

DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS.

**IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE ATTRAVERSO IL POTERE ISTRUTTORIO
“FORTE” E L’INDAGINE PENETRANTE DEL “FATTO”. IL CASO GIUDIZIARIO
DELL’OBBLIGO VACCINALE.**

di Maria Rosaria Amodio

1.Premessa. 2.L’istruttoria processuale: verifica con metodo investigativo ed indagine pervasiva. 3. La fenomenologia del “fatto amministrativo” tra elementi oggettivi di percezione ed elementi soggettivi di valutazione. 4. Controllo amministrativo interno e controllo giurisdizionale esterno, indipendenza ed autonomia di quest’ultimo. 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Di recente, tra la prolifera produzione giurisprudenziale delle Corti di Giustizia Amministrativa si è distinta un’audace ed articolata pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, l’ordinanza istruttoria n. 38 del 17/1/2022.

L’oggetto della controversia portata all’attenzione del Collegio palermitano è il tanto dibattuto obbligo vaccinale anti Covid-19, questa volta imposto con riferimento ai tirocini di area medica/sanitaria. L’ordinanza di primo grado aveva confermato la legittimità della decisione dell’Amministrazione di vietare all’appellante, iscritto al terzo anno del corso di Laurea d’Infermieristica presso l’Università degli Studi di Palermo, di potere proseguire il tirocinio in presenza (indispensabile per completare il ciclo di studi) all’interno delle strutture sanitarie, in quanto non sottoposti alla somministrazione vaccinale.

L’ordinanza istruttoria in questione, per la sua intensità motivazionale e dispositiva e per la sua incisività riguardo agli aspetti più concreti del caso trattato, fornisce molteplici spunti di riflessione in merito al contenuto effettivo della tutela giurisdizionale in sede amministrativa, alle potenzialità degli strumenti processuali previsti dal codice del processo, nonché agli effetti diretti ed indiretti che l’uso più o meno “pieno” del controllo giurisdizionale può produrre nell’amministrazione attiva e dunque nella vita di tutti i cittadini.

Ed infatti, il tema che attrae l'attenzione di chi scrive non è tanto quello della legittimità dell'obbligo vaccinale in quanto tale e della sua eventuale collisione verso diritti costituzionalmente garantiti, argomento pure complesso¹ e dalle poliedriche visioni².

Piuttosto, ciò che emerge in modo prorompente e novativo nella pronuncia esaminata è l'utilizzo plastico di un potere istruttorio per così dire "forte".

2. L'istruttoria processuale: verifica con metodo investigativo ed indagine pervasiva.

In sintesi, l'indagine transita dal piano sostanziale della vicenda a quello più strettamente processuale, nella consapevolezza che l'aula giudiziaria è un po' come una sala operatoria nella quale si indaga la patologia dell'azione amministrativa attraverso **i mezzi processuali**, bisturi nelle mani del chirurgo che consente di incidere, più o meno a fondo, il "corpo"³ sul quale si interviene.

¹cfr. Consiglio di Stato, sez. III ordinanza n. 583 del 4/2/2022 "...Considerato che, in tema di obbligo vaccinale per il personale sanitario, i rilievi di parte appellante non sono idonei a superare la necessità di **operare il bilanciamento di interessi tra la salute pubblica e la libertà di autodeterminazione del singolo**; Considerato che, nel bilanciamento tra detti interessi, **tutti costituzionalmente rilevanti e legati a diritti fondamentali**, deve ritenersi assolutamente prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, degli utenti della sanità pubblica e privata e ciò sotto un profilo di solidarietà sociale nei confronti "delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbidità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età), che sono bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo sono di frequente o di continuo a contatto con il personale sanitario o sociosanitario nei luoghi di cura e assistenza" (Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045). Considerato che l'obbligo vaccinale per il personale sanitario "è giustificato non solo dal principio di solidarietà verso i soggetti più fragili, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.), ma immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, relazione che postula, come detto, la sicurezza delle cure, impedendo che, paradossalmente, chi deve curare e assistere divenga egli stesso veicolo di contagio e fonte di malattia" (Consiglio di Stato, Sez. Terza, sent. 7045/2021 cit.); ...Ritenuto che, anche alla luce dell'evoluzione della ricerca scientifica, non si ravvisano ragioni per rimeditare – come invece richiesto da parte appellante - i principi espressi nella citata sentenza n. 7045/2021 resa da questa Sezione e ciò in quanto le misure contestate da parte appellante si inseriscono nel quadro di una strategia generale di contrasto alla pandemia e non risultano essere sproporzionate né discriminatorie, né lesive dei diritti fondamentali dei destinatari. Deve in questa sede ribadirsi che il diritto all'autodeterminazione di quanti abbiano deciso di non vaccinarsi è da ritenersi recessivo rispetto alla tutela di beni supremi quale è la salute pubblica, specie in considerazione del fatto che il provvedimento di sospensione, ove adottato, non ha funzione sanzionatoria e non pregiudica in alcun modo il rapporto di lavoro; Considerato che, salva la più approfondita valutazione che sarà effettuata in sede di merito, le soluzioni legislative non sembrano allo stato violare le norme Costituzionali e sovranazionali. Ed invero, come ha da tempo chiarito la giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della salute ai sensi dell'art. 32 della Costituzione "la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)", (Corte Costituzionale, sent. 5/2018).

