

Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori

di Alessandro A. Negroni *
(26 maggio 2017)

Mentre scrivo il decreto legge sui vaccini voluto dal ministro Lorenzin e approvato dal consiglio dei ministri non è ancora stato pubblicato sulla gazzetta ufficiale, per quanto i contenuti del decreto siano noti (cfr. Ministero della salute, [Le novità del decreto legge sui vaccini](#), 19 maggio 2017).

Con la presente nota non intendo prendere in considerazione il contenuto del decreto, bensì svolgere una breve riflessione sulla scelta del governo di ricorrere a un decreto legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori, mostrando in particolare come la riserva di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione debba essere considerata una riserva di legge formale che, come tale, esclude l'intervento di qualsiasi fonte diversa dalla legge in senso stretto, e segnatamente dei decreti legge (con "legge formale" si indica, come è noto, la legge ordinaria dello Stato, ossia gli atti legislativi del parlamento).

Per "trattamento sanitario obbligatorio" si deve intendere ogni misura diagnostica e terapeutica mirante a prevenire o a curare una malattia laddove si tratti di una misura imposta dalla legge; tra i trattamenti sanitari sono comprese le vaccinazioni che, ove imposte per legge, sono da considerarsi trattamenti sanitari obbligatori.

Nell'affrontare il tema dei trattamenti sanitari obbligatori la Costituzione si impone come suprema norma di riferimento, per quanto il bene salute risulti tutelato da un insieme di disposizioni collocate non solo ai diversi livelli delle fonti del diritto, ma anche da un denso impianto di norme di carattere deontologico: l'articolo 32 della Costituzione al primo comma affida alla Repubblica il compito di tutelare la salute considerata «come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», disponendo inoltre al secondo comma che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

L'obbligatorietà di un trattamento sanitario può sorgere solo «per disposizione di legge»: vi è una riserva di legge in materia, da ritenersi riserva di legge statale, e ciò anche dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del titolo V della Costituzione (sul riparto di competenze in materia sanitaria dopo la riforma del titolo V della Costituzione, si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 282/2002, 338/2003 e 438/2008).

Si tratta di una riserva assoluta di legge, per quanto la dottrina appaia divisa riguardo al carattere relativo o assoluto della riserva di legge in esame (a sostegno del carattere assoluto segnalo A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967, pp. 87-88; a sostegno del carattere relativo segnalo V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in «Diritto e società», 1982, pp. 558-559). Ritengo si tratti di una riserva di legge assoluta, se non altro per i seguenti motivi: l'obbligo del trattamento può sorgere solo "per disposizione di legge", e non "secondo disposizione di legge" o "in base alla legge", queste due ultime formulazioni possono ritenersi aprire a fonti subordinate (ossia ad atti regolamentari basati sulla legge o che disciplinino la materia secondo quanto dispone la legge), mentre la prima formulazione esclude tale apertura a fonti subordinate; da un punto vista sistematico, se l'articolo 23 della Costituzione contiene una riserva relativa di legge (come in genere pacificamente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale) per l'imposizione di prestazioni personali, appare logico e armonico rispetto alla Costituzione nel suo complesso che l'articolo 32 contenga una riserva assoluta di legge per stabilire l'obbligatorietà non già di una prestazione personale

qualsiasi, ma di un trattamento sanitario; il fatto stesso che la legge possa imporre solo un *determinato* trattamento sanitario, implicando che legge disciplini in modo diretto e puntuale la materia, suggerisce e rafforza la tesi che si tratti di una riserva di legge assoluta.

La legge che impone un trattamento sanitario non deve violare in nessun modo i limiti imposti dal rispetto della persona umana: l'ultima parte del secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione pone espressamente al legislatore il limite del rispetto della persona umana disponendo che «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»; ci si trova quindi di fronte non solo a una riserva assoluta di legge, ma a una riserva di legge cosiddetta rafforzata, in quanto la legge incontra uno specifico limite al suo contenuto dispositivo, non potendo imporre trattamenti sanitari che superino i limiti del rispetto della persona umana.

