

Istruttoria tecnico-scientifica nel giudizio *a quo* e giudizio di legittimità costituzionale: il caso dell'obbligo vaccinale nella decretazione d'urgenza per il contrasto della pandemia da Covid-19

di Elisa Cavasino

SOMMARIO: 1. Il tema ed i profili d'interesse: muovendo dall'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. – 2. Sull'estensione per analogia degli obblighi vaccinali. – 3. Ancora su oscurità ed incoerenze della disciplina sugli obblighi vaccinali in tema di accesso alle strutture socio-sanitarie. – 4. Istruttoria tecnico-scientifica e motivazione sulla non manifesta infondatezza. Aspetti problematici.

1. *Il tema ed i profili d'interesse: muovendo dall'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*

L'ordinanza n. 38 del 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana apre un complesso di interrogativi in tema di decretazione d'urgenza, potere amministrativo e le garanzie giurisdizionali della legalità costituzionale nel corso dell'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia da Covid-19.

Queste brevi riflessioni avranno ad oggetto tre aspetti specifici di tale macro-tema, tutti collegati all'introduzione dell'obbligo vaccinale come misura di contrasto del Covid-19. Com'è noto, l'obbligo vaccinale è stato introdotto, con decreto legge, dapprima, per alcune categorie di lavoratori (art. 4 d.l. n. 44 del 2021) e, successivamente, per intere fasce della popolazione (art. 1 d.l. n. 1 del 2022).

Non ci si soffermerà sul tema della legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza per introdurre e disciplinare obblighi vaccinali, considerando che la Corte costituzionale si è già pronunciata sul punto in relazione al d.l. n. 73 del 2017 *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale* (cosiddetta “riforma Lorenzin”) con la sentenza n. 5 del 2018¹. In quella pronuncia, il Giudice costituzionale ha richiamato l'*ampio* margine di discrezionalità nel valutare i presupposti di straordinaria necessità e urgenza “che giustificano l'adozione di un decreto-legge in materia” e ha collegato, nella fattispecie, tale apprezzamento *discrezionale* sulla sussistenza della necessità e dell'urgenza nell'introduzione dell'obbligo vaccinale anche agli orientamenti espressi dall'OMS per l'Europa in tema di contrasto di specifiche malattie infettive per le quali viene introdotto l'obbligo vaccinale.

¹ Su cui anche con riguardo agli obblighi vaccinali da covid-19 D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo*, in Osservatorio.AIC, 2021, num. 1. A commento della sentenza si veda A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Giurcost.org*, 2018, num. 1.

È degno di nota in particolare il seguente passaggio della decisione: “a fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro” (e gli indici di riferimento, si ribadisce, sono quelli definiti dall’OMS per la regione Europea), la Corte ha ritenuto che “rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione”².

Ebbene, è utile ricordare, a proposito delle vaccinazioni per il contrasto virus COVID-19, che l’OMS, per la regione Europea nel corso del 2020 e del 2021 ha elaborato una serie di strategie e raccomandazioni volte ad assicurare l’effettiva ed incrementale somministrazione dei vaccini anti-covid come strumento di contrasto della pandemia³.

Questo contributo invece mira ad approfondire alcuni profili problematici relativi alla legittimità di alcune prassi amministrative ed ai conseguenti orientamenti giurisprudenziali in tema di obbligo vaccinale anti-covid; alla evoluzione della disciplina sull’obbligo vaccinale ed, infine, alle dinamiche che questa ordinanza istruttoria potrebbe determinare rispetto ad una eventuale apertura del giudizio di legittimità costituzionale.

Il primo ordine di considerazioni riguarderà la possibilità di estendere per analogia la disciplina sugli obblighi vaccinali. In secondo luogo, ci si soffermerà sulla la ragionevolezza rispetto alla *ratio* della disciplina sugli obblighi vaccinali nell’accesso alle strutture socio-sanitarie per motivi di studio, lavoro, ricerca e formazione. Infine, si dedicheranno alcune riflessioni sul rapporto fra istruttoria tecnico-scientifica nel processo amministrativo e giudizio di legittimità costituzionale.

