



F. Biondo, *Ai ricci importa la salute pubblica? La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della pandemia*

FRANCESCO BIONDO

*Ai ricci importa la salute pubblica?
La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della
pandemia*

Abstract: In this paper, after offering a short vindication of public health as public good that liberal government should guarantee, I will show why Ronald Dworkin's theory of justice in health care does not offer guidance in two cases that arise in pandemics: 1) how to set priorities in rationing access to intense care unit, 2) how to choose between vaccination policies. This lack of guidance is due to an unrealistic assumption that follows from Dworkin's idea of the unity of value: that it is always possible to strike a balance between individual rights and collective claims in maintaining a public good (in this case public health).

Keywords: Public health, rights as trumps, Dworkin, mandate to vaccination, rationing health.

1. Introduzione

Lo *shock* della diffusione di un virus influenzale nel mondo occidentale e le conseguenti misure "eccezionali", prese per ridurre il danno in termini economici e di vite umane, costituiscono sicuramente una sfida per le teorie del diritto. Ritornano interrogativi inquietanti, che si riteneva fossero stati superati dall'evoluzione del nostro apparato istituzionale e dall'enorme disponibilità di risorse sanitarie: davvero per la tutela di un interesse pubblico, la sanità, possiamo sacrificare le nostre libertà individuali? In cosa consiste questo valore e, soprattutto, come rileva secondo le classi sociali e le fasce di età (ad esempio vi è una mortalità differente secondo le occupazioni o secondo le età)? E cosa dire del sacrificio di considerazioni economiche, in termini di posti di lavoro persi, di riduzione della ricchezza di un paese o delle opportunità educative per i più piccoli? Improvvisamente ci siamo ritrovati di fronte alla possibilità concreta (data l'incertezza

F. Biondo, *Ai ricci importa la salute pubblica? La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della pandemia*

Jura Gentium, ISSN 1826-8269, XX, 2023, 1, numerazione pagine provvisoria.



legata alla natura del virus e alla rapidità della sua diffusione) di fronteggiare uno scenario simile alla peste di Atene descritta da Tucidide (Storie, II, 53):

E pure in altri campi la malattia fu per la prima volta l'inizio per la città di una maggiore illegalità. [...] Nessun timore degli dei o legge degli uomini li tratteneva, da un lato perché giudicavano uguale il venerarli o no nel vedere che tutti perivano allo stesso modo, dall'altro perché nessuno immaginava di scontare la punizione dei misfatti essendo vissuto fino a che ci fosse il processo, molto più grave invece (ritenendo) quella già decisa che incombeva su di loro, ed era naturale prendersi qualche gioia della vita prima che essa piombasse (su di loro)¹.

Lo stato di natura hobbesiano diventava visibile almeno come minaccia. Ritornava di attualità un problema che non era mai stato risolto del tutto (dato che sempre sorgono nuove minacce): la salvezza del singolo, o la sua salute, quanto può essere distinta dalle esigenze di salvezza del gruppo? Sappiamo quanti rischi, e che tragedie, ha prodotto il brocardo *salus rei publicae*, ma qui il problema è inquadrabile non come una reazione a un'aggressione. Si tratta infatti di una minaccia biologica, che trasforma ciascuno di noi in un potenziale carnefice o in una potenziale vittima. Eppure questa è una questione da tempo dibattuta in quella branca della filosofia morale chiamata "public health ethics", uno sviluppo della etica medica che si occupa di problemi legati alla sanità pubblica, o sanità della popolazione, non a questioni di salute individuale.

È chiaro che questi studi pongono una sfida, raccolta da alcuni studiosi di ascendenza liberale², che riassuntivamente riduco a due interrogativi:

- 1) Il primo è di natura concettuale. Il concetto di salute pubblica ha un valore che è derivato dal valore dei singoli diritti individuali, tale per cui non abbiamo alcun conflitto tra tutela delle libertà fondamentali e tutela della salute pubblica, oppure in condizioni di diffusione di una malattia infettiva, le ragioni di salute pubblica godono di priorità rispetto all'esercizio delle libertà fondamentali? In altre parole,

¹ Riprendo il testo da <http://verbanoweb.it/discovertendo/greci/Tucidide%20-%20La%20%27peste%27%20di%20Atene.pdf>

² Sul punto la letteratura è immensa. Rimando per l'ampia bibliografia e come mappa teorica a R. Faden, J. Bernstein, S. Shebaya, "Public Health Ethics", in Zalta, ed., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/publichealth-ethics/>.



la “salute pubblica” come concetto è riducibile alla somma del rispetto dei singoli “diritti alla salute” (intesi sia come pretese ad essere curato sia a pretese a rifiutare i trattamenti sanitari)?

- 2) Il secondo è di tipo “giustificativo”. Può, senza contraddirsi, una dottrina liberale, basata sul primato di alcuni diritti individuali, avallare interventi di salute pubblica che limitano alcune libertà fondamentali o che giustificano, da una parte, interventi sanitari selettivi, basati su condizioni individuali (ad esempio la presenza di malattie) – è il caso del razionamento delle risorse sanitarie “salvavita” (ad esempio l’accesso alle unità di terapia intensiva) – e, dall’altra, l’imposizione di trattamenti sanitari a tutti i cittadini?

Questi due interrogativi, nella loro semplicità, rinviano a due (tra le tante) questioni spinose che dal marzo 2020 infiammano il dibattito sulle conseguenze del COVID 19 negli ordinamenti liberali:

- 1) come regolare l’accesso alle unità di terapia intensiva?
- 2) La vaccinazione può essere obbligatoria, o almeno essere condizione per il godimento di una serie di diritti fondamentali (istruzione, lavoro, circolazione, ecc.)?

È mia intenzione in questo scritto usare questi due temi come un test per una delle teorie della giustizia, e dei diritti individuali, più ambiziose sviluppate nell’ambito liberale: quella di Ronald Dworkin. Tale scelta dipende da una circostanza: la teoria dell’illustre filosofo si conclude con un corposo volume *Giustizia per i ricci*³, in cui si teorizza, rispetto alla condizione di diffuso, inesorabile, pluralismo, l’esistenza di una forma di giustizia in cui si realizza una “unità del valore”, in cui cioè si raggiunge un “equilibrio riflessivo”, una coerenza, tra quelle esigenze pratiche che sembrano irrimediabilmente in conflitto nelle scelte che si compiono nella vita di ciascuno e anche

³ R. Dworkin, *Justice for hedgehogs*, Harvard, Belknap of Harvard University Press, 2011, trad.it. *Giustizia per i ricci*, Milano, Feltrinelli, 2013. D’ora in poi citato come GR.



nel lavoro delle istituzioni (deputate ad effettuare tali scelte a livello collettivo). Questa idea dell'unità del valore caratterizza la proposta di Dworkin, quella di essere una "giustizia per i ricchi" (riprendendo il saggio di Isaiah Berlin che si basa sul verso di Archiloco "La volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una grande") in cui i valori, etici e morali sono "coerenti tra loro e si convalidano reciprocamente" (GR, 13)⁴.

Il caso del conflitto tra esigenze di sanità pubblica e tutela dei diritti individuali sembra al contrario rendere il progetto dworkiniano una pia illusione, un *wishful thinking*. Alla fine, se anche pensiamo che i valori astrattamente possono essere contemperati, in concreto non possiamo fare a meno di scegliere di tutelarne uno a spese dell'altro, garantirne uno comprimendone un altro. Questo spiegherebbe la natura inesauribile del conflitto sulla giustificazione delle misure prese per contrastare la pandemia data la condizione di "pluralismo ragionevole" propria delle società liberali. Per i teorici del diritto non si tratta solo di certificare una situazione conflittuale circa la giustificazione delle possibili misure di tutela del diritto alla salute (che già sarebbe una conclusione importante data l'asprezza del dibattito⁵). La critica a Dworkin che intendo presentare ha infatti una importanza duplice:

- 1) offre un argomento a favore di coloro che sostengono che il conflitto tra diritti è un elemento ineliminabile in qualunque ordinamento di stato costituzionale di diritto, e che le soluzioni come quella di Dworkin assumono un irrealistico consenso ideale circa le soluzioni ai conflitti tra tali diritti;

⁴ In questo scritto non farò uso dell'amplissima letteratura secondaria su Dworkin. Mi limito a rinviare ai seguenti testi: W. Waluchow, S. Sciaraffa, eds., *The Legacy of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2016; A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, Giappichelli, 1998.

⁵ Il riconoscimento di "giudizi tragici", a parere di scrive, riporterebbe il dibattito dal piano della giustizia "sostanziale" delle decisioni adottate, al netto di giudizi privi di ogni misura che lamentano l'istituzione di una "dittatura sanitaria" (il riferimento è alle tesi davvero esagerate di G. Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, Quodlibet, 2021; U. Mattei, *Il diritto di essere contro. Dissenso e resistenza nella società del controllo*, Torino, Piemme, 2022), a quello della loro "legittimità" (o giustizia formale), cioè del loro essere almeno conformi a procedure prestabilite. È chiaro che, mentre possiamo essere in disaccordo sul merito delle misure prese dal legislatore (perché riteniamo che esse tutelino sproporzionatamente uno dei due valori in conflitto), almeno possiamo essere d'accordo sulla conformità della loro produzione in base ai procedimenti prestabiliti.



