

La vaccinazione contro il Covid-19 delle persone incapaci di prestare il loro consenso*

Fabio Cembrani**

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Sull'esigenza di dare al consenso una dimensione soprattutto relazionale. – 3. Le (promettenti) scelte normative per la vaccinazione contro il Covid-19 degli incapaci. – 4. Le indicazioni fornite dalle Società scientifiche per il consenso vaccinale degli incapaci naturali. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT:

Sulla vaccinazione contro il Covid-19 si è sviluppato un ampio dibattito spesso circoscritto, sul piano etico e giuridico, alle rivendicazioni di chi si oppone all'obbligo vaccinale ed a quello della certificazione verde. Questo dibattito ha però spesso trascurato il valore della solidarietà e l'esigenza di dare protezione alle persone più fragili non ancora (i minori) o non più (gli anziani disabili) in grado di autodeterminarsi e di esprimere il loro consenso libero ed informato alla vaccinazione. A loro occorre pensare essendo doveroso farlo alla luce delle promettenti indicazioni fornite dalle norme approvate dal nostro Paese, sintetizzando quanto proposto dalle Società scientifiche (AIP da un lato e SINDem-SIMG-SIN dall'altro) con l'obiettivo di trovare quei punti d'incontro necessari ad affrontare, con matura serietà, i problemi pratici posti dagli incapaci naturali. Anche per integrare le poco felici ed incomplete previsioni della legge n. 219/2017 sul consenso perché gli incapaci naturali rappresentano una fascia non certo trascurabile della nostra popolazione e perché i tempi della giurisdizione non sono sempre sincroni e compatibili con quelli della cura.

A wide debate has developed on vaccination against Covid-19, often limited, on an ethical and legal level, to the claims of those who oppose the vaccination obligation and that of green certification. However, this debate has often overlooked the value of solidarity and the need to give protection to the most fragile people who are not yet (minors) or no longer (disabled elderly people) capable of self-determination and expressing their free and informed consent to vaccination. It is necessary to think of them as it is only right to do so in the light of the promising indications provided by the regulations approved by our country, summarizing the point proposed by the scientific societies (AIP on the one hand and SINDem-SIMG-SIN on the other) with the aim of finding those points of meeting necessary to face, with mature seriousness, the many difficult questions posed by the natural

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Già Direttore U.O. di Medicina legale di Trento, Professore a contratto nell'Università degli Studi di Verona.

incapable. Also to integrate the unfortunate provisions of law no. 219/2017 on the consent of the incapable because the natural incapable represent a not negligible segment of our population and because the timing of the jurisdiction are not always synchronous and compatible with those of the treatment.

1. Introduzione

Sulla vaccinazione contro il Covid-19 è in corso, in Italia, un aspro (e poco dialettico) scontro tra chi è favorevole alla sua obbligatorietà¹ e chi, al contrario, rivendica il diritto alla libertà di scelta con motivazioni di ordine diverso, non sempre ragionevoli² e spesso provenienti da deformazioni preconcepite di ordine ideologico se non addirittura confessionale³. Lo scontro in atto, acuito dalla recente obbligatorietà del *green pass* per l'accesso ai luoghi di lavoro e dalla decisione politica di non pagare il costo dei tamponi ai non vaccinati, è così tra chi difende la dimensione pubblica del diritto alla salute (dovere inderogabile) e chi, per contro, si appella al secondo comma dell'art. 32 Cost. per privilegiare lo spazio riconosciuto alla libertà individuale nonostante questo spazio non legittimi mai un diritto assoluto ed incondizionato visto e considerato che la Carta costituzionale non esclude il potere dello Stato di imporre quei trattamenti sanitari necessari a proteggere la salute collettiva. Anche se di esso non si è avvalso il Parlamento italiano che, per contrastare la circolazione virale, ha invece agito rendendo obbligatoria la vaccinazione contro il Covid-19 per alcune particolarissime categorie di lavoratori (il personale sanitario e gli operatori sanitari che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie e socio-sanitarie sia pubbliche che private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali)⁴ rafforzando, di pari passo, tutta una serie di divieti e di fortissime limitazioni della libertà

¹ Per tutti si veda il recentissimo contributo di A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2021, n. 2.

² Le controindicazioni e le precauzioni da adottare nell'utilizzo dei vaccini contro il Covid-19 sono state indicate dalla circolare della Direzione Generale della prevenzione sanitaria del Ministro della salute del 4 agosto 2021 ('Certificazione per esenzione alla vaccinazione anti-Covid-19').

³ Oltre alla (non folta schiera) dei No-Vax, il rifiuto vaccinale sembra essere stato anche influenzato da motivazioni di ordine confessionale sostenute dall'idea che il terreno di cultura per la produzione di alcuni vaccini contro il Covid-19 (tra cui Astrazeneca) provenisse da feti volontariamente abortiti. Sulla questione si rinvia a S. FLORE, *Obbligo vaccinale e obiezione di coscienza nel caso del Covid-19*, in *Diritti fondamentali*, 2021, n. 3. Si veda, inoltre, la Nota della Congregazione per la Dottrina sulla Fede dei 21 dicembre 2020 nella quale si legge "*che quando non sono disponibili vaccini contro il Covid-19 eticamente ineccepibili [...] è moralmente accettabile utilizzare i vaccini anti Covid-19 che hanno usato linee cellulari provenienti da feti abortivi nel loro processo di ricerca e produzione*".