2. *Sull’estensione per analogia degli obblighi vaccinali*

L’ordinanza del CGARS offre l’opportunità di riflettere sulle tecniche di interpretazione utilizzate per definire il campo di applicazione dell’obbligo vaccinale introdotto per specifiche categorie di lavoratori, ossia quelli dei servizi socio-sanitari. Nella vicenda processuale sottesa all’adozione dell’ordinanza, l’Amministrazione universitaria ha ritenuto di dover inibire l’accesso alle strut-

² Corte cost. n. 5 del 2018 par. 6.4. *Considerato in diritto*.

³ Si vedano almeno i documenti pubblicati in <https://www.euro.who.int/en/health-topics/disease-prevention/vaccines-and-immunization/covid-19-vaccines-and-vaccination/country-preparedness/operational-guidance-to-support-member-states-in-preparing-for-and-implementing-covid-19-vaccination>

ture sanitarie “in presenza” ad uno studente universitario iscritto ad un corso di laurea che consentiva di svolgere professioni sanitarie, che doveva svolgere un tirocinio formativo obbligatorio per conseguire il titolo di studio.

È opportuno evidenziare quale sia la posizione assunta dal giudice amministrativo rispetto a tale prassi amministrativa.

Il giudice amministrativo inquadra la fattispecie nei seguenti termini: a) ci si trova dinanzi ad un provvedimento dell’Amministrazione universitaria limitante il pieno ed effettivo esercizio del diritto all’istruzione; b) l’effetto lesivo del diritto all’istruzione discende da un’interpretazione *teleologica* della disciplina dell’obbligo vaccinale avente per espressi destinatari solo alcune categorie di lavoratori (art. 4 c. 1 d.l. n. 44 del 2021).

In altri termini, sarebbe stata la tecnica interpretativa utilizzata dall’Amministrazione – ritenuta “corretta” dal giudice amministrativo – a condurre all’estensione, per analogia, dell’obbligo vaccinale agli studenti universitari dell’area medica e sanitaria.

È così possibile evocare l’art. 4 c. 1 d.l. n. 44 del 2021 per la fattispecie di cui si discute, mentre, con ogni probabilità, si sarebbe dovuto concludere nel senso dell’esclusione della possibilità di ritenere applicabile tale disciplina ove si fosse praticata un’interpretazione letterale e si fosse concluso per la tassatività dell’elenco delle categorie sottoposte ad obbligo.

In questa specifica vicenda, la compressione di un diritto costituzionale, il diritto allo studio, e l’introduzione di un trattamento sanitario obbligatorio per effetto del bilanciamento con l’esigenza di contrasto della pandemia, si definiscono, per il giudice (che così ricostruisce la posizione assunta dall’Amministrazione universitaria), sulla base dell’antico brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Ora, ci si chiede, ricorrere ad un’interpretazione letterale e volta ad assicurare la tassatività della misura per quanto riguarda l’individuazione dei destinatari dell’obbligo, sarebbe stato “scorretto”?

È interessante notare che sul nodo della tecnica interpretativa da utilizzare per definire il campo di applicazione della disciplina sull’obbligo vaccinale, il Tribunale amministrativo regionale non si è espresso in modo così netto come il CGARS.

Il TAR, infatti, nel respingere l’istanza cautelare, si era orientato nel senso che “in un’ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi e allo stato dei fatti, appare prevalente l’interesse pubblico a evitare di fare frequentare le strutture sanitarie da soggetti non vaccinati esponendo al rischio di contagio operatori sanitari e pazienti ivi presenti”⁴ senza riferirsi espressamente all’art. 4 d.l. n. 44 del 2021.

Il CGARS, invece, in sede d’appello avverso il diniego di sospensiva, si

⁴ TAR Sicilia, Sez. I, Ord.16-20/9/2021, n. 568/2021 REG.PROV.CAU.

premura di giustificare l'interpretazione *secondo la ratio* della disciplina dell'obbligo vaccinale ritenendo che: “permanga l'interesse alla decisione in relazione alla normativa posta a base degli atti impugnati, in considerazione del fatto che all'appellante (data la giovane età) non trova applicazione l'obbligo vaccinale introdotto per gli ultracinquantenni dal d.l. 7 gennaio 2022 n. 1” e che sono “infondati, avuto riguardo alla ratio della normativa”, tutti i “profili” del ricorso volti a sostenere “l'inapplicabilità agli studenti tirocinanti dell'obbligo vaccinale introdotto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021”⁵.

