

Consenso “libero” al trattamento sanitario obbligatorio: il paradosso della Corte che (mal) concilia gli opposti

LEONARDO BRUNETTI*

Abstract: *The Author, after some introductory considerations on the concepts of “natural freedom” and “juridical obligation”, examines the concept of “free and informed consent” to health treatment, by art. 1 L. n. 219/2017. The concept is analyzed in the light of the constitutional principle of self-determination, pursuant to art. 32 of the Constitution, and of the recent sentence of the Constitutional Court n. 14 of 2023. Regarding to this last ruling, the Author observes how objectionable – on the basis of the acquisitions of deontic logic and legal science – is the conclusion reached by the Judge of Laws, on the compatibility between “mandatory vaccination” and “free consent”, and therefore highly questionable is the constitutionality of the law which, in the presence of a mandatory vaccination, didn’t provide for the exclusion of consent to treatment, precisely because it is not free. The law, however, should have distinguished between the signing of the consent for the information received, and the actual consent, as consent to the health treatment.*

Keywords: consenso libero e informato; trattamento sanitario obbligatorio e coattivo; obbligo giuridico; libertà naturale; incompatibilità.

Sommario: 1. Introduzione: libertà naturale e obbligo giuridico. – 2. *Reductio ad unum* di obbligo e libertà? Una giurisprudenza costituzionale sul consenso al trattamento sanitario, che non convince. – 3. Breve conclusione sulla incompatibilità di obbligo e libertà.

Data della pubblicazione sul sito: 3 agosto 2023

Suggerimento di citazione

L. BRUNETTI, *Consenso “libero” al trattamento sanitario obbligatorio: il paradosso della Corte che (mal) concilia gli opposti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell’Università cattolica del Sacro Cuore di Milano; avvocato del Foro di Bologna. Indirizzo mail: avv.leonardobrunetti@gmail.com.

1. Introduzione: libertà naturale e obbligo giuridico

Le *Institutiones* di Giustiniano, riportando una citazione del giurista Fiorentino, definiscono la libertà individuale in questo modo: «*libertas quidem est [...] naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur*».¹ I giuristi romani insegnavano, insomma, che la libertà è la facoltà naturale di fare ciascuno ciò che vuole, purché non gli sia proibito dalla forza (*vis*) – che, nell’ordine espositivo di Fiorentino e delle Istituzioni giustiniane, ha una priorità, al contempo logica e fattuale, sul diritto –, oppure dal diritto stesso (*ius*).

In altri termini, il diritto limita le nostre libertà, al pari della nuda forza, la quale ultima, piuttosto che obbligare (come, appunto, il diritto), più propriamente costringe; essa, infatti, ha una cogenza immediata e diretta, ancora più impellente di quella giuridica, perché la sua non è astratta precettività, ma pura e semplice coercizione o coazione, rispetto alla quale appare indistinguibile – sul piano fattuale dell’essere (*sein*) – la forza esercitata *secundum ius*, cioè in forma legittima dallo Stato (o dai privati), da quella esercitata *contra ius* dal mero criminale² – che è, invece, pienamente apprezzabile sul piano del dover essere (*sollen*).

Questa concezione della “libertà naturale” – che, in fondo, ritroviamo anche all’art. 13 Cost. – resta ancor oggi il punto zero di qualsivoglia riflessione sulla libertà, intesa – in senso, appunto, naturalistico – come “*naturalis facultas*”, essendo innegabile che la più immediata declinazione del concetto abbia una stretta attinenza con la capacità individuale di determinare il proprio volere al compimento delle azioni desiderate, senza vincoli o restrizioni di sorta.

In epoca contemporanea, almeno dagli studi di Herbert L.A. Hart, si riconosce che l’essenza del diritto risieda, invece, nella sua “obbligatorietà”³, cioè – in prima

¹ *Iustiniani Institutiones*, I, 3, 1, consultato nell’edizione di E. NARDI (a cura di), *Istituzioni di diritto romano. A. Testi 1*, Giuffrè, Milano, 1986: cfr., in particolare, p. 12.

² Come, infatti, scrive H. KELSEN (trad. it. a cura di M.G. LOSANO), *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1990, p. 12: «La norma funge da schema qualificativo. In altre parole, il giudizio con cui si dichiara che un atto del comportamento umano, posto in essere nel tempo e nello spazio, è un atto giuridico o antiggiuridico, è il risultato di una speciale qualificazione normativa. [...] Che un fatto – dal punto di vista giuridico – sia esecuzione di una sentenza capitale e non un omicidio, è una qualità non percepibile mediante i sensi.»

³ Spiega, infatti, H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, che «dove esiste il diritto, il comportamento umano è reso in un certo senso non-facoltativo od obbligatorio», e «[v]i è una differenza, che deve essere ancora spiegata, tra l’asserzione che qualcuno *era obbligato* a fare qualcosa e l’asserzione che egli *aveva l’obbligo di farlo* [...] l’affermazione che una persona era obbligata a obbedire a qualcuno [nell’esempio dell’Autore: un bandito: ndr.] è, essenzialmente, una osservazione psicologica relativa alle opinioni e ai motivi per cui una data azione è stata compiuta. Ma l’affermazione che qualcuno *aveva un obbligo* di fare qualcosa è di un tipo assai diverso», rispettivamente, pp.

approssimazione – nella precettività o cogenza delle proprie norme, riguardate dal «punto di vista interno»⁴ all'ordinamento, piuttosto che nella coercibilità⁵ delle

98 e 99. Continua, poi, l'Autore: «mentre l'affermazione che una persona aveva quest'obbligo [presentarsi per prestare il servizio militare: ndr.] è del tutto indipendente dalla questione se si sia presentata realmente per il servizio militare o no, l'asserzione viceversa che qualcuno è stato obbligato a fare qualcosa implica normalmente la conseguenza che egli l'abbia realmente fatto»: *ivi*, p. 100. Anche A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari, ed. agg. 2010, osserva come «tutto il problema della obbligatorietà della norma non è che una specificazione del problema più generale che afferisce a tutto il diritto: vale a dire il significato dell'affermazione che il diritto vuole, pretende, di essere osservato»: *ivi*, p. 88.

⁴ Come scrive H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 105-106: «Sentirsi obbligati e avere un obbligo sono cose diverse benché spesso concomitanti [...] Può sembrare che vi sia una differenza lieve tra un'analisi della concezione dell'obbligo come predizione, o come asserzione della possibilità di una reazione ostile alla devianza, e la nostra idea che, benché questa asserzione presupponga un ambiente in cui alle deviazioni dalle norme seguono generalmente delle reazioni ostili, tuttavia la sua funzione caratteristica non consiste nel predire, ma nell'affermare che il caso di una persona rientra nell'ambito di una simile norma. Di fatto, tuttavia, la differenza non è lieve. Veramente, finché non ci si rende conto della sua importanza non si può capire esattamente tutto quell'aspetto peculiare del pensiero, del discorso e delle azioni umane che è implicito nell'esistenza delle norme e che costituisce la struttura normativa della società [...] Quando un gruppo sociale ha certe norme di condotta, questo fatto ci permette di svolgere delle osservazioni strettamente connesse ma di tipo diverso; infatti è possibile occuparsi delle norme, sia soltanto come osservatore che non le accetta egli stesso, sia come membro del gruppo che le accetta e le usa come criteri di condotta. Possiamo chiamare questi due punti di vista rispettivamente “esterno” e “interno”».

