

Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022  
Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e  
altre questioni in tema di obbligo vaccinale

di Mario R. Spasiano

SOMMARIO: 1. Il rapporto scienza-amministrazione nel sindacato del giudice amministrativo. – 2. L'ordinanza istruttoria Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia 17/1/2022, n. 38. – 3. Alcune questioni a margine, ma non troppo.

1. *Il rapporto scienza-amministrazione nel sindacato del giudice amministrativo.*

Il periodo della pandemia sta mettendo a dura prova talune categorie concettuali che ormai da tempo hanno assunto, anche nel contesto giuridico, rilevanza primaria. In modo particolare mi riferisco al rapporto tra scienza e tecnica, da un lato, e l'esercizio dell'azione amministrativa, dall'altro, ambito che costantemente vede crescere la produzione di atti pubblici supportati da contenuti provenienti da saperi metagiuridici, in grado per lo più, per il carattere dirimente della loro efficacia, di degradare il provvedimento e gli spazi di discrezionalità ad esso correlati, a strumenti di mera trasposizione giuridica di risultanze tecnico-scientifiche vincolanti l'intero esercizio della filiera amministrativa.

Invero ci vollero molti anni perché la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza c.d. Baccarini n. 601/1999), dopo le forti sollecitazioni della dottrina in anni risalenti (mi riferisco in particolare agli studi di Franco Ledda<sup>1</sup>), approdasse al convincimento che la discrezionalità tecnica “è altra cosa dal merito amministrativo”, concretandosi in un giudizio con risultati che magari esulano dalla certezza, semmai sono anche opinabili ma, in ogni caso, non rientrano nella sfera dell'opportunità, aprendo così all'ammissione di nuovi spazi di sindacato per il giudice amministrativo.

I provvedimenti amministrativi a fondamento tecnico-scientifico si presentano peraltro quale frutto di un giudizio applicativo di un metodo a carattere scientifico o para-scientifico, attenendo, per dirla con la felice espressione di Federico Cammeo, “più alla ragione che ad un potere”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 380 ss.

<sup>2</sup> F. CAMMEO, *Corso di Diritto amministrativo*, Padova 1960, 410. Appare interessante ricordare che secondo Cammeo, vi è discrezionalità tecnica qualora l'attività amministrativa sia regolata da norme imprecise, che disciplinano fatti “complessi”, suscettibili di una valutazione opinabile, il cui accertamento comporta un margine di soggettività. Sebbene l'accertamento a farsi presenti carattere soggettivo, esso ha per oggetto pur sempre un fatto, per cui la P.A. compie un'attività di applicazione della norma stessa, che da norma imprecisa nella sua applicazione diviene puntuale mediante

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 601 del 1999, come noto, dette ingresso, secondo una parte della dottrina<sup>3</sup>, ad una nuova figura di eccesso di potere, quella della “*inattendibilità*” dell'accertamento tecnico, affine all’ “*errore manifesto di apprezzamento delle valutazioni tecniche della p.a.*”, già collaudata dalla giurisprudenza francese. Ciò, se determinò, da un lato, preoccupazioni in termini di eccessiva espansione del sindacato del giudice amministrativo, dall'altro legittimò prospettazioni di più ampi spazi di sindacato del giudice amministrativo individuati alla luce del principio costituzionale della piena tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione, nonché al codice del processo amministrativo. Tuttavia, l'espansione pervasiva delle scienze e della tecnica ha continuato nel tempo a produrre un aumento esponenziale dell'ambito della c.d. discrezionalità tecnica e la stessa incertezza che non di rado connota le soluzioni scientifiche poste a suo fondamento finisce col profilare valutazioni alternative di rischio facendo sì che la contaminazione tra diritto e tecnica comporti una parallela contaminazione tra la sfera dell'opportunità e sfera dell'opinabilità in una matassa talora inestricabile.

