo vaccinale *deve* essere imposto, persino con carattere generale (eccezione fatta, ovviamente, per i soli soggetti per i quali esso non può valere, in specie per ragioni di età o di salute). [...] M]isconoscerlo equivale, infatti, in buona sostanza, a privare di parte della sua forza prescrittiva la Costituzione nel suo rapporto con la legge e, perciò, a ribaltare l'ordine naturale della loro disposizione nel sistema» (cit., 4-5).

⁹⁶ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, §34.5.

⁹⁷ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, §43.

diritti sia di un senso profondo di appartenenza all'umanità intera, in una endiadi di unità e solidarietà⁹⁸ e giammai libertà egoistica astrattamente lesiva dell'altrui interesse. Pertanto l'obbligo selettivo non è espressione di un accanimento terapeutico ma realizzazione di quel sottile equilibrio tra "diritto" e "dovere", nella consapevolezza che le due situazioni soggettive sorgono contemporaneamente nella costituzione di un determinato rapporto giuridico⁹⁹ inteso «come ordinamento del caso concreto»¹⁰⁰, senza alcuna precedenza logica del "diritto" o del "dovere", poiché la dignità rappresenta la riduzione ad unità di queste posizioni, la convergenza della loro assiologia nella meritevolezza dei valori costituzionali. Del resto il fondamento giustificativo della situazione giuridica soggettiva è l'interesse, il quale, tra l'altro, può essere tanto "generale" quanto "particolare", e tutte le volte in cui si genera una collisione con l'interesse della collettività si rende necessario il suo superamento attraverso un bilanciamento volto a raggiungere la «conservazione dell'equilibrio assiologico»¹⁰¹.

Queste interpretazioni si collocano a fondamento della prospettiva dapprima accolta dal Consiglio di Stato di un obbligo vaccinale selettivo per gli operatori sanitari¹⁰², giacché l'interesse della collettività prevale sul diritto al lavoro. Il carattere obbligatorio della vaccinazione, infatti, non si fonda solamente sulla relazione di cura e fiducia che lega gli operatori sanitari ai pazienti, bensì scaturisce da un più generale dovere di solidarietà imposto a tutti i cittadini verso gli individui più fragili, ovvero coloro che rischiano di morire a causa del virus Covid-19. «E ciò non perché, come afferma chi enfatizza e assolutizza l'affermazione di un giusto valore concepito però come astratto bene, la persona receda a mezzo rispetto ad un fine o, peggio, ad oggetto di sperimentazione, in contrasto con il fondamentale principio personalista, a fondamento della nostra Costituzione, che vede nella persona sempre un fine e un valore in sé, quale soggetto e giammai oggetto di cura, ma perché si tutelano in questo modo tutti e ciascuno, anzitutto e soprattutto le più vulnerabili ed esposte al rischio di malattia grave e di morte, da un concreto male, nella sua spaventosa e collettiva dinamica di contagio diffuso e letale, in nome dell'altrettanto fondamentale principio di solidarietà, che pure

⁹⁸ Il riferimento è al pensiero di G. MAZZINI, *Doveri dell'uomo*, Vallecchi Editore, Londra 1860. L'A., nella concezione che «scopo della vita è il *ben essere*» (cit., 7), sottolinea come la parola che racchiude la questione vitale è "l'educazione" di operare conformemente affinché si possano conciliare diritti contrapposti.

⁹⁹ Cfr., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 6, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, 10: «Il rapporto giuridico può essere definito come la *sintesi di situazioni soggettive correlative*».

¹⁰⁰ In tali termini, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. I, *Metodi e tecniche*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, 274, ove l'A. nell'evidenziare la funzione del rapporto giuridico osserva che il «rapporto si configura [...] non soltanto come relazione tra situazioni soggettive, ma – come il regolamento, come disciplina di opposti o collegati centri di interessi, al fine di ridurli ad unità. Il rapporto, quale regolamento delle situazioni soggettive nella loro sintesi, è l'ordinamento del caso concreto».

¹⁰¹ P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, 143.

¹⁰² «La vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 per il personale medico e, più in generale, di interesse sanitario risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il già richiamato principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il pure richiamato principio di solidarietà, che anima anch'esso la Costituzione, e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili» (Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, § 31.1).