⁴ Come previsto dal decreto-legge n. 44 dell'1 aprile 2021 convertito con modificazioni dalla legge 28 maggio 2021, n. 76 anche se qualche giorno fa (il 24 novembre 2021), il Presidente del Consiglio dei Ministri ha, in conferenza stampa, annunciato l'approvazione di un nuovo decreto-legge che, oltre ad introdurre il *green pass* rafforzato, ha esteso l'obbligo vaccinale ad altre categorie di lavoratori tra cui il personale scolastico, quello militare e quello delle forze di polizia.

personale per chi non è in possesso della certificazione verde Covid-19⁵; certificazione rilasciata dal Ministero della salute che si ottiene al completamento del ciclo vaccinale, dopo la prima dose con una validità temporale limitata o, se non immunizzati, con la negatività di un tampone molecolare o antigenico rapido non salivare eseguito rispettivamente nelle 72⁶ e 48 ore precedenti o quando si è guariti dall'infezione.

Da annunciato (ma non confermato) obbligo giuridico, la vaccinazione contro il Covid-19 è così divenuta un onere posto a carico della singola persona che per accedere ai luoghi di lavoro (sia pubblici che privati), agli esercizi pubblici, agli ambienti ricreativi (palestre, cinema, teatri, ecc.), ai mezzi di trasporto a lunga permanenza ed alla scuola (per tutti gli over12enni) deve essere in possesso di questa certificazione. Con una scelta politica radicale che ha stravolto l'obiettivo del certificato digitale europeo Covid-19 introdotto per semplificare gli spostamenti tra i Paesi comunitari⁷ ed in decisa controtendenza rispetto a ciò che è avvenuto in ambito comunitario visto che in Francia il *passee sanitaire* è necessario per accedere ai soli spazi pubblici che accolgono più di 50 persone in contemporanea mentre la Spagna e la Germania non hanno ad oggi previsto limitazioni nei confronti di chi non è in possesso di questa certificazione. Per questo la norma che lo ha introdotto è stata tacciata di forti profili di incostituzionalità⁸ anche se autorevolissimi giuristi italiani hanno fatto sentire la loro voce ritenendo che così non è, ricordando, tra l'altro, la recente decisione della Corte costituzionale francese con la quale è stato ritenuto legittimo il passaporto sanitario imposto dal Governo Macron⁹.

Che il *green pass* sanitario base e quello rafforzato comprimano o meno i diritti e le libertà fondamentali¹⁰ violando i principi costituzionali, ciò che bisogna comunque ammettere è che l'introduzione di queste misure di contenimento della circolazione virale non possono distrarre l'attenzione pubblica dai (tanti) altri effetti pandemici: tra tutti, quello del consenso vaccinale che resta una questione molto seria alla quale non possiamo rivolgerci aggrappandoci al salvagente del suo presunto valore medico-legale e dei tanti altri stereotipi

⁵ Così l'art.-9 del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 convertito con modificazioni dalla legge 17 giugno 2021, n. 87.

⁶ Così la legge 24 settembre 2021, n. 133 che ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge 6 agosto 2021 n. 111.

⁷ Così il Regolamento UE2021/953.

⁸ Cfr. F. PALSANTE, *Il green pass e la Costituzione*, in www.volerelaluna.it, 13 settembre 2021, il quale muove tre sostanziali profili di censura avendo la norma violato il principio di uguaglianza ed il diritto alla salute previsti dagli artt. 3 e 32 Cost. e il diritto dell'UE visto che il suo solo obiettivo era quello di facilitare gli spostamenti tra gli Stati superando le misure restrittive introdotte da ciascuno di essi. Sulla stessa linea anche L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione contro il Covid-19 (cd. Green pass)*, in *Quaderni costituzionali*, 22 settembre 2021, il quale scrive: "A me pare, francamente, che una misura del genere sia, palesemente, incostituzionale, e non si giustifichi nemmeno nella logica del bilanciamento dei beni costituzionali o dei diritti ...".

⁹ Si vedano, per tutti e senza pretesa di esaustività, G. ZAGREBELSKY, in www.openonline.it, 8 giugno 2021 e S. CASSESE, in *Il Messaggero*, 14 agosto 2021.

¹⁰ Così M.A. SIMONELLI, *I vaccini, il Green pass e l'egoismo dei diritti fondamentali*, in laCostituzione.info, 30 luglio 2021.

che si sono diffusi in tutti gli ambienti di cura¹¹. Anche in quelli vaccinali visto che – per esperienza purtroppo comune – il consenso informato alla vaccinazione contro il Covid-19 si è tradotto nella raccolta spesso burocratica della modulistica cartacea all'uopo predisposta dall'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas)¹² e di regola sottoscritta a casa per poi essere consegnata, con la scheda anamnestica, al momento dell'accettazione, a personale non sempre in possesso di una qualifica sanitaria.

2. Sull'esigenza di dare al consenso una dimensione soprattutto relazionale

Sappiamo che la questione del consenso informato risente, nell'attività di cura, di tutta una serie di corto-circuiti se non addirittura di *biases* di natura cognitiva e che i fattori che hanno contribuito allo loro produzione e radicalizzazione sono stati molteplici: tra essi, l'efficientismo performante dell'aziendalizzazione del Servizio sanitario nazionale, la profonda crisi di assicurabilità che ha coinvolto tutte le nostre strutture sanitarie e le derive prodotte dall'esplosione del contenzioso giudiziario per presunta *malpractice* la cui conseguenza è stata quella di relegare inesorabilmente il consenso informato nella fortezza della medicina difensiva, orientata a preconstituire cause di giustificazione con il solo obiettivo di evitare/contenere guai.