È per queste ragioni che l'espansione di contenuti a spiccata valenza tecnica in settori in cui è fortemente avvertita l'esigenza di precauzione, comporta che il sindacato giurisdizionale sia obbligato a muoversi sulle incerte ma prudenti orme di principi o criteri quali l'attendibilità, la ragionevolezza, la proporzionalità, la logicità, mediante l'uso di percorsi argomentativi delicati, protesi alla ricerca del maggior grado possibile di certezza<sup>4</sup>, evitando comunque che il giudizio del giudice non si sostituisca a quello dell'amministrazione.

Di certo non è facile, per il giudice, destreggiarsi fra gli ambiti della ricerca del senso compiuto di scelte a contenuto scientifico o tecnico e la tentazione dell'affermazione del proprio soggettivo convincimento. E tale propensione, d'altronde, riceve peraltro ulteriore stimolo dall'attitudine all'uso di quei (pressoché inediti) poteri di indagine istruttoria che inducono sempre più di frequente il giudice ad uno sforzo di penetrazione di quella realtà nelle cui pieghe scienza, tecnica e funzione amministrativa si fondono in un *unicum* ove è davvero difficile distinguere profili di opportunità o credibilità dell'azione amministrativa da quelli di legittimità<sup>5</sup>.

Il giudice amministrativo è di certo, oggi, il *dominus* del fatto e anche della

---

l'utilizzo dei criteri tecnici cui fa rinvio. Al riguardo l'A. osserva: “*Siamo in un campo alquanto diverso da quello della discrezionalità pura, perché qui la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca. Siamo anche però in un campo diverso da quello dell'attività vincolata, perché nell'attività vincolata la norma è precisa, c'è un criterio immutabile di riferimento, l'accertamento dei fatti, mentre, nel caso qui ricordato la norma è imprecisa e i fatti vanno apprezzati con particolari criteri.*”

<sup>3</sup> A. TRAVI, *Nota a Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 aprile 1999, n. 601*, in *Foro italiano*, 2001, II, 10.

<sup>4</sup> F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)* in *Enc. del diritto*, XIII, Milano, 471 ss.

<sup>5</sup> G. DE GIORGI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli 2003; G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, 2002, 127.

sua qualificazione. In esso, egli è impegnato a cercare le risposte ai suoi dubbi. E superata la tradizionale antinomia sindacato forte/sindacato debole sulla discrezionalità tecnica, quel giudice è chiamato a muoversi nella prospettiva dell'esercizio di un controllo atto ad assicurare la legalità sostanziale dell'agire pubblico in termini di sua intrinseca coerenza anche e soprattutto in materie connotate da levato tecnicismo<sup>6</sup>. Coerenza, tuttavia, del ragionamento amministrativo, che non può tradursi in un'idea di coincidenza necessaria della legittimità dell'azione con quella che il giudice abbia nella propria mente.

In altri termini, il sindacato giurisdizionale non deve scivolare nell'esercizio di forme di controllo sostitutivo: la connessione tra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito è indice, comunque, dell'esistenza di un potere di valutazione riservato<sup>7</sup>. Il controllo giudiziario deve restare circoscritto, orientato a verificare le scelte amministrative sotto i profili della correttezza, della ragionevolezza e dell'attendibilità, anche quando la soluzione alla quale sia pervenuta la pubblica amministrazione non coincida con quella che l'organo giudicante avrebbe privilegiato in quanto ritenuta maggiormente efficace<sup>8</sup> o tantomeno più giusta, a meno che l'esercizio del sindacato non individui profili di manifesta illogicità o incoerenza.