La domanda che intendo porre, limitando il discorso allo strumento del decreto legge in quanto di particolare interesse in questa sede, è la seguente: può un decreto legge rendere obbligatorio un trattamento sanitario? La mia risposta è negativa per le seguenti tre ragioni.

1) Il fatto che in materia di trattamenti sanitari obbligatori sia posta una riserva di legge assoluta e rafforzata dalla clausola del rispetto della persona umana esprime con evidenza la volontà del Costituente di garantire la massima e più rigorosa tutela della libertà del cittadino nei confronti delle leggi istitutive di trattamenti sanitari obbligatori. Invero già solo la presenza di una riserva di legge (assoluta o relativa che sia) rafforzata dal rispetto della persona umana sarebbe sufficiente di per sé a mostrare la volontà del Costituente di garantire che nell'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori sia tutelata al massimo grado la libertà del cittadino.

Ora, la massima e più rigorosa tutela della libertà del cittadino, quella tutela che la Costituzione appare imporre in materia di trattamenti sanitari obbligatori, può essere garantita solo da uno strumento come la legge formale del parlamento e non dal decreto legge per i seguenti motivi: solo una legge formale del parlamento garantisce un procedimento decisionale in cui l'adeguata rappresentazione e ponderazione degli interessi coinvolti viene garantita dalla quantità e dalla qualità degli attori politici decidenti e dall'articolazione delle sedi di costruzione della decisione, nonché ampiamente controllata, sia a livello di opinione pubblica nel corso del processo decisionale, sia dall'attività presidenziale in sede di promulgazione, sia infine dall'eventuale controllo successivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale (cfr. B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità*, in C.E. Gallo, B. Pezzini (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano 1998, pp. 34-35); solo una legge formale del parlamento proviene dall'organo direttamente rappresentativo della volontà popolare nel suo complesso ed è caratterizzata da un procedimento pubblico e dialettico nell'ambito del quale trovano spazio anche le minoranze parlamentari oltre alla maggioranza politica, nel rispetto di quella dialettica tra maggioranza e minoranza che è condizione di possibilità della massima e più rigorosa tutela della libertà dei cittadini, ivi compresi quelli appartenenti a minoranze.

2) La Costituzione riconosce ai trattamenti sanitari una specifica e connaturata potenzialità di violare il rispetto della persona umana: solo per una pratica che si ritiene essere dotata di una siffatta potenzialità ha infatti senso porre il limite del rispetto della persona umana alla legge che la rende obbligatoria; in altre parole, se la legge che rende obbligatorio un trattamento sanitario deve rispettare il limite del rispetto della persona umana, ciò significa che ciò che può essere reso obbligatorio dalla legge (i trattamenti sanitari) è qualcosa che

può violare il limite del rispetto della persona umana. La connessione stabilita dalla Costituzione tra trattamenti sanitari e violazione del rispetto della persona umana evidenzia e afferma la pericolosità per l'essere umano insita nella medicina quando le sue pratiche manipolative del corpo umano diventano "obbligatorie" e non più "volontarie", ragion per cui è impensabile che la nostra Costituzione affidi all'esecutivo il potere di istituire e disciplinare trattamenti sanitari obbligatori. La possibilità per l'esecutivo di adottare decreti legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori condurrebbe a conseguenze del tutto inaccettabili in un ordinamento garantista e liberale come il nostro, aprendo una breccia nel nostro ordinamento grazie alla quale giustificare ogni tipo di ingerenza del governo nei confronti dei corpi dei cittadini.

