

L'istruttoria ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sull'obbligo vaccinale. Profili problematici e possibili sviluppi sistemici alla luce dell'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana

di Marco Armanno

SOMMARIO: 1. Perimetrazione di una vicenda ancora in via di definizione. – 2. L'ampiezza e la specificità dei quesiti istruttori: critiche e possibili chiavi di lettura. – 3. La proiezione degli effetti dell'istruttoria nell'eventuale giudizio di costituzionalità e la variabile "tempo" nelle decisioni fondate su dati tecnico-scientifici.

1. *Perimetrazione di una vicenda ancora in via di definizione*

Il mio intervento esamina alcuni effetti che l'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (per l'innanzi CGARS) – nel disporre accertamenti istruttori preliminari alla valutazione della non manifesta infondatezza delle questioni prospettate dagli appellanti – potrebbe produrre nell'eventuale giudizio di costituzionalità del c.d. obbligo vaccinale selettivo previsto dall'art. 4, c. 1 del D.L. n. 44 del 2021, convertito con modifiche dalla legge n. 76 del 2021.

È appena il caso di osservare che il quadro normativo preso in considerazione dal CGARS è recentemente mutato a esito dell'inserimento del comma 1 *bis* al sopracitato art. 4, introdotto – in sede di conversione del D.L. n. 172 del 2021 – dalla legge n. 3 del 21 gennaio 2022. Sulla scorta di tale nuova previsione, a far data dal 15 febbraio l'obbligo vaccinale è stato espressamente esteso anche per gli studenti tirocinanti, categoria che non era prevista fino a quella data.

La portata normativa di tale modifica, intervenuta *medio tempore*, pone non pochi dubbi in punto di rilevanza della questione (si veda a tal proposito l'intervento di G. Verde).

Quanto invece alla valutazione della non manifesta infondatezza, come detto, essa è subordinata alle risultanze dell'istruttoria disposta dal CGARS.

Dal punto di vista dello strumento scelto – pur in assenza di un espresso richiamo da parte del giudice che si riferisce genericamente a una "istruttoria" – si è in presenza di una verifica, prevista dal quarto comma dell'art. 63 del D.Lgs.vo n. 104 del 2010, (a norma del quale «Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica»), e disciplinata, quanto alle modalità di assunzione, dall'art. 66 del medesimo decreto legislativo.

Nel caso in specie colpisce l'ampiezza delle richieste istruttorie, dirette peraltro all'accertamento di dati molto specifici e in continuo mutamento.

Sono quattro le aree fondamentali individuate dal giudice, a propria volta precisate in alcuni quesiti di contenuto assai dettagliato.

In particolare, si chiede di accertare: le «modalità di valutazione di rischi e benefici operata, a livello generale, nel piano vaccinale e, a livello individuale, da parte del medico vaccinatore, anche sulla base dell'anamnesi pre-vaccinale; se vengano consigliati all'utenza test pre-vaccinali, anche di carattere genetico (considerato che il corredo genetico individuale può influire sulla risposta immunitaria indotta dalla somministrazione del vaccino); chiarimenti sugli studi ed evidenze scientifiche (anche eventualmente emerse nel corso della campagna vaccinale) sulla base dei quali venga disposta la vaccinazione a soggetti già contagiati dal virus».

Con riguardo a tale primo ambito di svolgimento dell'istruttoria si richiede di chiarire se ai medici di base siano state fornite direttive prescrivendo loro di contattare i propri assistiti ai quali, eventualmente, suggerire test pre-vaccinali; le modalità in virtù delle quali venga data comunicazione al medico di base dell'avvenuta vaccinazione spontanea di un proprio assistito.

Ulteriore oggetto di analisi istruttoria riguarda il consenso informato.

Da qui la richiesta di chiarimenti circa la documentazione offerta alla consultazione dell'utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato, nonché circa il perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso informato anche in situazione di obbligatorietà vaccinale.