Va evidenziato anche che il CGARS giunge a ritenere “corretta” l'interpretazione analogica della disciplina sull'obbligo vaccinale sulla base di un'interpretazione della stessa *orientata* dal principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. omettendo però di richiamare, in questi passaggi, l'art. 32 Cost. che è la disposizione costituzionale di riferimento primario per definire il bilanciamento fra principio di solidarietà e autodeterminazione nel caso dell'obbligo vaccinale, proprio perché dedica un comma a disciplinare l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio (TSO) ponendo una riserva di legge (“per disposizione di legge”) rinforzata per contenuto, dato che non si possono comunque “violare i limiti del rispetto della persona umana”⁶.

Ora, l'interpretazione analogica è praticabile rispetto alla disciplina dei TSO? La risposta è certamente negativa per il TSO coattivi, trattandosi di ipotesi in cui viene senza alcun dubbio compressa la libertà personale (art. 13 Cost.).

Quanto ai TSO obbligatori, ci sono dei margini di incertezza. Innanzitutto, va sicuramente considerato il tipo di sanzioni conseguenti alla mancata ottemperanza all'obbligo perché se si tratta di sanzioni “affittive” come quelle penali, si può ritenere che si rientri ancora una volta nel campo di applicazione dell'art. 13 Cost. e dei principi costituzionali in materia penale (artt. 25 e 27 Cost.).

Per i TSO non coattivi e non assistiti da sanzioni penali, se astrattamente è possibile ritenere che l'Amministrazione, in un contesto di grave emergenza sanitaria e di “oscurità” del testo legislativo, possa anche essere indotta a operare nel senso dell'estensione per analogia del campo di applicazione di una certa disciplina volta a prevenire la diffusione di malattie altamente infettive, per il giudice, invece, si apre una opzione differente che sembra più in linea con l'effettività delle garanzie delle libertà costituzionali.

Il giudice si trova dinanzi ad una disciplina sull'obbligo vaccinale che appare lacunosa ed incoerente. È dunque chiamato ad affrontare il nodo della *ragionevolezza* della stessa.

⁵ CGARS Ord. 12-17/1/2022 n. 38/2022 parr. 4 e 5.

⁶ Sul punto si vedano almeno V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 556 e S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitario obbligatori e Costituzione* (a proposito della disciplina delle vaccinazioni), in *Dir. soc.*, 1979, 875 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione* (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue), in *Dir. soc.*, 1982, pp. 303 ss..

In altre parole, ove si ritenesse di dover esaurire la ricostruzione del quadro normativo applicabile al solo art. 4 c. 1° d.l. n. 44 del 2021, non ci sarebbe bisogno di concludere che l'unica interpretazione "corretta" è quella di estendere per analogia l'obbligo vaccinale, perché ben si potrebbe praticare una interpretazione "alternativa", che sembra più coerente con il quadro delle garanzie costituzionali delle libertà e dei diritti, che consente di escludere la sussistenza dell'obbligo vaccinale.

Ove invece si ritenesse irrazionale l'esclusione di alcune categorie di soggetti dall'obbligo vaccinale, bisognerebbe prospettare una questione di legittimità costituzionale, ma lo si potrebbe fare soltanto nel senso della estensione dell'obbligo: in altri termini, bisognerebbe rimettere una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la "norma omessa" dal legislatore, che rende "irrazionale" l'obbligo vaccinale solo per i lavoratori e gli operatori socio-sanitari.

In altre parole, nella vicenda *di cui qui si discute*, sembrerebbe opportuno, piuttosto che muovere dall'interpretazione analogica dell'art. 4 c. 1° d.l. n. 44 del 2021, rimettere una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 4 c. 1° d.l. n. 44 del 2021 indicando uno specifico "verso" dell'addizione, tale da consentire l'estensione dell'obbligo agli studenti universitari.

Perché il giudice amministrativo si è orientato diversamente? Una spiegazione possibile potrebbe essere che l'obiettivo di fondo sia censurare l'obbligo vaccinale *tout court* e che il ricorso all'interpretazione analogica è l'unica via per provare a sfuggire ad una pronuncia di inammissibilità per carenza di rilevanza.