Un'osservazione, sostanzialmente, speculare a quella di Hart si ha in M. WEBER (trad. it. a cura di M. PALMA), *Economia e società. Diritto*, Donzelli, Roma, 2016, il quale scrive che «[p]er il dogmatico del diritto la validità (ideale) della norma è il *prius* concettuale; per costui un comportamento che giuridicamente non è direttamente normato è giuridicamente “permesso”, e tuttavia proprio in questa misura è (idealmente) di competenza dell'ordinamento giuridico. Per il sociologo [che, nella terminologia di Hart, osserva da un punto di vista esterno al diritto: ndr.], viceversa, la disciplina giuridica di un comportamento, e in particolare la regolamentazione razionale, empirica è solo una componente della motivazione dell'agire comunitario»: *ivi*, p. 46.

⁵ La “coercizione” è, al contrario, centrale per la comprensione del fenomeno giuridico, dal punto di vista di Kelsen: «Il diritto si distingue dagli altri ordinamenti sociali in quanto è un ordinamento coercitivo. Il criterio decisivo è il momento coercitivo, cioè il fatto che l'atto stabilito dall'ordinamento come conseguenza di un atto considerato socialmente dannoso deve essere eseguito anche contro la volontà del destinatario e, in caso di resistenza, con l'uso della forza», così H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 46. Per una critica al punto di vista di Hart, ed un recupero della prospettiva classica

stesse. Soltanto l’adesione al punto di vista condiviso dai partecipanti alla pratica del diritto⁶ permette, infatti, di apprezzare appieno «[l]a figura di un *legame* che vincola la persona obbligata, che è nascosta nella parola “obbligo” [...] In questa figura, che tormenta gran parte del pensiero giuridico, la pressione sociale appare come una catena che lega coloro che sono soggetti a degli obblighi, in modo tale che essi non sono più liberi di fare quello che vogliono»⁷ (pur in assenza di coercizione).

Illuminante, nonostante la sua crudezza, è quanto scrive il filosofo francese Jaques Derrida, nel libro che raccoglie le sue lezioni e seminari parigini, dal suggestivo titolo *La bestia e il Sovrano*: «al di fuori della legge – scrive Derrida –, la bestia, il criminale e il sovrano si assomigliano in modo sconcertante».⁸ Senza la qualificazione giuridica che viene conferita al fatto da una norma, non è possibile distinguere – sul piano fattuale – l’esecuzione di una pena capitale da un omicidio.⁹

Le considerazioni che precedono, sulla distinzione tra forza e diritto – o, se si vuole, tra fatto e norma giuridica – sembrerebbero richiamare, quantomeno per assonanza, un’altra distinzione (che è chiaramente tracciata dalla dottrina¹⁰ e

kelseniana, cfr. l’approfondito studio di A. PINTORE, *Coercizione e diritto*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2023.

⁶ Definito, appunto, «interno» da Hart: cfr. nota 4.

⁷ H.L.A. HART, *op. cit.*, rispettivamente, pp. 104 e 106: il corsivo è nel testo.

⁸ J. DERRIDA, *La bestia e il Sovrano. I*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2009, pp. 37-38. L’Autore prosegue, poi, il ragionamento con un’immagine indimenticabile: «Questa somiglianza sconcertante, questa sovrapposizione inquietante tra questi due esseri fuori dalla legge o “senza legge” o “al di sopra della legge” che, visti da una certa prospettiva sono la bestia e il sovrano [...] ci fa vedere, proiettare, percepire come ai raggi x, sotto i tratti del sovrano il volto della bestia; o, al contrario, se preferite, è come se attraverso le fauci della bestia indomabile trasparisse la figura del sovrano»: *ivi*, p. 38.

⁹ È il noto esempio kelseniano: cfr. la nota 2.

¹⁰ Cfr. P. VERONESI, *L’eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Rivista AIC. Osservatorio costituzionale*, 6, 2021, pp. 226-252; cfr., inoltre, la nota 12, *ivi*, in cui l’Autore rinvia, su tale distinzione, agli scritti di V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, p. 559 ss.; ma cfr., anche, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II, Cedam, Padova 1992; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, p. 891 ss.; nonché, ID., *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXXVII, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994; e, ancora, U. PONENTI, *L’obbligo vaccinale contro il Sars-Cov-2 alla prova dell’art. 32 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2022, pp. 57-68, il quale osserva che, pur mancando una definizione di trattamento sanitario obbligatorio nella giurisprudenza costituzionale, essa «mostrando di aver recepito [...] l’orientamento prevalente in dottrina [...] si è più frequentemente espressa sul carattere di obbligatorietà che connota i trattamenti sanitari imposti per legge. A tal proposito è stata segnata una netta demarcazione tanto rispetto ai

recepita dalla giurisprudenza del giudice della legittimità¹¹) tra i «trattamenti sanitari non solo obbligatori, ma addirittura “coattivi”, i quali ammettono persino l’esercizio della forza legittima verso chi li rifiutasse» e i «trattamenti sanitari solo obbligatori»¹², nei quali «la realizzazione del comportamento imposto dall’autorità è rimessa alla “collaborazione”, più o meno “spontanea”, del destinatario del provvedimento.»¹³ Esse non vanno, però, tra loro confuse, per l’ovvia ragione che si tratta, in ambedue gli ultimi casi, di trattamenti – obbligatori e coercitivi, o soltanto obbligatori – pur sempre disposti con l’uso *legittimo* della forza, in cui quindi forza e diritto non sono in contrapposizione, ma semplicemente realizzano, cioè concretizzano di fatto, la cogenza delle norme giuridiche: nel secondo caso, insomma, la distinzione è riferita alle modalità concretamente scelte dall’ordinamento per l’esecuzione dell’obbligo. Sulla distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori *tout court* e trattamenti sanitari coercitivi, ritorneremo in seguito.

trattamenti sanitari coattivi quanto rispetto ai trattamenti sanitari necessari. I primi, infatti, sono caratterizzati da un’interferenza nell’esercizio della libertà personale da parte dei singoli cittadini e, quindi, rientrano nella sfera dell’art. 13 Cost. e delle garanzie ad esso sottese; i secondi invece presuppongono la demarcazione logica tra “obbligo legale” e “necessità della misura terapeutica», nei casi in cui sia a rischio la vita del paziente: *ivi*, p. 60. Sulla distinzione giurisprudenziale tra «“cogenza” dell’obbligo legale e “necessità” della misura terapeutica», alla base della indennizzabilità del primo, ma non del secondo, cfr., per tutte, Cass. civ., sez. Lavoro, sent. 14 marzo 2008, n. 7005 e sent. 19 dicembre 2013, n. 28435.

¹¹ Cfr., per tutte, Cass. civ., sez. Lavoro, sent. 04 marzo 2008, n. 5857, la quale afferma – facendo espresso riferimento alla sentenza della Corte costituzionale 09-16 ottobre 2000, n. 423, che ha esteso l’indennizzabilità, ai sensi della L. 25 febbraio 1992, n. 210, al danno causato dalla vaccinazione non obbligatoria anti epatite B – che «la ragione determinante del diritto all’indennizzo risiede nell’interesse pubblico di promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario obbligatorio, sicché lo stesso interesse – una volta che sia assunto a ragione dell’imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio – è fondamento dell’obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengono a soffrire di un pregiudizio alla loro salute.»

Non mancano, però, alcune eccentriche decisioni dei giudici di merito, per le quali la vaccinazione obbligatoria non sarebbe un trattamento sanitario obbligatorio: cfr., ad esempio, Trib. Bologna, sez. I, ord. collegiale 17 febbraio 2022, la quale afferma, in relazione alla vaccinazione obbligatoria anti Covid-19 che «non trattandosi di un t.s.o., il reclamante mantiene la facoltà di scegliere se ricevere il vaccino o subire le sanzioni previste dal legislatore»: decisione alla quale, la sentenza della Corte costituzionale n. 14/2023, cit., pare offrire una sponda.

¹² Così P. VERONESI, *L’eccezione alla regola*, cit., in particolare p. 228.

¹³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 179.

