

## Un manifesto giudiziario no vax?

di Guido Corso

1. L'obbligo di sottoporsi a vaccinazione anti Covid per *“gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario”* (art. 4 d.l. n. 44/2021) è stato contestato, per asserto contrasto con la Costituzione, con la normativa europea e con i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117 co. 1 Cost.); prima davanti al Consiglio di Stato e poi davanti al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Respinte con ampia pronuncia dalla III sezione del Consiglio di Stato (n. 7045/2021 del 20 ottobre 2021), le censure vengono riproposte, in modo meno articolato, davanti al C.G.A., in sede di appello cautelare. Rilevando che la situazione sanitaria è mutata sia per la diffusione della variante Omicron, sia per la prevista reiterazione di somministrazioni del vaccino in tempi ravvicinati, un fatto il primo, e una prescrizione la seconda, sui quali la comunità scientifica *“non pare aver raggiunto una conclusione unanime”*, il Consiglio ritiene che i dubbi di costituzionalità non possono considerarsi fugati dalla pronuncia della III Sezione di tre mesi prima: anche perché nella nuova controversia vengono sollevati anche profili nuovi *“con specifico riferimento alla contestata validità e sufficienza del sistema di farmacovigilanza”* e alla *“compatibilità dell’obbligo vaccinale con il diritto eurounitario”*, specie con riferimento al profilo del consenso informato (par. 8.2).

Mentre l'appellante indica come criteri di valutazione dell'art. 4 del d.l. l'art. 117 (mancato rispetto del Trattato di Norimberga) e l'art. 3 Cost. (par. 2), il Consiglio di Giustizia tira in ballo l'art. 32 Cost., passando in rassegna la copiosa giurisprudenza costituzionale che si è formata su di esso (par. 8.3); e richiama anche la Risoluzione del Consiglio d'Europa 2361/2021 sulla vaccinazione Covid (par. 8.4).

Con l'ordinanza non viene sollevata immediatamente la questione di legittimità costituzionale. Il Consiglio ordina una articolata istruttoria, per *“verificare se l’obbligo vaccinale per il Covid 19 soddisfi le condizioni dettate dalla Corte Costituzionale in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria”*. Un'istruttoria al cui esito è subordinata la rimessione della questione alla Corte Costituzionale (par. 9 e 9.2): laddove dall'istruttoria non risultino *“soddisfatte le condizioni dettate dalla Corte”*, *“questo giudice (...) dovrebbe sollevare l’incidente di costituzionalità”*.

2. Il ricorrente, stando all'ordinanza, avrebbe denunciato la violazione del Trattato di Norimberga. Ma un Trattato di Norimberga non esiste. Esiste un codice di Norimberga, un codice etico, elaborato da due scienziati americani

A.C. Ivy e L. Alexander, in concomitanza col processo a carico dei medici nazisti tenutosi a Norimberga nel 1947. Un codice sulla sperimentazione medica volto a controbattere l'argomento difensivo degli imputati secondo cui nelle carceri americane sarebbero stati compiuti esperimenti medici non dissimili da quelli compiuti dai medici imputati. Secondo il codice, la persona coinvolta nella sperimentazione deve avere la capacità legale di dare il consenso, senza essere soggetto a frode, inganno o costrizione; e nello stesso tempo avere sufficiente conoscenza e comprensione dell'argomento in modo da prendere una decisione consapevole. È la prima formulazione del principio del consenso informato che poi sarebbe stato accolto dalla legislazione e dalle norme deontologiche di quasi tutti i paesi.

Non quindi, sul piano giuridico, qualcosa riconducibile ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Non diverso è il discorso che riguarda l'altro paradigma richiamato nell'ordinanza, la risoluzione n. 2361/2021 del Consiglio d'Europa (considerazioni sulle distribuzioni e somministrazione dei vaccini contro il COVID 19) che contiene indicazioni dichiarate non vincolanti. Neppure a questo testo può essere attribuito il rango giuridico primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così che esso non può essere invocato come criterio di legittimità costituzionale.

3. Quali sono le condizioni che consentono al legislatore di imporre un trattamento sanitario la Corte Costituzionale lo ha precisato sin dalla prima sentenza importante intervenuta sulla questione (n. 307/1990).

Sono tre queste condizioni:

- che il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri (*“l'interesse della collettività”*, art. 32 co. 1);
- che il trattamento non pregiudichi la salute di colui che vi è assoggettato, *“salvo che per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiono normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili”*;
- che, ove un danno serio in concreto si produce, lo Stato sia tenuto ad un equo ristoro, sia in ragione del doveroso bilanciamento tra le due dimensioni del valore della salute (individuale e collettiva) sia per *“lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario”*.

4. Che la contestata disposizione dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 sia in linea con i superiori principi, e quindi pienamente compatibile con l'art. 32 co. 2 Cost. la III Sezione del Consiglio di Stato lo ha dimostrato ampiamente con la ricordata sentenza n. 7045/2021.