Da questo punto di vista, l'ordinanza del CGARS non appare dunque pienamente convincente, ma, probabilmente, la valutazione della rilevanza della questione sarà oggetto di ulteriori considerazioni in una eventuale ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale. A questo proposito si dirà qualcosa di più nel paragrafo seguente

3. *Ancora su oscurità ed incoerenze della disciplina sugli obblighi vaccinali in tema di accesso alle strutture socio-sanitarie*

Il secondo aspetto d'interesse, sempre per quanto concerne la rilevanza della questione, riguarda la considerazione che dovrebbe assumere la serie d'interventi del legislatore in tema di definizione del campo di applicazione dell'obbligo vaccinale rispetto alla motivazione di una eventuale ordinanza della questione di legittimità costituzionale. Per molti aspetti relativi alla possibile soluzione da offrire a questo interrogativo si condivide e si rinvia al contributo di Giuseppe Verde.

Qui interessa soltanto aggiungere che, nella valutazione della rilevanza della questione, ove si ritenesse di dover procedere alla rimessione della questione di legittimità costituzionale, andrebbe certamente irrobustita la motivazione sulla

rilevanza, approfondendo l'analisi relativa all'evoluzione della disciplina sugli obblighi vaccinali che riguardano l'accesso alle strutture socio-sanitarie per motivi di lavoro, ricerca, formazione, studio.

Si ribadisce, al riguardo, che il Consiglio di giustizia amministrativa, in sede di appello cautelare, infatti, è stato chiamato a valutare "l'erroneità dell'ordinanza" del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia Sezione Prima" con la quale si respingeva a richiesta di sospensione del provvedimento dell'Ufficio di Gabinetto del Rettore dell'Università degli studi di Palermo del 27 aprile 2021.

L'Ateneo, in una vicenda che riguardava lo svolgimento dei tirocini di area medica/sanitaria da parte di uno studente non vaccinato, ma che aveva già contratto il Covid-19, aveva impedito lo svolgimento del tirocinio "in presenza all'interno delle strutture sanitarie".

L'art. 4 c. 1 d.l. n. 44 del 2021, disposizione che sembra essere richiamata nella nota rettorale (da quanto emerge, almeno, dal testo dell'ordinanza del CGARS), disponeva, nel testo originario che: "Al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita, comprensiva, a far data dal 15 dicembre 2021, della somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, nel rispetto delle indicazioni e dei termini previsti con circolare del Ministero della salute. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. [...]".

Certamente, come si è detto nel paragrafo precedente, la legge appare oscura.

La categoria di "lavoratori" e "operatori di interesse sanitario" poteva apparire di difficile interpretazione all'Amministrazione, in un contesto emergenziale e data la rigidità delle reazioni normative alla diffusione del virus nella popolazione. Dunque, l'Università, nella ricostruzione della fattispecie normativa, ben avrebbe potuto riposare sul testo dell'art. 2 c. 1 lett. a) d.lgs. n. 81/2008 per comprendervi all'interno anche gli studenti, anche se, per essere precisi, il significato di "lavoratore" di cui alla citata disposizione del d.lgs. n. 81/2008 appare confinato dallo stesso legislatore all'applicazione disciplina sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Ma, comunque, per tentare di definire l'oscuro ambito di applicazione della lacunosa disciplina emergenziale sull'obbligo vaccinale appena introdotta, l'Ateneo poteva anche aver ritenuto che "lavoratore" potesse essere considerata qualsiasi persona che "indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o

privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari” ai sensi del d.lgs. n. 81/2008 e del d.l. n. 44/2021.

Per ribadire quanto “oscura” potesse apparire la disciplina recata dal d.l. n. 44/2021, il legislatore, già con la legge di conversione (l. 28 maggio 2021, n. 76), aveva dovuto iniziare a chiarire meglio proprio il profilo delle “categorie” destinarie dell'obbligo, introducendo delle integrazioni all'art. 4 c. 1 d.l. n. 44/2021, precisando che per esercenti le professioni sanitarie ci si riferiva ai lavoratori “di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43” e che la vaccinazione costituiva requisito essenziale per l'esercizio della professione e lo svolgimento delle “prestazioni lavorative dei soggetti” obbligati. In altre parole, si chiariva, in sede di conversione in legge, con maggiore precisione a quali categorie di soggetti si applicava l'obbligo vaccinale in questione e fra queste erano espressamente menzionati gli studenti universitari.