- 2) spiega la natura autoritativa del diritto in virtù esattamente della necessaria sotto-determinazione del discorso morale; in una tale situazione, la pretesa del diritto di potere regolare la propria creazione, adattandosi alle sfide, anche morali, che possono sorgere, rende la decisione giuridica accettabile anche in condizioni di scelta tragica al fine di tutelare un bene pubblico (la sanità)⁶.

Anticipo la mia conclusione. A dispetto di quanto sostiene Dworkin, la scelta tragica è propria dell'esperienza giuridica e questo è tanto più evidente quando si affrontano questioni di sanità pubblica. Cito a tal proposito una pronuncia della Corte costituzionale a proposito della risarcibilità del danno da vaccinazione obbligatoria (118/1996 par.4):

La vaccinazione antipoliomielitica comporta infatti un rischio di contagio, preventivabile in astratto - perché statisticamente rilevato - ancorché in concreto non siano prevedibili i soggetti che saranno colpiti dall'evento dannoso. In questa situazione, la legge che impone l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate 'scelte tragiche' del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri.

Si potrebbe sostenere che usare l'opera di Dworkin per cercare delle soluzioni a problemi legati ad un evento, che lo studioso non ha neppure considerato, possa essere una violazione del principio di "carità". Mi sembra però che tale rilievo possa essere superato

⁶ Potremmo avere cioè una scelta moralmente accettabile, ma non la migliore scelta per le diverse posizioni morali (ad esempio un medico anestesista che crede nella pari sacralità della vita potrebbe essere torturato dal rimorso di non essersi opposto all'attribuzione dei posti di terapia intensiva prioritariamente a soggetti privi di comorbidità, come il protocollo imponeva, considerando la mancanza di altre patologie una condizione non meritata). Questa necessità di arrivare comunque a decisioni su questioni morali partendo da posizioni teoriche opposte è la condizione normale dei comitati di bioetica, sia a livello locale, ospedaliero, sia a livello nazionale. Sul punto cfr., da ultimo, I. Hirose, *The Ethics of Pandemics. An Introduction*, London, Routledge, 2022, p. 9, che per la giustificazione etica delle misure prese in pandemia usa un "principle of common ground", secondo il quale solo le misure giustificabili sulla base sia di ragioni deontologiche, sia di ragioni consequenzialiste sono da prendere in considerazione. Nulla, comunque, di nuovo; a mio modesto avviso, si tratta della vecchia questione della *public justification* in condizioni di pluralismo ragionevole.



per diverse ragioni. In primo luogo, perché l'autore ha, come è noto e come vedremo, dedicato vari scritti a problemi di giustizia distributiva in ambito sanitario, considerando quali forme di contribuzione realizzino l'ideale dell'equa considerazione e rispetto in un paese, gli Stati Uniti, in cui tale spesa era *insieme* inefficiente ed ingiusta (come si può notare negli articoli raccolti in *Sovereign Virtue*⁷). In secondo luogo, perché l'evento pandemico mi sembra essere una "replica della storia" alla idea che i valori siano sempre "compatibili", così che si possa indicare una "unità dei valori". Se così fosse allora, come sosterrò, il diritto perde una delle sue funzioni: quella di risolvere conflitti di valore in condizioni reali di scarsità di risorse e altruismo limitato, condizioni che la crisi pandemica ha evidenziato, ma che sono ben note ai filosofi del diritto e della politica⁸.

Prima di affrontare come la teoria di Dworkin offra o meno degli spunti per risolvere quelle che sembrano scelte tragiche, e quindi capire cosa farebbero i "ricci" in una pandemia, è necessario, rapidamente, capire in che senso la nozione di salute pubblica può creare dei problemi a una teoria liberale, una teoria che assume che i pubblici poteri si giustificano a partire dalla tutela di diritti individuali.

2. Salute pubblica e diritti individuali. Una relazione problematica

È noto come la tutela della salute pubblica, intesa come salute della popolazione nel suo complesso, sia stata oggetto del diritto ben prima dell'affermazione della salute come diritto individuale. Ogni storia delle epidemie è anche una storia degli strumenti legali utilizzati per contrastarle. La nozione di salute pubblica nasce insieme a quella di ambiente libero da epidemia, ma non si riduce a quest'ultima. Questo punto dovrebbe già essere rilevante per una discussione intorno alla possibilità di ridurre un concetto

⁷ R. Dworkin, *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Harvard, Harvard University Press, 2000. D'ora in avanti citata come SV.

⁸ Cfr. P. Vanderschraaf, "The circumstances of justice", *Politics, Philosophy and Economics*, 5 (2006), 3, pp. 321-351.



giuridico quale quello di salute della popolazione, che storicamente ha un riferimento collettivo, alla salute dell'insieme degli individui titolari di diritti che compongono la popolazione stessa. Tale riduzione può essere sostenuta, a costo di una vistosa semplificazione, in virtù di un qualche processo "rivoluzionario" (per fare due esempi: la tutela dei diritti vista da Bobbio come una "rivoluzione copernicana" che caratterizza la c.d. "età dei diritti", o la nascita delle costituzioni europee dopo la seconda guerra mondiale, per Ferrajoli) o immaginando un percorso evolutivo (il romanzo a catena di cui parla Dworkin in cui il singolo giudice cerca di aggiungere un capitolo secondo la "migliore interpretazione morale" del diritto). L'evidenza storica e le questioni di giustificazione evidenziano, invece, come il concetto di salute pubblica abbia una rilevanza etica indipendente da quella della somma dei diritti individuali. Questa rilevanza può essere spiegata con l'idea che la salute pubblica è un "bene pubblico" e come tale non è oggetto di diritti individuali (e anche di alcuni diritti intangibili, ma non di tutti) e non è concepibile come la somma dell'esercizio o della tutela di singoli diritti⁹. Anzi, è un bene che per la sua natura limita i diritti individuali e può portare anche a una loro compressione (nei limiti della legge e della costituzione, naturalmente).

Ricordiamo che un bene pubblico è un bene che non è oggetto di non rivalità (*non rivalrous*), per cui il consumo da parte di uno non riduce il consumo possibile da parte di un altro, e non è esclusivo (*non excludable*), ovvero non è possibile che un soggetto con un suo comportamento possa escludere un altro dal godimento del bene. La sicurezza nazionale o l'ambiente sano sono esempi, noti, di beni pubblici, così come lo sono l'infrastruttura viaria, l'educazione o la salute pubblica, intesa come l'assenza di virus patogeni nell'ambiente¹⁰. Tali beni, però, dipendono dal comportamento degli agenti che non hanno alcun incentivo, non essendo tali beni rivali ed escludibili, a mantenerli nel tempo. Il loro essere non esclusivi e non rivali rende i beni pubblici soggetti a due

⁹ È necessario notare che le voci eternalità, salute pubblica e beni pubblici non sono presenti negli indici analitici di SV e GR, mentre, come vedremo, l'autore presta grande attenzione al diritto alla salute.

¹⁰ J. Reiss, "Public Goods", in E. Zalta, ed., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/public-goods/>, pp. 9-10; R. Faden, J. Bernstein, S. Shebaya, *op. cit.*, pp. 57-60.



fallimenti del mercato, a due modi in cui il mercato non riesce a risolvere almeno due problemi del mantenimento dei beni. Il primo problema è l'esistenza di soggetti che non hanno incentivo a pagare la loro quota per il mantenimento dei beni, i c.d. *free riders*. Il secondo è la possibilità che i nostri comportamenti, anche inintenzionalmente e pure se tutelati da diritti individuali, abbiano conseguenze negative sul mantenimento dei beni, producendo un costo che noi non paghiamo (esternalità negative), ma riversiamo sulla collettività. Questa condizione spiega perché la tutela del bene pubblico non può essere demandata a meccanismi privatistici o decentralizzati, come il mercato, ma è necessario un intervento pubblico dotato di autorità. In altri termini, è necessario un intervento statale, così come già nel Settecento affermava Adam Smith e nell'Ottocento John Stuart Mill: il primo a proposito di quei lavori e istituzioni che andavano a vantaggio della comunità, ma che nessuno aveva l'incentivo a svolgere; il secondo a proposito della sicurezza nella navigazione (attraverso i fari nella costa)¹¹. È chiaro che l'esercizio dei nostri diritti può avere conseguenze sulla tutela dei beni pubblici. Facciamo tre esempi:

- 1) Se ritengo che il servizio militare sia contrario alle mie convenzioni morali o religiose non darò il mio contributo al bene pubblico sicurezza. Chiederò la obiezione di coscienza;
- 2) Se ritengo che parte della mia libertà di circolazione implichi l'uso dell'automobile di mia proprietà, danneggerò il bene pubblico aria pulita o ambiente pulito. Però un provvedimento del mio comune, secondo una legge dello Stato, mi vieta di prendere l'auto per un certo periodo;
- 3) Se mi si impone un *lockdown*, allora si limita la mia libertà personale. Però c'è una epidemia e una legge formalmente valida lo richiede per ridurre la circolazione del virus.