Tale distinzione è affrontata dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza 16-27 marzo 1992, n. 132, nella quale la Corte ebbe ad affermare – in relazione alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica dei minori – che “[n]é l’applicabilità degli art. 333 e 336 cod. civ. per attuare la vaccinazione antipoliomielitica dei bambini contro la volontà dei genitori può trovare ostacolo nell’art. 13 Cost. Va preliminarmente osservato, infatti, che il richiamo a tale norma è inconferente, in quanto la vaccinazione – o qualunque altro trattamento sanitario attuato nei confronti del bambino non ancora capace di intendere e di volere – non è configurabile quale trattamento coattivo né quando sia attuata dai genitori o su loro richiesta, né quando sia disposta, in loro sostituzione ed anche contro la loro volontà, dal giudice dei minori”.

2. *Reductio ad unum* di obbligo e libertà? Una giurisprudenza costituzionale sul consenso al trattamento sanitario, che non convince

Nel presente articolo, svolgerò alcune considerazioni sul consenso informato (*recte*: «libero e informato») ai trattamenti sanitari, a partire da alcune, prime osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale del 1° dicembre 2022-09 febbraio 2023, n. 14¹⁴, che ha deciso la legittimità costituzionale delle norme di legge che prevedono l’obbligatorietà dei vaccini anti Covid-19.¹⁵

¹⁴ Per alcuni, primi commenti della sentenza, cfr.: G. CERRINA FERONI, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2023, pp. 245-288, la quale, pur fornendo una lettura molto attenta delle due sentenze, non si occupa, però, in modo particolare della problematica del consenso libero, che approfondisco, invece, nel presente scritto; nonché, G. PAPA, *Riflessioni sul consenso libero e informato per i vaccini obbligatori alla luce della sentenza n. 14 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2023, la quale dà della sentenza, un giudizio molto severo – che condivido –, laddove scrive che «[f]ormalmente la libertà di scelta è stata salvata, ma praticamente svuotata di significato», e che «[u]n consenso al trattamento sanitario ottenuto in queste condizioni è palesemente la negazione dell’idea del consenso libero e informato», *ivi*, rispettivamente, pp. 442 e 443.

¹⁵ Nel caso specifico, la sentenza ha dichiarato «manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 4, co. 1 e 2, D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici), convertito, con modificazioni, nella L. 28 maggio 2021, n. 76, nella parte in cui prevede, da un lato, l’obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall’altro lato, per effetto dell’inadempimento stesso, la sospensione dall’esercizio delle professioni sanitarie, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 4, 33, 34 e 97 Cost., dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana con l’ordinanza indicata in epigrafe; 2) [...] non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, co. 1 e 2, D.L. n. 44 del 2021, come convertito, sollevata, in riferimento all’art. 32 Cost.,

Le mie osservazioni si concentreranno, quindi, sul tema del consenso libero, *ex art. 1, co. 1, L. 22 dicembre 2017, n. 219*, cioè su quella parte della decisione – il punto 16.1 del *Considerato in diritto* – che ha, forse, suscitato meno interesse in dottrina, ma che mi pare, invece, importante approfondire perché, se la prima parte della sentenza cit. modifica¹⁶ la precedente giurisprudenza costituzionale sull'obbligatorietà del trattamento vaccinale¹⁷, la parte della pronuncia che concerne il consenso al trattamento *de quo*, mi pare, addirittura, riformulare (ma dovrei, forse, dire stravolgere) il concetto stesso di “libertà”, e, in questo senso, impattare assai maggiormente sulla giurisprudenza della Corte, qualora tale concetto dovesse in essa consolidarsi.

L'art. 1, co. 1, cit., dispone: «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento

dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana con l'ordinanza indicata in epigrafe; 3) [...] non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 L. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione della sottoscrizione del consenso informato nelle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, e dell'art. 4 D.L. n. 44 del 2021, come convertito, nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 21 Cost., dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana con l'ordinanza indicata in epigrafe.»

¹⁶ In questo stesso senso, si è – ad esempio – recentemente espressa G. CERRINA FERONI, nel suo intervento sul tema de *Le conseguenze del mancato assolvimento dell'obbligo vaccinale*, al convegno *Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte costituzionale*, del 13 marzo 2023, organizzato dalle Università degli Studi di Milano e di Padova: l'intervento videoregistrato è reperibile on-line, sul sito <https://www.radioradicale.it/scheda/692576/gli-obblighi-di-vaccinazione-davanti-alla-corte-costituzionale>. Ma cfr., anche, G. CERRINA FERONI, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione*, cit.

¹⁷ Sulla quale, cfr., in particolare, per i diversi profili rilevanti della questione, senza pretesa di esaustività: Corte cost., sent. 14-22 giugno 1990, n. 307; sent. 20 giugno 1994, n. 258; sent. 22 novembre 2017-18 gennaio 2018, n. 5 (sulle condizioni e i presupposti della obbligatorietà del trattamento vaccinale); sent. 15-18 aprile 1996, n. 118; sent. 23-26 febbraio 1998, n. 27; sent. 16-26 aprile 2012; sent. 22 novembre-14 dicembre 2017, n. 268 (sulla risarcibilità dei danni in caso di vaccinazioni obbligatorie, o meramente raccomandate); sent. 19-26 giugno 2002, n. 282 (sulla base scientifica della legislazione in materia di trattamenti sanitari); sent. 16-27 marzo 1992, n. 132 (sulla sola sanzione pecuniaria per l'esercente la potestà genitoriale, e la coercibilità in forma specifica, ma in via giudiziale, dell'obbligo vaccinale del minore).

sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.»

La norma richiama espressamente – accanto ai beni della vita, della salute e della dignità – l'autodeterminazione, *ex artt.* 32 Cost.¹⁸ e 3 Carta di Nizza¹⁹, quale faro illuminante per la corretta interpretazione – costituzionalmente orientata e conforme al diritto dell'Ue – della disposizione *de qua*. È, quindi, appena il caso di sottolineare come la libertà del consenso, garantita dall'art. 1, cit., altro non sia che la proiezione, a livello legislativo, del principio di autodeterminazione espresso, a livello costituzionale, all'art. 32 Cost.: autodeterminazione (*recte*: autonomia) e libertà sono, infatti, chiaramente sinonimi.²⁰

Per consenso “libero” può, in prima approssimazione, intendersi il consenso (“informato”, e perciò consapevole²¹) formatosi in assenza di condizionamenti della volontà, tra i quali, ovviamente, violenza e minaccia, a parere di chi scrive, anche qualora il male paventato non consista, in senso tecnico, di una vera e propria “minaccia”²², trattandosi, in termini giuridici, di una sanzione *ex lege* (e non di un male *contra legem*), cioè della reazione dell'ordinamento alla violazione di un obbligo o di un divieto: in breve, la conseguenza giuridica della commissione

¹⁸ L'art. 32 Cost. è il seguente: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti (co. 1). Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana (co. 2).»

¹⁹ L'art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea così dispone: «Diritto all'integrità della persona 1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani.»

²⁰ Sui concetti di “autonomia” e “libertà”, mi permetto di rinviare a: L. BRUNETTI, *Libertà, autonomia e indipendenza*, in C. BUZZACCHI, M. MASSA (a cura di), *Non abbiate paura delle autonomie*, Vita e Pensiero, Milano, 2022, e alla bibliografia *ivi*.

²¹ Come afferma Cass. civ., sez. III, sent. 15 aprile 2019, n. 10423: «il consenso informato – secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008) – deve essere inteso quale espressione della consapevole adesione del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico e si configura quale vero e proprio diritto della persona, trovando fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che della persona tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”.»