²cfr. Tar Lombardia, Milano sez. I ordinanza n. 192 del 14 febbraio 2022 "... Con separata ordinanza il Collegio ritiene di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 4, del decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021, n. 76, così come modificato dal decreto legge 26 novembre 2021, n. 172, convertito nella legge 21 gennaio 2022, n. 3, nella parte in cui prevede, quale effetto dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, <<l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie>>.La sollevazione della questione di legittimità costituzionale impone al Collegio di garantire alla ricorrente l'effettività della tutela - la quale verrebbe altrimenti compromessa dalla necessaria sospensione del processo e dall'impossibilità di definire il merito del ricorso in tempi ragionevoli - mediante l'esame della domanda cautelare (sull'ammissibilità della pronuncia cautelare, Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 2014, n. 200). La rilevanza e la non manifesta infondatezza degli enunciati profili di illegittimità costituzionale sono pertanto idonei ad integrare il requisito del *fumus boni iuris*. Sussiste altresì il requisito del *periculum in mora*, atteso che la preclusione assoluta dell'esercizio della professione, imposta dalla norma sospettata di illegittimità costituzionale, integra un pregiudizio grave e non altrimenti riparabile all'avviamento dell'attività professionale intrapresa, consistente nella perdita della clientela e delle relazioni professionali nonché nell'impossibilità di rispondere alla crescente domanda di prestazioni sanitarie, almeno sino al 15 giugno 2022 e, in caso di ulteriori eventuali proroghe della situazione di emergenza, per un tempo potenzialmente indeterminato. La domanda cautelare deve dunque essere accolta e, per l'effetto, il provvedimento impugnato deve essere parzialmente sospeso, nella parte in cui non limita la sospensione della ricorrente dall'esercizio della professione di psicologa alle prestazioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2, con conseguente annotazione di tale limitazione della sospensione nell'Albo professionale degli Psicologi. Cfr. Tribunale del lavoro di Padova del 7/12/2021 ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con riferimento alla compatibilità con il regolamento numero 953/2021 e i principi di proporzionalità e non discriminazione dell'obbligo vaccinale anti-Covid a carico del personale sanitario, avuto riguardo, tra l'altro, al dubbio circa la perdurante validità delle autorizzazioni condizionate relative ai vaccini, ai sensi dell'art. 4 del regolamento n. 507 del 2006, una volta approvate cure alternative per l'infezione da virus SAR-Cov-2, nonché circa la legittimità dell'obbligo vaccinale a carico dei sanitari già contagiati, che abbiano perciò raggiunto una immunizzazione naturale, o che si oppongano all'obbligo vaccinale in relazione alle controindicazioni.

³ Il termine "corpo", utilizzato in chiave metaforica, non a caso richiama la nozione di "corpo amministrativo";

Si nota come nel caso dell'ordinanza palermitana **Pindagine** sia stata condotta proprio con metodo chirurgico ovvero utilizzando in modo dilatato i mezzi istruttori forniti dal codice del processo per consentire al Giudicante di condurre **un'investigazione profonda** e penetrante dell'organizzazione di enti e funzioni coinvolte nella attività normativa e procedimentale precedente l'adozione del provvedimento finale.

Dato ancora più rilevante è che **Pindagine sul fatto** avanza rispetto alla vicenda amministrativa particolare, andando ad aggredire a monte la fonte legale del potere esercitato per **verificarne** la legittimità costituzionale, attraverso un'istruttoria dettagliata e pervasiva diretta ad indagare come sia stata esercitata la discrezionalità dal legislatore.

Ed invero, l'ordinanza in commento esaustivamente sviscera e stempera, attraverso l'ausilio del canone della proporzionalità, la questione del bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute collettiva ed individuale, da perseguire anche attraverso **la tecnica** dell'obbligo vaccinale e la limitazione del diritto allo studio nonché all'autodeterminazione sanitaria del singolo individuo⁴.

Sinteticamente ed in termini generali, in chiave esegetica della norma impositiva dell'obbligo vaccinale, viene precisato come nell'ottica del *“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”*⁵.

Tuttavia, il sindacato del Giudice non si sofferma sulla verifica della legittimità dell'atto provvedimentale in sé, posto a valle nell'epifania dell'*agere* amministrativo.

Appare concentrarsi piuttosto sull'attività che precede la decisione amministrativa incidente nella sfera giuridica del destinatario⁶.