Da strumento di umanizzazione della cura, il consenso informato è così divenuto un pretesto o un alibi destinato a calmierare i costi assicurativi, a ridurre la litigiosità e – molto probabilmente – a mascherare l'impreparazione delle organizzazioni e dei professionisti sanitari poco propensi ad affrontare, con sana e coraggiosa maturità, le ampie questioni che un modulo cartaceo, di regola preconfezionato, fatto firmare al paziente o a chi lo rappresenta, non può assolutamente condensare o riassumere. Nonostante questi moduli continuino ad essere implementati dalle diverse forme di accreditamento non istituzionale ed in tutti i percorsi formativi (soprattutto in quelli di gestione del rischio clinico) con la convinzione che essi possano contenere il contenzioso (giudiziario e non), dimenticando che, tra le cause principali di questo ampio e complesso fenomeno, ci sono spesso le carenze relazionali, umane e comunicative.

¹¹ Tra tutte le testimoniabilità del consenso che numerose circolari ministeriali affidavano a due professionisti sanitari non ulteriormente qualificati. Fino alla circolare del 28 marzo 2021 con la quale è stato chiarito che la firma del secondo professionista sanitario non occorre quando la vaccinazione è stata effettuata in ambulatorio o in un altro contesto in cui operi un singolo medico, al domicilio della persona interessata o quando le criticità logistico-organizzative lo richiedano.

¹² Con circolare del 21 marzo 2021 la Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute ha aggiornato la modulistica e le note informative predisposte da AIFA confermando che la manifestazione di consenso sottoscritto in occasione della somministrazione della prima dose del vaccino Covid-19 è valida per tutto il ciclo vaccinale.

Tutto ciò ha alimentato quella retorica del consenso informato¹³ che lo concepisce come l'effetto esterno dell'auto-determinazione interna¹⁴ senza però considerare che ogni decisione umana ha anche (e soprattutto) una dimensione relazionale¹⁵ o pubblica la quale non si esaurisce nel solo rapporto medico/paziente, coinvolgendo sempre tutte le altre relazioni (familiari, affettive, umane e comunitarie) che compongono il compasso irripetibile di ogni essere umano. La realtà è che il consenso informato non ha mai una circolarità chiusa (tra due unici attori, la persona ed il medico) cosicché risulta scorretto guardare ad esso in questa riduttiva e spesso equivoca prospettiva pur osservando che essa è quella più esplorata, soprattutto sul versante giuridico; esistendo il rischio, purtroppo concreto, che da strumento di tutela della libertà individuale, esso si trasformi, per l'enfasi data ai suoi determinanti giuridici, in una clava blandita dai professionisti per ridurre la complessità e gli spazi di responsabilità professionale. Ad esso occorre così guardare con occhi nuovi, con rinnovata maturità e senza mai banalizzarne le questioni complesse essendo finalmente giunto il tempo di abbandonare la presunzione, iscritta nella vulgata del consenso informato, riconoscendo che la persona pienamente signora di sé non è la regola ma l'eccezione¹⁶. Perché così è in tutti i luoghi reali della cura dove la capacità e l'incapacità di prendere una decisione (da non confondere, come si vedrà tra un attimo, nella capacità di intendere e di volere) non sono mai né un vuoto né un pieno ma un perimetro che deve essere sempre riempito di contenuti, soprattutto umani.

Riconoscere la dimensione relazionale del consenso anche delle persone incapaci potrebbe così essere la strada maestra da imboccare per recuperare il senso più autentico superando i *biases* prodotti dalla tirannia dell'autodeterminazione individuale che non risolve assolutamente le asimmetrie della relazione di cura limitandosi unicamente a spostare, dal medico al paziente, le solitudini decisionali. Considerare il consenso informato non più come un fatto privato (strettamente personale) ma come il punto in cui l'individuale si apre al variegato telaio delle relazioni umane che compongono tutte le identità biografiche consentirebbe di liberarlo dalla gabbia in cui lo si è voluto gradualmente imprigionare rimodulando, di conseguenza, i diritti e le libertà individuali alla luce di precisi doveri giuridici¹⁷; soprattutto il dovere di solidarietà imposto dal nostro vivere comunitario¹⁸ perché

¹³ COSÌ V. PORTIGLIATTI BARBOS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Diritto penale e processo*, 1998, pp. 894 ss.

¹⁴ Qualche interprete la deduce dall'art. 32 Cost., altri all'art. 13 Cost. che sancisce l'inviolabilità della libertà personale.

¹⁵ Cfr. N. STOLIAR, *Informed Consent and Relational Conceptions of Autonomy*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2011, 1-10, pp. 1 ss.

¹⁶ COSÌ V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 244.

¹⁷ Cfr. F. CAROCCIA, *Il consenso informato come misura dell'autodeterminazione: il caso del vaccino da Covid-19*, in *Diritti fondamentali*, 2021, n. 2, pp. 662 ss.: "Il consenso diventa così la misura esterna della volontà interna, poiché esso traccia i limiti della libertà individuale, in funzione del nostro vivere collettivo. In altri termini, il processo di formazione del consenso, proiettandosi all'esterno, coinvolge necessariamente la dimensione sociale degli individui e la loro capacità e necessità di vivere con gli altri, rimodulando diritti e libertà individuali alla luce di precisi doveri giuridici".