## 2. *L'ordinanza istruttoria Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia 17/1/2022, n. 38.*

L'atroce fenomeno pandemico di cui siamo stati e siamo ancora partecipi ha scaricato sulla collettività informazioni a carattere scientifico, provenienti da un infinito numero di fonti, più o meno attendibili, amplificate dal potente impatto mass-mediologico, non sempre privo di contaminazioni ideologiche o mosso da interessi di parte. Tutto ciò ha gettato la collettività o gran parte di essa in una condizione di profondo sconcerto e paura, in balia di messaggi contraddittori provenienti proprio anche dalle sedi istituzionali competenti. L'impatto devastante della pandemia ha indotto gli organismi tecnici istituzionali (Comitato Tecnico Scientifico presso il Ministero della Salute, Istituto Superiore della Sanità, Agenzia Italiana del Farmaco, European Medicines Agency) a rispondere

<sup>6</sup> Su questi punti si rinvia alle importanti sentenze del Cons. Stato, Sez. III, 25/3/2013, n. 1645 e Sez. VI, 13/9/2012, n. 4872.

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. V, 8/1/2019, n. 173: "*Le censure che attengono al merito della valutazione (opinabile) sono inammissibili perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica*".

<sup>8</sup> Sul punto si rinvia alla sentenza del TAR Sardegna, Sez. I, 19/8/2021, n. 604. Per sconfermare la scelta tecnico-amministrativa compiuta, il giudice deve dimostrarne la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità: sul punto, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 18/11/2021, n. 7715 e TAR Campania, Sez. I, 10/2/22, n. 901. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 9/6/2020, 3694

in fretta a domande alle quali a volte risposta non c'era. Forse il timore delle conseguenze di un loro silenzio ha indotto talvolta a fornire comunque risposte, determinando conseguenze anche gravi in termini di ulteriore sconcerto.

Solo con il tempo abbiamo imparato, non senza una buona dose di umiltà, che una pandemia va compresa prima di poter essere combattuta in termini chiari e univoci.

Non intendo trattenermi su questi aspetti, non avendone di certo la competenza necessaria.

Vengo dunque alla ordinanza istruttoria del CGA per la Regione Sicilia 17/1/2022, n. 38, onde verificare se le argomentazioni espresse in tema di esercizio del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica risultino attese dal provvedimento giudiziario in questione.

Quest'ultimo – come noto – ha subordinato alle risultanze di un'istruttoria estremamente ampia e articolata, la decisione relativa alla sussistenza della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla parte appellante circa l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19.

Non starò qui a ripercorrere i profili di censura emergenti dal ricorso dal cui esame il CGA ha ritenuto di rinvenire la sussistenza di differenziazioni nette rispetto a quelle oggetto della precedente, ma comunque recente sentenza n. 7045 del 20/10/2021 della Terza Sezione del Consiglio di Stato (le cui argomentazioni, peraltro, sono state in estrema sintesi ribadite dall'ordinanza cautelare di rigetto emessa dalla medesima Terza Sezione del Consiglio di Stato 4/2/2022 n. 583).

Invero, la sentenza n. 7045 del 2021, ribadita la legittimità dell'obbligo vaccinale nell'ordinamento anche alla luce delle statuizioni della Corte Costituzionale<sup>9</sup>, si è soffermata sull'efficacia e sulla sicurezza dei vaccini e delle relative procedure di commercializzazione, precisando che la adottata procedura “ di autorizzazione condizionata” non costituisce affatto “*una scorciatoia incerta e pericolosa, escogitata ad hoc per fronteggiare un'emergenza sanitaria come quella attuale, ma una procedura di carattere generale, idonea ad essere applicata ... anche al di fuori della situazione pandemica*”.

Particolare interesse, nella medesima statuizione della Terza Sezione, riveste

---

<sup>9</sup> Sul tema, ampi i riferimenti bibliografici, tra i quali: R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19, come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione giustizia*, 6/9/2021; A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 15/9/2021; M. LUCIANI (intervista a), *La carta consente l'obbligo, ma occorre una legge per imporlo*, in *La Repubblica* 5/1/2022; G. GUZZETTA (intervista a), *Sì, l'obbligo vaccinale è consentito dalla Carta, ma questo labirinto ci porta solo al caos*, in *Il punto.News*, 19/2/2022; A. CARLI, *Dalla Consulta al Consiglio di Stato, come il Governo “blinda” l'obbligo vaccinale*, in *Il Sole 24-Ore* del 27/11/2021; P. GENTILUCCI, *Ipotesi di obbligo vaccinale durante la pandemia da Covid-19 e profili di legittimità costituzionale*, in *Diritto.it*, 2021; A. PATANÈ, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2-2021; A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, n. 3/2021.