⁴ cfr. nella cit. ordinanza n.38 del 17/1/2022 *“...In termini più generali, e in applicazione del principio costituzionale di solidarietà, il Consiglio di Stato ha affermato che, in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco (in termini, decisione n. 7045/2021 cit.). Sui richiamati principi generali, d'altra parte, si segnalano orientamenti analoghi anche nella giurisprudenza di altri Paesi dell'Unione, come in Spagna (si veda, ad esempio, la quasi coeva decisione del Tribunale Supremo, IV, del 14 settembre 2021, n. 1112, in tema di “pasaporte Covid”, secondo la quale non si può chiedere che, secondo l'attuale stato della scienza, un intervento normativo ai fini del contenimento della pandemia sia infallibile nell'impedire in modo assoluto qualunque tipo di contagio, dovendosi, invece, ritenere idoneo un intervento efficace, appropriato e proporzionato alla finalità della protezione della vita e della salute).*

⁵ cfr. nella cit. ordinanza n. 38 del 17/1/2022 *“...Al riguardo, parte ricorrente, per un verso, pone in dubbio proprio la sufficienza ed attendibilità delle modalità di acquisizione di studi e monitoraggi in corso di vaccinazione; e per altro verso, sottopone alla valutazione del giudice dati recenti, circa l'esponentiale aumento di effetti collaterali gravi e anche letali osservati in ambito europeo..... Sotto ulteriore profilo, viene in rilievo la circostanza che la situazione sanitaria appare in costante divenire e già in parte diversa rispetto quella oggetto di valutazione della citata decisione della III sezione, con specifico riferimento alla diffusione di nuove varianti quale la Omicron, rispetto alle quali i vaccini non sono ancora “aggiornati”, di guisa che **sulla relativa ed attuale efficacia protettiva la comunità scientifica non pare aver raggiunto una conclusione unanime** (sebbene l'orientamento prevalente sia favorevole), mentre si profila una reiterazione di somministrazioni in tempi ravvicinati (sei mesi o addirittura quattro), **sulla cui opportunità non si ravvisa, parimenti, una posizione unanime, per cui l'attuale obbligo vaccinale pone un (nuovo) problema di proporzionalità, dato che si profila una imposizione di ripetute somministrazioni nell'anno per periodi di tempo indeterminati...**”.*

⁶ cfr. nella cit. ordinanza n. 38 del 17/1/2022 *“...In conclusione, nella vicenda sottoposta al Collegio si ravvisano elementi di diversità e novità rispetto la questione decisa dalla III sezione. Come affermato con la decisione 18 gennaio 2018 n. 5, il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio **alla discrezionalità** del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo **egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche***

In particolare, una volta accertata l'applicabilità, anche al caso trattato, della norma impositiva dell'obbligo vaccinale, il Giudicante passa al vaglio della non manifesta infondatezza della prospettata questione di costituzionalità della stessa norma⁷.

L'indagine si presenta condotta con metodo investigativo scientifico.

Ed invero, a fronte dell'evidente connotazione di **ampia discrezionalità** che sottende la scelta del legislatore di adottare la tecnica dell'obbligo vaccinale, il Collegio palermitano non si arresta ad un controllo di legittimità formale⁸ ma – con una pervasiva ed efficace invasione di campo – decide di “**verificare**”⁹, sebbene sia sufficiente il giudizio di non manifesta infondatezza, che siano stati rispettati i presupposti che la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha ritenuto necessari perché l'imposizione del trattamento sanitario sia compatibile con il diritto di autodeterminazione sanitaria dell'individuo¹⁰.

*sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa **discrezionalità deve essere esercitata** alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017) e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante della Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)”*.

⁷ Forlenza O., Amministrare Conversazioni di diritto amministrativo, 2020. Cap. I Il potere amministrativo e noi (Logica del potere e logica dei cittadini), pag. 86 “(...) Il potere amministrativo “prende per dare” (...) ogni eventuale limitazione di libertà, ogni sacrificio imposto di natura personale o patrimoniale deve trovare nella tutela di valori costituzionalmente garantiti la causa di attribuzione del potere e le finalità del suo esercizio (...)”.

⁸ La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, (art. 1 del d.lgs. n. 104/2010 e ss.mm.ii.).