¹⁸ COSÌ A. RUGGERI, *cit. supra*, il quale ricorda, tra l'altro, come la solidarietà non sia solo un valore dotato di un proprio significato giuridico, ma anche un valore-mezzo al servizio di altri valori fondamentali, in nome del quale "l'autode-

senza la solidarietà la tenuta della struttura sociale si sfilaccerebbe disintegrando l'idea stessa di comunità¹⁹.

3. Le (promettenti) scelte normative per la vaccinazione contro il Covid-19 degli incapaci

Attribuire al consenso la dimensione pubblica che esso ha apre la porta alla solidarietà e, con essa, alle tante persone che non sono in grado di prendere una decisione e – dunque – di autodeterminarsi riguardo alla cura; ad esse occorre doverosamente pensare come è stato responsabilmente fatto dal legislatore italiano in tempo di pandemia con una scelta politica molto coraggiosa, davvero innovativa e del tutto promettente laddove i professionisti la sapranno onorare.

L'occasione è stata data dalla produzione, commercializzazione e distribuzione dei vaccini contro il Covid-19 e dalla decisione politica di non rendere obbligatoria questa specifica vaccinazione (come peraltro avvenuto in tutta Europa, eccezion fatta per l'Austria) pensando alle persone più fragili e non più in grado di prendere una decisione autonoma ancorché non sottoposte a misure di protezione giuridica, assistite al domicilio o ricoverate nelle RSA o in altri luoghi di cura. Proprio ad esse ha, con straordinaria lungimiranza, pensato il legislatore dell'urgenza e lo ha fatto con il decreto-legge n. 1 approvato il 5 gennaio 2021 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 3 dello stesso giorno), abrogato dalla legge 29 gennaio 2021 n. 6 ('Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172, recante ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19') che ne ha però riproposto i contenuti nell'allegato alla legge stessa. È l'art. 5 di quell'originario decreto-legge che tratta la questione del consenso al trattamento vaccinale degli incapaci, prevedendo: (a) che queste persone esprimano il loro consenso a mezzo del tutore, del curatore o dell'amministratore di sostegno ovvero, se formalmente nominato, del fiduciario e comunque nel rispetto della volontà eventualmente già espressa dall'interessato, ovvero di quella che avrebbe presumibilmente espresso ove capace di intendere e di volere (comma 1); (b) che, laddove il curatore o l'amministratore di sostegno manchino o non siano in alcun modo reperibili per almeno 48 ore, il direttore sanitario o, in difetto, il responsabile medico della residenza sanitaria assistita (R.S.A.) o dell'analoga struttura comunque denominata ove la persona incapace è ricoverata (in loro difetto dal direttore sanitario della ASL competente sulla struttura o da un suo delegato), ne assume temporaneamente la funzione di amministratore di sostegno al solo

terminazione della persona [...] può andare (ed effettivamente va) incontro a limiti e vincoli dalla varia natura ed intensità, specificamente fondati sul dovere di solidarietà, e perciò giustificati in nome dei diritti degli altri o – il che è praticamente lo stesso – dell'interesse della collettività".

¹⁹ Si veda S. RODOTÀ, *La solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

fine della prestazione del consenso vaccinale con la precisazione che, in queste situazioni, si dovrà dare documentalmente atto delle ricerche e delle verifiche effettuate per accertare lo stato di incapacità naturale dell'interessato (comma 2); (c) che i soggetti precedentemente individuati, sentito il coniuge, la persona parte di unione civile o stabilmente convivente o, in difetto, il parente più prossimo entro il terzo grado, qualora accertino che il trattamento vaccinale è idoneo ad assicurare la migliore tutela della salute della persona ricoverata esprimono, in forma scritta, ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4, della legge 22 dicembre 2017, n. 219, il consenso alla somministrazione del vaccino anti Covid-19 e dei successivi eventuali richiami dandone comunicazione al dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente (comma 3); (d) che il consenso, reso in conformità alla volontà dell'interessato espressa ai sensi degli articoli 3 e 4 della legge n. 219 del 2017 o, in difetto, in conformità a quella delle persone di cui al primo periodo dello stesso comma 3, è immediatamente e definitivamente efficace; (e) che, laddove il rappresentante legale della persona o chi ne ha titolo rifiutino di dare il loro consenso, il direttore sanitario o il responsabile medico della struttura in cui l'interessato è ricoverato, ovvero il direttore sanitario dell'ASL o il suo delegato, possono richiedere, con ricorso al giudice tutelare ai sensi dell'articolo 3, comma 5 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, di essere autorizzati ad effettuare la vaccinazione (comma 4): (f) che, laddove non sia possibile acquisire il consenso alla vaccinazione per difetto di disposizioni di volontà dell'interessato o per la mancanza di una rete familiare/parentale, il consenso al trattamento vaccinale unitamente agli altri documenti previsti dai commi 1, 2 e 3 del decreto-legge deve essere trasmesso al Giudice tutelare che, nel termine di 48 ore, lo convalida con decreto motivato ovvero ne denega la convalida (commi 5 e 6) trasmessi comunque, entro altre 48 ore, a mezzo di posta certificata alla struttura dove la persona è ricoverata (comma 7); (g) che trascorsi inutilmente questi termini, il consenso si considera valido e di definitiva efficacia (comma 9); (h) che, nel caso in cui il direttore sanitario della struttura o il responsabile medico o il direttore sanitario della ASL o il suo delegato ritengano di non sottoporre la persona alla vaccinazione contro il Covid-19, il coniuge, la persona parte dell'unione o stabilmente convivente e i parenti fino al terzo grado possono proporre ricorso al Giudice tutelare per fare in modo che la persona sia vaccinata (comma 10).