Ancora, il terzo profilo oggetto di richiesta di chiarimenti riguarda «l'articolazione del sistema di monitoraggio, che dovrebbe consentire alle istituzioni sanitarie nazionali, in casi di pericolo per la salute pubblica a causa di effetti avversi, la sospensione dell'applicazione dell'obbligo vaccinale; chiarimenti sui dati relativi ai rischi ed eventi avversi raccolti nel corso dell'attuale campagna di somministrazione e sulla elaborazione statistica degli stessi (in particolare, quali criteri siano stati fissati, e ad opera di quali soggetti/istituzioni, per raccogliere i dati su efficacia dei vaccini ed eventi avversi; chiarimenti circa i criteri di raccolta ed elaborazione dei dati e la dimensione territoriale, se nazionale o sovranazionale; chi sono i soggetti ai quali confluiscono i dati e modalità di studio), e sui dati relativi alla efficacia dei vaccini in relazione alle nuove varianti del virus».

A tal fine è richiesta la trasmissione dei dati attualmente raccolti dall'amministrazione in ordine all'efficacia dei vaccini, in particolare sia di quelli del numero dei vaccinati che risultino essere stati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti), sia del totale dei vaccinati con una due e tre dosi, nonché i dati sul numero di ricovero e decessi dei vaccinati contagiati; ed infine i dati di cui sopra comparati con quelli dei non vaccinati.

L'ultimo ambito oggetto della richiesta istruttoria riguarda «la sorveglianza post-vaccinale e sulle reazioni avverse ai vaccini, avuto riguardo alle due forme di sorveglianza attiva (con somministrazione di appositi questionari per valutare

il risultato della vaccinazione) e passiva (segnalazioni spontanee, ossia effettuate autonomamente dal medico che sospetti reazioni avverse)».

Con riferimento a tale oggetto, si chiede di conoscere se i medici di base siano tenuti a comunicare tutti gli eventi avversi (letali e non) e le patologie dai quali risultino colpiti i soggetti vaccinati, ed entro quale *range* temporale di osservazione, o se invece debbano comunicare solo eventi avversi espressamente elencati in direttive eventualmente trasmesse ai sanitari, o se addirittura sia affidato alla discrezione dei medici di base la scelta di comunicare eventi avversi che, a loro giudizio, possano essere ricollegabili alla vaccinazione. Si richiede, altresì, di specificare con quali modalità i medici di base accedano alla piattaforma per dette segnalazioni, chi prenda in carico dette segnalazioni, da chi vengano elaborate e studiate.

Si tratta dunque di una messe di richieste davvero specifiche che prevedono l'acquisizione di una quantità sterminata di dati, riguardando l'attività di informazione e monitoraggio effettuato sia dai soggetti vaccinatori che dai medici di base.

L'idoneità di tali richieste ai fini indicati dal giudice è stata fortemente messa in dubbio, dacché esse si porrebbero «da un lato, al di là dei poteri di sindacato proprio del giudice amministrativo, dall'altro riguardano informazioni la cui raccolta è già disciplinata da specifiche disposizioni dell'ordinamento, peraltro facilmente reperibili anche sui siti web» (testo provvisorio relazione di M. R. Spasiano).

Dunque una richiesta per un verso *ultra vires*, per un altro inutile, in quanto non diretta ad acquisire elementi di valutazione ulteriore rispetto a quelli disponibili.

Aggiungo che talune delle richieste riguardano accertamenti tecnicamente non realizzabili allo stato delle conoscenze scientifiche, o comunque non realizzati se non in misura assai limitata.

Tra questi, in particolare, penso al sequenziamento delle diverse varianti del virus e ai dati sul numero di decessi di soggetti che possano essere ricondotti al ceppo originario o alle varianti, in considerazione della frequente presenza di condizioni di comorbosità.

