

## GESTIONE DELLA PANDEMIA 5. E' LEGITTIMA L'IMPOSIZIONE DI UN OBBLIGO DI INDOSSARE LA MASCHERINA?

Prima di passare ad esaminare se sia costituzionalmente legittima o meno l'imposizione di un obbligo di indossare la mascherina, generalizzato oppure limitato soltanto a determinati luoghi o circostanze, è opportuno chiarire alcuni aspetti di fatto sull'utilità di tali mascherine.

A prescindere, infatti, dal grado di pericolosità o meno del virus Sars Cov-2 e dal grado di diffusione di esso, aspetti sui quali circolano idee diverse e sui quali si può qui per il momento sorvolare, è indubbio che l'uso massivo delle mascherine non solo incide pesantemente nei rapporti tra le persone, ma costituisce uno dei primi e più evidenti segnali che fanno percepire un pericolo circostante, tale per cui esso finisce per incidere pesantemente anche sull'economia delle zone ove esso ricorre. In altre parole, l'uso della mascherina viene associato alla presenza e pericolosità del virus e ciò, a cascata, determina pesanti conseguenze sulle abitudini e sul senso di sicurezza delle persone, provocando profondi cambiamenti nei loro comportamenti, che determinano gravi peggioramenti dello stato dell'economia.

Per chi è preoccupato dall'andamento negativo della propria attività economica più di quanto lo sia della malattia Covid-19, quindi, è evidentemente importante capire come le cose debbano andare avanti e quindi anche se le restrizioni che ci sono state imposte nel periodo emergenziale siano legittime e sopportabili, ovvero illegittime e tali da meritare proteste, disapprovazione, finanche disobbedienza civile.

D'altra parte, abbiamo già acclarato nelle news precedenti che tutta la gestione dell'epidemia soffre di gravi elementi di incostituzionalità, per cui uno Stato che sta agendo in tal modo non pare essere tra i più meritevoli di assoluta o cieca fiducia, anche quando ci impone obblighi pesanti e che sono rimasti sconosciuti, in un modo così esteso e massiccio, più che da decenni, da sempre, risultando la prima volta nella storia dell'umanità che si vedono tutte le persone girare anche all'aperto e sotto il sole indossando quelle mascherine che, fino a poco tempo fa, erano riservate solo alle sale chirurgiche.

Il mondo si è dunque trasformato in una grande sala chirurgica? Il pericolo è davvero così grave e diffuso? E le mascherine sono la soluzione giusta al problema? Questi interrogativi sorgono spontanei ed insopprimibili.

Cominciamo allora ad analizzare la situazione.

Va considerato dunque, innanzitutto, che l'organismo umano è un contenitore di microbi di ogni genere e tipo: virus, batteri, funghi, protozoi e archei fanno parte dell'organismo umano, esattamente come ne fanno parte le cellule di tessuti, organi e apparati; ma con una differenza sostanziale: questa popolazione di microorganismi è, numericamente, 10 volte superiore a quella di tutte le cellule che costituiscono l'intero organismo. Per dare un'idea più concreta di quanto numerosa sia questa popolazione di microorganismi, essenziali per la nostra salute, comunemente definita "microbiota", e che lavorano in simbiosi con noi, si dice, comunemente che essa ammonti a qualcosa

come 10 alla 14ma, ossia il numero 10, seguito da 14 zeri (1.000.000.000.000.000) o, più semplicemente, un milione di miliardi!

E' stato anche osservato che i fori delle maglie delle mascherine si misurano usualmente in millesimi di millimetri, mentre quando parliamo di un virus, parliamo di un qualcosa che ha una grandezza di circa 120 nanometri, cioè milionesimi di millimetro; affermare di poter bloccare il virus con una mascherina, per quanto ben indossata e perfettamente aderente per tutto il tempo in cui la si indossa, significa illudersi di poterlo bloccare quanto sarebbe illudersi di poter bloccare le zanzare con una inferriata (con maglie di parecchi centimetri). Non stupisca quindi lo stupore di tanti personaggi televisivi che raccontano di aver contratto il virus nonostante fossero stati sempre ligi a tutte le regole!

Di fronte a tali cifre, la domanda sorge spontanea: la mascherina dovrebbe assicurarci "protezione" da cosa? Così come i muscoli necessitano della continua stimolazione, mediante l'esercizio fisico, per restare in forma, e la mancanza di esercizio fisico determina ipotrofia ed ipoplasia muscolare, con conseguente riduzione della massa e debolezza dei muscoli stessi, allo stesso modo, l'incontro con microorganismi ed agenti estranei, fa parte della normalità della nostra vita ed anzi, se avviene per quantità limitate e progressive (come può accadere normalmente circolando per le strade, e come non avviene invece se si assiste un malato grave in ospedale, perché lì si che il rischio di prendersi una quantità notevole di virus in poco tempo può rappresentare un serio pericolo per la salute) stimola la funzione protettiva del sistema immunitario, mentre il mancato incontro (che si può, ad esempio, realizzare anche artificialmente, in laboratorio, allevando animali da esperimento in condizioni di sterilità) porta ad atrofia e mancato funzionamento del sistema immunitario.

Svariati studi scientifici e linee guida, nel contesto della cosiddetta pandemia Covid-19, hanno posto in risalto due potenziali effetti collaterali dell'impiego pubblico delle mascherine:

1) indossare le mascherine può dare un falso senso di sicurezza e indurre le persone a ridurre l'adesione alle altre misure di controllo, come il distanziamento sociale ed il lavaggio delle mani;

2) fare un uso inappropriato delle mascherine, come, ad esempio, toccarle con le mani nude o anche con i guanti (come si vede fare da quasi tutti, ad esempio, quando vengono intervistati in tv), riutilizzare mascherine che sarebbero "monouso", non lavare regolarmente quelle lavabili, smaltirle violando le regole precise e definite, tutti questi comportamenti favoriscono la diffusione del contagio, più che prevenirla.