In merito alla prescrizione dell'obbligo vaccinale anti-Covid si rimanda a: R. ROMBOLI, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, in *Quad. cost.*, 2021, fasc. 3, 673-676; P. VERONESI, *L'obbligo vaccinale anti-Covid per chi opera nella sanità: le ragioni costituzionali di una (legittima) scelta legislativa (come quella del green pass)*, in *Studium Iuris*, 2021, fasc. 11, 1309-1320. Si evidenzia come l'art. 4 d.l. n. 44/2021 «delinei, senza alcun dubbio, un trattamento sanitario obbligatorio (TSO) circoscritto a chi svolge talune attività nel campo della salute» (P. VERONESI, *L'obbligo vaccinale anti-Covid*, cit., 1311). Vi è sul punto, altresì, in dottrina chi pone alla memoria dell'interprete il problema dei "diritti senza soggetto" e dei "soggetti senza diritto", secondo le riflessioni di Orestano e Windscheid, contestualizzandolo al problema della negazione del diritto soggettivo alla cura e alla salute durante la pandemia da Covid-19 «nel corso della quale abbiamo assistito impotenti al verificarsi di situazioni in cui ricorrevano diritti senza soggetto e soggetti senza diritto»: E. GABRIELLI, *"Diritti senza soggetto" e "soggetti senza diritto" nell'epoca della pandemia da Coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, 2288.

sta a fondamento della nostra Costituzione (art. 2), la quale riconosce libertà, ma nel contempo richiede responsabilità all'individuo»¹⁰³.

Pertanto, alla luce del principio di ragionevolezza e ai canoni dell'indagine fin qui condotta, è condivisibile l'assunto portato avanti dal Consiglio di Stato secondo cui spetta «al decisore pubblico, nell'esercizio del c.d. biopotere, fissare le regole e i limiti entro i quali l'esercizio dell'autodeterminazione da parte di ciascuno, senza divenire un diritto tiranno e indifferente alle sorti dell'altro, si possa accordare con la tutela della salute degli altri secondo una legge universale di libertà, ma questo delicato bilanciamento, per tutte le ragioni sin qui viste, non ha varcato nel caso di specie, ad avviso di questo Consiglio, i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'eguaglianza, sicché ogni dubbio al riguardo è e deve ritenersi manifestamente infondato anche in rapporto ai valori protetti dall'art. 2 Cost.»¹⁰⁴. Tale bilanciamento determina, altresì, che gli Stati possano imporre ai genitori la vaccinazione dei loro figli, contro il coronavirus, non integrando così alcuna violazione della CEDU, dal momento che «[l]'ingerenza nelle scelte legate alla salute è compatibile con la Convenzione in ragione del bisogno sociale imperativo da proteggere»¹⁰⁵, a garanzia della conservazione degli affetti e della esplicazione dello *status* del minore.

Quanto sin qui commentato, prendendo spunto dalle riflessioni della decisione del Consiglio di Stato in una prospettiva molto più ampia di quella che coinvolge le mere categorie sanitarie, porta alla riflessione che il necessario contemperamento tra le esigenze del singolo e della collettività, alla luce della riserva di legge relativa rinforzata *ex art.* 32, comma 2, Cost., si traduce nella necessità che un t.s.o. possa essere intimato al singolo in presenza di un concreto ed effettivo interesse generale meritevole «di prioritaria tutela rispetto a quella della salvaguardia dell'autodeterminazione dell'individuo»¹⁰⁶; per le medesime ragioni il provvedimento che dispone il t.s.o., «siccome annoverabile tra quelli restrittivi della libertà personale, ha carattere decisorio ed incide sui diritti soggettivi dell'interessato»¹⁰⁷ condizionando l'operatività dei diritti fondamentali del singolo la cui limitazione, una volta appurata la condizionalità del danno procurato, oltre la normale tollerabilità dalle conseguenze di un t.s.o. determina un equo indennizzo volto a ripagare il sacrificio subito per un beneficio atteso dall'intera collettività.

In tale prospettiva, pertanto, il principio di solidarietà da valore ordinamentale diventa strumento interpretativo per riequilibrare il piano assiologico diviso da confliggenti posizioni che solo attraverso una ermeneutica più sofisticata può essere risolto, individuando alla luce del pensiero sistematico la soluzione più congrua basata sull'equità. Difatti, come è stato efficacemente rilevato, «la forza retorica del richiamo alla solidarietà [...] può condurre a relegare a un ruolo del tutto secondario, quando non a soffocare, la dialettica basata sugli strumenti interpretativi tradizionali, anziché, come dovrebbe essere, a promuoverne l'adeguamento e il perfezionamento»¹⁰⁸.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, §30.8.