2. *L'ampiezza e la specificità dei quesiti istruttori: critiche e possibili chiavi di lettura*

A fronte di tale ampiezza, è stato osservato, non può escludersi la prospettiva di una declaratoria di inammissibilità, dal momento che l'estensione degli incumbenti istruttori mostrerebbe un approccio diretto non tanto a valutare gli elementi strettamente necessari per rimettere una questione di legittimità costituzionale, ma piuttosto a formulare valutazioni di carattere generale al fine di un

vero e proprio accertamento della incostituzionalità della norma oggetto della questione, e non della sola non manifesta infondatezza (vedi testi provvisori della relazione di M.R. Spasiano e dell'intervento di E. Cavasino).

Ciò potrebbe tradursi in un profilo di inammissibilità della questione “per discrezionalità del legislatore” e, quand'anche così non fosse, determinerebbe comunque un utilizzo improprio del vaglio di non manifesta infondatezza.

Il dubbio è supportato anche dal richiamo ad alcune indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale effettuato dagli autori appena citati (in particolare le sentt. n. 84 del 2016, 282 del 2002 e 338 del 2003).

Non deve tuttavia sottovalutarsi la particolarità della situazione, un'emergenza pandemica che costituisce un *novum* assoluto per il nostro ordinamento e che potrebbe incidere sugli stessi orientamenti della Corte costituzionale nella valutazione di tale possibile profilo di inammissibilità della questione.

Peraltro, nel caso in specie, ci troviamo in presenza di un obbligo posto in capo a determinati soggetti di accedere a un trattamento sanitario, e non già alla definizione dell'ambito di un diritto e, soprattutto, essa non riguarda il punto di sintesi tra determinati interessi definito dal legislatore, come era accaduto ad esempio nella vicenda che aveva condotto alla sent. n. 84 del 2016 della Corte costituzionale appena sopra richiamata, sulla sorte degli embrioni crioconservati. In tale pronuncia il giudice delle leggi, nel dichiarare la questione inammissibile, rilevava come la normativa impugnata costituisse frutto di «una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte», dato che «il differente bilanciamento dei valori in conflitto, che attraverso l'incidente di costituzionalità si vorrebbe sovrapporre a quello presidiato dalla normativa scrutinata, non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, che resterebbero, anch'esse, inevitabilmente riservate al legislatore»¹.

Nel caso affrontato dal CGARS, di contro, la questione appare problematica già nella stessa acquisizione dei dati fattuali e scientifici sulla scorta dei quali il legislatore ha imposto l'obbligo vaccinale selettivo.

Non può nemmeno trascurarsi un altro dato che potrebbe in qualche modo spiegare, se non giustificare, una richiesta così minuta di dati, sulla base dei quali valutare la non manifesta infondatezza della questione.

Quello cioè di ritagliarsi uno spazio di vaglio autonomo, per poter prospettare dubbi di legittimità costituzionale, discostandosi così dal precedente, assai ravvicinato della sentenza n. 7045 del 2021 del Consiglio di Stato.

In tale pronuncia, ampiamente motivata – e confermata anche recentemente dallo stesso Consiglio di Stato (Sez. III, ord. n. 583 del 4 febbraio 2022) – i giudici di Palazzo Spada hanno esaminato, e ritenuto manifestamente infondate, ben

¹ Corte cost., sent. n. 84 del 2016, punto 11 del *Considerato in diritto*.

dieci questioni di legittimità costituzionale proposte, pressoché corrispondenti a quelle sollevate innanzi al giudice siciliano.

E, non per caso, quest'ultimo, dopo avere richiamato in senso adesivo alcuni passaggi della 7045/2021 opera un *distinguishing*, al fine di far breccia in quella che appariva una posizione di granitica chiusura nei confronti di una prospettazione di illegittimità costituzionale della disciplina relativa al c.d. vaccino obbligatorio selettivo².