⁹ All'esito della verifica il **CGAR con l'ordinanza n. 351 del 22/3/2022** ha deciso di rimettere gli atti al vaglio della Corte Costituzionale con la seguente motivazione “E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, d.l. n. 44 del 2021 (convertito in l. n. 76 del 2021), nella parte in cui prevede, da un lato l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall'altro lato, per effetto dell'inadempimento all'obbligo vaccinale, la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 Cost., sotto il profilo che **il numero di eventi avversi, la inadeguatezza della farmacovigilanza passiva e attiva, il mancato coinvolgimento dei medici di famiglia nel triage pre-vaccinale** e comunque la mancanza nella fase di triage di approfonditi accertamenti e persino di test di positività/negatività al Covid non consentono di ritenere soddisfatta, allo stadio attuale di sviluppo dei vaccini anti-Covid e delle evidenze scientifiche, la condizione, posta dalla Corte costituzionale, di legittimità di un vaccino obbligatorio solo se, tra l'altro, si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze “che appaiano normali e, pertanto, tollerabili”; dell'art. 1, l. n. 217 del 2019, nella parte in cui non prevede l'espresa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4, d.l. n. 44 del 2021, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 Cost...”. **Nell'ampia motivazione, il collegio palermitano rileva un'indagine giudiziaria diretta a penetrare profondamente nel fatto “...Occorre, quindi, anzitutto chiedersi:**

- se lo stato della raccolta di informazioni (connaturata, come sopra spiegato, alle caratteristiche della procedura di immissione in commercio mediante autorizzazione condizionata) sugli eventi avversi da vaccinazione anti-Covid-19 evidenzii o meno fenomeni che trasbordino la tollerabilità;

- in caso affermativo, se e quale rilevanza possa avere, ai fini dello scrutinio di costituzionalità, la percentuale di eventi avversi gravi/fatali;

- in caso di risposta tanto affermativa quanto negativa al primo interrogativo, attendibilità del sistema di raccolta dati in ordine agli effetti collaterali.

Ma nel caso in questione, l'esame dei dati pubblicati nel sito *EndraVigilance* disaggregati per Stato segnalatore evidenzia una certa omogeneità nella tipologia di eventi avversi segnalati dai vari Paesi (in disparte il maggiore o minore afflusso di dati, evidenziato dai Consulenti della parte appellante), il che lascia poco spazio all'opzione caso fortuito/reazione imprevedibile.

In tale condizione, vi è da dubitarsi della coerenza dell'attuale piano vaccinale obbligatorio con i principi affermati dalla Corte, in riferimento, va sottolineato, a situazioni per così dire ordinarie, non ravvisandosi precedenti riferiti a situazioni emergenziali ingenerate da una grave pandemia.

In tali condizioni, rischiano di andare perdute informazioni cruciali per la rilevazione degli eventi avversi e, conseguentemente, per una corretta ed esaustiva profilazione del rapporto rischi-benefici dei singoli vaccini.

Tale limite, ovviamente, è connaturato a tale metodologia di rilevazione che è adottata nella generalità dei paesi, ma che per la tipologia dei farmaci in questione presenta evidenti criticità.

¹⁰ cfr. nella cit. ordinanza n. 38 del 17/17/2022 “...Ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, **occorre verificare** se l'obbligo vaccinale per il Covid 19 soddisfi le condizioni dettate dalla Corte in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini in ambito vaccinale sopra indicate, ossia non nocività dell'inoculazione per il singolo paziente e beneficio per la salute pubblica, ed in particolare:

- che il trattamento «non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato», ferma restando la tollerabilità di effetti collaterali di modeste entità e durata; - che sia assicurata «la comunicazione alla persona che vi è assoggettata, o alle persone che sono tenute a prendere decisioni per essa e/o ad assisterla, di adeguate notizie circa i rischi di lesione (...), nonché delle particolari precauzioni, che, sempre allo stato delle conoscenze scientifiche, siano rispettivamente verificabili e adottabili;

- che la discrezionalità del legislatore sia esercitata alla luce «delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica» e quindi che la scelta vaccinale possa essere rivalutata e riconsiderata, nella prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario (sentenza n. 5/2018);

3. La fenomenologia del “fatto amministrativo” tra elementi oggettivi di percezione ed elementi soggettivi di valutazione.

La verifica degli “indici di costituzionalità” necessariamente impone, nella prospettazione del giudicante, l’indagine su elementi **oggettivi**, come per esempio l’accertamento dell’avvenuta o meno raccolta dei **dati**, propedeutica ad un’adeguata istruttoria necessaria all’adozione di una norma di legge bilanciata e ragionevole, quindi coerente con i principi costituzionali.

Ma è difficile escludere che tale indagine non involga anche elementi valutativi e di giudizio e dunque **soggettivi**, sebbene attinenti a questioni tecniche (mediche e scientifiche, come per esempio 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)¹¹.

L’indagine **giudiziaria** assume i connotati di una vera e propria **investigazione del “fatto”** intesa non solo in senso empirico come accertamento degli elementi oggettivi e materiali della fattispecie ma necessariamente anche come accertamento degli elementi soggettivi e valutativi, e quindi di giudizio, quali componenti ontologiche del più complesso **“fatto amministrativo”** nella sua duplice evoluzione, procedimentale e provvedimentale¹².

Dunque, l’indagine giudiziaria in senso stretto assume i connotati dell’interpretazione giudiziaria.

