

Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica Italiana

* * *

Osservazioni al Disegno di Legge 2463 di Conversione del Decreto Legge 26 novembre 2021 n. 172

di Manuela Lugli

(Avvocato del Foro di Modena)

Ringrazio la Commissione ed il suo Presidente per l'invito ad inviare un contributo scritto nella fase di conversione del decreto legge in oggetto.

I punti di riflessione ed approfondimento sui quali soffermarsi sarebbero molteplici e di grande importanza, tuttavia dato il poco tempo a disposizione mi limiterò ad alcune riflessioni sull'art. 1, con il quale è stato introdotto l'art. 3 *ter* e sostituito l'art. 4 del decreto legge n. 44/21, convertito con modificazioni nella legge n. 76/2021.

1. Secondo la originaria scrittura dell'art. 4, la competenza in merito all'accertamento degli obblighi vaccinali era demandato alle aziende sanitarie locali, mentre agli Ordini professionali era riservato il compito di "comunicare" agli iscritti l'avvenuta sospensione, in caso di mancato rispetto dell'obbligo vaccinale. Gli Ordini professionali in realtà non si limitavano a comunicare la sospensione, ma si facevano carico della iscrizione nell'albo della suddetta sospensione, senza che la legge avesse conferito loro tale specifico potere.

La norma era dunque sul punto contraddittoria e lacunosa.

La novella ha corretto l'aporia, demandando agli Ordini professionali di appartenenza l'iter volto ad accertare se gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario abbiano o meno assolto all'obbligo vaccinale o se siano legittimati al differimento o all'omissione.

Recita il comma 3 dell'art. 4, così come modificato dall'art. 1 del decreto legge n. 172/21: *Gli Ordini degli esercenti le professioni sanitarie, per il tramite delle rispettive Federazioni nazionali (...) eseguono immediatamente la verifica automatizzata del possesso delle certificazioni verdi COVID -19 comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione anti SARS-CoV-2*".

Qualora non risulti l'effettuazione della vaccinazione, comprensiva della dose di richiamo (art. 3 *ter*) l'Ordine professionale territorialmente competente invita l'interessato a produrre entro 5 giorni dalla richiesta:

- la documentazione comprovante la vaccinazione,

oppure

- l'attestazione comprovante l'omissione o il differimento della vaccinazione ,

oppure

- la richiesta della vaccinazione, con appuntamento entro i 20 giorni e onere di darne comunicazione, a vaccinazione eseguita, entro i successivi tre giorni.

Un iter, dunque, relativamente celere basato sulla verifica di elementi oggettivi e documentali.

Il comma 4, del medesimo articolo chiarisce che l'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale è adottato da parte dell'Ordine territorialmente competente all'esito delle verifiche di cui al comma 3 e ha natura dichiarativa, vale a dire di accertamento costitutivo adottato, appunto, in forza della sussistenza dei requisiti e presupposti previsti dalla legge. Non è, quindi, di natura disciplinare.

Per cui l'Ordine deve accertare se l'iscritto si è sottoposto a vaccinazione (e dal 15 dicembre 2021 anche alla dose *booster*); se ha prenotato la vaccinazione e, come terza ipotesi, se dalla vaccinazione è stato esentato o la medesima è stata differita, per i motivi di cui al comma 2, vale a dire "(...) *accertato pericolo per la salute , in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale (..)*"

Detta disposizione non è stata modificata , se non per un riferimento alle circolari del Ministero della salute, di cui si dirà in seguito.

L'esenzione per accertato pericolo per la salute, costituisce una questione molto delicata per il coinvolgimento di diritti personali inviolabili e costituzionalmente garantiti.

Il tema dell'obbligo vaccinale non è nuovo al nostro ordinamento (cfr. il D.L. 7 giugno 2017 n. 73, convertito con modificazioni nella L. 31 luglio 2017 n. 119), sebbene certamente lo è riguardo ad un vaccino sottoposto ad autorizzazione condizionata e con caratteristiche tali da non poter essere immunizzante (cfr. audizione del prof. Donzelli avanti a questa Commissione sul d.l. 127/21).

L'obbligo vaccinale è stato vagliato anche sotto il profilo costituzionale, in quanto interessa valori costituzionalmente garantiti, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e il diritto alla solidarietà sociale (art. 2 Cost.).

La Corte Costituzionale con sentenza n. 307 del 22.06.1990, ha precisato che “la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l’articolo 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”.