3) In genere dottrina e giurisprudenza ritengono che le materie coperte da riserva di legge (salvo per alcuni pochi casi considerati riserva di legge formale) possano essere disciplinate non solo dalla legge formale (atto legislativo del parlamento), ma anche da quegli atti normativi dell'esecutivo aventi forza o valore di legge (decreti legge e decreti legislativi) e che pertanto legittimamente un decreto legge possa regolare materie coperte da riserva di legge in quanto i contenuti del decreto vengono incorporati, in caso di conversione, in una legge formale del parlamento, mentre in caso di mancata conversione gli effetti del decreto legge risultano integralmente travolti sin dall'inizio secondo la previsione dell'articolo 77 della Costituzione (sull'istituto della riserva di legge cfr. R. Guastini, *Legge (riserva di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino 1994, pp. 163 ss.; F. Modugno, *Le fonti del diritto*, in Id. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2012, pp. 109 ss.). Si può anche ammettere di condividere, almeno in via generale, l'opinione che un decreto legge soddisfi le riserve di legge poste dalla Costituzione e ciò in quanto «la conversione in legge del decreto ha [...] l'effetto di ripristinare l'ordine normale delle competenze, per mezzo di una novazione della fonte, che vede la legge sostituirsi al decreto, anche per quanto riguarda la disciplina pregressa», tenuto conto che «la mancata conversione del decreto da parte del parlamento [...] provoca il venir meno retroattivo della sua efficacia» (F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2015, pp. 126-127); tuttavia tale opinione non può assolutamente ritenersi condivisibile se riferita alla riserva di legge posta dall'articolo 32 della Costituzione in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Nel caso della riserva di legge di cui all'articolo 32 non si può ammettere che essa sia soddisfatta da un decreto legge in quanto i trattamenti sanitari (salvo i meri accertamenti sanitari effettuati in modo non invasivo) hanno ordinariamente *effetti irreversibili*, e ciò comporta che, anche in caso di mancata conversione di un decreto legge che stabilisca l'obbligatorietà di un trattamento sanitario, gli effetti sul destinatario del trattamento non sarebbero in alcun modo reversibili.

Il governo con un decreto legge istitutivo di trattamenti sanitari obbligatori non anticipa in via d'urgenza l'esercizio di un potere che appartiene al parlamento, ma esercita un suo potere esclusivo in quanto il successivo intervento del parlamento non è un ritorno alle forme previste dalla Costituzione, ma rappresenta un semplice avallo (nel caso della conversione del decreto legge) o un'inefficace disapprovazione (nel caso della mancata conversione del decreto legge) di un trattamento sanitario obbligatorio che ha già prodotto tutti i suoi effetti tipici, al di fuori di ogni riserva di legge e di ogni garanzia (sia pur per un limitato arco temporale). Ammettere la legittimità del ricorso da parte del governo a decreti legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori significa privare di qualsiasi significato giuridico e di qualsiasi efficacia la riserva di legge (peraltro assoluta e rafforzata) di cui all'articolo 32 della Costituzione, e ciò in quanto un decreto legge nella materia in parola è in grado di produrre integralmente i suoi effetti, a prescindere dalla conversione o meno da parte del parlamento, effetti che consistono appunto nella sottoposizione a trattamento sanitario dei destinatari del provvedimento.

La scelta del governo di approvare in consiglio dei ministri il decreto legge sui vaccini mi appare censurabile non solo per il fatto che ritengo che un decreto legge non possa soddisfare la riserva di legge di cui all'articolo 32 della Costituzione, ma anche in quanto si è scelto di utilizzare lo strumento del decreto legge nella più totale assenza di quei "casi straordinari di necessità e d'urgenza" che, a norma dell'articolo 77 della Costituzione, consentono al governo di adottare decreti legge. Nel corso della conferenza stampa tenuta al termine del consiglio dei ministri che ha approvato il decreto legge sui vaccini, lo stesso presidente del consiglio, in relazione all'adozione del decreto in parola, ha affermato: «Non si tratta di uno stato di emergenza ma si tratta di una preoccupazione alla quale il governo intende rispondere» (parole pronunciate in apertura della [conferenza stampa del consiglio dei ministri n. 30](#) del 19 maggio 2017, il cui video è disponibile sul sito del governo). Inutile dire che una "preoccupazione" non può in alcun modo legittimare un governo a ricorrere a un decreto legge, soprattutto in una materia sensibile e delicata come quella dei trattamenti sanitari obbligatori.

* Dottore di ricerca in Filosofia del diritto e bioetica giuridica, Università di Genova