

**Il fatto del militare che fa ingresso nella caserma senza la certificazione
vaccinale non costituisce forzata consegna
Commento alla sentenza del GUP presso il Tribunale militare di Napoli
del 10 marzo 2023 (dep. 13 marzo 2023)**

Ali Abukar Hayo
Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Sommario: 1. Premessa 2. Inoffensività della condotta 3. La questione della disobbedienza 4. Lo stato di necessità e l'esercizio del diritto 5. Conclusioni

ABSTRACT

La granitica certezza che i vaccini anti-Covid impedissero il contagio è stata scalfita giorno dopo giorno, fino a giungere al paradossale "fatto notorio" alla base della sentenza in commento, secondo il quale (sotto il profilo del contagio, attivo e passivo) la condizione del vaccinato in nulla differisce da quella del non-vaccinato. Posto che la malattia può essere trasmessa e contratta allo stesso modo dall'uno e dall'altro, la violazione delle regole relative alla certificazione vaccinale non crea alcun pericolo per la salute pubblica. Sicché l'ingresso in caserma del militare sprovvisto del c.d. *green pass* non costituisce il reato di forzata consegna, per inoffensività della condotta. Teoricamente potrebbe costituire un illecito di mera disobbedienza, ma l'Autore non ravvisa gli estremi della violazione di una specifica disciplina militare, perché il fatto *de quo*, pur verificatosi in ambito militare, riguardava comunque le regole restrittive generali (valide in tutti i luoghi pubblici). Inoltre, il Giudice dichiara l'irrelevanza penale del fatto, perché sussisterebbe lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.*, dedotto dalla statistica degli effetti avversi dei vaccini. L'Autore dissente su questo punto, perché si giungerebbe all'assurda conclusione che la grande maggioranza dei cittadini avrebbe agito in contrasto con la stessa necessità di proteggere se stessi. Si può invocare invece l'esimente dell'esercizio del diritto (di autodeterminazione terapeutica), supponendo che la salute pubblica sia stata tutelata, mediante provvedimenti restrittivi, per prevenire le forme patologiche più gravi, piuttosto che per evitare i contagi.

The rock-solid belief that Covid vaccines could prevent contagion has been undermined day by day, to the point that the paradoxical "notorious fact" at the basis of the ruling commented on here, according to which (in terms of active and

passive contagion) the condition of a vaccinated person differs in nothing from that of a non-vaccinated person. Given that the disease can be transmitted and contracted in the same way by one and the other, violation of the rules regarding vaccination certification does not pose any danger to public health. Therefore, the entry into the barracks of the member of the military forces who does not hold a so-called “green pass” does not constitute the offense of putting up an opposition to an order by his superiors, due to the harmlessness of his conduct. Theoretically, it could constitute a misdemeanor of mere disobedience, but the author does not believe that any specific military disciplinary regulations have been breached, because the action in question here, although it occurred in a military context, still concerned general restrictive rules (valid in all public places). Moreover, the court has declared that the act is irrelevant, for criminal purposes, based on a state of necessity pursuant to Article 54 of the Criminal Code, inferred from the statistics relative to the adverse effects of vaccines. The author disagrees on this point, because it would lead to the absurd conclusion that the vast majority of people acted contrary to very own interest and need to protect themselves. Instead, what can be invoked here is the exemption grounded on the right (of self-determination in the sphere of medical treatments), assuming that public health was protected, through restrictive measures to prevent the more serious forms of the disease, rather than to prevent the spread of infection.

1. Premessa

Con la pregevole sentenza in commento il Giudice dell’udienza preliminare presso il Tribunale militare di Napoli ha prosciolto, per mancanza di offensività del fatto, il militare accusato di aver commesso il reato di forzata consegna¹, previsto e punito dall’art. 140 del codice penale militare in tempo di pace, per essersi introdotto nei locali della caserma, violando il divieto di ingresso, oppostogli dal personale di guardia, gravante sui soggetti sprovvisti di certificazione vaccinale

¹ Per consegna s’intende la disciplina dell’ufficio di guardia e sentinella nelle caserme e in altri luoghi di interesse militare. Più diffusamente in dottrina cfr. V. MANZINI, *Diritto penale militare*, Padova, 1932; G. SUCATO, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1941; G. CIARDI, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1950; MAGGIORE, *Obbedienza e nozione di consegna*, in *Riv. mil.*, 5/1974, p. 100; PALUMBO, *Revocabilità della consegna e sindacabilità dell’ordine illegittimo*, in *R.G.M.*, 1981, 996 ss.; R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e la disciplina militare*, Milano, 1985; C. M. POLIDORI, *Militari in Servizio (reati contro i)*, in *Digesto* (Discipline Penalistiche), IV Edizione, Vol. VII, 1993; Palumbo, *Revocabilità della consegna e sindacabilità dell’ordine illegittimo*, *R.G.M.*, 1981, 996.