I primi due esempi non sembrano essere casi di scelte tragiche. Il processo storico e le condizioni politiche internazionali rendono non plausibile la necessità di ricorrere alla

¹¹ Sul punto rimando a J. Reiss, *op. cit.*, pp. 13-14 e, più diffusamente, a N. Arnold Scott, *Imposing values, An Essay on Liberalism and Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2009 e L.O. Gostin, L.F. Wiley, *Public Health Law, Power, Duty, Restraint*, Berkley, University of California Press, 2016, 3rd edition.



coscrizione obbligatoria come mezzo per assicurare la sicurezza dei confini (ma fino a quando?). Un esercito di professionisti può infatti garantire il bene pubblico “sicurezza dei confini”. Il secondo si basa sull’idea che la libertà di circolazione implichi la libertà dell’uso di un mezzo, non importa quali siano le conseguenze sull’ambiente. Nelle nostre società nessuno accetterebbe questa posizione (almeno ora che le conseguenze devastanti del nostro modo di vivere sull’ambiente sono note a tutti). E il terzo caso? Perché la tutela della salute della collettività è condizione che, anche nel nostro ordinamento, può essere causa di limitazione di moltissimi dei nostri diritti?

Una risposta si può anticipare: la natura dell’esternalità (la circolazione del virus) dipende dalla circostanza che i comportamenti dannosi sembrano essere tutelati da diritti individuali tra i più radicati nella nostra civiltà giuridica (nell’esempio, la libertà di circolazione) e strumentali ad altri diritti (la libertà di iniziativa economica). Tale conflitto tra esigenze individuali, tutelate da diritti, ed esigenze collettive, i cosiddetti beni pubblici, diventa ancora più evidente nei due casi seguenti.

Il primo è il classico caso di scarsità di risorse. Ci sono due soggetti da destinare in terapia intensiva in seguito a contagio da COVID. Ipotizziamo che la salute pubblica giustifichi la distribuzione degli accessi secondo le chance di successo dell’intervento e/o l’aumento nel tempo del numero di persone guarite. A chi permettere l’accesso? Si noti: questa è una considerazione base, talmente ampia che potrebbe ridurre l’idea di salute pubblica a semplice efficienza. Però anche in questo caso potrebbero sorgere delle considerazioni di equità, in quanto il successo dell’intervento è determinato da elementi di cui non è responsabile il paziente (una particolare malattia o una situazione di svantaggio pregressa) che potrebbero rendere la scelta iniqua¹². Se esiste un diritto alla salute, allora non vi può essere distinzione nell’attribuzione della risorsa sulla base di una considerazione non rilevante (almeno riguardo alla tutela del diritto). A questo punto, si

¹² Su questo punto cfr. R. Faden, J. Bernstein, S. Shebaya, *op. cit.*, pp. 20,26.



potrebbe dire, meglio cambiare criterio e affidarsi al caso¹³ o al criterio di arrivo¹⁴ e non importa se l'efficienza diminuisce (nel caso in cui il caso o il criterio di arrivo immobilizza la risorsa fino a che il paziente non riesce a respirare autonomamente, date anche le altre patologie)¹⁵.

Il secondo caso è la possibilità di eradicare la malattia, o di ridurre il suo impatto sulla salute della popolazione presa nella sua interezza¹⁶, attraverso varie misure di vaccinazione¹⁷. Qualunque misura, che non sia la semplice somministrazione gratuita, limita la libertà di scelta, in quanto impone un trattamento o rende il rifiuto a sottoporsi ad esso estremamente costoso, perché alternativamente impone dei divieti (ad esempio di usare dei mezzi di trasporto, o prestare la propria opera in uffici pubblici) o degli obblighi (sottoporsi a degli esami diagnostici a pagamento) riducendo il rischio di *free riding* (di godere degli effetti della riduzione della diffusione di una malattia, senza condividere il rischio di effetti avversi da vaccinazione)¹⁸. In questo modo però si diventa, argomenta la

¹³ La possibile giustificazione del criterio della lotteria è presentata da I. Hirose, *op. cit.*, p. 30, che la rifiuta perché cieca riguardo a una serie di valori rilevanti.

¹⁴ Questo criterio è espressamente difeso da M. La Torre, *Bioetica in tempo di pandemia. Morale, diritto e libertà*, Milano, Derive e approdi, 2022, pp. 52-53.

¹⁵ Sul punto, a seguito del famoso documento della SIAARTI, si è sviluppato un dibattito immenso. Rimando a I. Domenici, F. Engeser, "The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany", *European Journal of Health Law*, 29, (2022), 1, pp. 101-130; A. Ferrara, "Considerazioni per un'etica del triage. Dall'analisi dei casi di Brasile, Stati Uniti e Italia alla giustificazione dell'utilitarismo", *Ragion Pratica*, (2021), 2, pp: 537-559; L. Palazzani, "La pandemia COVID-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?", *BioLaw Journal, Rivista di biodiritto*, (2020), <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/1515>.

¹⁶ Sui modi di intendere la salute pubblica, e quindi di valutare l'impatto di una misura di salute pubblica, la letteratura è copiosa. Rimando a A. Dawson, eds., "Resetting the parameters: public health as the foundation for public health ethics", in Id., *Public Health Ethics. Key Concepts and Issues in Policy and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 pp. 1-19; R. Faden, J. Bernstein, S. Shebaya, *op.cit.*, pp. 6-14.

¹⁷ Sui profili etici della vaccinazione ormai la letteratura è amplissima. Rimando solo a S.S. Coughlin, A. Dawson, eds., *Ethics and epidemiology*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 3rd edition; A. Giubilini, *The ethics of vaccination*, London, Palgrave Millan, 2019, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-02068-2#about-this-book>.

¹⁸ Sul tema la letteratura giuridica è amplissima. Solo a proposito della vaccinazione da COVID in Italia circa i profili a cavallo tra diritto del lavoro e diritto costituzionale si rinvia a S. Bologna, "Pandemia e vaccinazione dei lavoratori nello scenario comparato", *Diritto del mercato del lavoro*, (2022), 3, pp. 677-705; M. Miscione, "La giurisprudenza sulla legislazione Covid", *Il lavoro nella giurisprudenza*, (2022), 1, pp. 91-104; L. Bartolucci, "Contributo allo studio dei profili costituzionali del 'green pass': trattamento sanitario obbligatorio 'indiretto' e 'di fatto'?", *Federalismi*, 23 (2022), <https://www.federalismi.it/>.



folto schiera di obiettori alla vaccinazione, degli strumenti per la tutela di un bene collettivo, la salute, in attesa di altre e ulteriori forme di sottomissione al “Leviatano sanitario”¹⁹.

Tuttavia, non sarebbe neppure condivisibile l’idea che tra esigenze collettive e tutela dei diritti ci sia soltanto un rapporto oppositivo, l’uno cioè esclude l’altro. L’evidenza storica e gli studi di teoria economica sembrano condividere un vecchio argomento della teoria del diritto e prima ancora della filosofia politica. Prima di parlare di diritti individuali, bisogna assumere che già si è risolto il problema del monopolio della forza nelle mani dello Stato e il problema di coordinazione delle azioni, che cioè si è già raggiunta la realizzazione di almeno due beni pubblici: la sicurezza all’interno di un territorio e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche di un’azione sulla base di un insieme conosciuto di regole (ciò che si potrebbe definire “fiducia”). Se tali condizioni non sono soddisfatte, siamo ancora, direbbe Hobbes, nello stato di natura; e lì non ci sono diritti, né giustizia, ma solo libertà naturali della cui tutela non possiamo mai essere certi, in quanto non sappiamo se le sanzioni verranno irrogate dagli enti preposti²⁰. Se allora

¹⁹C. Lottieri, “Gli oligarchi, i renitenti e gli altri”, in Id., a cura di, *Leviatano sanitario e crisi del diritto. Cultura società e istituzioni al tempo del Covid 19*, Macerata, Giometti & Antonello, 2022, pp. 5-28; M. Manzin, “Salus omnia vincit. Come immunizzarsi dal diritto”, in C. Lottieri, *op. cit.*, pp. 33-47; A. Favaro, “Pandemia sanitaria e crisi del diritto. Linguaggio e potere nel giogo della trasparenza”, (2022), 2, pp. 134-159, <http://www.ordines.it/wp-content/uploads/2023/02/7-Favaro.pdf>; D. Velo Dal Brenta, “Correlazioni pericolose. Come il Covid-19 sta minacciando l’Occidente delle libertà vane”, *Teoria e Critica della regolazione sociale*, 24 (2022), 1, pp. 141-185, <https://www.mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs/article/view/2506>. Certamente il legislatore non ha aiutato, ritengo, quando ha eliminato la possibilità di sostituire la vaccinazione con la presentazione di un test diagnostico negativo, sulla base, poi dimostrata infondata, di una maggiore sicurezza rispetto ai rischi di contagio nei luoghi di lavoro della vaccinazione rispetto al c.d. “tampone”. Cfr. sul punto la sentenza del Tribunale di Padova sez. Lavoro est. Beghini, 28 aprile 2022. Ringrazio Andrea Favaro per l’osservazione sul punto e per avermi inviato il testo della sentenza. Sulla presunta irragionevolezza dell’obbligo di vaccinazione rispetto alla presentazione di un test diagnostico tuttavia si è espressa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 15 del 2023, affermando che quanto previsto dal Decreto Legge n. 44 del 2021 rimane comunque valido costituzionalmente perché: 1) il giudice di Padova ha interpretato in maniera scorretta i dati del Istituto Superiore di Sanità (par. 11.1); 2) l’alternativa presentata dal remittente avrebbe costituito un onere eccessivo sulle spalle del servizio sanitario nazionale deputato alla elaborazione dei test diagnostici (par. 11.3).