¹⁰⁴ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, §43.1.

¹⁰⁵ Corte europea diritti dell'uomo, sez. Grande chambre, 8/04/2021, n. 47621, in *Guida dir.*, 2021, 17.

¹⁰⁶ Come osservato da A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale*, cit., 8. L'autorevole dottrina in merito puntualizza come l'introduzione dell'obbligo vaccinale, che consente di «“bilanciare” il noto con l'ignoto» (cit., 10) si presenti «a “rime...obbligatissime” dalla Costituzione» (cit., 8); giacché, senza confondere il piano della sanzione con quello della prescrizione, in «difetto delle classiche “rime obbligate” di crisafulliana memoria, la Corte infatti considerava esserle preclusa la riscrittura dei testi stessi, segnatamente nel verso della addizione di norme in essi indebitamente mancanti. Ormai, [...] si è assistito all'avvento delle “rime possibili” o dei “versi sciolti”, anche in casi dunque nei quali la nuova disciplina si pone quale il frutto di discrezionale produzione da parte della Consulta» (cit., 6).

¹⁰⁷ Cass. civ., sez. III, 29.02.2016, n. 3900, in *DeJure*. Che si tratti di diritti soggettivi pieni la giurisprudenza è unanime, *ex multis*, T.A.R. Puglia, sez. II, Lecce, 02.03.2020, n. 284 (in *Foro amm.*, 2020, fasc. 3, 533): «Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'assoggettamento coattivo a trattamento sanitario e degenza ospedaliera disposto dal Sindaco, impingendo situazioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi pieni e non riconducibili all'interesse legittimo».

¹⁰⁸ E. LUCCHINI GUASTALLA, *Quale ruolo per la solidarietà*, cit., 554. Facendo attenzione, come rileva l'A., a non cadere nel versante opposto, qualora «si faccia leva sulla solidarietà per la creazione di regole in diretto antagonismo con il diritto legale» (cit., 553), senza trascurare «il rischio che le regole introdotte *ex novo* attraverso il veicolo della solidarietà, proprio perché inedite, portino con sé gravi profili di iniquità che non si potranno scorgere se non a seguito di un'esperienza applicativa consistente, inevitabilmente costellata da costosi *faux pas*» (cit., 553-554).

A completamento di quanto descritto si richiamano gli interventi del Governo successivi alla pronuncia in commento¹⁰⁹, con i quali è stato esteso l'obbligo vaccinale sia a quei settori particolarmente esposti, quali quello universitario (al pari di quello scolastico, senza limiti di età), sia per tutti coloro che hanno compiuto i 50 anni di età¹¹⁰, in quest'ultimo caso per garantire la tutela delle categorie più a rischio di ospedalizzazione; il decreto legge n. 1/2022 ha, altresì, esteso l'obbligo di *green pass* rafforzato¹¹¹ a quasi tutti i servizi, fatta eccezione per le attività funzionali al soddisfacimento delle esigenze primarie della persona, senza ledere il diritto alla riservatezza sanitaria di coloro che hanno effettuato una scelta contraria¹¹². Raggiungere l'immunizzazione, sebbene non attraverso un processo di normalizzazione delle logiche obbligatorie, significa arginare la vulnerabilità con una logica di guarentigia delle forme di solidarietà sociale. Siffatte forme sono facilmente raggiungibili laddove sussistano logiche di partecipazione attiva alla realizzazione della salute collettiva, giacché la solidarietà si manifesta da parte di tutti o della maggioranza con l'assunzione responsabile, libera e consapevole, di comportamenti di aiuto reciproco. In presenza, invece, di una ostinata esitazione vaccinale l'ordinamento nel bilanciamento dei reciproci interessi riduce ad unità le opposte posizioni soggettive, ascrivendo in capo al soggetto l'adozione di un comportamento "vincolato" teleologicamente al soddisfacimento di un interesse sia individuale che collettivo. In realtà l'assunzione di tale comportamento, lungi dal rappresentare un "obbligo" giuridico in senso stretto, riveste - in una dimensione incline alla costruzione di una democrazia come sintesi di diritti individuali e collettivi - una duplice finalità, per un verso ascrivibile al

¹⁰⁹ Il riferimento è al decreto l. 7 gennaio 2022, n. 1, *Misure per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore*.