(c.d. *green pass*)². Il Giudice dichiara inoffensiva la condotta dell'imputato sul presupposto che il rischio di contagio (passivo e attivo) della patologia virale (Covid 19) non differisce per vaccinati e non vaccinati, sicché l'ingresso in caserma del militare non munito di certificazione vaccinale non ha cagionato alcun danno o pericolo per i militi presenti in caserma³. Venendo meno l'offensività del fatto, a parere del Giudice, non residua alcun altro profilo di rilevanza penale. Per di più, il fatto sarebbe comunque scriminato ai sensi dell'art. 54 c.p., essendo stato commesso per la necessità di non esporsi al pericolo di malattia grave per i possibili effetti avversi del vaccino.

Ci sembrano convincenti e ben motivate tutte le osservazioni e considerazioni, sulle quali si basa la declaratoria di inoffensività, ma opiniamo che l'irrilevanza penale della "disobbedienza" avrebbe dovuto essere ulteriormente motivata, mentre ci pare si possano rinvenire gli estremi dell'esercizio del diritto ex art. 51 c.p., piuttosto che quelli dello stato di necessità ex art. 54 c.p.

2. Inoffensività della condotta

Ripercorriamo brevemente l'*iter* argomentativo afferente all'inoffensività del fatto sul quale concordiamo pienamente. Il Giudice non ignora che la Corte costituzionale ha dichiarato legittimo l'obbligo vaccinale ritenendo che sia stata dimostrata scientificamente una doppia efficienza causale della vaccinazione: sulla riduzione dei contagi e sull'affievolimento degli effetti patogeni dell'infezione virale⁴. Premette che le pronunce di rigetto della Corte non hanno funzionalità nomofilattica e non vincolano il Giudice di merito⁵; sull'efficacia del vaccino

² Nella sentenza in commento, a pag. 4 si legge: «All'imputato all'atto dell'ingresso in caserma veniva rappresentato dai militari comandati di servizio di vigilanza di non poter accedere in quanto sprovvisto di green pass [...] l'imputato faceva comunque ingresso in caserma e vedimava la presenza».

³ L'offesa, in sembianza di lesione o messa in pericolo del bene protetto, è un elemento costitutivo del reato. In sua assenza, potrebbero sussistere gli estremi formali della fattispecie tipica, ma il reato non sussisterebbe per mancanza di uno degli elementi essenziali. *Ex multis*, sul principio di offensività anche in prospettiva europea M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013.

⁴ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 15/2023 asserisce che «contrariamente all'assunto del giudice rimettente, gli stessi dati esposti nei rapporti dell'ISS menzionati nell'ordinanza di rimessione, lungi dall'evidenziare l'inutilità dei vaccini, dimostrano come, soprattutto nella fase iniziale della campagna di vaccinazione, l'efficacia del vaccino sia stata altamente significativa tanto da prevenire l'infezione da SARS-Cov- 2, quanto nell'evitare casi di malattia severa».

⁵ La Corte costituzionale, con le sentenze nn. 14/2023, 15/2023, 16/2023, ha dichiarato inammissibili e infondate le questioni di legittimità costituzionale delle norme introduttive dell'obbligo di sottoporsi a vaccinazione per SARS-Cov-2 di cui al decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44 (riguardante

osserva, poi, che non esiste un solo indirizzo scientifico e non si possono avere certezze assolute⁶.