Il “fatto amministrativo” è pur sempre un “fatto umano” e l’investigazione dei fatti umani da parte del diritto, sebbene tesa all’emersione della realtà nel massimo della sua obiettività ed empiricità, non potrà mai essere una ricostruzione pura e priva di intrusioni e quindi di valori, quelli dell’osservatore della società e del tempo a cui egli appartiene¹³.

- che sia stata seguita la “raccomandazione” della Corte (decisione n.258/1994) secondo la quale, ferma la obbligatorietà generalizzata delle vaccinazioni ritenute necessarie alla luce delle conoscenze mediche, il legislatore dovrebbe individuare e prescrivere in termini normativi, specifici e puntuali, sebbene entro limiti di compatibilità con le esigenze di generalizzata vaccinazione, <gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze...>.

¹¹ cfr. nella cit. ordinanza n. 38 del 17/7/2022 “...Il Collegio, non essendo la causa sufficientemente istruita in ordine a tali profili, ritiene che, ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza della prospettata questione di costituzionalità, si debbano accertare:

1) **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;**

2) **le modalità di raccolta del consenso informato;**

3) **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 confluiscano i dati e modalità di studio), e sui dati relativi alla efficacia dei vaccini in relazione alle nuove varianti del virus.**

4) **articolazione della 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)...”.**

¹²D’Angelo G., in rivista di scienze giuridiche “Jus” 2020 VI (3) 1-20 “La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice”.

¹³Benvenuti F., Disegno dell’Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive. 1996 Cedam, Cap. XXX Introduzione al futuro, pag. 491 “(...) nelle scienze naturali, da un lato, l’intervento dell’osservatore tende a falsare il quadro; dall’altro, la realtà stessa non è mai completamente individuabile in una rappresentazione astratta ed univoca. La scienza è ricerca della verità, ma la verità è globale e, al tempo stesso, episodica. La tesi secondo cui la scienza è vera nei limiti in cui si può verificarne la falsità, secondo la concezione di Popper, sta a dire fondamentalmente che **la verità è sempre un fatto dell’uomo e non della natura, sia essa quella che forma oggetto delle scienze naturali, sia quella che forma oggetto delle scienze morali e, tra**

Ecco che il “fatto” e l’indagine guidata sullo stesso, quindi **P istruttoria processuale**, assume rilievo preminente nel processo e nell’economia globale del **giudizio** amministrativo in quanto già necessariamente esplicitazione di un momento valutativo e decisionale dell’organo giudicante¹⁴.

Viene allora da osservare come la classica divisione del provvedimento decisorio (sentenza) in parte di fatto e parte di diritto risponda esclusivamente ad una semplificazione, ad una tecnica redazionale finalizzata a rendere più chiara e fluida l’esposizione del processo nel provvedimento finale.

Nel “fatto” c’è sempre un po’ del “diritto” e nel “diritto” c’è sempre un po’ del fatto”, vale a dire che il momento accertativo ed il momento valutativo sono vicendevolmente contaminati¹⁵.

Il dato di fatto o caso è la molla dell’interpretazione.

Ecco il campo di tensione: il fatto o caso da una parte, il diritto dall’altro e il giudice che opera per stabilire un collegamento. L’interpretazione giuridica è dunque stretta fra due poli: il caso da regolare e la norma regolatrice. Il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa non ha significato se non in riferimento a quello, poiché il caso deve orientarsi alla norma e la norma deve orientarsi al caso¹⁶.

4. Controllo amministrativo interno e controllo giurisdizionale esterno, indipendenza ed autonomia di quest’ultimo

Ritornando alla pronuncia del C.G.A.R.S., sotto altro profilo, si nota come l’esecuzione dell’istruttoria, ovvero la raccolta dei dati e delle informazioni nonché la stesura della relazione, venga affidata ad un collegio la cui composizione (Segretario generale del Ministero della Salute, Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il Ministero della salute e Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria, con facoltà di delega o di farsi coadiuvare per la raccolta dei dati) sembrerebbe ricondurre alla stessa Amministrazione, la cui attività è al vaglio del controllo giurisdizionale, la funzione di ausilio al Giudice per la conduzione dell’indagine¹⁷.

esse, il diritto. Anche questo subisce, dunque, l’influenza dei valori propri e cioè dell’ottica epistemologica e temporale dell’osservatore, immerso in una realtà ulteriore e, per così dire, metafisica rispetto alla natura (physis) in cui esso si colloca. **Per il diritto ciò è tanto più evidente che esso stesso, come ordinamento, trae la sua esistenza e la sua validità dalla società il cui modo di essere è continuamente e sistematicamente in movimento (...)**”.