*L'analisi del rapporto tra diritto e scienza: ivi si precisa che “la riserva di scienza, alla quale il decisore pubblico sia a livello normativo che amministrativo deve fare necessario riferimento nell'adottare le misure sanitarie atte a fronteggiare l'emergenza epidemiologica, lascia, per l'inevitabile margine di incertezza che contraddistingue anche il sapere scientifico nella costruzione di verità acquisibili solo nel tempo, a costo di severi studi e di rigorose sperimentazioni e sottoposte al criterio di verifica-falsificazione, un innegabile spazio di discrezionalità nel bilanciamento tra i valori in gioco, la libera autodeterminazione del singolo, da un lato, e la necessità di preservare la salute pubblica e con essa la salute dei soggetti più vulnerabili, dall'altro; una discrezionalità che deve essere senza dubbio usata in modo ragionevole e proporzionato e, in quanto tale, soggetta nel nostro ordinamento a livello normativo al sindacato di legittimità del giudice delle leggi e a livello amministrativo a quello del giudice amministrativo”.*

Dal carattere condizionato dell'autorizzazione dei vaccini e dall'esigenza di prosecuzione degli approfondimenti o di conduzione di nuovi studi al fine di rinvenire ulteriore conferma dei risultati conseguiti, il CGA, nella ordinanza in discussione, trae motivo per far propri i dubbi sollevati dall'appellante riguardanti l'attendibilità e la sufficienza degli studi sin qui condotti a supporto del vaccino, nonché del monitoraggio condotto sulla sua somministrazione. Inoltre, la presenza di varianti dell'originale virus induce poi l'organo di giustizia siciliano a dubitare dell'efficacia del rimedio vaccinale, associato alla sua reiterazione in tempi brevi sulla cui opportunità non si ravvisa una unanime posizione scientifica, ponendosi così un ulteriore problema di proporzionalità.

Orbene, è noto che i parametri fissati dalla Corte Costituzionale in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria in ambito vaccinale sono: 1) “non nocività dell'inoculazione per il singolo paziente”; 2) beneficio per la salute pubblica; 3) garanzia di una comunicazione informata circa i rischi e le precauzioni da adottarsi; 4) esercizio della discrezionalità legislativa entro il parametro delle acquisizioni mediche e scientifiche, finalizzato anche a disciplinare gli accertamenti preventivi tesi a evitare eventuali complicanze.

Proprio su tali parametri, il CGA, disconoscendo evidentemente, da parte degli organi di governo sanitario, l'uso di una discrezionalità ragionevole e proporzionata, dispone di dar vita ad un'indagine istruttoria molto puntuale che investe molteplici e particolareggiati profili attinenti alle concrete modalità di svolgimento del rapporto medico-paziente, nonché all'azione di farmaco-vigilanza.

Nella prospettiva, in estrema sintesi, l'istruttoria chiede di chiarire: 1) se ai medici di base siano state fornite direttive, prescrivendo di contattare i propri assistiti ai quali, eventualmente, suggerire test pre-vaccinali; 2) le modalità con le quali il medico di base sia reso edotto dell'avvenuta vaccinazione al suo assistito; 3) la documentazione offerta al vaccinando al momento della somministrazione del farmaco; 4) la portata del perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso

informato anche in situazione di obbligo vaccinale; 5) quali siano i dati attualmente raccolti in ordine alla efficacia dei vaccini, con specifico riferimento anche al numero dei vaccinati contagiati dal virus; 6) i dati sul numero di ricovero e decessi dei vaccinati contagiati, in comparazione con quelli dei non vaccinati; 7) se sia demandato ai medici di base comunicare tutti gli eventi avversi e le patologie dai quali risultino colpiti i soggetti vaccinati ed entro quale *range* temporale di osservazione; 8) di comunicare solo eventi avversi espressamente elencati in direttive eventualmente trasmesse ai sanitari; 9) se sia a discrezione dei medici di base comunicare eventi avversi che, a loro giudizio, possano essere ricollegabili alla vaccinazione; 10) con quali modalità i medici di base accedano alla piattaforma per dette segnalazioni, chi prenda in carico le stesse, da chi vengano elaborate e studiate.