Tuttavia, si può senz'altro escludere che i vaccini siano efficaci a prevenire il contagio. Il Giudice osserva, infatti, che la Consulta presta piena fede a un'affermazione dell'ISS, secondo cui «la vaccinazione anti COVID-19 costituisce una misura di prevenzione fondamentale per contenere la diffusione dell'infezione [...] anche se l'efficacia vaccinale non è pari al 100%»⁷. In verità, a suo parere «l'idoneità dei vaccini attualmente in commercio ad impedire di essere contagiati e di contagiare a propria volta, e quindi quale strumento di prevenzione del contagio, non solo non è pari o vicina al 100% ma si è di fatto rilevata prossima allo zero»⁸. Si può dedurre dall'*id quod plerumque accidit* un "fatto notorio": che i soggetti vaccinati per SARS-CoV-2 possono contrarre e trasmettere il virus e che, di conseguenza, dal punto di vista epidemiologico, vaccinati e non vaccinati, vanno necessariamente trattati come soggetti tra loro sostanzialmente equivalenti. Ne deriva necessariamente il venir meno del presupposto normativo dell'obbligo vaccinale e dell'esibizione del *green pass*. Se si nega infatti l'efficacia preventiva (ai fini del contagio) dei vaccini, ritenuti meramente idonei ad attenuare le conseguenze gravi dell'agente patogeno, è giocoforza ritenere che non può essere compressa o inibita la libertà di movimento dei cittadini in funzione di una chimera inesistente. Il "fatto notorio" dell'irrilevanza del vaccino ai fini del contagio si connette necessariamente con l'inoffensività di qualsivoglia "contatto ravvicinato" derivante dalla libertà di movimento del non vaccinato. L'assoluta equivalenza, ai fini del contagio, dei contatti possibili col non-vaccinato rispetto ai medesimi col soggetto vaccinato rende ovviamente irragionevole qualsiasi restrizione del movimento dei primi, diversa dal movimento del secondo. Sicché, a ben vedere, la questione giuridica che verte sull'offensività/inoffensività della condotta *de qua*, si atteggia, per certi versi, come mera questione di fatto, che verte sull'efficacia preventiva dei vaccini attualmente in commercio. Sul punto è

gli uffici di giustizia e i concorsi pubblici) e al decreto legge 21 settembre 2021, n. 127 (riguardante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde Covid-19 e il rafforzamento del sistema di *screening*). La sentenza annotata osserva che le sentenze di inammissibilità e infondatezza della Corte costituzionale, quali sono quelle citate, non vincolano il Giudice di merito, posto che la funzione nomofilattica spetta solo ed esclusivamente alla Corte di Cassazione.

⁶ Sul punto a pag. 10 della sentenza in commento si legge «La scienza, allorché studia e ricerca un fenomeno ancora ignoto - quale appunto è un nuovo virus - non è costituita da un monolitico blocco di granitica certezza bensì si manifesta piuttosto inizialmente nella forma di ipotesi scientifiche alternative e spesso contrastanti».

⁷ Corte cost., sent. n. 15/2023 del 09.02.2023.

⁸ Cfr. pag. 9 della sentenza in commento.

necessario precisare che non si discute qui dell'attitudine dei vaccini a prevenire le forme acute della patologia da SARS-cov- 2, giacché questa efficienza "difensiva" a favore del vaccinato è cosa ben diversa, concettualmente e fattualmente, dall'efficienza "offensiva" del (libero movimento) del non-vaccinato. La prevenzione terapeutica sulla propria persona è ben diversa dalla prevenzione del contagio a danno dell'altrui persona.

Orbene, i fatti hanno dimostrato che il contagio (attivo e passivo) dei non-vaccinati è avvenuto nella stessa guisa del contagio dei vaccinati, si può dunque ritenere che sussista effettivamente il "fatto notorio", asserito nella sentenza in commento, e per ciò stesso sia comprovata l'innocuità della condotta di cui all'imputazione. Beninteso l'innocuità in relazione al bene giuridico della salute pubblica.

3. La questione della disobbedienza

La condotta, quantunque innocua in relazione alla salute pubblica, potrebbe tuttavia essere considerata rilevante come mera disobbedienza. La forzata consegna, come d'altronde la condotta omissiva riguardante la consegna⁹, infrange certamente la disciplina militare, sia direttamente, nei rapporti d'ufficio che legano il soggetto agente e l'amministrazione, sia indirettamente, per gli effetti propagatori dell'esempio negativo nel contesto di relazione. Non è il caso di spendere troppe parole per significare che l'ordine disciplinare nel contesto militare ha una maggiore rilevanza che in quello civile ¹⁰. Gli scopi precipui dell'istituzione non possono essere perseguiti se non mediante un'organizzazione, fondata sulla rigida gerarchia dei ruoli e delle mansioni, che consenta l'esecuzione immediata dei comandi e inibisca o comunque riduca al minimo il possibile dissenso dei destinatari del comando. Nel caso di specie, l'interdizione all'ingresso si configurava come un comando legittimo, cosicché si potrebbe ritenere integrato il reato *de quo* per il solo fatto della disobbedienza.