²⁰ Ritengo che anche la certezza del diritto sia un bene pubblico (*rectius* uno strumento necessario al bene pubblico fiducia), sempre che non sia immediatamente conoscibile da ciascuno dei decisori quale tra le tante scelte possibili sia quella moralmente migliore. Se infatti la morale fosse determinata, se si sapesse



una certa situazione epidemica rende tale situazione di dominio della legge irrealizzabile, come abbiamo visto in Tucidide, l'obiettivo di tutelare le esigenze di salute pubblica può essere superiore rispetto alla tutela di molte delle nostre libertà fondamentali²¹ e sempre nel rispetto delle procedure predeterminate per legge e Costituzione.

In conclusione, il rapporto tra beni pubblici, o esigenze collettive, e tutela dei diritti non sembra essere di alternativa secca, ma piuttosto di una difficile, sempre contestabile, complementarità. E allora sembra contro-intuitivo o frutto di una forma di riduzione della dissonanza cognitiva o di *wishful* thinking affermare che in una pandemia non possiamo riscontrare un conflitto tra diritti individuali e sanità pubblica, perché comunque solo le misure sanitarie compatibili con la tutela dei diritti sono giustificabili (evitando così il conflitto tra il valore salute pubblica e il valore tutela dei diritti)²². L'assicurazione del servizio sanitario e del bene pubblico salute implica una forte riduzione dei diritti

sempre cosa è meglio fare di fronte a qualunque alternativa, allora non avremmo bisogno di alcuna autorità e sarebbe astrattamente possibile un ordinamento "anarchico" (cfr. sul punto B. Celano, *La teoria del diritto di H. Kelsen. Un'introduzione critica*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 98-103). Ciascuno saprebbe cosa sia meglio fare, o lo potrebbe capire tramite informazione completa. Ma se la morale è indeterminata, per cui c'è bisogno di un intervento del diritto per dirimere le controversie, allora il diritto è uno strumento necessario per la realizzazione di un altro bene pubblico: la fiducia nel fatto che tutti si conformeranno alle regole. E la capacità dei sistemi sanitari di ridurre efficacemente il numero di morti da COVID si basa anche sulla fiducia della popolazione nei confronti della legittimità di quanto richiesto dal sistema sanitario. Sul punto rimando solo a M.S. Razai *et al.*, "Covid-19 vaccination hesitancy", *British Medical Journal*, (2021), <https://www.bmj.com/content/373/bmj.n1138>; nell'ambito della filosofia del diritto, cfr. T. Greco, *La legge della fiducia*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

²¹ Per quanto tempo e di quali libertà non è possibile dirlo. Aggiungo solo che non è necessario assumere che la situazione sia tanto tragica da permettere il sacrificio di diritti come il diritto alla vita (nella sua versione di non interferenza) o del diritto a rimanere in silenzio in un procedimento giudiziario e tanti altri diritti. A meno che non si ritenga che l'uccisione, o sacrificio, di una parte della popolazione sia un mezzo necessario per risolvere una epidemia. È possibile, come narrato nel film "28 giorni dopo" o in "Treno per Busan", che si diffonda un virus che trasforma le persone in mostri assassini. In questo caso potremmo considerare giustificata, legalmente o meglio moralmente, la loro uccisione? Certamente sì. Ma queste persone avrebbero ancora diritti? Probabilmente no, perché non sarebbero più esseri umani titolari di diritti (in quanto incapaci di volontà), e soprattutto perché nella fase in cui non si controllasse l'epidemia, non potremmo certo parlare di uno stato di diritto, ma del più terribile stato di natura. Lascio da parte questi interrogativi.

²² Vedremo alla fine del saggio che Dworkin riduce il conflitto tra esigenze collettive e individuali grazie semplicemente ad una stipulazione: chi ritiene che le proprie esigenze individuali siano superiori a quelle collettive non prende sul serio l'obbligo politico che ha nei confronti degli altri cittadini. Ma così il problema del conflitto tra le esigenze collettive e individuali si risolve per via di una categoria superiore che è quella dell'obbligo politico.

F. Biondo, *Ai ricci importa la salute pubblica? La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della pandemia*

Jura Gentium, ISSN 1826-8269, XX, 2023, 1, numerazione pagine provvisoria.



individuali. Allora di un Leviatano, o più modestamente di un decisore politico che stabilisce tramite misure di legge i criteri di accesso o i trattamenti sanitari obbligatori, forse abbiamo ancora bisogno se vogliamo garantire dei beni pubblici soggetti alla minaccia 1) del *free riding* e 2) delle esternalità negative prodotte da comportamenti tutelati da diritti individuali.

Cosa direbbe Dworkin in proposito? Molto, come vedremo, ma senza risolvere la dialettica tra esigenze collettive e diritti individuali.

3. Kant, i ricci e le aste

Per Dworkin, com'è noto, l'autorità giuridica può essere giustificata solo ad una condizione: se tratta i consociati con uguale considerazione e rispetto. Giustificazioni basate su valori collettivi come il benessere generale non sono accettabili, "a meno che le sue politiche trattino le loro [dei cittadini NDA] sorti come egualmente importanti e rispettino le responsabilità individuali che hanno per le loro vite" (GR 376).

Sembra quindi che il concetto di sanità pubblica, come salute collettiva o salute della popolazione, non sia un limite ai diritti individuali, ma sia invece alternativamente visto (anche se Dworkin non lo dice): (a) come somma dei singoli diritti alla salute o (b) come un bene collettivo limitato dalla tutela dell'esercizio dei diritti individuali. In entrambi i casi, però, il conflitto tra diritti alla salute di certi individui e diritti alla salute di altri individui rimane in agguato (come nel caso dell'accesso alle unità di terapia intensiva), per non parlare poi della tutela dei diritti alla salute di alcuni individui (che preferirebbero il mantenimento di politiche restrittive sulla circolazione) e altri diritti di altri individui, per esempio alla libera iniziativa economica.

Per Dworkin, tuttavia, il conflitto tra i valori e tra i campi della moralità (individuale e collettiva) è solo apparente, o almeno questo pretende di dimostrare, come abbiamo visto prima. Attraverso "esercizi di interpretazione" possiamo ridurre i conflitti tra vita buona e diritti individuali, tra democrazia e diritti, tra libertà positive, o diritti di prestazione, e libertà negative, o diritti di non interferenza, tra obblighi generali e obblighi



speciali. Replicando a coloro che ritengono che non vi sia alcuna utilità nel determinare i contorni di concetti quali uguaglianza, libertà, democrazia, Dworkin afferma che tale esercizio può risultare inutile se si vuole cercare un consenso che non c'è sull'uso dei termini, dato che ci sono diverse teorie che li interpreteranno in maniera diversa. Altrettanto inutile è l'esercizio, se si vuole determinare come tali concetti si interpretano in un certo momento storico, dato che il passato necessariamente non vincola anche i contemporanei. Migliore strada invece è interpretare questi concetti in modo tale da intenderli in maniera che non contrastino tra loro (*ex multis* GR, 393-397).

Ma è possibile costruire una dottrina in cui tali termini possano poi, contrariamente ad una così ricca messe di teorie morali in contrasto, essere interpretati in maniera che non vi siano conflitti morali genuini? La questione dell'esistenza di concetti interpretativi dipende dalla possibilità di offrire una dottrina unitaria della morale, per i singoli e le istituzioni. Ed è l'ambizione della Giustizia per i ricchi.

Per Dworkin, infatti, non vi sono divisioni tra i campi della normatività, ma questa si sviluppa come un albero:

È anche necessario intendere la morale in generale come dotata di una struttura ad albero: il diritto è una branca della morale politica, che è a sua volta una branca di una morale personale più generale, la quale è anch'essa, a sua volta, una branca di una teoria ancora più generale su che cosa significa vivere bene (GR, 18).

Prendendo sul serio la metafora dell'albero, possiamo dire che le sue radici affondano nel concetto kantiano di dignità. E di questo concetto Dworkin offre due significati, che permettono di intendere meglio come si possa costruire un percorso che lega il rispetto di sé alla responsabilità per la vita degli altri.