L'esame di tali richieste istruttorie induce invero a ritenere che le stesse si pongano, da un lato, al di là dei poteri di sindacato propri 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<sup>10</sup>.

Una premessa: disconoscendo di fatto l'uso da parte del legislatore (e quindi dell'amministrazione in sede applicativa dei disposti normativi) di una discrezionalità ragionevole e proporzionata, l'ordinanza non ne indica le ragioni dirette e, soprattutto, omette di motivare in ordine al conseguimento di oggettivi risultati di contenimento della diffusione del virus e dei suoi effetti letali (raffrontati a quelli di altri Paesi), elementi che oggettivamente, seppure non fossero condivisi dal diverso orientamento del giudice, paiono in ogni caso dare ampiamente conto della ragionevolezza dei disposti normativi a monte e, in generale, della efficacia delle scelte di politica e azione sanitaria prescelte: condizione che di per sé induce a ritenere insussistente la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale se non sostituendo l'opinione dell'organo giurisdizionale con quello del legislatore e quindi dell'amministrazione, paventando un'ipotesi di straripamento di potere.

Tanto premesso, si rileva:

a) In ordine al rapporto medico-paziente, occorre innanzitutto considerare che, come ribadito da costante giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenze n. 282 del 2002; n. 338 del 2003; n. 151 del 2009; n. 274 del 2014; n. 169 del 2017; n. 5 del 2018), il legislatore non può spingersi a definire le pratiche terapeutiche ammesse, tantomeno indicandone relativi limiti e condizioni. È il medico, in scienza e coscienza, autonomia e responsabilità, a dover operare, con

<sup>10</sup> Interessanti i contributi di B. LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in CERIDAP, 8/2/2022; I. Nicotra, *Diritto alla salute, obbligo vaccinale e diritto al lavoro. Alla ricerca di un delicato bilanciamento nel tempo dell'emergenza permanente*, in LavoroDirittiEuropa, 28/12/2021.

il consenso del paziente, le necessarie scelte terapeutiche. Spetta sempre al medico stabilire le più appropriate modalità con le quali ritiene di dover procedere in ordine alla sottoposizione di un paziente ad un determinato trattamento.

Ne deriva che la richiesta istruttoria del CGA circa l'esistenza di direttive ai medici di base al riguardo appare inappropriata.

b) Il CGA non dispone alcuna specifica istruttoria in ordine alla validità e al grado di affidabilità delle procedure di sperimentazione, nonché di commercializzazione dei vaccini, procedure sulle quali, con dovizia di approfondimento si trattiene la richiamata sentenza n. 7045 del 2021 del CdS. Eppure quelle informazioni costituiscono l'immediato parametro di riferimento relativo alle somministrazioni vaccinali e, soprattutto, l'eventuale punto nodale di indagine del giudice amministrativo nell'esercizio dei suoi poteri istruttori in ordine ad un'attività intimamente fondata su elementi a carattere scientifico, onde verificarne la rispondenza a parametri di correttezza e di verificabile attendibilità.

c) Per quanto concerne le istanze istruttorie relative al consenso informato, appare opportuno considerare che la Corte Costituzionale (sent. 438/2008) ha avuto modo di chiarire che esso rinvia fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost., con funzione di sintesi di due diritti fondamentali, quello della autodeterminazione e quello alla salute: il diritto alla salute si completa con il diritto a ricevere le opportune informazioni sulle scelte terapeutiche e le sue eventuali alternative, onde garantire la piena libertà e consapevolezza della scelta del paziente.