Ciò posto, l'asserzione del Giudice che «non sussiste uno degli elementi costitutivi del reato, per essere la condotta contestata inidonea a ledere il bene

⁹ Artt. 118 e ss. del codice penale militare in tempo di pace.

¹⁰ Non per nulla il codice penale militare contempla una specifica fattispecie di disobbedienza. Ai sensi dell'art. 173, «Il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore, è punito con la reclusione militare fino a un anno». È prevista, poi, una circostanza aggravante «se il fatto è commesso in servizio, ovvero a bordo di una nave o di un aeromobile, la reclusione militare è da sei mesi a un anno; e può estendersi fino a cinque anni, se il fatto è commesso in occasione d'incendio o epidemia o in altra circostanza di grave pericolo».

protetto dalla norma incriminatrice» potrebbe sembrare del tutto infondata. Non può dirsi infatti che il bene giuridico tutelato dall'art. 140 c.p.m.p. sia la salute pubblica (non messa in pericolo da alcun rischio di contagio ulteriore rispetto a quello cagionato da chiunque, ancorché vaccinato). È palese, infatti, che la "consegna" è obbligatoria non solo in tempi di emergenza Covid 19, ma sempre e comunque, cosicché le *rationes* delle consegne possono essere le più varie; ovviamente, in tempi di normalità sanitaria, la *ratio* di tutela della salute pubblica esula del tutto. In altri termini, la norma che incrimina la forzata consegna (come, peraltro, l'omessa consegna) è una sorta di norma penale in bianco, perché non fa riferimento al contenuto della consegna, ma ne prescinde del tutto; cosicché il reato sussiste per la violazione di una consegna purchessia, dunque per la mera disobbedienza all'ordine legittimo. Potremmo dire, nel comune linguaggio parlato, che è punita l'insubordinazione in quanto tale.

Per tale ragione, non ci pare errata l'asserzione di inoffensività della condotta contestata al militare *de quo*; tuttavia, ci pare monca, nel senso che l'inidoneità offensiva del caso di specie, ossia l'inidoneità ad approfondire il rischio di contagio della malattia virale da Covid-19, deve essere messa in correlazione con il carattere non militare (o extra militare) di quella specifica consegna, ossia di quello specifico divieto di ingresso in assenza di certificazione vaccinale. La disciplina del *green pass* vigente in quel periodo non era esclusivamente militare, era fatto divieto di entrare, in assenza dell'anzidetta certificazione, non solo nelle caserme, ma anche in numerose tipologie di locali pubblici; era inoltre obbligatorio esibire il *green pass* per avere accesso ai bus, ai treni, agli aerei e a tutti i mezzi di trasporto, perfino per sedersi al ristorante e per entrare al bar. In sintesi, i civili e i militari subivano gli stessi vincoli, a riguardo del *green pass*. La caserma, nella quale si sono svolti i fatti *de quibus*, non diversamente dalle altre caserme, aveva adottato quelle regole di ingresso, adeguandosi alla normativa generale vigente per tutti. In ragione di ciò può dirsi che il soggetto agente ha violato (forzandola) una consegna non militare. Se, per esempio, avesse forzato (oppure omesso) la consegna di vestire la divisa militare (in una determinata occasione) o fare rientro in caserma entro un determinato termine, sarebbe stata violata la disciplina militare, ma, nel caso di specie, risulta violata una disciplina generale che assorbe quella militare. In quel divieto di ingresso era evidente una *ratio* di tutela sanitaria generale, non già limitata alle funzioni e all'attività militare; ed era evidente, anche perché necessariamente esplicitata dalla richiesta di esibizione della certificazione vaccinale. In altri termini, il soggetto agente, nel caso *de quo*, non si è mostrato insofferente e disobbediente rispetto all'ordine di un superiore gerarchico comunicato dal corpo di guardia cosicché si