Esso sembra fondarsi essenzialmente su due elementi che il CGARS reputa fondamentali, alla luce della giurisprudenza costituzionale, per accertare la non manifesta infondatezza delle questioni prospettate: la sussistenza di informazioni complete, corrette e facilmente accessibili, e la circostanza che la sperimentazione, la raccolta e la valutazione dei dati (il più possibile ampi e completi) avvengano (o siano almeno validati) da parte di organismi indipendenti, per evitare possibili situazioni di conflitti di interesse (in tema, il giudice rinvia a Cons. St., V, 2 aprile 2021, n. 274)³.

In assenza di dati che dimostrino la soddisfazione di tali due condizioni, il giudice ritiene di non potere pronunciarsi sulla non manifesta infondatezza delle questioni prospettate.

Affidare l'ultima parola alla valutazione delle risultanze istruttorie prescritte – che prevede un successivo confronto in udienza, per la richiesta di eventuali chiarimenti e, non è da escludersi, il possibile svolgimento di ulteriori attività istruttorie dirette a integrare le prime – diventa in questo modo lo strumento mediante il quale provare a frapporre uno spazio rispetto all' "ingombrante" precedente del Consiglio di Stato.

Appare in questo senso assai significativo il passaggio dell'ordinanza che fa da *trait d'union* tra la ricostruzione dei precedenti, contrari a riconoscere un qualche possibile fondamento alle censure di illegittimità costituzionale prospettate, e le argomentazioni che inducono il giudice a ritenere la causa «non sufficientemente istruita» per una valutazione adeguata della non manifesta infondatezza della questione: «Il contenzioso qui in esame solleva anche problemi diversi ed ulteriori rispetto a quelli esaminati dalla richiamata decisione della III sezione del Consiglio di Stato, con specifico riferimento alla contestata validità e sufficienza del sistema di farmacovigilanza nonché alla compatibilità della normativa che introduce l'obbligo vaccinale con il diritto eurounitario, con riferimento, tra gli altri profili, a quello del consenso informato»⁴.

Dunque il CGARS evita di contrapporsi frontalmente alla decisione del Consiglio di Stato, lasciando intendere che quanto richiesto sia in parte diverso,

² Nella relazione di A. MANGIA tale operazione di *distinguishing* è definita intelligente e garbata, ponendosi l'accento sulla debolezza di alcuni degli argomenti utilizzati dal Consiglio di Stato.

³ Punto 9.3.

⁴ Punto 8.2.

e che anche alcune delle condizioni fattuali siano mutate; cosicché alcune delle premesse poste a fondamento della manifesta infondatezza potrebbero essere riconsiderate sulla base degli accertamenti richiesti.

In realtà, come dimostra il riferimento ai quattro ambiti di accertamento richiesti dall'istruttoria, sembra che essa copra un'area più ampia di quella definita dai «problemi diversi ed ulteriori» rispetto a quelli affrontati nel precedente del Consiglio di Stato. Ed infatti, all'organo incaricato dell'istruttoria non è chiesto solo di fornire chiarimenti in merito alla farmacovigilanza e al consenso informato; sicché, v'è da dedurre, l'esigenza di tali accertamenti sarebbe sussistita anche in assenza della prospettazione di «problemi diversi ed ulteriori».

Ciò vale certamente per quanto costituisce oggetto del primo ambito di richiesta dell'istruttoria: quello relativo alle modalità di valutazione dei rischi e dei benefici della vaccinazione.

3. *La proiezione degli effetti dell'istruttoria nell'eventuale giudizio di costituzionalità e la variabile "tempo" nelle decisioni fondate su dati tecnico-scientifici*

Alla luce delle brevi considerazioni svolte, provo a indicare quelli che mi sembrano gli interrogativi principali che attendono una risposta dagli sviluppi della vicenda in oggetto.