¹⁴Zagrebelky G., La legge e la sua giustizia, 2008 Il Mulino, parte seconda, Cap. V pag. 174, par. 2 “(...) **Precedenza del Fatto rispetto al diritto** (...) ritorniamo al diritto e diamo l’importanza che merita, anche per la teoria, all’ordinario e necessario svolgersi delle cose. **Da qui, soltanto, può nascere la possibilità di una teoria adeguata alla realtà.** Il Giudice, come qualunque interprete e applicatore del diritto, ha necessariamente di fronte a sé un fatto o caso della vita, da regolare giuridicamente e prospettato con l’azione in giudizio. Da *mibi factum, dabo tibi ius* dice l’antico e solo apparentemente banale adagio (...) un significato di sintesi dell’essenza del giudicare (...)”.

¹⁵Calamandrei P., Opere giuridiche, vol. 1, Morano, 1965, pag. 15, “...Il giudice deve fare prima di giungere alla pronuncia della sentenza una serie complicata di deduzioni concatenate, è da notare che quando si raffigura la sentenza come un sillogismo, si ha di mira soltanto il momento finale dell’attività del giudice, in cui, avendo questi **preparato ormai dinanzi a sé la norma di legge da applicare e il giudizio sui caratteri giuridici del fatto accertato, più non gli resta che trarre a rigor di logica la conseguenza di queste due premesse**”. pag. 51-52 “...In tutti questi momenti, attraverso i quali passa successivamente il giudice nel formare la sua sentenza, gli strumenti del suo ragionamento consistono esclusivamente in giudizi logici [...] tale lavoro non si esaurisce [...] in un unico sillogismo, ma consta di una catena di sillogismi, che cominciano dall’inizio del procedimento mentale ed accompagnano il giudice fino alla decisione definitiva, ogni qualvolta egli voglia valutare l’attendibilità di una prova, o attrarre un fatto sotto il concetto della legge, o integrare la norma non ben precisata, o interpretare una dichiarazione di volontà”.

¹⁶ cfr. cit. Zagrebelky G., La legge e la sua giustizia

¹⁷ cfr. art. 19, comma 2 e 3 del c.p.a. ove l’espressione utilizzata per individuare l’attività del verificatore è “compie le indagini” a differenza del consulente tecnico che è chiamato ad esprimere un giudizio tecnico

In realtà, il livello di dettaglio dei quesiti indicati e le precise indicazioni impartite al collegio verificatore¹⁸, sembrerebbero circoscrivere la funzione di quest'ultimo ad una mera attività reportistica, esecutiva e di supporto tecnico, considerata anche la maggiore facilità di reperire le informazioni ed i dati all'interno della stessa organizzazione che li ha prodotti¹⁹, escludendo, almeno nella prima parte dell'istruttoria, un'attività valutativa e di giudizio²⁰, sebbene spesso anche l'operazione di mera "raccolta dati" potrebbe non essere immune da margini di discrezionalità.

La questione non è di lana caprina e rileva sotto il profilo della necessaria non sovrapponibilità del controllo amministrativo interno al controllo giurisdizionale esterno, sovrapponibilità che minerebbe l'autonomia e l'indipendenza su cui si fonda quest'ultimo.

Peraltro, la questione è stata posta all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione, in merito al delicato tema dell'eccesso di giurisdizione ovvero dello sconfinamento dai limiti della funzione giurisdizionale laddove sorge il dubbio che il controllo giudiziario da controllo di legittimità si estenda a controllo di merito e il Giudice Amministrativo assuma, in via suppletiva, valutazioni e decisioni di amministrazione attiva²¹.

¹⁸cfr. nella cit. ordinanza n. 38/2022, "...**L'Organo incaricato dell'istruttoria** provvederà ad inoltrare una **dettagliata relazione** sui quesiti sopraindicati; ad ulteriore specificazione dei quali, si precisa che la relazione dovrà anche partitamente chiarire:

1.1. con riferimento al primo quesito, se ai medici di base siano state fornite direttive prescrivendo loro di contattare i propri assistiti ai quali, eventualmente, suggerire test pre-vaccinali;

1.2. modalità in virtù delle quali venga data comunicazione al medico di base dell'avvenuta vaccinazione spontanea di un proprio assistito (presso hub vaccinali e simili);

2.1. quanto al secondo quesito, si richiedono chiarimenti circa la documentazione offerta alla consultazione dell'utenza al momento della sottoscrizione del consenso informato;

2.2. chiarimenti circa il perdurante obbligo di sottoscrizione del consenso informato anche in situazione di obbligatorietà vaccinale;

3.1. con riferimento al terzo quesito, si richiede la trasmissione dei dati attualmente raccolti dall'amministrazione in ordine all'efficacia dei vaccini, con specifico riferimento al numero dei vaccinati che risultino essere stati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti), sia il totale sia i numeri parziali di vaccinati con una due e tre dosi; i dati sul numero di ricovero e decessi dei vaccinati contagiati; i dati di cui sopra comparati con quelli dei non vaccinati;

4.1. Con riferimento al quarto quesito, si chiede di conoscere se sia demandato ai medici di base:

4.1.1. di comunicare tutti gli eventi avversi (letali e non) e patologie dai quali risultino colpiti i soggetti vaccinati, ed entro quale range temporale di osservazione; ovvero

4.1.2. di comunicare solo eventi avversi espressamente elencati in direttive eventualmente trasmesse ai sanitari; ovvero

4.1.3. se sia a discrezione dei medici di base comunicare eventi avversi che, a loro giudizio, possano essere ricollegabili alla vaccinazione;

4.2. 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...".