può opinare che la sua condotta non abbia integrato gli estremi di quella specifica disobbedienza militare prevista dall'art. 140 c.p.m.p., ma abbia violato una disciplina generale (non militare), qualificabile "civile" in senso lato, con una condotta che non ha offeso il bene giuridico (salute pubblica) tutelato da quella specifica disciplina. In conclusione, si può ritenere, in sintonia con la sentenza commentata, che la *ratio* specifica e occasionale del divieto, evidente ed esplicita, non sia stata violata per inoffensività; al contempo, dovendosi ritenere che la *ratio* sia parte integrante del divieto, si può opinare che il divieto stesso non sia stato violato, *ergo* il reato non sia stato commesso.

4. Lo stato di necessità e l'esercizio del diritto

La sentenza in commento, dopo aver pronunciato il "non doversi procedere" per inoffensività della condotta, dichiara inoltre che la medesima sarebbe stata comunque scriminata ai sensi dell'art. 54 c.p.. Il Giudice ravvisa infatti la "necessità" di non sottoporsi alla vaccinazione, per evitare il pericolo di danni gravi alla propria salute, facendo leva sugli effetti avversi del vaccino (miocarditi, pericarditi, etc.)¹¹. Trattandosi di affezioni piuttosto gravi, la probabilità di un caso su mille è assunta come base sufficiente per il rifiuto della vaccinazione, giustificato appunto dalla necessità di non correre il rischio degli affetti avversi. In sentenza si assume inoltre che tale base probabilistica, di per sé sufficiente a integrare la "necessità", sia calcolata al ribasso, per il fatto che non sono stati censiti tutti i casi di patologie successive alla vaccinazione.

A parere di chi scrive, le considerazioni a supporto sono condivisibili; tuttavia, la conclusione lascia qualche perplessità, dal momento che si può ritenere preferibile invocare, come causa di giustificazione, l'esercizio di un diritto, piuttosto che lo stato di necessità. Invero, ci paiono esulare i caratteri della "costrittività", evocati dalla stessa parola "necessità". Per quanto la parola "pericolo" e l'aggettivo "attuale" si prestino a interpretazioni late o latissime,

¹¹ In particolare, il GUP di Napoli ravvisa lo stato di necessità non con riferimento alla condotta in concreto contestata (urgenza qualificata di accedere all'alloggio), ma con riferimento alla condotta presupposta a quella (necessità di non correre un rischio grave o fatale vaccinandosi).

Rispetto a tale diverso segmento dell'azione, il Giudice adito critica nuovamente l'impostazione seguita dalla Corte costituzionale nelle ultime pronunce (nn. 14/2023, 15/2023, 16/2023), affermando a pagina 15 della sentenza in commento che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione solo se gli unici effetti negativi prevedibili siano temporanei, di scarsa entità e tollerabili, ma non quando ci siano effetti avversi gravi, irreversibili o fatali già prevedibili al momento dell'imposizione, dovendo la previsione dell'indennizzo riguardare gli eventi avversi imponderabili, che non potevano essere previsti dal legislatore in quel dato momento storico, e che quindi servono a ristorare il danno "ulteriore" imprevedibile».

secondo le quali può ritenersi sussistente perfino il pericolo attuale che un meteorite piombi sul passante e lo uccida, si deve pensare che il pericolo a fondamento della “necessità” sia di tipo cogente, lasci cioè un margine di scelta molto limitata al soggetto agente ai fini di tutela della sua integrità fisica. Si trova in “stato di necessità” quel soggetto che è costretto a violare la norma per non affrontare il rischio di un evento avverso “molto probabile”. Una cosa è la libera scelta di non affrontare il rischio, un’altra cosa la “necessità” di non affrontarlo. La necessità nega la libera scelta e pertanto suppone, per definizione, un evento avverso non altrimenti evitabile; per ciò stesso, prefigurato - nella rappresentazione mentale dell’*homo eiusdem condicionis et professionis* (agente modello che si sostituisce al soggetto concreto) - come altamente probabile e imminente, non già improbabile e remoto.