Successivamente, però, l'oscurità nella determinazione del campo di applicazione dell'obbligo vaccinale si affacciava nuovamente con l'entrata in vigore del decreto legge 6 agosto 2021, n. 111 convertito con mod. dalla l. n. 24 settembre 2021 n. 133, il quale recava l'art. 2-bis, rubricato “estensione dell'obbligo vaccinale in strutture socio-assistenziali e socio-sanitarie”, che disponeva l'estensione dell'obbligo vaccinale “dal 10 ottobre 2021 al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza” nei seguenti termini: “l'obbligo vaccinale previsto dall'articolo 4, comma 1, si applica altresì a tutti i soggetti, anche esterni, che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture di cui all'articolo 1-bis, incluse le strutture semiresidenziali e le strutture che, a qualsiasi titolo, ospitano persone in situazione di fragilità”.

Sarà soltanto con legge 21 gennaio 2022, n. 3 *Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172 recante Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali* che verrà assicurata piena chiarezza nella definizione dei destinatari dell'obbligo vaccinale. La l. n. 3 del 2022, infatti, oltre ad aver esteso l'obbligo vaccinale ad intere fasce della popolazione sulla base dell'età, ha *corretto* la lacunosità e l'irragionevolezza della disciplina dell'obbligo vaccinale disposto dal d.l. n. 44 del 2021 in relazione all'accesso a strutture socio-sanitarie per ragioni di lavoro, studio, ricerca e formazione, introducendo un nuovo comma nel corpo dell'art. 4 d.l. n. 44 del 2021, espressamente dedicato all'obbligo vaccinale per gli studenti dei corsi di laurea di area medica e sanitaria.

Il testo attuale dell'art. 4 d.l. n. 44 del 2021 reca, infatti, oggi il seguente comma: «1-bis. L'obbligo di cui al comma 1 è esteso, a decorrere dal 15 febbraio 2022, anche agli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie. La violazione dell'obbligo di cui al primo periodo

determina l'impossibilità di accedere alle strutture ove si svolgono i tirocini pratico-valutativi. I responsabili delle strutture di cui al secondo periodo sono tenuti a verificare il rispetto delle disposizioni di cui al presente comma secondo modalità a campione individuate dalle istituzioni di appartenenza».

4. *Istruttoria tecnico-scientifica e motivazione sulla non manifesta infondatezza. Aspetti problematici*

Il terzo aspetto d'interesse riguarda, infine, le dinamiche che l'ordinanza istruttoria del CGARS sembra miri a realizzare fra giudizio *a quo* e giudizio di legittimità costituzionale. Ci si trova dinanzi ad una possibile questione di legittimità costituzionale che intercetta una disciplina di carattere tecnico-scientifico la quale ha effetti lesivi sull'esercizio dei diritti costituzionali.

Un tratto evidente dell'ordinanza è che il Giudice amministrativo mira ad utilizzare in modo inusuale e ampio i propri poteri istruttori al fine, sembra almeno ad una prima impressione, di sorreggere in modo ponderoso sul piano tecnico-scientifico la valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione.

L'ordinanza del CGARS di cui qui si discute, infatti, dopo una succinta ricostruzione della *fattispecie normativa* volta in parte a definire la rilevanza della questione di legittimità costituzionale della disciplina sull'obbligo vaccinale, si impegna nella costruzione di una imponente mole di quesiti utili a svolgere un'istruttoria tecnico-scientifica che dovrebbe condurre ad una piena valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Sotto il profilo della ampiezza dell'istruttoria; della difficoltà a ricondurla al giudizio pendente dinanzi al giudice amministrativo; delle dinamiche che questa forma ampia ed eccessivamente articolata di esercizio dei poteri istruttori determina nelle relazioni fra potere normativo e potere giudiziario, per brevità, qui si aderisce e si rinvia ai contributi di Mario Rosario Spasiano, Aristide Police, Marco Mazzamuto.