²² Cfr. la nota 45.

di un illecito²³. Ciò discende dalla stessa natura afflittiva della sanzione, che – di fatto – la qualifica come la minaccia di un male, che si deve assumere in grado di influire sulla volontà del destinatario, già in base al principio di effettività.²⁴

Tale consenso libero – ricorda la giurisprudenza, sia di legittimità sia di merito – rappresenta «un “diritto irretrattabile della persona [che] va sempre e comunque rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza [...] tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona [...], o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio”». ²⁵ Peraltro, esso corrisponde – sul piano formale – a quella componente del diritto alla salute che – nella sostanza – va sotto il nome di “libertà di cura”, in quanto entrambi espressione del medesimo principio di autodeterminazione del paziente.

Ma tornando, per un momento, alla consapevolezza degli antichi di una dimensione naturale della libertà come assenza di obblighi giuridici, o di coercizione fisica, che apparteneva al diritto romano, questa sembra essere del tutto obliata – o, se si preferisce, essere completamente superata – nella sent. n. 14/2023, cit.

In tale sentenza, infatti, i distinti (e chiaramente opposti) concetti di “obbligo” e di “libertà” paiono fatti coincidere dalla Corte, al fine di giustificare una tautologica conclusione: da un lato, perché – come meglio dirò in seguito – si sovrappone loro l’ulteriore concetto di “responsabilità”, obliterando così i primi

²³ Come ben scrive P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, t. I, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 2003, p. 580: «[a] garanzia dell’osservanza di un obbligo o di un divieto posto dalla legge nell’interesse della collettività, la legge generalmente prevede una reazione negativa dell’ordinamento (sanzione) al fine di indurre i consociati a rispettare il precetto (prevenzione generale) [...] La sanzione è dunque la reazione dell’ordinamento alla violazione di un precetto e si caratterizza per la portata punitiva nei confronti del responsabile della violazione medesima e per la finalità di prevenzione speciale e generale».

²⁴ Principio di effettività della sanzione che è, oggi, espressamente formulato all’art. 20 Dir. 2014/67/UE. Del resto, come osserva L. GOISIS, *L’effettività (rectius: ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012: «Raccogliendo l’insegnamento di Kelsen, l’effettività induce a spingersi sul terreno dell’“essere”, privilegiandolo rispetto al “dover essere” del diritto», p. 1; della stessa Autrice, cfr., anche, *La pena pecuniaria. Un’indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Giuffrè, Milano, 2008. A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., ha, però, «sottolineato la difesa fatta da Kelsen (ma anche dai normativisti tutti) della separazione del momento della validità in quanto *doverosità*, dover essere, dal momento della effettività, fattualità», p. 87.

²⁵ Così Corte di Appello di Genova, sez. II, sent. 28 luglio 2020, n. 745, che richiama la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civ., sez. III, sent. n. 10423/2019, cit.).

due; dall'altro, perché – come spiegherò – si appiattisce la seconda (libertà), sul primo (obbligo), con l'esito paradossale di evaporare entrambi.²⁶

È evidente – mi si potrebbe, però, obiettare – che la definizione giustiniana di libertà non sia né l'unica o migliore possibile, né tantomeno essa sia ancor oggi valida; anzi, senza nemmeno dover scomodare il filosofo Benjamin Constant²⁷, si potrebbe, a ragione, affermare che tale idea di libertà, certamente appartenente agli antichi, differisca – in qual esatta misura è ciò che vedremo – da quella dei moderni, di cui la Corte costituzionale sarebbe portatrice.²⁸

²⁶ In altri termini, l'impressione che si ha, leggendo la sentenza, è che la Corte costituzionale definisca sia l'obbligo sia la libertà come forme di responsabilità, per arrivare alla conclusione – del tutto tautologica –, che l'adempimento responsabile di un obbligo sia esso stesso libertà. Ciò avviene, inoltre, con un grave errore contenuto nella premessa del ragionamento, in base al quale “obbligo” e “libertà” (tal essendo quella «possibilità di scelta» di cui scrive la Corte) coinciderebbero; mentre è del tutto evidente che la libertà sia, al contrario, un “non obbligo” (sia qualora la si intenda come “facoltà”, sia se intesa come “permesso”, essendo in entrambi i casi assenza di obblighi). Il punto, che viene qui solo anticipato, sarà meglio chiarito nel testo.

²⁷ Ad una delle sue opere più note, si deve, infatti, l'imprescindibile distinzione tra *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*.

²⁸ È niente meno che Lev Tolstoj ad offrirci, alla fine dell'ottocento, un ancor diverso ideale di libertà, quando scrive (in riferimento al celeberrimo detto evangelico: «la verità vi farà liberi») che «la libertà perfetta, senza restrizioni che l'uomo prova appena si assimila il concetto cristiano della vita, sarebbe una prova indiscutibile della [...] verità» del cristianesimo, qualora fosse in dubbio che esso sia, appunto, verità: cfr. L. TOLSTOJ, *Il Regno di Dio è in voi: ovvero il Cristianesimo dato non come una dottrina mistica, ma come una morale nuova*, Marco Valerio, Torino, 2001, p. 219. E non è, forse, proprio nell'art. 2 Cost., e nel principio solidaristico in esso espresso, il quale è fondamento degli obblighi e doveri reciproci dei consociati – ma che, osservo *per incidens*, la Corte, al di là di un formale richiamo all'art. 2 Cost., non pone espressamente a fondamento del proprio ragionamento –, che è stato distillato uno dei prodotti più alti, nobili e pregnanti ispirati dalla componente cattolica all'Assemblea Costituente? Sul punto, cfr., tra i tanti riferimenti possibili, oltre l'intervista del 12 maggio 2022 a M. BETZU, *La Costituzione solidale che aiuta i cittadini in difficoltà*, in *In Terris*, disponibile all'indirizzo www.interris.it, anche F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna, 2016, in particolare il par. 3.1 del cap. I, dal titolo: *La sintesi operata dal Costituente: dall'ego sum all'ego cum*, in cui l'Autrice ricorda come «[p]er La Pira, la persona “è in relazione reale [...] con gli altri e si articola organicamente; si sviluppa, cioè, organicamente in una serie ordinata e crescente di entità sociali che vanno dalla famiglia alla comunità religiosa, dagli organismi di classe alle comunità del lavoro e che si coordinano con lo Stato”. Dossetti parla [all'Assemblea Costituente: ndr.] di “necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale”»: *ivi*, p. 22; nonché, recentemente, G. ALPA, *Sussidiarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, Bologna, 2023, in particolare il cap. VI che, tra le altre cose,

Potremmo, anzi, sinteticamente affermare – per le ragioni di brevità imposte dalla natura del presente scritto, passando, quasi a volo d’uccello, sopra secoli di dibattito sul tema – che tale idea di libertà naturale, la quale ben sintetizza il pensiero giuridico romano, subisca, però, nello Stato democratico contemporaneo, una profonda trasformazione.

Come scrive, infatti, Hans Kelsen, perfettamente sintetizzando il punto che qui interessa: «*The transformation in the concept of freedom, from the notion of the individual's freedom from state rule to the notion of the individual's participation in state rule, also signifies democracy's detachment from liberalism.*»²⁹

Anche al netto dell’acuta osservazione del giusfilosofo praghese, vi è però una così naturale evidenza nella definizione giustiniana (*recte*: del giurista romano Fiorentino) da indurre – quasi istintivamente, prima ancora che razionalmente – a una certa prudenza nell’accettare, acriticamente, la declinazione dei concetti di “obbligo” e “libertà” che la Corte costituzionale fornisce nella sent. n. 14/2023, cit.: prudenza che la ragione, come vedremo, conferma.

In tale decisione, la Corte pare riforgiare – non dico *ex nihilo*, ma certo *ex novo*, rispetto alla sua precedente giurisprudenza – un concetto, che definirei tradizionale e consolidato di libertà, in una forma più adeguata (*recte*: piegata) al proprio ragionamento, ma niente affatto convincente.