Il primo è se l'utilizzo così ampio e incisivo di strumenti istruttori possa considerarsi legato alla specificità del caso, o se invece sia ipotizzabile una tendenza "sistemica" ad un ampliamento nel loro utilizzo da parte del giudice amministrativo, a fronte di valutazioni fondate su dati scientifici incerti e in continuo divenire.

Rispetto a tale primo profilo problematico resterebbe da comprendere se tale dinamica sia destinata a manifestarsi analogamente in sede di sindacato di legittimità di un atto, e al fine di valutare la non manifesta infondatezza di eventuali questioni di legittimità costituzionale in quella sede prospettate. Perché, è chiaro, un conto è che oggetto della valutazione del giudice sia un atto amministrativo, altro se è una legge o meglio – secondo quanto previsto per l'accesso al controllo di costituzionalità in via incidentale – la sola non manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto quella legge.

Il secondo elemento problematico riguarda l'incidenza che le risultanze dell'istruttoria potrebbero avere sul successivo giudizio innanzi la Corte costituzionale.

Qui la questione diventa ancor più complessa, e si intreccia con il tema della natura stessa del processo costituzionale come tale, e nei rapporti che lo legano, nel caso dell'accesso in via incidentale, al giudizio *a quo*.

Tema così vasto da non potere neppure essere accennato in questa sede, se non limitandosi alla considerazione che, nella vicenda in esame, è proprio l'ulti-

mo profilo indicato ad essere chiamato in causa: la Corte, invero, ove ritenesse superati i possibili profili di inammissibilità sopra accennati, sarebbe chiamata a risolvere una questione nella quale non potrà non assumere un rilievo essenziale l'esito dell'istruttoria svolta di fronte al giudice *a quo*.

E, se è vero che, soprattutto alla luce delle recenti modifiche che la Corte stessa ha apportato alle *Norme Integrative* (su cui subito *infra*), il giudizio incidentale tende a diventare sempre più un giudizio di parti, aperto a contributi esterni⁵, tale dinamica si mostra particolarmente significativa in casi come quello in oggetto, in cui l'apprezzamento della "situazione normativa" è specialmente connotata da elementi tecnici e scientifici⁶.

Tale dinamica refluisce a propria volta sul giudizio *a quo* nel quale il giudice, in questo caso amministrativo, può essere chiamato a utilizzare la propria attività istruttoria anche ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza di questioni di legittimità costituzionale di leggi che è chiamato ad applicare per dare soluzione del caso innanzi a lui pendente.

Esattamente come avviene nel caso in esame.

La pandemia ha attivato e accelerato una serie di dinamiche conflittuali aventi ad oggetto atti adottati sulla scorta di dati di natura tecnico scientifica, e che dai giudici ordinari ed amministrativi sono destinate, probabilmente per molto tempo, a giungere all'attenzione della Corte costituzionale.

Diventa allora ineludibile domandarsi come l'utilizzo di tali strumenti istruttori possa funzionare sulla base di regole certe e predefinite e come tali controllabili; se tali condizioni potranno essere garantite in modo uguale, o almeno tendenzialmente omogeneo di fronte al giudice amministrativo (o ordinario) e a quello costituzionale.

Ciò tanto per l'individuazione dei soggetti ai quali rivolgere i quesiti istruttori – nel caso in specie «un collegio composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria, con facoltà di delega o di farsi coadiuvare per la raccolta dei dati» – quanto per la definizione dell'ambito di estensione e di approfondimento degli accertamenti richiesti. E con la contestuale esigenza di tenere conto della necessità di salvaguardare la sfera che ricade nel libero convincimento del giudice e il suo ruolo di *peritus peritorum*.

Quanto alla Corte costituzionale – accanto alla previsione assai generica in materia istruttoria contenuta nell'art. 13 della legge n. 87 del 1953 e a quelle di

⁵ Si veda a tal proposito M. D'AMICO, *Amici curiae*, in *Quest. Giust.*, 4/2020 e *ivi* gli ampi riferimenti bibliografici.