¹⁹La parola "istruttoria" deriva dal latino *instruere* e cioè **costruire dall'interno**.

²⁰cfr. artt. 19, 63 e 64 c.p.a. Gli strumenti di ausilio del Giudice Amministrativo nella valutazione della prova sono la **verificazione** e la consulenza tecnica d'ufficio. La verifica è strumento che, sostanzialmente, mira ad un mero accertamento tecnico di natura non valutativa e consiste in indagini richieste ad un organismo verificatore ovvero ad una pubblica amministrazione, **diversa da quella che ha emanato l'atto oggetto di scrutinio**. La verifica, in considerazione della particolare snellezza, di forma e di modalità di accertamento che la connotano – benché le minori garanzie d'imparzialità – dovrebbe essere il mezzo privilegiato dal G.A. visto il disposto dell'art. 63 c. 4 c.p.a. secondo cui, in alternativa, è possibile disporre la consulenza tecnica d'ufficio se indispensabile. La **consulenza tecnica d'ufficio** invece, mira all'acquisizione di un giudizio tecnico e fermo restando che non può ritenersi come una *relevatio ab onus probandi*, svolge una funzione di ricerca della prova (c.d. consulenza tecnica percipiente), avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione quando la complessità sul piano tecnico-specialistico dei fatti di causa impedisca una compiuta comprensione (c.d. consulenza tecnica deducente) e si caratterizza per la nomina di un tecnico terzo individuato dal G.A. a cui si demanda l'accertamento di un fatto non ricavabile dalle risultanze documentali.

²¹Cassazione civile SS.UU., ordinanza n. 159 del 9/1/2020. Rispetto alla verifica, le Sez. Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno chiarito che si tratta di un **mero strumento processuale cognitivo e non valutativo** che, è sì un parere tecnico ma non espressione di discrezionalità amministrativa di talché "deve, conseguentemente escludersi in modo radicale qualsiasi vincolatività dei giudizi valutativi del verificatore sulla autonomia della cognizione del giudice amministrativo rispetto alle conclusioni assunte in sede di accertamento tecnico.". Di seguito si riporta il caso giudiziario attraverso le espressioni del Giudice di legittimità, per rendere concretezza alle astrazioni dedotte in punto di riflessione: "Il Consiglio di Stato confermando la pronuncia del T.A.R. Lazio ha rigettato il ricorso proposto dalla società ricorrente, (in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. costituenda per la gara) volto ad affermare l'illegittimità dell'aggiudicazione di una commessa relativa a lavori di ristrutturazione del padiglione C) del carcere. E' stata disposta, in corso di causa, con ordinanza del 21/6/2017, una verifica, affidata all'Ingegnere responsabile del provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Lazio, Abruzzo e Sardegna od altro ingegnere da lui delegato al fine di ottenere la descrizione dettagliata delle modifiche progettuali proposte dall'impresa aggiudicataria e la valutazione sulla base della scienza ingegneristica della loro riconducibilità alle migliori od alle varianti. Il verificatore ha ritenuto tali modifiche varianti ma il

5. Riflessioni conclusive.

Riflessioni conclusive inducono a meditare sulla complessità ed importanza della funzione giurisdizionale: complessità per la sua intrinseca devozione a dare interpretazione ai fatti umani, che non sono mai univoci nella loro manifestazione e nella loro essenza, importanza per la sua finalizzazione in quanto diretta ad incidere, in modo sostanziale, nella dimensione individuale e di relazione di ciascuno di noi.

Riflessioni conclusive inducono altresì a rimeditare la poliedricità e duttilità del potere giudiziario, suscettibile di ampie e dilatate applicazioni attraverso mezzi processuali dalle enormi potenzialità, non sempre completamente espresse.

La stessa ordinanza istruttoria presa a riferimento, messa a confronto con coeve pronunce in tema, induce a ripensare la giurisprudenza amministrativa come un corpo non unitario, agente attraverso le sue diverse articolazioni che tutte però – in un cinetismo coordinato e complementare – contribuiscono in modo differenziato ad arricchire i mezzi di tutela rendendo quest'ultima sempre più tendente alla pienezza ed effettività.

In sintesi, entrare a contatto con la giurisprudenza amministrativa è come entrare nella camera degli specchi di Leonardiana memoria.