Orbene la probabilità di 1 a 1000 non pare sufficiente a fondare siffatta “necessità”. Poi, a ben vedere, al di là del parametro numerico, la “necessità” sembra esulare per il fatto stesso che la grande maggioranza della popolazione si è volontariamente sottoposta alla vaccinazione. Poiché, nella valutazione del pericolo, si prende in considerazione il modello astratto, si deve pensare che tale uomo “medio”, posto innanzi al dilemma della vaccinazione, sia uno solo; non differisca cioè per le due categorie, dei vaccinati e non vaccinati. Se tale uomo medio ha scelto - nella grande maggioranza - di vaccinarsi, pur di fronte alla “necessità” di non vaccinarsi, l’unica spiegazione possibile è che la grande maggioranza della popolazione sia stata costretta a vaccinarsi, contro la sua volontà. Questa supposizione ci porterebbe molto lontano. La “necessità” di non vaccinarsi, per evitare il pericolo di effetti avversi (fisici) della vaccinazione, farebbe il paio con la “necessità” di vaccinarsi, per evitare il pericolo di effetti avversi (giuridici) del rifiuto di vaccinazione. Tale supposizione fa pensare a tutto tranne che a un ordinamento democratico e liberale. Pare un po’ troppo, qualunque sia la fede politica di riferimento.

Ben diversamente, la causa di giustificazione dell’esercizio di un diritto non entra in contraddizione con il carattere democratico e liberale del nostro ordinamento giuridico, perché postula la libera scelta del soggetto (modello astratto) di vaccinarsi o non vaccinarsi. È vero che tale libera scelta, per alcune categorie di soggetti, è stato meno libera che per altre, vigendo uno specifico “obbligo vaccinale”. È vero che le conseguenze giuridiche negative restringevano di molto la libertà di scelta, tuttavia non l’annullavano del tutto. In ogni caso era possibile esercitare il diritto di non vaccinarsi, sopportandone le conseguenze negative. Ebbene, proprio in virtù di questa libertà di non vaccinarsi (ancorché condizionata, ma giammai estinta del tutto), il soggetto agente *de quo* esercitava il

suo diritto di non possedere e perciò non esibire la certificazione vaccinale. Ne consegue che esercitava il suo diritto di fare ingresso nella caserma, pur sprovvisto del c.d. *green pass*. In altri termini, si può pensare perfino che fossero legittime tutte le conseguenze previste a carico del soggetto che non avesse voluto vaccinarsi, pur appartenendo a una delle categorie sulle quali incombeva l'obbligo, ma non ci si può spingere fino al punto da impedirgli la libera circolazione, se questa è irrilevante ai fini del pericolo di contagio. In mancanza di siffatto pericolo, la sua libera circolazione non offende alcun bene giuridico; non si vede dunque per quale motivo il diritto soggettivo di movimento debba essergli inibito. La mancanza di offensività della condotta (di libera circolazione) equivale alla mancanza della causa giustificativa dell'estinzione del diritto; insomma, all'inoffensività corrisponde l'esercizio legittimo del diritto.

In questa logica, l'esercizio del diritto e l'inoffensività della condotta vanno di pari passo, mentre lo stato di necessità potrebbe teoricamente coesistere con una condotta offensiva. Per la necessità di evitare a sé stesso un pericolo imminente, il soggetto agente potrebbe comunque esporre gli altri a un rischio remoto. Mentre il diritto proprio incontra il limite del diritto altrui, la necessità può prevalere anche sul diritto altrui. Ne deriva, a nostro avviso, che avere imperniato la pronuncia di proscioglimento sull'inoffensività della condotta avrebbe dovuto avere come corollario l'indicazione dell'esercizio del diritto come causa di giustificazione. In questo caso, il diritto altrui di non correre un rischio suppletivo di contagio non sussiste, perché non sussiste alcun rischio supplementare rispetto a quello corso da chiunque vive in società, immerso nella normale vita di relazione. Solo l'eremita sarebbe esente da tale rischio e ovviamente la caserma non può paragonarsi a un eremo, né si può imporre in quel contesto la regola dell'eremo. D'altronde, la causa scriminante dell'esercizio del diritto, ancorché correlata nel caso concreto all'inoffensività della condotta, se ne distingue concettualmente; in qualche modo la trascende, avendo una portata più ampia. Anche una condotta astrattamente *contra ius* può rivelarsi inoffensiva in concreto¹², sicché l'irrilevanza penalistica per

¹² Per certi versi è simile la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Ovviamente la tenuità postula la presenza dell'offesa, sulla quale incide in termini quantitativi (riferiti appunto al *quantum* di gravità), mentre l'inoffensività postula la totale assenza dell'offesa. Non può parlarsi dunque, a proposito dell'inoffensività, di una speciale causa di non punibilità, bensì di assenza di uno degli estremi tipici del fatto di reato.