In questa sede s'intende, invece, prospettare qualche ulteriore riflessione legata alle considerazioni sul punto prospettate nel contributo di Antonio Ruggeri e nella relazione di Alessandro Mangia, in quel passaggio in cui si riferisce all'amministrativizzazione del potere normativo (e all'istruttoria legislativa), con riferimento agli effetti sul potere del giudice di valutare e motivare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

La lettura dell'ordinanza istruttoria del CGARS, nella parte in cui subordina la valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione allo svolgimento di ampi ed articolati adempimenti istruttori di natura tecnico-scientifica, provoca un effetto di spiazzamento nel lettore, poiché il giudice amministrativo sembra interpretare il suo ruolo non come quello di giudice che rimette una questione di legittimità costituzionale che muove dall'applicazione della legge ad un caso

concreto, quanto, piuttosto, di un organo che attiva un *giudizio di costituzionalità della legge* rendendo valutazioni di carattere astratto e generale sulla sospetta incostituzionalità della stessa, tali da “provare” piuttosto che “dubitare” della fondatezza della questione (cfr. le considerazioni di Mario Rosario Spasiano, Guido Corso e Aristide Police Police).

Quest’uso inusuale del potere istruttorio nel giudizio amministrativo in questioni di natura tecnico-scientifica, produce un inevitabile effetto: avvicinare l’istruttoria nel giudizio amministrativo alle forme dell’istruttoria legislativa. Orbene, com’è noto, le forme dell’istruttoria legislativa, anche a seguito delle recenti modifiche alle norme integrative dei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale⁷, possono oggi trovare una più forte eco nel giudizio di costituzionalità della legge, rispetto a quanto avvenisse in passato⁸. Peraltro, la stessa Corte costituzionale ha più frequentemente fatto ricorso e in modo sempre più incisivo ai poteri istruttori in questioni di legittimità costituzionale in cui appariva dirimente il profilo tecnico-scientifico⁹.

In questa specifica vicenda processuale si apre uno scenario inusuale rispetto a questioni rimesse in via incidentale che presentavano profili legati all’incertezza scientifica ed al principio di precauzione da essa derivante (profili legati alla valutazione del rischio di lesione del diritto costituzionale alla salute, in particolare).

In altre parole, mentre in altre questioni di costituzionalità, il giudice rimettente ha motivato la non manifesta infondatezza con riferimento a risultanze istruttorie *strettamente legate al caso* dinanzi ad esso pendente, il CGARS sembra qui impegnato a dimostrare “oltre ogni ragionevole dubbio” che la questione di legittimità costituzionale si fonda su argomentazioni di carattere tecnico-scientifico ampie, solide, generalissime.

Ci si chiede perché. Forse perché tali risultanze potrebbero in qualche modo essere “conosciute” ed essere utilizzate anche da altri giudici (all’esito della pubblicazione dell’eventuale ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale in *Gazzetta Ufficiale*)? Forse per attivare un “dibattito pubblico” (su cui si veda l’intervento di Pasquale De Sena) che a detta del giudice è sembrato lacunoso (si vedano i riferimenti alle risoluzioni del Consiglio d’Europa presenti nell’ordinanza)? Forse per sopperire alla mancanza di pubblicità e trasparenza del processo decisionale che ha condotto il legislatore ad introdurre l’obbligo (sul tema si veda il contributo di Anna Simonati)?

⁷ Su cui per tutti G.P. DOLSO, *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quad. cost.*, 2020, 398. Si vedano anche i contributi sull’istruttoria raccolti in M. D’amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.

⁸ Si veda la già citata Corte cost. n. 5 del 2018.

⁹ In materia economico-finanziaria, in particolare, si vedano da ultimo Corte cost. n. 197 del 2019 e Corte cost. n. 220 del 2021.

Oppure, semplicemente il giudice ha costruito in questi termini i suoi quesiti istruttori per “blindare” – in prospettiva – una eventuale ordinanza di rimessione sotto il profilo tecnico-scientifico, rendendo più difficoltosa per la stessa Corte costituzionale, l’attivazione dei suoi poteri istruttori?

Se così fosse, è come se attraverso l’istruttoria nel processo amministrativo e la stretta connessione fra le sue risultanze ed il profilo della non manifesta infondatezza della questione, si intendesse provare l’assenza di discrezionalità legislativa in tema di imposizione di trattamenti sanitari obbligatori quali sono i vaccini obbligatori.