La stanza fu ideata e forse mai realizzata, attraverso **esperimenti di luci ed ombre** e studi sull'interazione tra la luce e gli oggetti, approfondendo i segreti della **riflessione multipla** e dell'illusione ottica; era formata da otto specchi rettangolari enormi, così **da avere contemporaneamente infiniti punti di vista, standone al centro.**

*Consiglio di Stato ha disatteso tale conclusione rilevando che nessuna di esse era tale da alterare le caratteristiche progettuali inderogabilmente fissate dalla stazione appaltante e che la stima del superamento dei costi oltre la soglia del 5% dell'importo complessivo dei lavori non costituisce un indice rilevante, dovendosi valutare esclusivamente il contenuto in relazione alla disciplina di gara. La società ha proposto ricorso per cassazione per motivi inerenti la giurisdizione. Ha resistito con controricorso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Non ha svolto difese l'altra parte intimata. Nell'unico motivo di ricorso è stato dedotto l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito dell'attività amministrativa in relazione alla decisione del Consiglio di Stato contrastante con la valutazione contenuta nella verifica. È stato rilevato al riguardo che nella verifica il giudizio è espresso da una amministrazione pubblica che dichiara, nella specie attraverso un suo tecnico, quale sia lo stato di fatto e di che natura siano le modifiche eseguite. Ne consegue che la diversa valutazione svolta dal Consiglio di Stato, peraltro in modo apodittico, consiste in un'attività sostitutiva ed invasiva della sfera della P.A. Come esattamente rilevato dal Procuratore generale nella propria requisitoria, la **verificazione**, così come prevista nella L. n. 2005 del 2000, e riprodotta negli artt. 19 e 64, del codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104 del 2010) **costituisce uno strumento processuale cognitivo e non valutativo di fatti rilevanti ai fini della decisione giudiziale.** Al riguardo il Consiglio di Stato ha evidenziato che il **verificatore** (C.d.S. n. 881 del 2007 e 138 del 2010) **accerta i fatti ma non esprime in ordine ad essi valutazioni giuridiche ma soltanto tecnico fattuali, in aggiunta alla mera rilevazione del dato storico.** Deve, conseguentemente escludersi in modo radicale qualsiasi vincolatività dei giudizi valutativi del verificatore sulla autonomia della cognizione del giudice amministrativo rispetto alle conclusioni assunte in sede di accertamento tecnico. In conclusione, **la verifica consiste in un parere tecnico, non espressione di discrezionalità amministrativa che ben può essere disatteso dall'organo giurisdizionale, a nulla rilevando che il verificatore sia incardinato in un organo od ufficio della pubblica amministrazione.** Le contestazioni riguardanti le modalità di recepimento delle valutazioni tecniche nel giudizio amministrativo costituiscono censure strettamente interne all'esercizio della giurisdizione, potendosi tradurre esclusivamente in errore in iudicando, al pari dei rilievi sull'operato del verificatore. Non si ravvisa alcuno sconfinamento nel merito o nell'ambito delle valutazioni di opportunità della pubblica amministrazione, dal momento che il verificatore fornisce una valutazione, nella specie espressamente limitato al **"punto di vista della scienza ingegneristica"** (cfr. sentenza impugnata) all'interno di un procedimento giurisdizionale esclusivamente funzionale alla decisione giudiziale. Nella specie il Consiglio di Stato ha motivatamente disatteso l'accertamento tecnico all'interno dell'attività valutativa delle risultanze istruttorie che costituisce il nucleo del processo decisionale relativo alla deliberazione finale. Le S.U. della Cassazione nella sentenza n. 16893 del 2017, con riferimento ad una fattispecie coincidente con quella dedotta nel presente giudizio (valutazione del Consiglio di Stato divergente da quella espressa dal verificatore) hanno radicalmente escluso lo sconfinamento dall'esercizio del potere giurisdizionale rilevando che: "l'eccesso di potere giurisdizionale in senso proprio - inteso, cioè, quale esorbitanza dai limiti esterni che segnano l'ambito della sua giurisdizione - ricorre qualora il giudice amministrativo, in materia nella quale la legge gli assegna una potestas indicandi limitata alla sola indagine sulla legittimità degli atti amministrativi, abbia effettuato, invece (o anche) un sindacato di merito, provvedendo per motivi di siffatta natura all'annullamento dell'atto oppure alla sua sostituzione mediante una pronunzia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (v. tra numerosissime altre SU nn. 9443 del 2011, 28263 del 2005, 19664 del 2003, 7288 del 1993)".*

Di tanto il suo ideatore ne rese sintesi con la celebre espressione *“Quel omo che si troverà [al suo interno] potassi vedere per ogni suo verso infinte volte e con infinita bellezza. Perché non vede la immaginazione più grande eccellenza qual vede l'occhio umano”*.