L'istituto della particolare tenuità del fatto è attualmente contemplato nell'art. 131 *bis* c.p., introdotto dal D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che ha inteso delineare una causa di non punibilità rispondente alla concezione gradualistica del reato e ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità del diritto penale. Secondo quanto contemplato dall'art. 131 *bis*, comma 1, c.p., nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola

mera inoffensività della condotta non esclude la rilevanza della stessa, dal punto di vista disciplinare o civilistico. Al contrario, la sussistenza della causa di giustificazione ex art. 51 c.p. elimina in radice qualunque profilo di antigiuridicità; peraltro, in maniera ancora più netta rispetto allo stato di necessità ex art. 54 c.p., perché non residuerebbe nemmeno l'ipotetico onere di "indennizzo". Ovviamente, nel caso di specie, la problematica del danno e del conseguente indennizzo esula del tutto, tuttavia non è inopportuno sottolineare che, nel caso di specie, proprio l'inesistenza di un (aggravamento del normale) rischio di contagio, mentre costituisce il fondamento dell'irrelevanza penalistica del fatto per inoffensività della condotta, al contempo consente di ravvisare gli estremi dell'esercizio del diritto. Infatti, il diritto costituzionalmente garantito della libera scelta delle terapie mediche potrebbe essere compresso solo in funzione della salute pubblica; ma laddove non è pregiudicata in alcun modo la salute pubblica, è chiaro che il diritto non può essere compresso¹³, sicché vige in tutta la sua portata espansiva. Ergo il soggetto ha il diritto di vaccinarsi o non vaccinarsi e quello connesso di non vedere subordinata la sua libertà di circolazione al possesso di una certificazione vaccinale, che egli ha il diritto di non possedere.

5. Conclusioni

Nel tirare le somme è opportuno ribadire che un ruolo determinante, nella questione giuridica centrale che verte sull'offensività del fatto, ha la rilevazione

o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p., l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento non risulta abituale. Evidente il fondamento giuridico dell'istituto il quale mira ad attuare una deflazione dei carichi giudiziari, nel rispetto dei principi fondamentali di offensività, sussidiarietà e proporzionalità, posto che la norma mira ad escludere la punibilità in ordine a fattispecie che, astrattamente, ben configurano ipotesi di reato ma che, in concreto, sono espressione di un minimo grado di offensività. Si tratta, infatti, di una causa di non punibilità che lascia presupporre la commissione di un reato, ma che è legata a valutazioni di opportunità. Sul punto cfr. F. DI VIZIO, *La nuova disciplina della particolare tenuità del fatto; tra spinte alla deflazione e tensioni di sistema*, in *Discrimen (online)*, 3 gennaio 2023.

¹³ Se, come ritiene il GUP presso il Tribunale militare di Napoli, i vaccini attualmente in commercio non sono efficaci ai fini della prevenzione del contagio, bensì solamente al fine di evitare le forme più gravi della patologia, non possono che configurarsi come presidi terapeutici, sia pure in funzione preventiva. Ne deriva che, una volta assunta la mancanza di efficacia inibitoria del contagio, dichiarare l'inoffensività della condotta, nel caso di specie, equivale a dichiarare la sussistenza del diritto di autodeterminazione terapeutica in capo al soggetto, per quanto la correlazione necessaria non significhi l'identità concettuale tra inoffensività del fatto ed esercizio del diritto. Sul principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica (art. 32 Cost), cfr. A. CARMINATI, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, in *Giur. Pen.*, 1 bis/2019.

dell'*id quod plerumque accidit*. Per quanto il Giudice sia *peritus peritorum*, la sua scienza non può prescindere del tutto dalle acquisizioni della comunità scientifica più accreditata nel momento storico. La mera osservazione empirica dei fatti può darci conto solo del *post hoc*, ma perché il *post hoc* sia inteso correttamente come *propter hoc* è necessario individuare una legge scientifica di copertura¹⁴. In altri termini, il fatto "notorio" è veramente tale e può aiutare il Giudice nel discernimento della catena causale degli eventi, solo in quanto sia diventata "notoria" la spiegazione causale degli eventi. Ciò premesso, la nostra questione potrebbe ridursi alla seguente: se i vaccini (anti Covid) avessero e abbiano efficacia inibitoria del contagio.