Il primo significato di dignità è un'accezione etica che ha due versanti, il "rispetto di sé" e la nozione di "autenticità", di responsabilità verso se stessi di produrre la propria concezione di vita senza imposizioni da parte altrui (GR, 235).

Il secondo significato di dignità permette di connettere la dimensione etica della morale, il valore che ciascuno attribuisce alla propria vita, vista come un progetto di cui siamo responsabili, alla dimensione sociale che necessariamente ci tocca vivere.



Nell'albero della normatività il ramo della politica e del diritto riguarda la questione di come trattare gli altri assumendo che siamo responsabili nei loro confronti tanto quanto siamo responsabili circa i nostri progetti di vita (concetto politico di dignità) (GR, 293).

I ricci possono quindi sentirsi kantiani: si attribuiscono una dignità individuale che riconoscono in ugual misura agli altri. Non vi può essere conflitto tra quanto devo a me stesso, rispetto a quello che voglio essere, e quanto devo agli altri. Posso attribuire un valore ai miei progetti solo se riconosco pari “oggettiva importanza” ai progetti degli altri²³. Ma per realizzare questo ideale bisogna identificare in che modo è possibile realizzare una forma di giustizia distributiva che tratti tutti con “uguale considerazione e rispetto”, e questo è ancora più necessario nelle politiche sanitarie in cui bisogna decidere quale livello di cura sia doveroso per tutelare la dignità dei malati. Riprendendo quanto già scritto più estesamente nei decenni precedenti nei saggi poi raccolti in *Sovereign Virtue*, il nostro autore continua a presentare il procedimento di asta per indicare il livello di assistenza ai casi della “cattiva sorte” (*bad brute luck*):

Possiamo mirare a raccogliere dalla comunità, attraverso le tasse, una somma eguale al premio aggregato che sarebbe stato pagato per la copertura universale a quel livello e distribuire, a coloro che ne hanno bisogno, servizi, beni o fondi pari a ciò che quella copertura avrebbe fornito loro in conseguenza della loro cattiva sorte. (GR, 411)

Tuttavia, riconosce Dworkin, non ha senso spendere qualunque cifra per continuare a mantenere in vita i più anziani:

Possiamo progettare un sistema di assistenza sanitaria che imita il tipo di copertura che sembra ragionevole assumere che la gente vorrebbe avere: ciò richiederebbe il fatto di spendere quantità enormi di denaro per tenere in vita le persone negli ultimi mesi della loro esistenza, perché non avrebbe senso, per le persone, rinunciare a fondi che sarebbero utili nel

²³ In questo modo si può argomentare che Dworkin replica a coloro che ritengono che ci sia una contraddizione tra cura degli altri e giustizia distributiva sensibile alle ambizioni personali o che non vi sia un accesso universale alle cure, tesi entrambe sostenute da L.A. Jacobs, “Justice in Health Care: Can Dworkin Justify Universal Access?”, in J. Burley, ed., *Dworkin and his critics*, Oxford, Blackwell, 2004, pp. 134-149.



resto della loro vita per pagare le polizze salatissime che sarebbero richieste da quel genere di copertura. (GR, 16)

In *Sovereign Virtue* l'autore è ancora più chiaro: a proposito della vincolatività per le questioni di giustizia distributiva del c.d. *rescue principle* (principio di salvezza), secondo il quale pur di salvare una vita bisogna pagare qualunque prezzo Dworkin afferma:

the principle does offer an answer to the question of how much America should spend on health care overall: it says we should spend all we can until the next dollar would buy no gain in health or life expectancy at all. No sane society would try to meet that standard, any more than a sane person would organize his life on that principle. (SV, 309)

Riprendendo la differenza tra valore *detached* (distaccato) e valore *derivative* (derivato) della vita esposta in *Life's dominion*²⁴ a proposito del contrasto tra accettare che la vita sia sacra, anche quella del feto, e permettere l'aborto, potremmo dire che per Dworkin dalla considerazione che la vita sia sacra (*detached value of life*) non possiamo determinare che abbiamo un diritto a che altri siano obbligati a pagare qualunque cifra per tutelarla o che non possiamo determinare quando vogliamo porre fine alla nostra vita (*derivative value of life*). Questo non sarebbe accettato da parte di una persona prudente che vuole assicurarsi rispetto a una vecchiaia invalidante²⁵.

Mi domando però se il modello teorico di Dworkin riesca ad evitare le scelte tragiche tra tutela delle esigenze di salute pubblica ed esigenze individuali basandomi su due casi molto discussi: i criteri di accesso alle terapie intensive e la giustificazione delle politiche vaccinali.

²⁴ R. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, pp. 9 ss.

²⁵ In SV, 314, n. 8.



4. Come riescono i ricci a regolare l'accesso alla terapia intensiva?

Prima di affrontare il tema dell'accesso ai posti in terapia intensiva, è necessario fare un passo indietro e analizzare come la dottrina di Dworkin risolve il problema dei livelli di assistenza sanitaria.

Purtroppo per i ricci, Dworkin non si pone il problema delle politiche di accesso a risorse sanitarie in casi di estrema scarsità. In questi casi non c'è tempo per aumentare la quantità delle risorse: chi accede si salva, chi non accede muore. Naturalmente di questo non si può fare una colpa alla teoria di Dworkin, ma certamente, se si dimostrasse che la sua teoria non offre alcun modello di soluzione del problema, allora anche la sua dottrina sarebbe ugualmente soggetta a una critica da lui posta al *principle of rescue*, prima citato:

the principle [of rescue] has no second best or fallback level of advice: it simply is silent. That is worse than unhelpful, because it encourages the idea that justice has nothing to say about how much a society should spend on health care, as against other goods, like education or controlling crime or material prosperity or the arts. (SV, 310)

Il modello dell'asta è forse più preciso? Certamente sì, in quanto comunque imporrebbe una spesa inferiore rispetto al mandato di spendere tutta l'assicurazione in cure sanitarie (piuttosto che per altri beni pubblici, come l'arte o la sicurezza), renderebbe responsabili i cittadini e permetterebbe loro di esercitare un controllo circa i livelli di assistenza da richiedere in caso di malattia, interpretata come evento avverso. Questo modello si basa però su una idealizzazione, quella dell'assicurato "prudente" (SV, 313-314) o su "assunti ragionevoli sulle preferenze complessive della comunità riguardo ai rischi e alle assicurazioni" che costituiscono i livelli di assistenza che il governo è tenuto a garantire (GR, 411). Ma in che senso possiamo definire prudente una scelta rispetto all'assicurazione di futuri servizi di assistenza? La domanda sorge in quanto il modello della giustizia dworkiniano riconosce la radicale pluralità di decisioni su come svolgere la vita. Solo la sua dottrina permette di considerare le quote di beni ottenuti tramite la cooperazione sensibili anche alle ambizioni e ai rischi che volontariamente si sono corsi, sfuggendo così all'assurdo di considerare i gruppi come soggetti ultimi della distribuzione, invece che gli individui e le loro scelte (SV, 109-119). Vi sono, come



abbiamo visto, diverse concezioni del mondo e del bene e siamo responsabili di quella che scegliamo. In questo caso, la responsabilità vorrebbe che il livello di premio previsto sia quello mediano. Solo così ciascuno è responsabile delle proprie scelte di vita e ambizioni. Questo potrebbe far sorgere la domanda se sia possibile che il livello mediano di assicurazione per le malattie possa essere estremamente basso. Se lo fosse allora il rilievo per l'attenzione per la dignità altrui verrebbe vanificato. Questa circostanza è presa in considerazione da Dworkin che assume due condizioni:

1) che nel momento di scegliere gli assicurandi abbiano un reddito uguale alla media del reddito nazionale (quindi non ci sarebbe alcuna differenza di reddito);

2) che le compagnie assicuratrici non abbiano alcuna informazione sulle probabilità di ciascun assicurato di sviluppare una certa malattia (SV, 311-313).

Se si rispettano queste condizioni ideali allora:

justice would not require providing health care for anyone that he or his family had not purchased. These claims follow directly from an extremely appealing assumption: that a just distribution is one that well-informed people create for themselves by individual choices, provided that the economic system and the distribution of wealth in the community in which these choices are made are themselves just. (SV, 313)

Ma allora si potrebbe accettare l'idea che ai ricci (dopo che hanno sottoscritto un piano di assicurazione in cui un soggetto prudente non ha ritenuto che fosse coperto alcun ingresso in terapia intensiva, per esempio in seguito all'esplosione di una pandemia) non è doveroso garantire tale ingresso. Già questo potrebbe far risultare difficile pensare che le questioni di salute pubblica possano essere tenute in considerazione come somme di esigenze di prestazioni dovute a un diritto alla salute basato sul meccanismo dell'asta. Questo diritto semplicemente non c'è, perché non è stato contrattato da un "assicurato prudente". Ma per ciò stesso la salute pubblica diventa irrilevante? E non c'è il rischio che si tratti comunque di un'assicurazione sottoscritta da soggetti poco lungimiranti o affetti da *bias* cognitivi? Dworkin sfugge a questa facile critica. Egli ricorda come il meccanismo dell'assicuratore prudente verrebbe messo in pratica attraverso dei processi di consultazione tra soggetti con varie professionalità e varie classi di età. È chiaro che in

F. Biondo, *Ai ricci importa la salute pubblica? La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della pandemia*

Jura Gentium, ISSN 1826-8269, XX, 2023, 1, numerazione pagine provvisoria.



questo caso il rischio di decisioni assicurative poco lungimiranti o affette da pregiudizi, a danno dei gruppi di età più avanzata²⁶, verrebbe ridotto. Inoltre, sarebbe sempre permesso ai cittadini di potere aumentare la copertura assicurativa, ma senza dedurre il costo dalla imposizione fiscale (se così fosse chi sottoscrivesse una polizza più ampia godrebbe di un vantaggio per la propria preferenza per la salute, rispetto alle preferenze degli altri cittadini²⁷). (SV, 318).