Nell’opinione della Corte – cfr., in particolare, il punto 16.1, cit., del *Considerato in diritto* – «[i]l consenso informato, quale condizione per la liceità di qualsivoglia trattamento sanitario, trova fondamento nell’autodeterminazione, nelle scelte che riguardano la propria salute, intesa come libertà di disporre del proprio corpo, diritti fondamentali della persona sanciti dagli artt. 2, 13, 32 Cost. e dagli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Secondo quanto disposto dall’art. 1 della legge n. 219 del 2017, “nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”. Più precisamente, il consenso del paziente deve essere libero e consapevole, preceduto da informazioni complete, aggiornate e comprensibili relative a diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, possibili alternative e conseguenze dell’eventuale rifiuto al trattamento sanitario e dell’accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi».

ricorda gli apporti della componente cattolica ai lavori della Costituente. In generale, cfr. CAMERA DEI DEPUTATI (a cura della), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, VI, Roma, 1976.

²⁹ H. KELSEN, *Freedom*, trad. it. *Libertà*, in ID. (trad. it. a cura di M. BARBERIS), *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 52: le successive citazioni di Kelsen saranno tratte da tale versione italiana del testo.

Già in questa prima premessa del ragionamento, mi pare lecito osservare come la Corte, pur correttamente riportando il contenuto del cd. consenso (libero e informato, sembri però dimenticare che, qualora il trattamento sanitario sia obbligatorio *ex lege*, l'eventuale rifiuto, quand'anche di fatto possibile – non essendo cioè il trattamento stesso coercitivo –, rappresenti un illecito: essa avrebbe, perciò, dovuto darne atto, quantomeno qualificandolo come tale, cioè scrivendo, più correttamente, «dell'eventuale, *illecito* rifiuto». La qual cosa avrebbe gettato, sulle sue successive considerazioni, una luce assai diversa.

Anche la seconda premessa del ragionamento appare, poi, discutibile, per le ragioni che subito dirò, non prima, però, di aver riportato il preciso passaggio della sentenza. La Corte «premesse la rilevanza della raccolta del consenso anche ai fini di un'adeguata emersione dei dati essenziali per una completa e corretta anamnesi pre-vaccinale, destinata, tra l'altro [...] a valutare l'eleggibilità del soggetto interessato alla vaccinazione [afferma che] la natura obbligatoria del vaccino in esame non esclude la necessità di raccogliere il consenso informato, che viene meno solo nei casi espressamente previsti dalla legge, come disposto dal comma 1 dell'art. 1 della citata legge n. 219 del 2017.»

Osservo – *per incidens* – che da tale seconda premessa, ben si sarebbe potuti pervenire alla conclusione opposta a quella raggiunta dai giudici costituzionali, e cioè che la norma di legge al loro esame difettesse della previsione espressa dell'esclusione del consenso del paziente, *proprio in quanto trattamento sanitario obbligatorio*, e quindi *in ragione della necessità che tutti i casi di esclusione siano previsti dalla legge*.

Come anticipato, tale seconda premessa appare, comunque, assai discutibile (per non dir errata), perché i giudici della Corte sembrano ignorare che il modello ministeriale di raccolta del consenso preveda non una, bensì due firme: una prima per l'informativa – ciò che soddisfa, pienamente, le esigenze ricordate dalla Corte stessa di «adeguata emersione dei dati essenziali» per l'anamnesi pre-vaccinale –, e una seconda firma per il consenso vero e proprio, cioè l'autorizzazione al trattamento sanitario. Ciò era, peraltro, molto ben chiarito dal giudice *a quo*³⁰,

³⁰ Si legge, infatti, nell'ord. 16-22 marzo 2022, n. 351 (atto di promovimento n. 38, in G.U., 1^a serie speciale, 27 aprile 2022) (*recte*: una delle ordinanze) di rimessione del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale innanzi il giudice delle leggi, al punto: «18.7. Ulteriori profili di criticità: il consenso informato. Ulteriori profili di criticità emergono dalla normativa in ordine al consenso informato [...] *Risulta, evidentemente, irrazionale* [il corsivo è mio: ndr] la richiesta di sottoscrizione di tale manifestazione di volontà all'atto della sottoposizione ad una vaccinazione indispensabile ai fini dell'esplicazione di un diritto costituzionalmente tutelato quale il diritto al lavoro; e poiché tale determinazione deriva dalla circostanza che la legge, nell'aver introdotto e disciplinato

nell'ordinanza di rimessione, ed appare, quindi, assai singolare che il giudice costituzionale abbia ommesso l'esame di una risultanza degli atti.

Un dato, in particolare, appare molto significativo al riguardo: l'esistenza di buone pratiche alle quali il Ministero della salute aveva fatto riferimento in occasione di precedenti vaccinazioni, in parte obbligatorie e in parte meramente raccomandate.

In base al D.L. 7 giugno 2017, n. 73, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, in occasione delle precedenti campagne vaccinali per i minori, il Ministero stesso aveva, infatti, dato indicazione – con la propria circolare del 16 agosto 2017, n. 25233 –, che seguendo le «buone pratiche vaccinali [...] il modulo di consenso informato dov[esse] essere limitato alle sole vaccinazioni raccomandate; per le vaccinazioni obbligatorie ve[nendo] consegnato esclusivamente un modulo informativo». Si potrebbe, allora, sostenere che le due componenti del consenso – ossia “libero” e “informato” – richieste dall'art. 1 L. n. 219/2017, cit., rispondano proprio a questi due distinti profili del consenso al trattamento, e che ciascuna delle due firme risponda e soddisfi un diverso requisito (libertà, l'una: informazione, l'altra).

In periodo pandemico, invece, abbandonate le buone pratiche mediche richiamate dal ministero stesso, in base al medesimo modello ministeriale di consenso informato, si chiedeva, sia ai soggetti obbligati sia a quelli non obbligati alla vaccinazione, una duplice firma.³¹

il consenso informato, non ha dettato un'apposita clausola di salvaguardia nell'ipotesi trattamento farmacologico obbligatorio, *se ne evince l'intrinseca irrazionalità del dettato normativo* [ancora mio il corsivo: ndr] [...] come conferma anche il confronto con le disposizioni impartite dal Ministero della salute con la circolare 16 agosto 2017, contenente le prime indicazioni operative per l'attuazione del D.L. n. 73 del 7 giugno 2017, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, ove, correttamente, si precisava: “Le buone pratiche vaccinali prevedono che i genitori/tutori/affidatari siano informati sui benefici e sui rischi della vaccinazione e che, alla fine di questo colloquio, venga consegnato un modulo in cui si attesta che è stato eseguito questo passaggio. Questo modello informativo, in presenza di una vaccinazione raccomandata, ha assunto una valenza di consenso informato, ovvero di scelta consapevole a una vaccinazione raccomandata. Alla luce del decreto legge in epigrafe, si precisa che il modulo di consenso informato dovrebbe essere limitato alle sole vaccinazioni raccomandate; per le vaccinazioni obbligatorie verrà consegnato esclusivamente un modulo informativo.”»

³¹ L'irragionevolezza del doppio consenso in caso di vaccinazioni obbligatorie non era sfuggita alla migliore dottrina: cfr. G. GUZZETTA, *Obbligo di vaccino, perché il consenso informato non ha senso*, in *Il Riformista*, 11 gennaio 2022, il quale osservava, appunto, il differente valore del consenso, nello «scenario cambia[to] completamente nel caso di trattamento sanitario “obbligatorio”. Ipotesi nella quale va ricompresa anche quella dell'obbligo vaccinale (in quanto trattamento sanitario, come correttamente dice il decreto-

Anche questo dato era, chiaramente, evidenziato nell’ordinanza di rimessione.³²

A conclusione del loro ragionamento, i giudici costituzionali affermano – cfr. punto 16.1, cit. –: «[l]’obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all’obbligo [mia l’enfasi: ndr.], assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge.»