Questione ben diversa, ovviamente, da quell'altra, irrilevante ai fini dell'offensività, se siano stati e siano tuttora utili a prevenire le forme patologiche più gravi. In verità sul punto della capacità di inibire il contagio, non si scontrano teorie scientifiche pienamente assertive: nemmeno le case farmaceutiche produttrici dei vaccini hanno dichiarato siffatta idoneità piena del loro prodotto. Si scontrano semmai orientamenti politici - e forse anche "ideologici" - divergenti. Inoltre, si deve osservare che si può pure riconoscere un interesse pubblico alla vaccinazione, per il solo fatto dell'efficacia di prevenire le forme patologiche più gravi. La *res publica* coltiva un interesse pubblico alla salute che è la somma di tutti gli interessi dei singoli individui alla tutela della propria salute. Ciò non toglie che siffatta tutela è, in primo luogo, un diritto dell'individuo che non può divenire obbligo giuridico. Ora, pur supposta la piena legittimità di tutte le possibili misure restrittive, in funzione di una maggior tutela della *propria* salute, non se ne può dedurre un obbligo generalizzato (del *quisque de populo*) di tutela dell'*altrui* salute. Dal diritto di tutela della propria, al dovere di tutela dell'*altrui* salute, il passo è molto ampio; il dovere ha ragion d'essere solo se si dimostra che la libera circolazione del soggetto non-vaccinato espone i consociati al rischio (suppletivo) di contagio. Tale dimostrazione non può essere data perché nessuna legge scientifica di copertura la supporta.

A nostro avviso, infatti, non deve essere cercata la legge scientifica che dimostri l'impossibilità del non vaccinato di produrre il contagio (ossia la connessione doppiamente negativa non-vaccino=non-contagio), bensì la legge che dimostri la maggiore carica virogena del non-vaccinato (rispetto al vaccinato); solo questa connessione causale non-vaccino/contagio consentirebbe di individuare l'offesa insita nella libera circolazione del soggetto sprovvisto di certificazione vaccinale. È corretto procedere in questo secondo modo, per due ragioni: è

¹⁴ Sul punto cfr. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, II ed. 2000.

impossibile collegare causalmente (e concettualmente) due non-eventi, come presupporrebbe il primo tipo di ricerca; inoltre l'onere della prova incombe sull'accusa di offensività, non già sulla difesa che assume l'inoffensività. Ebbene, questa legge scientifica di copertura - che dimostrerebbe l'offensività della condotta *de qua* - non è stata trovata; anzi l'osservazione serena, e non "ideologica", dei fatti di questa terra induce a escludere qualsivoglia connessione: il non vaccinato non espone gli altri consociati a un rischio (aggravato) di contagio. L'inesistenza di siffatto aggravamento del normale rischio, derivante dalla vita di relazione, sembra dimostrato, al di là di ogni dubbio, dalla circostanza che, nei Paesi nei quali non è stata imposta alcuna restrizione alla circolazione dei soggetti non vaccinati, non si sono registrati incrementi significativi delle patologie da Covid e meno che mai di eventi letali. Anzi si può dire che l'Italia, primatista in restrizioni, abbia registrato al contempo il triste primato delle "bare". Il decorso degli eventi ha dimostrato ampiamente che l'inibizione del contagio è stata una chimera, e ciò può ben dirsi un fatto notorio, come correttamente osserva la sentenza *de qua*. Ne deriva limpidamente l'inoffensività della condotta dell'imputato.

Alla mancanza dell'offesa, elemento costitutivo del reato, corrisponde necessariamente l'impossibilità di commutare il proprio diritto alla salute in dovere, a carico dei non vaccinati, di tutelare l'altrui salute, mediante astensione dalla circolazione. Svanito il pericolo di contagio, unico profilo di rilevanza esterna della scelta individuale di vaccinarsi/non vaccinarsi, la questione, a ben vedere, rientra pienamente nella sfera della libera autodeterminazione dei comportamenti privati; ma ciò significa, a nostro avviso, che la causa di giustificazione da invocare nel caso concreto è l'esercizio del diritto, non già quella dello stato di necessità.