Rimangono però due questioni aperte, che dimostrano quanto difficile sia davvero ridurre la questione etica della rilevanza della salute pubblica rispetto alla tutela dei diritti anche se si segue il modello dell'asta, che nelle intenzioni di Dworkin permette a ciascuno di essere ugualmente protetto dai rischi da "cattiva sorte".

In primo luogo, quali sono le preferenze da tenere in conto: quelle del cittadino che si assicura, tramite le tasse (tenendo conto poi della sua legittima ignoranza in materia medica e di epidemiologia), o quelle del medico, epidemiologo, che studia a quali livelli di assistenza corrisponde il premio che il cittadino deve versare? Mentre il personale sanitario mira ad assicurare livelli massimi di salute pubblica, in quanto il suo dovere è minimizzare le morti, il cittadino può legittimamente ritenere che è disposto a rinunciare a tali livelli, che è pronto ad accettare un certo numero di morti evitabili, pur di mantenere i premi bassi. Questa situazione è naturalmente immaginaria, ma la struttura dell'argomento è analoga alle questioni di *policy* che abbiamo visto durante la pandemia. Se chiudiamo tutto e minimizziamo il numero di morti, l'economia va a rotoli. Se ci

²⁶ Sul tema delle possibili discriminazioni nei confronti di gruppi vulnerabili si rinvia a T. Gutmann, "Tragic choices. Criteria for 'triage' of Covid-19 patients in need for intensive care", *Ordines*, (2021), <http://www.ordines.it/tragic-choices-criteria-for-triage-of-covid-19-patients-in-need-for-intensive-care/>; J. Habermas, *Proteggere la vita. I diritti fondamentali alla prova della pandemia*, Con un'introduzione di G. Zagrebelsky, Bologna, Il Mulino, 2022; J. Rueda, "Ageism in the COVID-19 pandemic: age-based discrimination in triage decisions and beyond", *History and Philosophy of the Life Sciences*, 43 (2021), 91, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8276843/pdf/40656_2021_Article_441.pdf

²⁷ Da un punto di vista "neutrale" rispetto al valore del contenuto delle nostre preferenze questa è una posizione giustificata. È chiaro però che in situazioni di stress del sistema sanitario o con una popolazione molto anziana, il legislatore potrebbe essere giustificato nel dare vantaggi fiscali alla sottoscrizione di polizze sanitarie.



affidiamo al buon senso della popolazione, aumentiamo il numero dei morti²⁸. Cosa avrebbe fatto l'assicurato prudente? È evidente che il riccio ha qualche problema, in quanto, contrariamente a quanto affermato da Dworkin, l'assicurato prudente non risponde ad una sola esigenza (anzi non è neppure un soggetto solo) e non è chiaro come il riferimento alla deliberazione pubblica possa risolvere il problema²⁹. In questi casi, sembra che l'eventuale valutazione dei livelli di assistenza non possa che essere oggetto *ex post* del giudizio degli elettori (anche se certe prestazioni possono non essere state garantite nel frattempo). Il modello dell'assicurato prudente, quindi, non è di molta utilità, non risolve il conflitto tra esigenze collettive e diritti individuali, perché semplicemente assume che i soggetti siano già d'accordo su quante risorse versare (e per quanto tempo) per ridurre il numero delle morti evitabili. Quindi, se c'è una difformità di valutazioni individuali, questa sembra soltanto apparente, mentre per via di stipulazione è sempre possibile sapere ciò che deciderebbe un assicurato prudente (non si sa se cittadino o esperto in sanità).

La seconda questione è l'accesso alle terapie intensive. Potremmo accettare il modello di Dworkin?

Qui i problemi sono: 1) se il modello presentato da Dworkin è coerente con i suoi assunti, cioè con l'idea che bisogna trattare le persone con uguale considerazione e

²⁸ I. Hirose (*op. cit.*, p. 13) fa notare comunque che non ci sono modelli astratti che prevedono le conseguenze di una particolare scelta politica in termini di morti. Queste dipendono infatti da variabili come il senso di solidarietà o la storia della comunità, così che in alcuni paesi la popolazione, anche senza misure coercitive, può seguire comportamenti più prudenti per tutelare le fasce più deboli della popolazione. Il punto che ho illustrato quindi indica solo la possibilità, ma non la necessità, che da una scelta di politica sanitaria derivi una certa conseguenza in termini di aumento della mortalità.

²⁹ Questo ritengo sia un punto a favore della teoria di Dworkin: essa tiene conto a livello teorico del problema della trasparenza del processo di scelta, indicando chi decide e come. Si tratta di una questione molto rilevante per l'ambito della giustificazione delle politiche sanitarie, dato che queste devono essere non soltanto legittime ma anche basate su evidenze scientifiche che l'autorità politica naturalmente non ha. Sul punto la letteratura è copiosa. Rimando a L. Del Corona, "La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid 19", *Osservatorio delle fonti*, (2022), <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-la-gestione-dell-emergenza-sanitaria-tra-diritto-e-tecnica/1717-la-fiducia-nella-scienza-alla-prova-dell-emergenza-sanitaria-da-covid-19>; e a R. Faden, J. Bernstein, S. Shebaya, *op. cit.*, p. 82.



rispetto; e 2) se è coerente con l'esigenza di salute pubblica di salvare il maggior numero possibile di persone.

La situazione è ormai nota. Abbiamo una situazione pandemica e un numero di 10 posti in terapia intensiva e 20 candidati. Tra i 20 richiedenti, che hanno tutti pagato il premio assicurativo, ci sono 10 medici e paramedici che lavoravano per ridurre gli effetti letali della malattia, così che, se morissero, diminuirebbe il numero di medici disponibili per curare i probabili nuovi infetti. Vi sono poi 10 ammalati che, secondo la legge, hanno pagato un premio assicurativo maggiorato per avere il posto prenotato per contratto in terapia intensiva. Come distribuiamo le risorse? Se riconosciamo il diritto dei medici e dei paramedici, riconosciamo la circostanza che essi hanno messo in pericolo le loro vite per la salvezza degli altri. Se riconosciamo il diritto di chi ha pagato per prenotare la terapia intensiva, finiamo per ridurre le *chances* di altri malati di entrare in terapia intensiva. Il modello di Dworkin non è di molto aiuto, in quanto la sua proposta di distribuzione delle risorse mediche secondo assicurazione non indica una soluzione per questi casi. Indica soltanto come elaborare negli anni la quantità di spesa sanitaria minima che si può richiedere di finanziare ai cittadini anche sulla base delle loro preferenze, ma non indica, e non potrebbe essere altrimenti dato che in nessuna parte della sua produzione Dworkin si pone il problema del contenimento di malattie infettive e della distribuzione dei costi per la loro eradicazione, come distribuire questa spesa nel caso in cui sorgesse un conflitto tra esigenze di salute pubblica e diritti individuali ad una prestazione. Sembra evidente che in questo caso i ricci devono ancora cercare quella risposta giusta al conflitto tra diritti e tra valori che Dworkin ha promesso. E allora ci si può anche domandare se davvero esiste l'unità del valore o se, più modestamente, la salute pubblica si tuteli comprimendo alcuni diritti individuali. Così che in circostanze "normali", senza cioè una malattia infettiva o altri eventi catastrofici, gli assicurandi possono pure prenotare un posto in terapia intensiva, ma, se il numero dei richiedenti aumenta e se una parte di questi è strumentale ad assicurare il servizio che tutela il bene sanità, allora non è irragionevole limitare i diritti di chi ha prenotato tale posto. Che questa sia una forma di unità del valore sembra dipendere dall'idea che comunque le esigenze collettive primeggiano sulla tutela

F. Biondo, *Ai ricci importa la salute pubblica? La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della pandemia*

Jura Gentium, ISSN 1826-8269, XX, 2023, 1, numerazione pagine provvisoria.



dei diritti individuali, contrariamente a quello che sembra sostenere Dworkin, che invece afferma che sono i diritti individuali a primeggiare su esigenze collettive.