In questo passaggio della sentenza, risiede il principale errore nel ragionamento della Corte, la quale confonde – come mi ripropongo di dimostrare nel prossimo paragrafo – il piano fattuale con quello giuridico, poiché la «possibilità di scegliere» (*id est* la libertà), di cui essa scrive, è tutta sul piano fattuale, ma, in presenza di un obbligo di legge (sanzionato quantomeno³³ con una sanzione pecuniaria), certamente non sul piano giuridico.

Tal errore, consistente nel dedurre norme da fatti, o nel confondere il piano fattuale con quello normativo, prende il nome di “fallacia naturalistica”³⁴; nel caso

legge citato). In questa ipotesi richiedere il consenso dell’interessato sarebbe una contraddizione in termini. Perché il consenso presuppone una libertà di scelta (e una volontà di vaccinarsi, come dice la legge) che l’obbligo di per sé esclude.»

Il valore del consenso, nei casi in cui sottoporsi alla vaccinazione (o, più in generale, ad un trattamento sanitario) sia obbligatorio è, infatti, invertito, e vale semmai ad esentare il medico da responsabilità quando questi, pur sconsigliandola, si trovi di fronte alla ferma volontà (espressa col consenso) del paziente: questo è ciò che sostiene, in modo convincente, C. MIRABELLI, *L’obbligatorietà supera la necessità del consenso*, intervista ad *Adnkronos on-line*, 15 gennaio 2022, rispondendo alla domanda: «È corretto chiedere il consenso di chi è giuridicamente obbligato a vaccinarsi? L’obbligatorietà supera la necessità del consenso [...] se non firmo il medico può comunque vaccinarci. Ma deve informarmi per poter fare l’anamnesi e valutare se vaccinarci. Insomma va scisso il dare il consenso dall’essere informati.» Ciò perché, spiega ancora Mirabelli, «[i]l consenso in presenza di obbligo di legge è necessario se la persona intende fare il vaccino ma il medico lo sconsiglia [...] in caso di obbligo [...] l’informazione è sempre necessaria, il consenso invece può mancare. [...] La firma del modulo in presenza di obbligo serve [solo: ndr.] ad accertare che siano state date le informazioni e che non ci sia un errore medico nel valutarne la vaccinabilità.»

³² Cfr. nota 30.

³³ Se, infatti, la Corte costituzionale nega la natura di vera e propria sanzione alla sospensione dal lavoro, che, per i giudici, rappresenterebbe, invece, il venire meno di una condizione *ex lege* per fornire la prestazione lavorativa, ciò non può, in alcun modo, ritenersi vero per la indubbia sanzione pecuniaria di euro cento, prevista dall’art. 1 D.L. 7 gennaio 2022, n. 1.

³⁴ Sul tema, cfr. il classico G.E. MOORE, *Principia Ethica*, Bompiani, Milano, 1964; nonché N. SINCLAIR, *The Naturalistic Fallacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019; e, ancora, G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall’essere*, Giuffrè, Milano, 1969; J. HABERMAS, *Between facts and norms*,

de quo, esso conduce i giudici ad un secondo e più grave errore – anch'esso esaminato nel prossimo paragrafo –, cioè un'affermazione in contrasto col fondamentale principio di non contraddizione (per cui, nel caso specifico, “obbligo” e “non obbligo” non possono coesistere, o meglio, essere al contempo validi).

Mi pare, poi, del tutto evidente che l'applicazione della sanzione non richieda né l'accettazione, né tantomeno la necessaria collaborazione del destinatario³⁵: non è chiaro, quindi, in cosa consista il senso di responsabilità («responsabilmente») a cui i giudici di palazzo delle Consulta sembrano fare appello, dovendosi, semmai, ritenere che essi intendano impropriamente riferirsi al diverso concetto di «responsabilità giuridica» dell'illecito, quale presupposto per l'applicazione della sanzione, che è la conseguenza, sul piano giuridico-normativo, della violazione dell'obbligo.

3. Breve conclusione sulla incompatibilità di obbligo e libertà

Stando a quanto si legge in sentenza, si potrebbe, insomma, essere *giuridicamente obbligati* a tenere una determinata condotta e, al contempo, *perfettamente liberi* (lett.: «possibilità di scegliere»), sempre sul piano giuridico, di non tenerla, accettando – in caso di scelta di «sottrarsi all'obbligo» – di subire «responsabilmente» la sanzione che ne consegue: ciò che, sul piano giuridico, è, però, logicamente impossibile – come subito vedremo.

Una condotta, infatti, può essere giuridicamente “obbligatoria”, “vietata” o “permessa”, ma solo in quest'ultimo caso essa sarà esente da sanzione, e potrà, perciò, definirsi “libera”: la logica giuridica non ammette alcun'altra alternativa.

Ricordiamo, in proposito, quanto scriveva già Kelsen: «[u]n individuo è *giuridicamente obbligato ad osservare il comportamento opposto a quello che è la condizione di una sanzione* [...] Egli “viola” il suo dovere (od obbligo) o, ciò che è lo stesso, commette un illecito, quando si comporta in modo tale, che il suo comportamento è la condizione di una sanzione [...] Essere giuridicamente obbligato a un dato comportamento significa, quindi, essere il soggetto potenziale di un illecito.»³⁶

Suhrkamp Verlag, Berlino, 1982. Un recente tentativo di superamento della fallacia naturalistica, che pretenderebbe di derivare la “verità morale” su ciò che sia bene per l'uomo, dalla biologia e, più in generale, dalla scienza, proviene da S. HARRIS, *Il paesaggio morale. Come la scienza determina i valori umani*, Einaudi, Torino, 2012, in particolare pp. 15-19.

³⁵ È noto che l'ordinanza-ingiunzione che conclude il procedimento sanzionatorio rappresenti un titolo esecutivo.

³⁶ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Sonzogno, Venezia, 1952, p. 59: il corsivo è mio.

Concordemente con quanto sopra, Carlos E. Alchourrón ed Eugenio Bulygin osservano che «[l]e norme sono enunciati prescrittivi, utilizzati per comandare, permettere o vietare certe azioni. Le proposizioni normative sono espresse da enunciati descrittivi, utilizzati per comunicare informazioni attinenti a norme, ovvero attinenti agli obblighi [O], ai permessi [P], o ai divieti [V] [...] L'interdefinibilità dei tre caratteri deontici O, P e V significa che le norme “Permesso p”, “Non obbligatorio non p” e “Non vietato p” sono logicamente equivalenti e hanno lo stesso significato. Lo stesso vale per le norme “Vietato p”, “Non permesso p” e “Obbligatorio non p”»³⁷; pertanto, la norma di un determinato sistema normativo, la quale permetta “p”, «può avere la forma “Permesso p”, “Non obbligatorio p”, oppure “Non vietato p”. In quanto norme, questi enunciati sono parimenti equivalenti.»³⁸

Essi dimostrano, quindi, che gli enunciati «“Permesso”³⁹ e “vietato”⁴⁰, in quanto caratteri di norme, sono contraddittori⁴¹; “permesso” è sinonimo di “non vietato” e “vietato” è sinonimo di “non permesso”»⁴²; tali enunciati sono reciprocamente incompatibili, non potendo essere entrambi validi, in quanto «due norme, che offrano soluzioni incompatibili allo stesso caso, sono in *conflitto*.»⁴³

In conclusione, ciò che è obbligatorio sul piano giuridico può bensì lasciar liberi sul piano fattuale (ed anzi, salvo i casi di trattamenti sanitari non solo obbligatori, ma anche coattivi⁴⁴, lascia di fatto liberi), ma è, ciononostante, logicamente incompatibile con l'esercizio di una libertà in senso giuridico, perché laddove vi sia esercizio di un diritto, o di una facoltà, ovvero laddove una condotta sia permessa, né la stessa può dirsi vietata, né vi può essere obbligo di tenere la condotta contraria.