Ed ancora la Corte Costituzionale, con sentenza n. 218 del 02.06.1994, ha stabilito che la tutela della salute implica anche il “dovere dell’individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell’eguale protezione del coesistente diritto degli altri”.

Tuttavia, **in nessun caso può essere imposto (reso obbligatorio) un trattamento sanitario che incida negativamente in modo rilevante sullo stato di salute di colui che ad esso è assoggettato.**

In nessun caso, quindi, la vaccinazione può costituire obbligo se c’è pericolo per la salute.

La Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi sul punto con riferimento a un danno alla salute conseguente alla vaccinazione antipolio, stabilendo che: *in nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario (...) sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri”*

Principio ancor più vero se applicato al caso attuale di un vaccino non tradizionale, sottoposto ad autorizzazione condizionata, i cui affetti avversi a medio e lungo periodo non sono noti, mentre sono sempre più numerose le registrazioni di eventi avversi, anche purtroppo letali, con riferimento a patologie trombotiche e cardiovascolari.

La figura individuata dal legislatore per l'accertamento delle situazioni cliniche ostative della vaccinazione, vale a dire accertare le condizioni cliniche specifiche del soggetto che fa domanda di esenzione per motivi di salute, è il medico di medicina generale (comma 2 art.4), questi deve operare la valutazione sulla base della

documentazione clinica fornita, sulla propria scienza medica, applicando il principio di precauzione e l'obbligo di non nuocere, impostogli dal giuramento di Ippocrate. Per cui, considerati i doveri del medico le circolari ministeriali possono fornire esclusivamente delle linee guida, senza mai poter incidere sui diritti personali del paziente, ad un attento e scrupoloso esame del proprio caso.

E', quindi , certamente non corretta ed inopportuna l'introduzione nel comma 2 dell'inciso: "*nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-Cov-2*". In primo luogo occorre osservare che le circolari non hanno forza di legge , ma costituiscono atti interni organizzativi, per cui mai potrebbero costituire presupposto di provvedimenti lesivi dei diritti dei cittadini.

In altre parole attraverso una circolare ministeriale non si può in alcun modo violare il diritto della persona da un esame oggettivo e scientifico della propria situazione clinica ai fini di determinare se sussista o meno il pericolo alla salute in caso di vaccinazione.

Si è invece osservata dall'entrata in vigore del decreto legge 44/21 ad oggi una insidiosa prassi posta in essere dalle aziende sanitarie locali nel (non) valorizzare questo fondamentale accertamento, escludendo ogni forma di contraddittorio e, sulla scorta di tali circolari, dare luogo al sistematico rigetto delle richieste di esenzione per patologie gravi, in quanto patologie non presenti nello scarno elenco contenuto nella circolare ministeriale (da ultimo si veda 4/8/2021 n. 35309).

Sebbene nella circolare appena citata venga specificato che: "*In relazione alle condizioni mediche che possono comportare più frequentemente un differimento o una mancata vaccinazione , si riportano le principali condizioni o situazioni che possono rappresentare o meno una controindicazione e precauzione alla vaccinazione anti- SARS - CoV-2.*

Data la complessità dell'argomento trattato, le condizioni riportate non sono esaustive (...)."

L'effetto conseguente di tale prassi è stato la sospensione dei sanitari non vaccinati seppure in condizioni cliniche ostative, salvo poi lasciare ai medesimi l'onere, i costi e l'incertezza sul giudice a cui rivolgersi (si veda, a titolo di esempio, il contrasto giurisdizionale tra il TAR della Liguria - sentenza n. 553/2021 - e il TAR del Friuli Venezia Giulia - sentenza n. 251/2021) dell' accertamento in sede giudiziale dei propri diritti.

In un simile quadro non si può certo parlare di "spinta gentile " (cfr. H.Thaler e Cass. R. Sustein, Nudge. La spinta gentile) alla vaccinazione, ma di una vera e propria coercizione, con effetti gravissimi, là dove esigenze

di vita inducessero il sanitario a sottoporsi, nonostante la patologia pericolosa, alla vaccinazione e da ciò ne derivassero effetti avversi.

Il richiamo nel comma 2 dell'art. 4 alle circolari ministeriali è fuorviante ed inopportuno anche per un altro ordine di ragione. In medico di medicina generale che non accerta l'esenzione alla vaccinazione, in presenza di una determinata situazione clinica documentata, non va esente da responsabilità nel caso in cui il soggetto non ottenuta l'esenzione alla vaccinazione si vaccini e subisca gravi effetti avversi. Tali situazioni esulano dallo scudo penale e soprattutto dall'obbligo di risarcire il danno.