Da un lato, infatti, l’ordinanza istruttoria lascia intendere che in assenza di piena “certezza” scientifica sull’assenza di rischi e sulla presenza di benefici per la salute individuale, non si potrebbe legittimamente limitare l’autodeterminazione della persona in materia di salute, imponendo un obbligo vaccinale: in tal caso, mancherebbe la discrezionalità del legislatore nel bilanciare “rischi” e “benefici” e vi sarebbe l’impossibilità *tout court* di imporre obblighi vaccinali.

Dall’altro, si presuppone che l’imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio quale il vaccino, possa essere prevista soltanto in presenza di certezza scientifica sul rapporto costi-benefici del vaccino per la salute individuale e pubblica.

Quest’ultimo presupposto espone, però, una eventuale ordinanza di rimessione a censure d’inammissibilità.

Le leggi non sono, infatti, *science-driven*, ma *science-based*¹⁰.

In altri termini, non è pensabile, almeno secondo una parte dottrina che qui si condivide, che il legislatore non possa operare, in materia tecnico-scientifica alcuna sintesi politica fra dato tecnico-scientifico ed altri interessi o “dati” di differente carattere.

Il Legislatore, infatti, è chiamato a normare e dare ordine a problemi di carattere tecnico-scientifico proprio operando una sintesi fra “istanze di natura diversa (tecnica, etica, sociale, economica, politica, propriamente giuridica)”, non riducendo, in altre parole, la decisione politica a decisione guidata, controllata, orientata integralmente dalla scienza e dalla tecnica, inautonoma rispetto ad essa¹¹.

Ma a prescindere dagli orientamenti dottrinali, è anche la stessa giurisprudenza costituzionale a sembrare piuttosto consolidata in materia di “statuto” costituzionale delle questioni tecnico-scientifiche.

In particolare, da quest’ultimo punto di vista, l’ordinanza non sembra pie-

¹⁰ Sull’evoluzione di tale rapporto N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001 e, nel contesto dell’emergenza pandemica, A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BiolanJournal* nr. speciale 1-2020

¹¹ Si vedano A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018, spec. 187 e L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 2.

namente cogliere le implicazioni di alcuni “filoni” della giurisprudenza costituzionale in materia tecnico-scientifica che potrebbero mostrare come risultanze dell’istruttoria volte ad ingenerare un “dubbio” sul rischio ed il beneficio per la salute individuale e collettiva dei vaccini non necessariamente condurrebbero a dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale, anzi, potrebbero comportare l’inammissibilità della questione.

Ciò è già accaduto in relazione al divieto di sperimentazione sugli embrioni sovranumerari (art. 13 l. n. 40 del 2004 su cui Corte cost. n. 84 del 2016), fattispecie che rappresenta in modo plastico quanto invece il Giudice costituzionale ritenga sussistente un ampio margine di discrezionalità legislativa in assenza di “certezze scientifiche”.

Ancora, un’istruttoria come quella congegnata nell’ordinanza del CGARS, potrebbe poi, paradossalmente, contribuire a dichiarare l’infondatezza della questione. Si consideri a tal riguardo la giurisprudenza in tema di questioni tecnico-scientifiche legate all’esercizio della pratica medica. Il CGARS non dovrebbe trascurare il rilievo che assume un “precedente” molto rilevante: quella giurisprudenza conseguente a scelte normative del legislatore regionale volte a sospendere il ricorso a trattamenti sanitari lesivi della salute di cui non erano chiari gli effetti. Ci si riferisce al caso dell’elettroshock e della lobotomia, oggetto di due importanti pronunce del Giudice delle Leggi (Corte cost. n. 282 del 2002 e 338 del 2003) nelle quali emerge chiaramente come il rapporto fra prescrizioni normative e prescrizioni mediche basate sulle conoscenze scientifiche disponibili è un rapporto non rigido ma *contestualizzato* rispetto ad una serie rilevante di altri “fattori” o “dati” e che non può essere irrigidito una volta e per sempre.

Inoltre, non va affatto trascurato quanto assuma rilievo, anche in tema di dispensa dall’obbligo vaccinale, un profilo di cui vi è pure traccia nell’ordinanza istruttoria ma che sembra risolto in modo forse un po’ troppo astratto e di adempimento “generale”, di carattere “burocratico”: il profilo dell’alleanza terapeutica, che anche nel TSO vaccinale è – seppur in modo limitato – presente.