Specularmente, laddove vi sia un obbligo di legge di tenere una determinata condotta, non si è liberi di non tenerla, e laddove vi sia un divieto, non si è liberi di tenerla: ciò salvo – si potrebbe aggiungere – non sia prevista (e ricorra) una specifica causa di esenzione.

³⁷ C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 152.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Per quanto i termini “facoltà”, “permesso” e “libertà” (o “libero”), non siano perfetti sinonimi, nel presente scritto, si riterranno tali termini, sostanzialmente, fruibili, in quanto ugualmente sinonimici di “non obbligo”.

⁴⁰ “Vietato” è, come osservato nel testo, un perfetto sinonimo di “non permesso” e “obbligatorio non”.

⁴¹ Non possono, cioè, essere contemporaneamente “veri” (o “validi”).

⁴² *Ivi*, p. 154.

⁴³ E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 133.

⁴⁴ Sui quali, cfr. P. VERONESI, *L'eccezione alla regola*, cit., alla nota 10.

È, quindi, evidente che non si possa essere, al contempo, liberi (di esercitare un diritto) e soggetti ad un obbligo (o divieto), ossia, in quanto obbligati, destinatari potenziali della sanzione prevista dall'ordinamento nei casi di commissione di un illecito. L'esercizio di una libertà non può essere sanzionato, o si trasforma in altro, cioè in un obbligo (o dovere) giuridico: obbligo e libertà sono, in breve, tra loro incompatibili.

Si aggiunga, poi, che la sanzione di cui scrive la Corte non può che essere considerata, oltre che la *legittima conseguenza dell'illecito* commesso, anche il *male minacciato*⁴⁵ dall'ordinamento, in caso di violazione della norma di legge.

Da quest'ultimo punto di vista, il concetto di "consenso libero" che, col suo ragionamento, essa sembra voler propugnare è – pericolosamente – prossimo a quello espresso dal noto brocardo: *coactus tamen voluit*⁴⁶ (o *coactus sed voluit*), col quale – come insegna, autorevolmente, Massimo Bianca – ci si riferisce alla cd. "violenza morale", causa di annullabilità del contratto, che si ritiene agisca «sulla volontà della vittima, inducendola a stipulare il contratto per sottrarsi al male minacciato (anche se spinto dalla minaccia il soggetto presta comunque il proprio consenso)».⁴⁷

Ma tornando alle considerazioni sulla incompatibilità tra obbligo e libertà, al fine di poter essere condiviso, o meglio per potersi ritenere logicamente corretto – ed, ancor prima, per essere compreso razionalmente – detto ragionamento va,

⁴⁵ Osserva, infatti, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., alla nota 23, che «nel linguaggio comune, la sanzione è la minaccia di un male conseguente alla violazione di una regola di condotta [mentre] [i]l concetto giuridico di sanzione è [...] quello di "pena in senso tecnico", ovvero di "freno all'attività degli uomini"»; cfr., anche, ID., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999, con appendice di aggiornamento del 2000. Sull'argomento, i riferimenti imprescindibili restano: C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988; ID., *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992; nonché, E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Utet, Torino, 1997; e, ancora, M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1992.

⁴⁶ Richiamato anche da M. WEBER, *Economia e società*, cit., p. 48, il quale ricorre ad un'immagine assai vivida, quando afferma che «il principio *coactus tamen voluit* [...] vale infatti senza eccezione per ogni coazione che non tratti colui che è oggetto della costrizione soltanto come un morto oggetto naturale».

⁴⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2^a ed., 2000, p. 658. È di nuovo Bianca – *ivi*, nota 60 – a ricordarci la probabile origine del brocardo latino: «Pur se di incerta genuinità, è ancora particolarmente espressivo il noto passo di Paolo (D. 4.2.21.5): *si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui*».

quantomeno, riformulato nei seguenti termini⁴⁸: «L'obbligatorietà [giuridica] del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità [di fatto] di scegliere se adempiere o sottrarsi [di fatto] all'obbligo, assumendosi responsabilmente [recte: la responsabilità giuridica], in questo secondo caso, [de] le conseguenze [giuridiche e di fatto] previste dalla legge.»

L'errore celato nella formulazione che si legge in sentenza, ma in essa implicito, poiché non è possibile dare alla frase altro e diverso senso compiuto, diviene così evidente: si passa, infatti, più volte, del tutto surrettiziamente, dal piano giuridico a quello fattuale, violando in tal modo – nella terminologia giusfilosofica – la “legge di Hume”, ossia incorrendo nella “fallacia naturalistica”.⁴⁹

La riprova della correttezza di tale mia lettura è rappresentata dai casi in cui il soggetto, pur potenzialmente destinatario dell'obbligo, poteva omettere la vaccinazione (recte: era libero di non vaccinarsi), in base ad espressa previsione legislativa: le esenzioni *ex lege*.⁵⁰

È vero che da più parti, e con argomenti diversi, si è contestata l'applicabilità della logica al diritto, ma resta insuperabile – per chi scrive, anche per rifuggire dal soggettivismo giudiziario – l'osservazione che «coloro i quali negano l'applicabilità della logica al diritto negano che vi sia alcun modo per controllare logicamente i ragionamenti giuridici, negano che alle norme possano applicarsi i due principi fondamentali della logica classica: il principio di (non) contraddizione e la regola d'inferenza deduttiva [...] La validità giuridica, dicono costoro, è questione di

⁴⁸ Cioè, per maggior chiarezza, con le aggiunte in corsivo, tra le parentesi quadre – ovviamente da me inserite al testo originale della decisione, seppur non indicando, ogni volta, la dizione “ndr”.

⁴⁹ Cfr. la nota 34.

⁵⁰ La possibilità di esenzione dalla vaccinazione obbligatoria anti Covid.19 era già prevista dall'art. 4, co. 2, D.L. n. 44/2021, cit. nel testo, che ha introdotto l'obbligo per i sanitari, ai sensi del quale: «Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita». L'art. 1 D.L. 7 gennaio 2022, n. 1, ha, poi, aggiunto un art. 4-*quater* al D.L. n. 44/2021, cit., il cui co. 1 estendeva l'obbligo vaccinale ad altre categorie – in particolare, agli *over 50* –, ed il cui co. 2 prevedeva una identica causa di esenzione: «2. L'obbligo di cui al comma 1 non sussiste in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale dell'assistito o dal medico vaccinatore, nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2; in tali casi la vaccinazione può essere omessa o differita. L'infezione da SARS-CoV-2 determina il differimento della vaccinazione fino alla prima data utile prevista sulla base delle circolari del Ministero della salute.»