Il C.G.A. ritiene, tuttavia, che la questione meriti di essere riconsiderata sia alla luce della variante Omicron, (rispetto alla quale i vaccini in uso non risultano “aggiornati”) sia in considerazione della prescritta reiterazione di somministrazioni in tempi ravvicinati – temi sui quali non c’è una unanimità nella comunità scientifica: sicché potrebbe sorgere il dubbio che l’obbligo di vaccinazione assicuri effettivamente “*lo stato di salute degli altri*”, oltre che del vaccinato, mentre la tendenziale periodicità della vaccinazione solleva una questione di proporzionalità della misura. Dubbi che l’istruttoria è chiamata a chiarire.

All’istruttore (un collegio formato dal segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del C.S.S. e dal Direttore generale della Prevenzione sanitaria) vengono posti quattro quesiti, ciascuno dei quali si articola in sottoquesiti. Sicché le domande a cui l’istruttore dovrà dare risposta sono almeno diciassette:

- come vengono valutati i rischi e i benefici del piano vaccinale, sul piano generale;
- come vengono valutati rischi e benefici dal medico vaccinatore, sul piano individuale, quindi sulla base dell’anamnesi prevaccinale;
- se vengono consigliati all’utenza test prevaccinali;
- se vi siano studi e c.d. evidenze scientifiche sulla vaccinazione di soggetti già contagiati dal virus;
- se sono state impartite direttive ai medici di base perché contattino i propri assistiti ai quali suggerire, eventualmente, test prevaccinali;
- se i medici di base vengono informati dell’avvenuta vaccinazione spontanea di un proprio assistito;
- come viene raccolto il consenso informato;
- quale documentazione è offerta all’utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato;
- se l’obbligo di sottoscrizione persista anche in regime di vaccinazione obbligatoria;
- se venga monitorato l’eventuale pericolo per la salute pubblica a causa di effetti avversi che consigli la sospensione dell’obbligo di vaccinazione;
- che siano indicati il numero dei vaccinati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti il numero dei bi- e tri – vaccinati, il numero dei ricoveri e dei decessi dei vaccinati contagiati, il confronto di detti dati con quello dei non vaccinati);
- che siano forniti i dati sui rischi ed eventi avversi acquisiti nel corso della campagna di vaccinazione, indicati i criteri per la raccolta dei dati sull’efficacia dei vincoli e sugli eventi avversi; chiariti i criteri di raccolta ed elaborazione dei dati in ambito nazionale e sovranazionale; fonti e informazioni sull’efficacia dei vaccini in relazione alle varianti del virus;
- come viene effettuata la sorveglianza post-vaccinale e sulle reazioni avverse (sorveglianza attiva e segnalazione passiva, da parte del medico che sospetti reazioni avverse);

- se ai medici di base sia stato richiesto di comunicare gli eventi avversi che hanno colpito i vaccinati;
- quale sia la portata dell'obbligo di comunicazione predetto;
- se tale comunicazione sia rimessa alla discrezione del medico di base;
- come i medici di base accedono alla piattaforma per le superiori segnalazioni.

Alcuni dei quesiti meritano un commento.

Viene chiesto al verificatore, ad esempio, di dare indicazioni sulle “*modalità di raccolta del consenso informato*”, sulla documentazione offerta alla utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato, e di fornire “*chiarimenti circa il perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso informato anche in situazioni di obbligatorietà vaccinale*”.

È evidente che per coloro (personale sanitario) ai quali viene imposto un obbligo di vaccinazione non trova applicazione il requisito del consenso informato. L'informazione presuppone che il paziente, sulla base di essa, possa negare il consenso: mentre un trattamento sanitario obbligatorio prescinde per definizione dal consenso che presuppone una situazione di libertà, in cui il consenso può essere prestato ma può essere negato. Il principio consensuale non opera in presenza di un obbligo.

Una serie di quesiti riguardano i rischi che il verificatore deve valutare: un bilancio rischi/benefici “*a livello generale, sul piano vaccinale*”; quali siano le evidenze scientifiche circa l'opportunità della vaccinazione di soggetti già contagiati dal virus; quale sia l'efficacia dei vaccini di fronte alle nuove varianti del virus; che tipo di sorveglianze sia esercitata “*sulle reazioni avverse ai vaccini*”; quanti sono i vaccinati che sono stati egualmente contagiati dal virus, etc. etc.

L'assunto da cui muove il Consiglio sembra essere questo: solo se vi è l'assoluta certezza che il vaccino è efficace in tutti i casi e che la sua somministrazione non è mai nociva l'obbligo di vaccinazione può considerarsi conciliabile con l'art. 32 Cost. Se questa certezza non c'è, il giudizio va sospeso e la questione rimessa alla Corte Costituzionale.

È significativo che siano chiesti “*i dati sul numero dei ricoveri e decessi dei vaccinati contagiati*”, ma non quello, sicuramente più significativo, relativo ai ricoveri e ai decessi dei contagiati non vaccinati.

Un manifesto giudiziario no vax?