⁶ L'individuazione "situazione normativa" quale vero oggetto del giudizio di legittimità costituzionale è in modo particolare sostenuta da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, spec. 105 ss.

cui agli artt.14-16 delle *Norme Integrative* (nella rinumerazione approvata il 7 luglio 2021, in G.U n. 262 del 3.11.2021) riferite al giudizio in via incidentale, possono assumere un qual certo rilievo alcune delle modifiche approvate con precedente delibera della Corte stessa dell'8 gennaio 2020.

Di certo quella relativa all'audizione di esperti; e forse anche quella che prevede la figura degli *amici curiae*, rispettivamente inserite dapprima come artt. 4-ter e 14-bis, e poi rinumerate come artt. 6 e 17 con la modifica del 2021.

I dati per procedere a una valutazione del possibile impatto rispetto alla vicenda specifica appaiono ancora piuttosto modesti.

Nel caso degli *amici curiae* l'impatto sulla decisione della Corte non è facilmente prevedibile.

A differenza degli interventi di terzi «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio (di cui al nuovo art. 4, c.3 delle N.I.), gli *amici curiae* «non assumono qualità di parti nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza». La loro ammissione è subordinata a un decreto del Presidente, adottato «sentito il giudice relatore», limitatamente alle «opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (art. 6, cc. 4 e 3 N.I.).

Discorso diverso per l'audizione di esperti⁷.

A norma dell'art. 17 N.I, «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite che, con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti» (comma 1).

Inoltre, la Corte «può altresì disporre l'acquisizione da parte degli esperti ascoltati di documenti o di una relazione scritta, del cui deposito con modalità telematica viene data comunicazione alle parti costituite» (comma 3)⁸.

Dunque, come si comprende, uno strumento istruttorio piuttosto articolato, in una dimensione di contraddittorio effettivo e di confronto con gli esperti chiamati a pronunciarsi, che coinvolge le parti.

La motivazione di una eventuale decisione della Corte che si pronunciasse nel merito avrebbe un contenuto necessariamente legato alle risultanze dell'e-

⁷Sulla disciplina, così come risulta dalle modifiche introdotte nel 2020, si vedano A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2/2020, 13 ss. e S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 373 ss. nonché le relazioni e gli interventi del Seminario del Gruppo di Pisa, *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, Milano 12 novembre 2021, in Gruppo di Pisa – 12 novembre 2021 (Milano) – *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*.

⁸ Si noti che il comma 3 è stato introdotto solo con la riforma delle *Norme Integrative* del 2021. L'art. 14 bis (oggi art. 17) aggiunto nel 2020 si componeva, infatti, solo di due commi.

ventuale istruttoria svolta nel giudizio principale, e di quelle che la stessa Corte dovesse decidere di disporre innanzi a sé, esattamente come potrebbe avvenire nel caso in questione.

Se così fosse la motivazione delle decisioni della Corte costituzionale si arricchirebbe di ulteriori elementi, in questo caso di natura tecnico scientifica, destinati a condizionarne la funzione essenziale di legittimazione delle scelte dalla stessa adottata.

Deve in ultimo rilevarsi come, a fronte di un'emergenza pandemica, lo stesso esito delle istruttorie disposte non possa che essere sensibilmente condizionato dal fattore tempo.

La rapidità di evoluzione della pandemia e degli strumenti tecnici e scientifici che cercano di arginarne gli effetti rischiano di rendere i tempi del processo inadeguati. Tanto più se, come nel caso in specie, si dovesse attivare un giudizio di legittimità costituzionale che proietterebbe la conclusione dell'intera vicenda processuale a quasi due anni dal suo esordio, che risale all'aprile 2021.

Un arco temporale all'interno del quale il fenomeno pandemico, la ricerca scientifica e dunque molti dei dati oggetto delle richieste istruttorie saranno radicalmente modificati.