Con un vuoto iniziale contenuto in quell'originario decreto-legge, fortunatamente colmato dai provvedimenti successivi, essendo stati inizialmente esclusi (non considerati) gli incapaci naturali non ricoverati in RSA come, ad esempio, i disabili intellettivi che frequentano le strutture semi-residenziali e/o i Centri diurni. Ricordando che ad essi il legislatore dell'urgenza ha pensato nel decreto-legge approvato il 1° aprile 2021 recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti-SARS-Cov-2, di giustizia e di concorsi pubblici con la soppressione dell'esplicito richiamo alle persone ricoverate nelle strutture sanitarie assistenziali; così ampliando la platea degli incapaci naturali eleggibili nella procedura vaccinale, inizialmente circoscritta ai soli residenti nelle RSA o in analoghe strutture..

Concludendo, le norme in questione hanno così dato l'avvio, sia pur limitatamente alla vaccinazione contro il Covid-19, ad una particolarissima forma di tutela temporanea degli

incapaci naturali efficientando, di fatto, i processi finalizzati alla nomina del loro rappresentante legale con l'obiettivo di semplificare la prassi e detendere il carico di lavoro degli Uffici giudiziari rafforzando, parallelamente, la posizione di garanzia del medico ed il ruolo dei *proxy* spesso ignorati dall'ordinamento.

4. Le indicazioni fornite dalle Società scientifiche per il consenso vaccinale degli incapaci naturali

La complessità della trama delineata dalle scelte normative cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente è di tutta evidenza; ne poteva essere altrimenti vista la complessità delle questioni riguardanti la tutela delle persone incapaci purtroppo non affrontate e lasciate irrisolte dalla legge n. 219/2017 che ha impropriamente trasferito la capacità decisionale della persona nello stretto vicolo della capacità di intendere e di volere; demandando, parallelamente, al Giudice tutelare la soluzione dei conflitti che, nei luoghi della cura, originano spesso dal rifiuto opposto dai rappresentanti legali ai trattamenti medici proposti nell'interesse di salute della persona incapace che può anche sfociare nella pretesa dei *proxy* di cure sproporzionate se non addirittura inappropriate.

Le novità e la loro importanza pratica sono di tutta evidenza anche se le nostre Società scientifiche hanno scelto, nella loro applicazione pratica, strade diverse e su di esse si vuole qui riflettere per coglierne le particolarità, le diversità ed i punti di contatto discutendo la via applicativa delineata per prima, in ordine temporale, dall'Associazione italiana di Psicogeriatrics (AIP) e quella poi interpretativa suggerita dalla presa di posizione congiunta della Società italiana di Medicina Generale (SIMG), della Società italiana di Neurologia (SIN) e della SINDem che è un'associazione autonoma aderente alla SIN.

L'Associazione italiana di Psicogeriatrics ha affrontato la questione con due successive prese di posizione, approvando inizialmente 10 statement e poi un documento più corposo in cui si dettagliano le azioni da realizzare sul piano pratico per la vaccinazione contro il Covid-19 degli incapaci naturali. Alcuni statement sono indicazioni di principio che rafforzano precedenti prese di posizione pubblica di AIP: così il primo statement nel quale si evidenzia che, anche riguardo alla vaccinazione contro il Covid-19, la capacità decisionale della persona deve essere sostenuta, valorizzata e, ove necessario, rafforzata, conformemente a quanto previsto dall'art. 32 della Carta costituzionale, dalla legge n. 219 del 2017 (art. 1) e dal Codice di deontologia medica (artt. da 35 a 37); ed il quarto dove si ricorda che l'incapacità naturale della persona è una incapacità di fatto ancorché non ancora giudizialmente accertata, che riduce o limita la capacità decisionale e per il cui accertamento

clinico occorre esplorare, come già indicato da AIP in precedenti documenti²⁰, qualora l'*insight* della persona sia conservato, alcuni *dominii* cognitivi, primi tra tutti la capacità di esprimere una scelta, quella di comprendere le informazioni ricevute, la capacità di dare un giusto peso alla decisione e quella di utilizzare razionalmente le informazioni ricevute. Senza ricorrere ai test psicometrici usati nello *screening* delle demenze e senza affidare ad una soglia numerica il giudizio clinico avendo piena consapevolezza sul fatto che tra la capacità e l'incapacità naturale esistono molte situazioni intermedie che occorre valutare con grande prudenza ed estrema attenzione acquisendo, nei casi dubbi, il parere della rete familiare che ne ha titolo seguendo l'ordine gerarchico precedentemente indicato; e così il quinto statement nel quale si prevede che il rifiuto alla vaccinazione contro il Covid-19 espresso da una persona capace di assumere una decisione libera ed informata deve essere sempre rispettato rinforzando, tuttavia, in questi casi, la comunicazione che deve essere sempre considerata un tempo ed uno straordinario luogo di cura come precisato dalla legge n. 219 del 2017 (art. 1).