Il D.P.C.M. 4 febbraio 2022 prevedeva, infine, le modalità per il rilascio di uno specifico certificato di esenzione.

potere e non di logica o ragione: ciò che conta ai fini della validità di una norma è il suo essere frutto di un atto di decisione»⁵¹; ciononostante – proseguono gli Autori – «[è] sbagliato ritenere che la logica si occupi della verità degli enunciati. [...] La logica si occupa della *validità* delle inferenze, ossia dei modi in cui è possibile combinare enunciati significanti per ottenere discorsi significanti. [...] La logica deontica si occupa pertanto delle condizioni alle quali norme e combinazioni tra norme sono portatrici di significato direttivo e perciò in grado di fungere da guida della condotta di chi le accetti.»⁵²

Se così è, la Corte costituzionale erra quando afferma che si possa essere, al contempo, obbligati alla vaccinazione eppure liberi di non vaccinarsi, e quindi di non prestare il consenso alla stessa, poiché l'obbligo giuridico di sottoporsi alla vaccinazione corrisponde al divieto di non vaccinarsi, che è – del tutto evidentemente – l'esatto opposto del concetto di “consenso libero” e di “libertà” (la quale ultima, semmai, coincide col concetto di “permesso”). Per i giudici costituzionali, invece, obblighi e divieti – lungi dal prescrivere di tenere, ovvero di astenersi dal tenere determinate condotte – sarebbero una sorta di appelli alla responsabilità individuale di chi potrebbe – in piena libertà – decidere di optare per la sanzione: liberi, quindi, di accettare – come richiede l'art. 1 L. n. 219/2017, ai fini della legittimità stessa del trattamento – la vaccinazione obbligatoria, o accettare «responsabilmente» (*recte*: la responsabilità, cioè subire le conseguenze de) la sanzione prevista in caso di mancata vaccinazione, ma ciononostante “liberi”.

Così ragionando, però, si oblitera completamente il contenuto prescrittivo specifico di ogni obbligo (come di ogni divieto), riducendo la libertà all'accettazione della sanzione, e – ancora più paradossalmente – l'obbligo stesso al suo contrario, cioè all'esercizio di una libertà non sanzionata: un puro nonsenso! La contraddizione è, quindi, palese: “obbligo” e “non obbligo” (cioè “libertà”) non possono, infatti, coincidere, pena la violazione del fondamentale principio logico – valido, ovviamente, anche per la logica deontica⁵³ – di “non

⁵¹ Così M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 228.

⁵² *Ivi*, pp. 228-229. Il dato – a parere di chi scrive – può ritenersi pacifico per la logica giuridica, e più in generale per la scienza giuridica stessa, se ad essa si vuole, appunto, riconoscere uno statuto di scientificità, e non ridurla al mero soggettivismo del decisore. Continuano, poi, gli Autori: «La logica, infatti, non può impedire che i diritti positivi, o gli individui si contraddicano o ragionino in maniera fallace; essa non si occupa di fatti, ma di astrazioni semiotiche, non si occupa del modo in cui il linguaggio viene effettivamente adoperato, ma delle condizioni che i discorsi devono rispettare per poter essere adoperati coerentemente», p. 229.

⁵³ Cfr. le note 51 e 52. Mi pare utile riportare la sintetica definizione del termine “deontico” che fornisce l'enciclopedia Treccani on-line: «deòntico: agg. [der. del gr. (τό)

contraddizione”. Finché alla logica, e non al decisionismo delle corti, affideremo la validità delle inferenze giuridiche dei giudici, sarà fatale riconoscere che “obbligo” e “libertà” (cioè “non obbligo”), non possono coesistere come situazioni soggettive, o meglio enunciati prescrittivi delle norme, esprimendo essi un contenuto precettivo del tutto opposto e incompatibile.

Se la Corte avesse ragione, infatti, pur in presenza di un obbligo di svolta a sinistra, previsto dal codice stradale, si sarebbe, allora, liberi di svoltare a destra, salvo accettare (responsabilmente) la sanzione, o, ancor peggio, qualora si confidi o si sia certi che la sanzione non venga applicata⁵⁴; si sarebbe liberi, ad esempio, di non adempiere l’obbligazione tributaria, che si fonda sugli artt. 2 e 53 Cost., sperando che l’inadempimento non venga contestato, ed accettando, nel caso, (il rischio de) la sanzione.

Lo stesso si dica in presenza di un obbligo di assistenza oppure di soccorso, rispetto ai quali – portando alle estreme conseguenze il sillogismo seguito dai giudici di palazzo della Consulta⁵⁵ – si sarebbe giuridicamente liberi di non prestare assistenza alla prole, o di non soccorrere il ferito, tutte le volte che al nostro senso di responsabilità sembri preferibile rischiare (irresponsabilmente) di incorrere nella sanzione, piuttosto che ritenersi – come io credo, invece, indefettibilmente si sia – obbligati al rispetto della legge.

Ancora più calzante, chiaro e – riterrei – dirimente è l’esempio dell’obbligo di testimonianza, *ex art.* 366 c.p.

L’art. 366, co. 1 e 3, c.p., disciplina l’obbligo di comparire del testimone, e di rendere la sua testimonianza, venendo sanzionato con la reclusione fino a sei mesi, o con la multa da euro 30 a euro 516, «chi, chiamato dinanzi all’Autorità giudiziaria per adempiere ad alcuna delle predette funzioni, rifiuta» (co. 3). Il giudice, qualora il teste sia stato regolarmente citato, ed egli ometta di comparire nel luogo, giorno e ora stabiliti, senza un legittimo impedimento, «può – ai sensi dell’art. 133, co. 1,

δέον -ovτος “il dovere”] (pl. m. -ci). – Propr., che riguarda il dovere, che si riferisce all’obbligatorietà. Il termine è usato quasi esclusivam. nella locuz. *logica d.*, la logica, di recente formulazione, che, sulla base di principî quali “nulla può essere comandato e vietato al tempo stesso”, regola le proposizioni che coinvolgono le idee di obbligo, permesso e divieto (dovere, potere, non dovere); si distingue pertanto dalla logica formale, ma anche dall’etica, in quanto non si pronuncia su ciò che sia effettivamente obbligatorio.»

⁵⁴ Ciò è l’esatto contrario di quel che s’intende per “obbligatorietà giuridica”. Come scrive, infatti, H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 100: «Così l’asserzione che una persona aveva l’obbligo, ad esempio, di dire la verità o di presentarsi per fare il servizio militare, rimane vera anche se credeva (ragionevolmente o meno) che non sarebbe mai stata scoperta e non aveva perciò nulla da temere dalla disobbedienza.»

⁵⁵ Col metodo della cd. *reductio ad absurdum*, sul quale, cfr. G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1980.

c.p.p. – ordinarne l’accompagnamento coattivo e può altresì condannar[lo] [...] al pagamento di una somma da euro 51 a euro 516». L’accompagnamento, *ex art.* 132 c.p.p., «è disposto [...] con decreto motivato, con il quale il giudice ordina di condurre l’imputato [*recte*: in questo caso, il teste] alla sua presenza, se occorre anche con la forza.»

Stante la disciplina cit., si potrebbe, forse, seriamente sostenere che il testimone sia libero di non rendere la propria testimonianza, e che la sua libertà perduri – pur in presenza di un obbligo *ex lege* –, sino a quando non ne sia disposto l’accompagnamento forzato? oppure che egli sia libero di non testimoniare, accettando la sanzione (che arriva alla reclusione)? Certamente no, e il sostenerlo sarebbe – a mio avviso – alquanto peregrino: pena la riduzione del diritto all’esercizio della forza.

Se ciò non risulta vero per l’obbligo di testimonianza, e nonostante il diverso e autorevole pronunciamento della Corte costituzionale, in base alla sola motivazione contenuta nella sentenza n. 14/2023, si stenta a comprendere come ciò possa, invece, essere vero per l’obbligo vaccinale.

Come si è, infatti, osservato, stando a quanto scrivono in sentenza i giudici della Corte, la «obbligatorietà [...] lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all’obbligo»; ma se così fosse, saremmo, allora, tutti giuridicamente liberi – e non soltanto di fatto – di violare la legge, accettando (*recte*: subendo) la sanzione che ne consegue, *se e quando* – di fatto – essa conseguia alla violazione della norma. Liberi, *nonostante* i contrari obblighi (o divieti) di legge, e a dispetto della previsione di una sanzione per reprimere gli eventuali illeciti.

Tutti liberi, insomma: liberi tutti da ogni obbligo di legge.