La l. n. 219 del 2017, disciplinante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* all'art. 1 dispone testualmente che *“la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”*.

In altri termini il consenso informato è innanzitutto un obbligo al quale nessun medico può sottrarsi. Laddove poi sussista un obbligo vaccinale (o anche una semplice raccomandazione), il consenso (termine evidentemente adoperato, nel caso di obbligo vaccinale, in senso improprio, ma non inutile) mantiene la propria rilevanza dal momento che la sua finalità permane è volta a chiarire anche al paziente che si sottopone obbligatoriamente all'obbligo vaccinale, il quadro di riferimento che presiede alla somministrazione del farmaco. Qui si esaurisce il profilo soggettivo della problematica consensuale. La eventuale persistente volontà di sottrarsi all'obbligo implica poi conseguenze che si traspongono invece sul piano della tutela oggettiva della salute pubblica, un problema di natura collettiva, dal momento che le conseguenze previste – come noto – si applicano solo in caso di violazione degli obblighi di divieto di frequentazione di taluni contesti, compreso quello lavorativo, lungi naturalmente dal porsi quale possibile oggetto di assolvimento in forma di costrizione coercitiva.

d) Per quanto concerne invece gli aspetti di monitoraggio e di farmaco-vi-

gilanza, atti a prevenire effetti avversi di trattamenti correlati all'uso di farmaci, appare condizione ben conosciuta tra gli addetti ai lavori che essi risultano regolati dal d. lgs. n. 42/2014, dal d. lgs. n. 274/2007 e dal d. lgs. n. 219/2006 (tutti attuativi di direttive europee sul tema).

È peraltro ampiamente noto che in relazione ai vaccini per il Covid-19, sono costantemente realizzati da parte degli organismi istituzionalmente preposti ma anche di centri studi, università e centri di ricerca, specifici studi e monitoraggi circa l'effetto sull'andamento epidemiologico, i cui dati sono periodicamente aggiornati. In particolare, i rapporti dell'AIFA, con cadenza trimestrale, e l'attività posta in essere dal Ministero della Salute in applicazione della disciplina di cui al decreto del Ministero della Salute 30/4/2020 paiono soddisfare le esigenze istruttorie di cui all'ordinanza del CGA, tanto più per la facile e immediata accessibilità via web alle stesse.

Il Piano vaccinazioni contro il Covid-19 (anch'esso periodicamente aggiornato), poi, completa il quadro: adottato dal Ministero della Salute con D.M. 1273/2021 dispone anche in ordine alle procedure di vaccino-vigilanza e agli obiettivi di comunicazione.

Le esigenze istruttorie indicate dal CGA ai fini dell'esercizio del sindacato giurisdizionale in ordine a provvedimenti inerenti all'obbligo di vaccinazione non paiono rispondere dunque a quelle esigenze di verifica di correttezza e attendibilità alle quali il sistema giurisdizionale amministrativo correla, legittimandolo, l'uso del sindacato nei confronti dell'attività tecnico-discrezionale.

Sebbene dal provvedimento giudiziario traspaia un autentico spirito garantistico, la strada intrapresa non convince.

È indubbio che il sistema messo in piedi dall'organizzazione sanitaria nazionale in tempi di pandemia e le norme che ad esso hanno dato vita possano presentare falle e contraddizioni talora anche vistose, ma la coerenza del sistema complessivo, la sua efficacia non sono posti in discussione dalla messa in dubbio di singoli profili organizzativi che, pur rilevanti, innanzitutto pertengono al merito dell'azione amministrativa, sono frutto di scelte possibili (magari non condivise) costituenti una delle possibili modalità di scelta alla quali l'amministrazione si è affidata; inoltre, essi sono il frutto di una lotta ad un fenomeno pandemico di proporzioni immani a fronte della quale l'evidenziazione di specifici e di certo non decisivi elementi di contraddizione o di inefficacia, non hanno e non possono avere ragionevolmente considerazione.