5. Il riccio deve vaccinarsi?

La disponibilità di vaccini ha diminuito, nei paesi con maggiore copertura vaccinale, la pressione sui reparti. Quindi sembra che la disponibilità di vaccini sia un modo per alleviare la situazione dei ricci. Ma sorge un altro problema. Il modello di dignità di Dworkin può sicuramente giustificare un obbligo vaccinale o altre misure di incentivazione alla vaccinazione, ma, come vedremo, a un prezzo che non è chiaro come Dworkin possa tenere in considerazione, se non per via di stipulazione. Vediamo perché: non solo per Dworkin siamo responsabili del valore della nostra vita, ma dobbiamo anche riconoscere il valore della vita degli altri:

Chiunque abbracci progetti che lo obblighino a ignorare del tutto le sofferenze degli altri o è irrimediabilmente egoista o è un fanatico. In entrambi i casi è privo di rispetto di sé: ciò che egli ritiene sia una vita appropriata non è coerente con il giusto riguardo per l'importanza oggettiva delle vite degli altri, e quindi anche della propria. (GR, 318)

Gli argomenti degli antivaccinisti, no pass, ecc. sono ben noti. Sono evidenti due temi, tra i tanti: una sfiducia nei confronti dei poteri pubblici, che in molti casi diventa un complottismo impermeabile a qualunque argomentazione, e una richiesta di essere riconosciuti come soggetti titolari di diritti uguali rispetto a chi si è sottoposto a vaccinazione³⁰. Mentre è chiaro che Dworkin potrebbe agevolmente rifiutare la seconda posizione, attribuendo ai no vax e no pass una intollerabile attribuzione del rischio alla collettività (ciò che lui chiamerebbe “gusto costoso”), non è chiaro che cosa possa replicare a chi si impunta nel non fidarsi rispetto a interventi sanitari obbligatori, o

³⁰ Si vedano le opere citate di Agamben e Mattei. In ultimo segnalo il pregevole lavoro di D. Velo Dal Brenta, *op. cit.*



condizionanti l'esercizio di altri diritti e preferisce ritirarsi come eremita, dissociarsi dal resto della comunità, esercitare cioè il diritto di *exit*³¹. Ancora una volta la sua dottrina non indica una risposta. Vediamo perché: il modello di interazione tra etica individuale e morale pubblica o politica di Dworkin segue, oltre alla metafora dell'albero, quella della piscina. Ciascuno ha la responsabilità etica verso se stesso di nuotare bene, ma solo dentro le corsie stabilite dalla morale:

L'immagine è utile perché illustra un modo in cui la morale, in politica, deve essere trattata come prioritaria rispetto all'etica: deve essere trattata come prioritaria nella definizione di quali opportunità e risorse le persone hanno giustamente diritto ad avere, e in tale modo nello stabilire quali diritti di libertà esse abbiano. La concezione interpretativa della libertà che stiamo formulando spiega perché tale fatto filosofico non comporti alcuna subordinazione né della morale all'etica, né dell'etica alla morale. Esse cooperano, non competono. (GR, 423)

Ipotizziamo però che, così com'è avvenuto in Italia dal 2021, per entrare in piscina (fuor di metafora: per avere una vita sociale "normale", senza maggiori restrizioni rispetto al periodo pre-pandemico), sia necessario sottoporsi per ragioni di sanità pubblica a un trattamento sanitario, un vaccino, o un test diagnostico a pagamento. E se scegliessimo di non entrare in piscina e di rimanere eremiti? Sarebbe questa una decisione contraria alla dignità come responsabilità verso gli altri? È evidente che in questo caso, per evitare che coloro che non si vaccinano facciano pagare la loro preferenza agli altri cittadini, aumentando i rischi di ammalarsi (e quindi di saturare le unità di terapia intensiva). Si fa pagare un prezzo altissimo a coloro che non si fidano della politica sanitaria del proprio governo e ai quali viene imposto "di non andare più in piscina", almeno per un certo periodo di tempo stabilito per legge. Come risponderebbe Dworkin? I ricci hanno un obbligo *prima facie* di avere fiducia nella propria autorità sanitaria?

³¹ Il dibattito sulla giustificazione delle misure di sanità pubblica infatti verte anche sulle ragioni per ritenere che le istituzioni pubbliche godano di un primato epistemico nel determinare le politiche più efficienti. Cfr. sul punto R. Faden, J. Bernstein, S. Shebaya, *op. cit.*, p. 71.



Dworkin riterrebbe, con ogni probabilità, che l'obbligo vaccinale sia una decisione legittima del legislatore. Ma la riterrebbe la migliore decisione, ossia quella che meglio tutela l'unità dei valori? A mio avviso, non potrebbe considerarla la migliore opzione, in quanto non viene risolto il conflitto tra esigenze della politica sanitaria, volta a tutelare il valore collettivo salute pubblica, ed esigenze legate alla tutela dei diritti individuali. Ipotizziamo che il 99% della popolazione si sia vaccinata; cosa fare con l'un per cento renitente? Gli si permette di accedere alle cure? Se hanno deciso di non vaccinarsi possono pure correre il rischio, ma non avrebbero accesso agli ospedali nel caso in cui si pentissero, da ammalati, e in ogni caso sarebbero soggetti a selettivi confinamenti. Altrimenti è chiaro che verrebbero trattati ingiustamente coloro che hanno seguito le indicazioni delle autorità sanitarie, anche loro infatti avrebbero potuto selettivamente non sottoporsi a vaccinazione.

Tuttavia, si potrebbe replicare che impedire a questi soggetti di accedere alle strutture sanitarie, se ammalati, rende ancora maggiore il rischio di diffusione del contagio. Essere solidali anche con chi non ha voluto accettare da sano un trattamento sanitario ha una ragione collettiva (anche se Dworkin si limita a riconoscere che in condizioni reali, in cui alcuni non hanno cooperato, la giustizia può essere bilanciata con ragioni di "compassione" (GR, 528 n. 13): permette di tutelare più efficacemente un bene pubblico³². Ancora una volta, se il modello dworkiniano assume l'obbligo di assistenza sanitaria e il correlativo dovere di assicurarla a tutti in base all'esigenza di tutelare un bene pubblico, ovvero la salute, allora il suo modello kantiano, basato su un'assicurazione equa, diventa praticamente indistinguibile da un modello solidaristico, in cui vi è un certo obbligo della società di farsi carico delle scelte rischiose di una parte della popolazione e un correlativo dovere dei cittadini di seguire le indicazioni sanitarie³³. È questo obbligo,

³² Questa considerazione di salute pubblica è infatti generalmente accettata quando si dibatte sull'opportunità di garantire cure agli immigrati irregolari. Correttamente si fa notare che, nel caso in cui essi sviluppino malattie infettive per mancanza di cure, il costo verrebbe pagato da tutti i cittadini.

³³ La distinzione di due modi di concepire le prestazioni dello Stato del benessere, o come risultato di una equa assicurazione, o come risultato di un dovere di solidarietà, è presentata da J. Steele, *Risks and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2004.



basato su esigenze di tutela di un bene collettivo, a determinare i contenuti del diritto alla salute, non l'idea che abbiamo una dignità che dobbiamo riconoscere a tutti. L'eremita che non si sottopone a vaccinazione non può pretendere gli stessi diritti degli altri, se non accetta l'idea di essere sottoposto a un dovere di tutela di alcuni beni pubblici (tra cui la salute pubblica). La tutela dei diritti non viene prima della tutela di alcuni beni pubblici. Anzi, la tutela dei beni pubblici giustifica la restrizione di molti diritti.

6. Diritti individuali, obbligo politico e bene pubblico. Davvero non c'è conflitto?

Si potrebbe replicare a quanto argomentato che in *Giustizia per i ricci* c'è almeno un punto in cui si fa riferimento al problema dei beni pubblici e lo si fa espressamente citando il caso della salute pubblica:

Alcune risorse devono inevitabilmente essere possedute come beni pubblici, e altre dovrebbero essere sotto il controllo pubblico per proteggerci contro le esternalità che distorcono la metrica dei costi-opportunità. Una qualche regolamentazione rigida è necessaria per la stessa ragione – i controlli sull'inquinamento, per esempio – e alcuni programmi pubblici, come un sistema sanitario, sono necessari in quanto sono le forme di redistribuzione più efficienti in vista dell'equità. (GR, 427)

Ora, se i beni pubblici sono risorse a cui abbiamo diritto moralmente, allora perché non potremmo scambiarle in cambio di altri beni, pubblici o privati? Forse non possiamo farlo, perché avremmo problemi di esternalità o, peggio, non assicurerebbero un livello sufficiente di bene pubblico, come riconosce Dworkin. Ma allora è sempre possibile un conflitto tra diritti individuali e bene pubblico, e questo è contrario all'idea che vi sia una unità dei valori nell'argomentazione morale. Dworkin sembra affermare, giusto prima della citazione, che alla fine non c'è conflitto perché l'idea del bene pubblico, e la relativa riduzione delle esternalità, fa parte della cultura politica che giustifica il contenuto del "fascio" (*bundle*) dei diritti:

F. Biondo, *Ai ricci importa la salute pubblica? La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della pandemia*
Jura Gentium, ISSN 1826-8269, XX, 2023, 1, numerazione pagine provvisoria.