Altri statement di AIP confermano, con qualche precisazione, quanto indicato da questa norma: così il sesto statement dove si conferma che se la persona da vaccinare contro il Covid-19 è già stata sottoposta a misure di protezione giuridica, il consenso alla vaccinazione deve essere espresso, oltre che dalla persona stessa, dal tutore e dall'amministratore di sostegno come previsto dalla legge n. 219 del 2017 (art. 3); ed il settimo dove si precisa che se la persona da vaccinare è già stata inabilitata, il consenso vaccinale deve essere espresso dalla persona stessa e non dal curatore, come previsto dalla legge n. 219 del 2017 (art. 3) correggendo l'erronea indicazioni contenuta nel decreto-legge n. 1 del 2021.

Altri statement di AIP rafforzano la responsabilità del medico che ha in carico la persona nel promuovere la vaccinazione contro il Covid-19: così il secondo nel quale si prevede che, indipendentemente dall'organizzazione di ogni singola RSA e dai vincoli previsti dai contratti di lavoro, il medico che ha in cura la persona è tenuto a promuovere la vaccinazione contro il Covid-19 nell'ipotesi in cui la persona stessa rientri tra le categorie a rischio per come le stesse sono state indicate dalla Circolare del ministero della salute del 24 dicembre 2020, esercitando una forte azione di sensibilizzazione e di informazione perché l'adesione alla campagna vaccinale sia la più larga possibile, come auspicato a tutti i livelli nazionali ed internazionali e cooperando, in forma sussidiaria, con il direttore sanitario della RSA, con il responsabile medico della stessa o, in loro mancanza, con il direttore sanitario della ASL o suo delegato nell'informazione che deve essere data ad ogni persona (anche all'incapace) per la formazione della sua volontà decisionale; e così il terzo statement che affida ai soggetti indicati dal decreto-legge n. 1 del 2021, sempre coadiuvati dal medico che ha in cura la persona ospitata nelle RSA, tutte le verifiche e le

²⁰ F. CEMBRANI *et al.*, *La pianificazione condivisa della cura e l'autodeterminazione della persona anziana affetta da patologie psicosgeriatriche*, in *Psicogeriatrics*, 2019, n. 1 (suppl.).

azioni previste dal provvedimento stesso preliminari e propedeutiche all'acquisizione del consenso vaccinale con l'ulteriore precisazione che a questi attori istituzionali è affidato il ruolo di amministratore di sostegno della persona nell'ipotesi in cui la stessa non sia nelle condizioni di esprimere una valida dichiarazione di volontà. Dopo aver però condiviso la scelta vaccinale con la rete familiare della persona (in linea gerarchica il coniuge, la persona parte dell'unione civile o stabilmente convivente o, in difetto, il parente più prossimo entro il terzo grado ad iniziare naturalmente dai figli), dando documentalmente atto, in Cartella clinica, delle verifiche effettuate per accertare lo stato di incapacità naturale della persona e della dichiarazione di assenso espressa dai familiari che ne hanno titolo dando comunicazione al Dipartimento di prevenzione competente per territorio.

Altri statement di AIP chiariscono poi altri particolari: così l'ottavo in cui si precisa che nel caso in cui i familiari della persona incapace che ne hanno titolo rifiutino la vaccinazione contro il Covid-19, il medico che ha in cura la stessa deve darne formale informazione al Giudice tutelare che dovrà decidere, nel termine di 48 ore, se confermare o revocare il ruolo di amministratore di sostegno affidato al direttore sanitario, o in alternativa, al responsabile medico della RSA o dell'analogha struttura in cui la persona stessa è ricoverata o, in loro difetto, dal direttore sanitario della ASL o da un suo delegato; e così il nono dove si sottolinea, infine, che il ruolo di amministratore di sostegno affidato al medico che ha in cura la persona vale solo per la pratica vaccinale contro il Covid-19 pur auspicando che, in sede di conversione del decreto-legge, si aprano altri scenari nell'ordinarietà della cura, come da es. quella della prescrizione *off-label* di principi farmacologici che richiedono l'acquisizione del consenso in forma scritta dell'interessato.

SINdem-SIMG e SIN hanno, invece, indicato una strada diversa concentrando, tuttavia, la loro attenzione sulle persone affette da demenza e lo hanno fatto con uno specifico documento composto da 6 *statement*.

Il primo conferma che l'espressione di un consenso valido della persona demente deve essere ottenuto secondo le procedure riportate nel Documento approvato nel 2020 dal Tavolo Nazionale per il monitoraggio ed implementazione del Piano Nazionale delle Demenze ('Raccomandazioni per la *governance* e la clinica nel settore delle demenze. Riflessioni su alcune implicazioni etiche') mentre nel secondo statement si ribadisce che la firma del rappresentante legale di una persona con demenza vale solo qualora formalmente nominato sulle questioni sanitarie. È, tuttavia, negli altri statement che compaiono le deviazioni più importanti rispetto alla presa di posizione di AIP ed in deroga a quanto previsto dalla regolamentazione specifica. Così nel terzo statement si precisa che, laddove la persona con demenza sia incapace di esprimere il consenso, il medico che ritiene esistere una situazione di urgenza indifferibile può procedere alla vaccinazione in base all'art. 1 comma 7 della l. 219/2017 con la successiva precisazione che, in questi casi, il modulo di consenso dovrà essere firmato, laddove possibile per presa visione, anche dal familiare della persona demente o dall'amministratore di sostegno senza poteri rappresentanza di cura; e così il quarto dove si prevede che, in caso di persone con demenza che non hanno un familiare vivente o rintracciabile, il medico agisce in base all'art. 1 comma 7 della legge 219/2017 indipendentemente dal consenso vaccinale. Il quinto statement, confermando

quanto previsto dalla legge n. 217/2017, suggerisce, infine, il ricorso al Giudice tutelare in caso di divergenze tra i familiari, tra i familiari e i medici, tra i familiari e l'amministratore di sostegno e tra i medici e quest'ultimo.