2. Appare inoltre illogica ed incongruente la mancata previsione, tra le situazioni di esenzione dalla vaccinazione, dell'acquisita immunità naturale conseguente alla guarigione dalla malattia provocata dal virus SARS CoV-2.

L'esclusione non ha giustificazione scientifica, in quanto studi recenti hanno dimostrato che i guariti acquisiscono un'immunità naturale ben superiore di quella da vaccino, né giuridica. I guariti accedono al green pass rafforzato. Da qui il paradosso: l'obbligato alla vaccinazione, non vaccinato ma guarito dalla malattia può accedere a tutti quei servizi per i quali è prevista la maggior cautela per il pericolo di diffusione del virus, ma non può esercitare la propria professione o attività lavorativa!

3. Il primo periodo del primo comma dell'art. 4 del decreto legge n. 44/2021, convertito con modificazioni nella legge n. 76/2021, statuiva che :*" In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020 n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021 .*

Detto primo periodo è stato depennato, infatti la riscrittura della norma (art.1 decreto legge n. 172/2021) inizia con *"Al fine di tutelare....,*

E coerentemente alla modifica è stato eliminato il comma 9 dell'art. 4 decreto legge 44/21, convertito con modificazioni nella legge n. 76/21, che statuiva: *"La sospensione di cui al comma 6 mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e, comunque non oltre il 31 dicembre 2021."*

Il comma 5 della riscrittura dell'art. 4 dispone: *"La sospensione di cui al comma 4 è efficace fino alla comunicazione da parte dell'interessato all'Ordine territoriale competente e, per il personale che abbia un*

rapporto di lavoro dipendente , anche al datore di lavoro, del completamento del ciclo vaccinale primario e, per i professionisti che hanno completato il ciclo vaccinale primario, della somministrazione della dose di richiamo e comunque non oltre il termine di sei mesi a decorrere dal 15 dicembre 2021(...)

La norma tuttavia non chiarisce se il nuovo termine riguardi tutte le sospensioni, o solo quelle disposte successivamente al 15 dicembre 2021, in forza del nuovo iter a cura degli Ordini professionali.

Se il nuovo termine (15 giugno 2022) dovesse essere applicato a tutti i sanitari, compresi quelli già sospesi alla data di entrata in vigore del decreto legge 172/21, si tratterebbe, per questi soggetti, di una reiterazione del termine e la norma sarebbe assolutamente illegittima, in quanto la reiterazione di un termine comporta indeterminatezza dello stesso.

A tale proposito giova ricordare che il Tar del Friuli Venezia Giulia, chiamato a decidere sul ricorso di un sanitario sospeso , in merito al bilanciamento del diritto all'autodeterminazione e i doveri solidaristici , imposti a ciascuno per il bene della comunità, nella sentenza n. 251/2021 ha così statuito:"Dal punto di vista della proporzionalità, si evidenzia che l'art. 4 del d.l. 44 del 2021 prevede comunque un meccanismo di esenzione dall'obbligo vaccinale, per i casi di *"accertato pericolo per la salute , in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate , attestate dal medico di medicina generale "* che la sospensione , anche nelle ipotesi ingiustificato inadempimento, ha natura temporanea, estendendosi "fino al compimento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. **Le conseguenze negative derivanti dall'inadempimento dell'obbligo vaccinale , dunque , sono scongiurate in caso di accertata impossibilità di sottoporsi al vaccino e, in ogni caso, temporalmente predeterminate.**"

E', quindi molto importante, per il bilanciamento di opposti diritti, la conoscenza, al momento dell'autodeterminazione. della durata del periodo di sospensione da parte dell'obbligato ad un dato comportamento.

4. Conclusioni

In forza delle osservazioni svolte parrebbe opportuno valutare:

a) la soppressione dell'inciso *"nel rispetto delle circolari del ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS- CoV-2"* , contenuto nel comma 2 dell'art. 4 , così come modificato dal decreto legge n. 172/21 in corso di conversione;

b) la previsione della guarigione dalla malattia, tra le ipotesi di esenzione dalla vaccinazione per i soggetti obbligati;

c) la cessazione al 31.12.2021 di tutte le sospensioni disposte con accertamento da parte delle aziende sanitarie locali e iscritte da parte degli Ordini professionali.