Infatti, anche in caso di trattamenti sanitari obbligatori la costruzione dell’alleanza terapeutica e delle informazioni al paziente o ad un suo rappresentante deve essere adempiuto caso per caso e va fatto salvo il principio costituzionale del rispetto della persona umana di cui all’art. 32 Cost.: né il legislatore né tantomeno il giudice può definire criteri del tutto “inderogabili” rispetto alla somministrazione di un dato trattamento sanitario ove questo sia considerato altamente lesivo della salute individuale dal medico.

A questo proposito e al di là della sentenza “manifesto” sull’obbligo vaccinale n. 5 del 2018, appare di estremo interesse per il profilo delle esenzioni allo stesso obbligo vaccinale, richiamare quanto afferma la sentenza n. 169 del 2017 per la quale: “la discrezionalità legislativa trova il suo limite «[nel]le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si

fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)» (sentenza n. 151 del 2009).”.

In altre parole, oltre a tenere conto delle indicazioni degli organismi internazionali e nazionali competenti in materia di prevenzione di malattie infettive, come richiamato da Corte cost. n. 5 del 2018, il legislatore deve tenere conto, nella definizione delle prescrizioni legate alle somministrazioni di farmaci o terapie mediche, della “dinamica evolutiva terapeutica e della specificità del paziente, inteso come soggetto titolare di un diritto alla appropriata attribuzione dei presidi diagnostici e terapeutici” (Corte cost. n. 169 del 2017). Dunque, se il legislatore da un lato è tenuto a definire norme “fondate” sulla “verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati” quali ad esempio quelle promananti dall’OMS, nel caso dell’attuale pandemia, è evidente che da questo punto di vista, cadrebbero tutte le considerazioni sul “rischio” “non calcolato” dallo stesso legislatore.

Infine, non va trascurato un altro filone di giurisprudenza costituzionale in cui viene in rilievo il bilanciamento legislativo anche di interessi collettivi ed adespoti quali quelli ad un ambiente salubre e alla salute della collettività.

Ci si riferisce alle questioni di costituzionalità di leggi che disciplinano conflitti ambientali, ossia ipotesi in cui le norme regolano un bilanciamento fra varie tipologie di interessi e diritti costituzionali come il diritto alla salute e la libertà di iniziativa economica.

Le questioni sottese all’obbligo vaccinale nel corso di una pandemia sembrano coinvolgere anch’esse interessi adespoti e diritti soggettivi e, pertanto, sembra calzante intraprendere un parallelo con quella giurisprudenza costituzionale relativa proprio a questioni tecnico-scientifiche in materia ambientale. In questioni di tal genere, come acutamente è stato rilevato, la giurisprudenza costituzionale sembra approcciarsi e risolvere queste questioni dando *assoluta prevalenza* ai profili legati alla *distribuzione dei poteri*, piuttosto che a quelli legati al *contenuto dei poteri*¹².

Come è accaduto nel “caso ILVA”, il tipo di approccio al tema dell’obbligo vaccinale nel contesto di una pandemia si presenta, in sede giudiziaria piuttosto come un conflitto fra poteri che come la fisiologica attivazione del giudizio di legittimità delle leggi in via incidentale.

Come nel caso del conflitto fra salute individuale e collettiva, libertà d’iniziativa economica e tutela dell’ambiente, l’ordinanza istruttoria del CGARS sembra mirare piuttosto a “tracciare una linea di confine tra il potere politico-amministrativo e il potere giudiziario”¹³.

¹² Spec. Corte cost. n. 307/2003 M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle “questioni tecniche” in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 14/2020, par. 2.1.

¹³ M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale*, cit., 52.

Per questo, a conclusione di queste brevi riflessioni, sembra utile riportare un passaggio della sentenza sul caso ILVA in cui la Corte costituzionale afferma che “non può essere ammesso che un giudice (ivi compresa questa Corte) ritenga illegittima la nuova normativa in forza di una valutazione di merito di inadeguatezza della stessa, a prescindere dalla rilevata violazione di precisi parametri normativi, costituzionali o ordinari, sovrapponendo le proprie valutazioni discrezionali a quelle del legislatore e delle amministrazioni competenti. Tale sindacato sarebbe possibile solo in presenza di una manifesta irragionevolezza della nuova disciplina dettata dal legislatore” (Corte cost. n. 85 del 2013, par. 12.6 Considerato in diritto).