Per un approfondimento dottrinale sui profili privatistici imposti all'interprete dalla crisi pandemica da coronavirus (il contratto; la famiglia; la responsabilità sanitaria; la tutela del dato personale) si rinvia al volume collettaneo AA. VV., *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, C. Cicero (a cura di), cit. Cfr., altresì, G. DI ROSA, *Diritto alle cure e allocazione delle risorse nell'emergenza pandemica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. fasc. 3, 5-10; V. CUFFARO - R. D'ORAZIO, *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Corr. giur.*, 2020, fasc. 6, 729-739; E. AL MUREDEN, *La tutela dei legami affettivi tra esigenze sanitarie e pluralità dei modelli familiari*, in *Giur. it.*, 2020, 2296-2302; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile al tempo del Covid-19*, in *Danno resp.*, 2020, fasc. 4, 425-427; M. FRANZONI, *La responsabilità sanitaria ai tempi della pandemia*, in *Jus*, 2021, fasc. 1, 91-100, e ID., *La responsabilità del medico e della struttura ai tempi del coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, 2332-2337; E. TUCCARI, *La pandemia da Covid-19 e la revisione del canone nei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda fra (poche) luci e (molte) ombre*, in *Riv. dir. ban.*, 2021, fasc. 1, 99-137; C. MAGLI, *Emergenza sanitaria, obbligo di rinegoziazione e buona fede integrativa*, in *Corr. giur.*, 2021, fasc. 6, 807-820.

¹¹⁰ Per coloro che rientrano all'interno delle categorie destinatarie dell'obbligo vaccinale selettivo il sistema informatico consente una modalità semplificata di verifica dell'avvenuta vaccinazione incrociando i dati con quelli della piattaforma nazionale afferente al Ministero della salute.

¹¹¹ Per una disamina a favore della proporzionalità dell'esibizione del *green pass*, con particolare riferimento al personale scolastico, nonostante la particolare incisività sul diritto al lavoro, si esprime A. SANDULLI, *Sulla legittimità dell'obbligo di green pass per il personale scolastico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, fasc. 6, 795-800, nel commentare le decisioni del T.A.R. Lazio, sez. III bis, 2 settembre 2021, nn. 4531 e 4532 e T.A.R. Lazio, sez. III bis, 8 ottobre 2021, n. 8539 (in *Giorn. dir. amm.*, 2021, fasc. 6, 795), a parer delle quali il depotenziamento del *green pass*, che mira a preservare la salute pubblica, potrebbe avere conseguenze non prevedibili sul piano della salvaguardia della salute. Per una prospettiva critica cfr., G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti Sars-Cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, in *Lav. giur.*, 2021, fasc. 3, 221-234, secondo cui la mancanza di una legge *ad hoc*, in una dimensione in cui «la coercizione [appare] sganciata dai lacci e laccioli delle garanzie formali e procedurali [non possa essere un] precedente molto pericoloso, foriero di sviluppi nefasti [per cui occorre chiedersi se] *necessitas non habet legem?*» (cit., 234). Cfr., altresì: A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 2020, fasc. 1, 210-223; A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, fasc. 4, 747-760.

¹¹² In argomento Cons. Stato, sez. III, 19.09.2021, n. 5130, in *Diritto & Giustizia* 2021, 20 settembre: «I soggetti contrari alla somministrazione del vaccino, nel pieno esercizio dei loro diritti di libera autodeterminazione, non subiscono lesioni del diritto alla riservatezza sanitaria in ordine alla scelta compiuta, dal momento che l'attuale sistema di verifica del possesso della certificazione verde non sembra rendere conoscibili ai terzi il concreto presupposto dell'ottenuta certificazione (vaccinazione o attestazione della negatività al virus)».

soddisfacimento dell'interesse altrui ma per altro verso finalizzata - alla stregua di un onere¹¹³ - a preservare il diritto alla salute della persona sottoposta all'obbligo di vaccinazione, giacché il comportamento doveroso è satisfattivo *in primis* anche di un interesse proprio.

Le considerazioni svolte consentono di chiarire come i diritti, lungi dall'apparire espressione di egoistica individualità, diventino nella dimensione del "dover essere" strumenti attuativi dei principi fondamentali a tutela della persona e della sua dignità.

¹¹³ Per una analisi dell'onere secondo la prospettiva dell'indagine svolta, cfr. G. GAVAZZI, *L'onere. Tra libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970.