Sotto altro profilo, viene anche da rilevare che l'ordinanza istruttoria in questione si incentra sulle regole di controllo e di monitoraggio, da un lato, e sul rapporto tra medico e paziente, dall'altro: orbene, entrambi i profili non costituiscono oggetto diretto di disciplina della disposizione (art. 4 del d.l. n. 44/2021) della cui legittimità costituzionale si dubita: la circostanza potrebbe verosimilmente determinare riflessi sulla ritenuta rilevanza della questione di

costituzionalità, come opportunamente rileva B. Liberali<sup>11</sup>.

Da ultimo, l'utilizzo dello strumento istruttorio, per di più a così ampio spettro, per sollevare, eventualmente, la questione di costituzionalità della disposizione indicata dall'appellante solleva un ulteriore profilo problematico: viene infatti da chiedersi se in questo caso si permanga ancora nell'alveo della "non manifesta infondatezza", ovvero si rischi di navigare verso approdi impropri quale potrebbe essere una declaratoria di manifesta infondatezza che, di fatto, rischierebbe di ergere il CGA direttamente a giudice delle leggi, avendo travalicato i confini della sommaria delibazione. Il giudizio di non manifesta infondatezza della questione non affida al giudice remittente il compito di selezionare le questioni da trasmettere alla Consulta, bensì quello di filtrare solo quelle che, sulla base di indici oggettivamente verificabili, siano ritenute prive di fondamento<sup>12</sup>. Ma evidentemente il giudice si va orientando nel senso di sollevare la questione di costituzionalità.

### 3. *Alcune questioni a margine, ma non troppo*

Tre brevissime riflessioni a margine della vicenda all'esame.

a) Innanzitutto, il decreto-legge, strumento normativo a carattere provvisorio in quanto soggetto alla procedura parlamentare di conversione, non è adeguato a disporre norme che impongano obblighi a carattere irreversibile come la sottoposizione a vaccinazione.

b) Il virus in questione è molto più veloce delle politiche reattive sanitarie di qualsiasi Paese, facendo sì che mentre si predispongano le norme o si definiscono giudizi, la situazione sia già mutata.

Così è accaduto, ma solo a titolo esemplificativo, che il decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, che ha imposto l'obbligo vaccinale a tutti gli ultracinquantenni a decorrere dal 15 febbraio 2022, emanato in una situazione di grave condizione sanitaria del Paese, abbia trovato applicazione in una data, il 15 febbraio appunto, nella quale l'ondata pandemica "pare" essere ormai in deciso declino, una condizione che potrebbe addirittura preludere – a parere degli esperti – ad una sorta di passaggio da fenomeno pandemico a fenomeno di tipo endemico, molto più blando e comunque ampiamente controllabile grazie all'effetto vaccinale e anche a nuove terapie farmacologiche.

La validità del rigido sistema sanzionatorio previsto, con imposizione di

---

<sup>11</sup> B. LIBERALI, op. cit.

<sup>12</sup> In termini, F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, "Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano 1972, *passim*. M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto ...)*, in *Forum Cost.* 13 maggio 2004, 2.

obblighi tanto gravosi sulle libertà personali, andrebbe valutata e commisurata costantemente all'andamento delle condizioni che la hanno determinata in termini di ragionevolezza e proporzionalità, come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale (Guzzetta). Agli esperti resta il compito di dettare le condizioni, tanto più che il 31 marzo 2022 pare (in materia il condizionale è d'obbligo) cessare lo stato di emergenza.

c) In ultimo, l'arcipelago di orientamenti giurisprudenziali emergenti dal rilascio di decreti cautelari dei diversi TTAARR di opposto orientamento (sospensione o non sospensione dell'obbligo vaccinale) sta contribuendo, semmai ve ne fosse bisogno, a togliere univocità di riferimenti e ulteriore sconcerto, con conseguenze che vanno ben al di là delle singole vicende trattate. Di questo il Consiglio di Stato nella sua Adunanza si potrebbe far carico anche in considerazione del differente orientamento delle pronunce della Terza Sezione e del CGA.