La difformità nell'applicazione della regolamentazione specifica relativa al consenso vaccinale contro il Covid-19 fatta propria dalle prese di posizione pubblica delle Società scientifiche italiane è di tutta evidenza e si faticano a capire le reali motivazioni delle divergenze di vedute ed il perché non si sia cercata una qualche mediazione anche per non alimentare quei dubbi sulla credibilità pubblica della scienza che la pandemia ha, purtroppo, contribuito ad alimentare.

Sinterizzando le cose, AIP ha tentato di dare una pratica attuazione a quanto stabilito dal decreto-legge n. 1/2021 e dalle sue successive integrazioni e modifiche, mentre SINDen, SIMG e SIN hanno preso un'altra strada facendo appello alla deroga prevista dall'art. 1 della legge n. 219/2017 nella parte in cui si prevede che, in situazioni di urgenza indifferibile, il medico può procedere nell'attività di diagnosi e cura indipendentemente dal consenso della persona. Con una scelta, a mio modesto modo di vedere, banalizzante i cui germi ispiratori sono da individuare in una presa di posizione pubblica della relatrice di quella legge²¹ che non convince²² perché non è certo la deroga definita dall'urgenza clinica ciò che può valorizzare quell'alleanza di cura tra il paziente ed il medico che fonda il consenso informato nel quale si devono comunque incontrare l'autonomia decisionale del primo con la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del professionista. Perché la logica dell'urgenza (e tanto meno quella dello stato di emergenza sanitaria decretato dal nostro Parlamento e che si sta purtroppo prolungando da troppo tempo) non può mettere al tappeto i valori e le libertà costituzionali: sarebbe un *knock out* drammatico con conseguenze pesantissime per la stessa tenuta sociale e che, alla fine di tutto, metterebbe al tappeto la dignità umana. Anche e soprattutto quella delle persone più fragili che meritano sempre grande attenzione ed il nostro massimo rispetto perché le disuguaglianze, amplificate dalla pandemia, sono una realtà in fortissima espansione ed una eredità con cui dovremmo, prima o dopo, fare i conti.

5. Conclusioni

Pur senza banalizzare le difficoltà pratiche ed i dilemmi che emergono in tutti gli ambienti di cura nell'ipotesi in cui la persona abbia perso la sua capacità di auto-determinarsi (di

²¹ Cfr. D. LENZI, *Troppa burocrazia per il consenso a vaccino Covid nelle RSA*, in www.quotidianosanità.it, 7 gennaio 2021 la quale ritiene che l'art. 5 del decreto-legge n. 1/2021 "sia un esempio di burocrazia lontana dalla realtà e priva dell'esperienza dell'emergenza" perché "bastava scrivere che in fase di pandemia, il medico curante, valutate le condizioni di salute del paziente, procede alla vaccinazione della persona incapace senza necessità di acquisire il consenso".

²² Mi si permetta di rinviare a F. CEMBRANI, *Vaccinazione per gli incapaci. Chi deve dare il consenso?*, in www.quotidianosanità.it, 11 gennaio 2021.

accettare/rifiutare la cura) e non sia stata ancora sottoposta a misure di protezione giuridica, delle norme che hanno disciplinato il consenso alla vaccinazione contro il Covid-19 si devono sottolineare, con rinnovato interesse, alcuni nuclei di straordinaria originalità e potenzialità future.

Il primo di essi si coglie nell'interesse finalmente riconosciuto all'incapacità naturale della persona, mai presa purtroppo in considerazione dalla legge n. 219/2017 con la quale l'autonomia morale (la *moral agency*) è stata maldestramente ingabbiata nella categoria giuridica della capacità di intendere e di volere dimenticando che molte persone, ancorché sottoposte a misure di protezione giuridica, sono spesso in grado di assumere una decisione autonoma; come peraltro conferma l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità²³, completamente ratificata dal nostro Paese. Perché la capacità della persona di prendere una decisione mal si concilia con le arcaiche tassonomie giuridiche della capacità e dell'incapacità a fondamento dell'imputazione giuridica²⁴, restando la sua valutazione un atto di natura clinica che non deve abdicare alle logiche fuorvianti prodotte dall'utilizzo indiscriminato di strumenti psicometrici inadatti e non appropriati allo scopo. Ricordando che la questione della capacità e quella dell'incapacità non possono essere trattate come un punto bianco ed un punto nero perché tra questi due estremi esistono tutta una variegata serie di situazioni intermedie che occorre sempre valutare con grande attenzione, prudenza, senza pregiudizio e senza mai appellarsi al regime derogatorio prodotto dall'urgenza clinica e/o dallo stato di emergenza sanitaria. Che restano situazioni fattuali diverse che non possiamo né confondere né sovrapporre perché l'emergenza sanitaria decretata dal nostro Paese per ragioni di salute pubblica non può improvvisamente diventare una condizione pregiudiziale sull'altare della quale sacrificare i diritti e le libertà inviolabili garantite dalla nostra Costituzione repubblicana: farlo sarebbe un imperdonabile errore ed una palese forzatura delle regole democratiche.