Ciò che dovrebbe contenere tale fascio di diritti, non è, comunque, una questione indipendente che pertiene esclusivamente a un'analisi della libertà. Quale sia il fascio di diritti giusto ovviamente dipende anche dal resto della moralità politica. Tutto quello che possiamo dire qui è che la libertà di una persona include il diritto di usare la proprietà che è giustamente sua, eccetto nei modi che il suo governo può legittimamente limitare. (GR, 427)

Quindi, la cultura politica ammette che l'esercizio di un diritto possa essere limitato in virtù delle sue esternalità. E la tutela della salute pubblica è un bene pubblico che limita le nostre libertà. Non è semplicemente un concetto cui si ricollegano tutte le pretese codificate come "singoli diritti a prestazioni sanitarie".

Un riccio potrebbe domandarsi: "ma allora il bene pubblico è superiore ai diritti individuali, visti come limiti all'azione del governo?". Il riferimento alla "cultura politica" non sembra risolvere possibili conflitti tra diritti e tutela dei beni pubblici, se non per via di una stipulazione. Una stipulazione che recita: "i diritti individuali sono garantiti rispetto a esigenze pubbliche, a meno che non si tratti di tutela di beni pubblici (che non sono determinabili *ex ante*, ma solo sulla base delle procedure legali vigenti secondo esigenze supportate da evidenze scientifiche)".

E se non mi fido delle capacità di tutela dello Stato del quale faccio parte? Se ritengo che non sono obbligato a sottopormi al rischio di soffrire conseguenze avverse in seguito alla inoculazione di un vaccino? E, ritornando alla questione del meccanismo dell'asta per gli eventi avversi, se dopo avere stipulato un contratto di assicurazione che mi garantisce un posto in terapia intensiva, tale contratto viene sospeso in caso di pandemia, per assicurare che rimangano disponibili più posti possibile?

Dworkin potrebbe replicare che il riccio che non si fida, e segretamente si sottrae all'obbligo, o che chiede di avere a sua disposizione dei posti in terapia intensiva in ogni situazione, anche pandemica, non riconosce il valore della *political obligation*:

Ci ritroviamo in associazioni di cui abbiamo bisogno e che non possiamo evitare, ma i cui fattori di vulnerabilità sono compatibili con il nostro rispetto per noi stessi solo se sono reciproci- solo se comportano per ciascuno la responsabilità, almeno in via di principio, di

F. Biondo, *Ai ricci importa la salute pubblica? La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della pandemia*

Jura Gentium, ISSN 1826-8269, XX, 2023, 1, numerazione pagine provvisoria.



accettare le decisioni collettive come obblighi. Se non avessimo tale obbligo, e supponessimo di essere moralmente liberi di non tenere conto di quelle decisioni ogni volta che lo desideriamo e possiamo farlo senza conseguenze, allora dovremmo concedere una libertà morale analoga a chiunque altro nella comunità (GR, 366).

Quindi, se il riccio si domanda perché obbedire a una norma che gli sembra imponga una limitazione moralmente sbagliata dei propri diritti, al fine di garantire la tutela di un bene pubblico, allora dovrà riconoscere che comunque in questo caso vige un obbligo di cooperazione, di *fair play*, di reciprocità rispetto a quanto in buona fede richiedono gli altri consociati. Se ottieni i benefici di un insieme di leggi che ti garantiscono una serie di diritti, allora non puoi selettivamente sottrarti al rispetto di singole norme che ritieni violino *alcuni* di questi diritti.

Ma questo non sembra salvare la pretesa di Dworkin di offrire una sintesi degli argomenti sulla base di una unità dei valori, almeno nel caso di un conflitto tra tutela dei diritti e tutela del bene salute pubblica. Alla fine, possiamo pure avere delle norme che sono legittime e che riconoscono a ciascuno una serie di reciproche obbligazioni, ma che non tutelano il bene salute pubblica, in quanto permettono un considerevole aumento della mortalità rispetto a politiche alternative. Per spiegarlo inserisco un cambio di scenario. Il riccio non è più solo, anzi la maggioranza è con lui. Non vi è alcun obbligo vaccinale e rimane impregiudicato l'accesso ai servizi sanitari, senza però un aumento dei posti in terapia intensiva, se non per quelli che hanno un'assicurazione privata che permette di prenotare comunque un posto in terapia intensiva. Una misura che offre gratuitamente il vaccino senza alcuna imposizione legale, anche con un sistema sanitario pubblico, potrebbe portare a esiti molto peggiori in termini di morti evitabili e di mancata eradicazione della malattia, rispetto a un sistema che preveda una serie di obblighi vaccinali. Il sistema cioè sarebbe molto inefficiente, in termini di aumento di morti evitabili, rispetto ad una legge che imponga il vaccino. Eppure, nessun diritto verrebbe ridotto in modo ingiusto, in quanto il sistema sanitario potrebbe continuare a funzionare per garantire tutte le altre prestazioni. Le scelte sarebbero fatte secondo le procedure legali

F. Biondo, *Ai ricci importa la salute pubblica? La teoria dei diritti di Dworkin, i beni pubblici e le sfide della pandemia*

Jura Gentium, ISSN 1826-8269, XX, 2023, 1, numerazione pagine provvisoria.



corrette e si continuerebbe a tutelare il primato dei diritti individuali rispetto alle esigenze di sanità pubblica³⁴.

7. Se la “giustizia per i ricci” è incerta, a noi cosa importa?

È difficile, per le ragioni esposte, condividere l’ottimismo di Dworkin secondo il quale è sempre possibile per via interpretativa arrivare a una decisione moralmente corretta che mantenga unitario l’albero della normatività. Ma questo cosa importa a un teorico del diritto sensibile all’idea che comunque l’interpretazione del diritto sia anche un’attività di argomentazione morale, nel caso in cui il diritto sia indeterminato (e quindi nella stragrande maggioranza dei casi)?

Moltissimo, credo, almeno quando si tratta di dibattere della possibilità di scegliere e valutare i rimedi per le sfide della pandemia. I due casi che ho presentato, quello dell’accesso alle unità di terapia intensiva e quello della scelta della migliore politica di vaccinazione, sono citati con la precisa intenzione di chiarire come la necessità, anche positivamente stabilita (si veda il testo del secondo comma dell’art. 32 della Costituzione italiana), di tutelare dei beni pubblici porta necessariamente alla compressione dei diritti individuali e quindi a dovere bilanciare esigenze collettive e individuali in conflitto. E questo non è il risultato di un insufficiente esercizio di interpretazione, o di un’inefficace argomentazione morale, come potremmo pensare seguendo la teoria di Dworkin, ma è la spia di un conflitto ineliminabile tra esigenze individuali ed esigenze collettive, tra tutele di diritti individuali, anche di prestazione, e la natura fragile dei beni pubblici. In questo caso, la sotto-determinazione del diritto rispetto a una morale ideale non è risolvibile attraverso un’argomentazione morale vista come un “esercizio di interpretazione”, come crede Dworkin, ma anzi ne è lo specchio e forse anche il rimedio. È auspicabile, infatti,

³⁴ Naturalmente dovrebbero essere garantite elezioni periodiche per eventualmente “sanzionare politicamente” il decisore che preferisce una politica di tutela maggiore dei diritti individuali di libertà rispetto a politiche più restrittive.



che un diritto efficace, che riesce ad imporre un obbligo, ma non perfetto moralmente, possa produrre più benefici in termini di beni pubblici di una morale ideale (ma non efficace), che non modifica comportamenti che provocano esternalità negative, come la diffusione di una malattia infettiva. Lo stato di cose in cui, in caso di pandemia, il numero dei morti è minore, senza che ci si metta d'accordo se ci siano, in astratto, altre soluzioni meno limitative della tutela dei diritti individuali, potrebbe essere considerato migliore di una situazione in cui i morti sono tanti, ma viene garantita quella unità dei valori di cui parla Dworkin, in quanto nessun diritto individuale è stato compresso, come nel caso dell'assicurato che ha diritto comunque al suo posto in terapia intensiva, o dell'eremita che sceglie di uscire dalla comunità politica³⁵. E comunque, neppure la nozione di obbligo politico sembra realizzare la tutela di un bene pubblico, in quanto potremmo pure scegliere, collettivamente, di non avere alcun obbligo di vaccinarci e quindi lasciare che vi sia un numero enorme di morti evitabili. L'unità del valore è ancora da dimostrare, nonostante l'importante opera di Dworkin.

Francesco Biondo
Università degli Studi di Palermo
francesco.biondo@unipa.it

³⁵ Si potrebbe dire che in situazioni di pandemia è meglio puntare a un “incomplete theorized agreement”, piuttosto che fornire una *grand theory* che può dividere gli attori. Sul tema cfr. C. Sunstein, *Legal Theory and political conflict*, Harvard, Harvard University Press, 2000. Ma non mi soffermo qui sul punto.