²³ Art. 12 (*Uguale riconoscimento dinanzi alla legge*) 1. "Gli Stati Parti riaffermano che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica. 2. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita. 3. Gli Stati Parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica. 4. Gli Stati Parti assicurano che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone. 5. Sulla base di quanto disposto nel presente articolo, gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affari finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario, e assicurano che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà".

²⁴ Su questa complessa questione rinvio a M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France* (1974-1975), Milano (2000) che ha studiato a fondo gli effetti del grottesco (o dell'ubuesco) nelle dinamiche del potere, anche di quello scientifico.

La seconda novità la ritrovo nel rafforzamento della posizione di garanzia comunque ricoperta dal medico e dai *proxy* della persona. Al primo, le norme qui riassunte affidano il ruolo temporaneo di amministratore di sostegno per finalizzare la pratica vaccinale contro il Covid-19; ai familiari della persona (il coniuge, la persona parte dell'unione civile o stabilmente convivente o, in loro difetto, il familiare più prossimo entro il terzo grado di parentela) viene, invece, riconosciuto il compito di coadiuvare il medico in tutte le azioni finalizzate a completare regolarmente il ciclo vaccinale, senza bisogno di interpellare gli Uffici dei Giudici tutelari se non nel caso, malaugurato, in cui emerga un conflitto di opinioni come peraltro previsto dalla legge n. 219 del 2017. Continuando a ritenere che questa scelta normativa sia stata un gravissimo errore perché le divergenze che si registrano nei luoghi della cura dovrebbero essere sempre affrontate e composte in quest'ambito, anche avvalendosi – se necessario – di una *second opinion* come suggerito a livello sovranazionale e/o con altri strumenti che possono essere messi in atto per comporre le antinomie. Lasciando all'amministrazione della giustizia il compito di perseguire gli illeciti più rilevanti senza sovraccaricare gli Uffici con richieste che ne appesantiscono il regolare funzionamento. Ed attivandoli, quando realmente necessario, nelle residuali ipotesi in cui chi esercita la tutela giuridica dell'incapace e/o chi è un *proxy* titolato si oppongano ai trattamenti medici doverosi, necessari e naturalmente appropriati.

Anche per questo, sorprende che le Società scientifiche italiane abbiano suggerito strade alternative nell'applicazione di queste norme sul consenso vaccinale, purtroppo, senza quel confronto che era auspicabile realizzare, pur comprendendo che esse dettano regole complesse oltre ad un precisissimo *timing* che richiedono una buona organizzazione interna dei servizi sanitari a ciò dedicati. Smarcondosi dalla suggestione, espressa da qualche interprete²⁵, di una mancata aderenza tra il trattamento vaccinale ed il “qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso” (art. 1, comma 5, della legge n. 219/2017). Quasi che la pratica vaccinale dovesse essere fatta rientrare in un contesto diverso da quello della cura e/o dell'atto medico e/o ancora del trattamento sanitario evidenziando che la dottrina costituzionalistica ha da tempo ammesso che rientra nel trattamento sanitario ogni intervento pianificato e realizzato con l'obiettivo di prevenire l'insorgenza di malattie²⁶: anche perché, se così non fosse, sarebbe del tutto aleatorio interrogarsi sulla reale ed effettiva portata dell'obbligo vaccinale posizionandolo sotto la lente di ingrandimento prevista dall'art. 32, secondo comma, Cost.

E poiché la vaccinazione contro il Covid-19 è, a tutti gli effetti, un trattamento sanitario riservato alla competenza ed alla responsabilità del medico (il quale può essere naturalmente coadiuvato da altri professionisti della salute nella fase strettamente inoculativa ma

²⁵ Cfr. L. FUMAGALLI, *Le vaccinazioni antiSars-CoV-2 delle persone incapaci ricoverate presso strutture sanitarie assistite. Prima lettura dell'art. 5 d.l. n. 1/2021*, in www.questionegiustizia.it (ultimo accesso 24 novembre 2021).

²⁶ Si veda, al riguardo, A.A. NEGRONI, *Sul concetto di trattamento sanitario obbligatorio*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, pp. 14 ss.

non nelle verifiche *quo ante* e dell'eventuale intervento *ex post*) non è legittimo dubitare dell'aderenza sostanziale tra il trattamento vaccinale e quanto più in generale indicato dalla legge n. 219/2017. Con la conseguenza che anche alla pratica vaccinale contro il nuovo Coronavirus umano vanno applicate le regole generali stabilite da questa norma e quelle più specifiche introdotte dal legislatore dell'urgenza a partire dal decreto-legge n. 1/2021. La cui violazione potrebbe rilevare ai fini della colpa giuridica anche se ciò che resta di straordinario rilievo sono i nuovi *focus* introdotti da queste recentissime norme che hanno finalmente saputo guardare all'ampio esercito degli invisibili (gli incapaci naturali) che non ha mai attratto l'attenzione del legislatore dell'urgenza rinnovando la fiducia nelle strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale e nei professionisti che in esse operano intensificandone la posizione di garanzia e colorando, di nuovi contenuti, la responsabilità (anche e soprattutto umana) affidato ai *proxy*.