Ma questi non sono i soli problemi legati all'impiego pubblico delle mascherine. Altri seri problemi e rischi sono legati alle seguenti osservazioni:

3) La qualità ed il volume della voce, vengono compromesse dall'impiego delle mascherine e, di conseguenza, le persone possono tendere ad avvicinarsi, per parlare, non ottemperando, in tal modo, alla prescrizione di mantenere una distanza di sicurezza.

4) L'aria esalata col respiro, indossando le mascherine, viene ridiretta negli occhi. Questo induce la persona a toccarsi gli occhi e, nel caso che le mani siano contaminate, contribuisce alla diffusione dell'infezione.

5) Le mascherine ostacolano la respirazione. Per i soggetti affetti da broncopneumopatia cronica ostruttiva o da altre affezioni o deficit respiratori, questo ostacolo diventa intollerabile, riducendo ulteriormente la già compromessa ventilazione polmonare.

6) Inoltre, con la respirazione esaliamo anidride carbonica (CO<sub>2</sub>) e una parte di questo gas viene ri-inalata durante il ciclo di respirazione. Entrambi questi fenomeni, aumentano la frequenza e la profondità del respiro e, di conseguenza, la quantità di aria, inalata ed esalata. Aumentando il volume di aria inspirata ed espirata, in ambienti potenzialmente contaminati aumentiamo la quantità di virus ispirati e, dunque, la carica virale, facendo l'esatto opposto di ciò che sarebbe necessario fare.

7) Tutti gli effetti descritti al punto precedente sono amplificati, se le mascherine sono infettate.

8) Mentre impedire la trasmissione da individuo a individuo è un punto chiave, per la limitazione del contagio, fino ad oggi, scarsa o nessuna importanza è stata data agli eventi che si verificano dopo che la trasmissione del virus ha avuto luogo, quando l'immunità innata gioca un ruolo fondamentale. L'efficacia dell'immunità innata dipende dalla carica virale; più elevata è la carica, meno efficace è la risposta. L'aria che esce dai polmoni è, di fatto, vapore a 36° C e pertanto, nel contrasto con l'aria dell'ambiente, crea, in bocca, vapore ed umidità, che favoriscono l'attecchimento del virus, mantenendolo attivo.

9) Se a questo si aggiunge che la mascherina, trattenendo eventuali goccioline diffuse nell'aria, diventa ricettacolo di virus, la bocca coperta dalla mascherina si trasforma in un incubatore per tutti gli eventuali virus presenti, nella bocca stessa e nell'ambiente esterno ...SARS-CoV-2 incluso.

10) Se a quest'ultimo punto si aggiunge il fatto che la mascherina, trattenendo le goccioline, può imbrigliare, tra le sue maglie, il virus, il dispositivo che si crea, con la mascherina, diventa un apparato letale situato proprio in corrispondenza della via di entrata del SARS-CoV-2.

11) L'impiego delle mascherine comporta, secondo Khodarahmi & Coll., un aumento della frequenza cardiaca, probabilmente correlato all'iperventilazione di cui al punto 6, con conseguente sovraccarico per il sistema cardiovascolare in pazienti affetti da ipertensione arteriosa, malattie cardiache, broncopneumopatia cronica ostruttiva.

Studi mirati a valutare l'utilità delle mascherine tra gli operatori sanitari, dimostrano come questi dispositivi aumentino il rischio di auto-contaminazione. In particolare, Chughtai & Coll. notano come l'accumularsi di germi patogeni, sulla superficie esterna delle mascherine, usate da operatori sanitari, possa aumentare in modo significativo, il rischio di auto-contaminazione, soprattutto quando i contatti con soggetti potenzialmente infetti sono frequenti specialmente quando l'uso della mascherina si prolunga per tempi che vanno oltre le 6 ore.

Uno studio sull'efficacia protettiva di vari tipi di mascherine (inclusa una semplice bandana) curato dal Southern Research Institute, Birmingham, Alabama, nel 2010, ha dimostrato che tutti i tipi di mascherina di uso più frequente e comune (inclusi i tipi impiegati nella cosiddetta "pandemia" da coronavirus), hanno un'efficacia protettiva che non supera il 34%, se paragonati al respiratore, che pure non garantisce una protezione totale.

Per quanto attiene, infine, alle mascherine “fatte in casa”, in un articolo del 2013, pubblicato sulla rivista “Disaster Medicine and Public Health Preparedness”, è stata presa in considerazione la capacità protettiva dei più vari materiali, ma la conclusione degli Autori è che tali dispositivi sono da considerarsi “di fortuna” e possono avere qualche utilità soltanto in condizioni estreme, quando non è possibile ricorrere ad altro.

Le raccomandazioni dello European Centre for Disease Prevention and Control, riguardo all’impiego delle mascherine, si possono riassumere nei seguenti punti:

- per l’uso delle mascherine, è sempre necessario dare la priorità agli operatori del settore sanitario, rispetto al pubblico;

- non esistono dati scientificamente provati sull’utilità dell’impiego delle mascherine per il pubblico;

- l’impiego delle mascherine in pubblico dovrebbe essere riservato agli ambienti chiusi e più frequentati;

- l’impiego delle mascherine in pubblico, deve essere considerato complementare a misure come il distanziamento sociale e il lavaggio accurato delle mani;

- l’impiego delle mascherine nelle comunità, deve sempre tenere conto delle evidenze scientifiche, della disponibilità e dei numerosi, possibili effetti collaterali.

In presenza di così numerosi dubbi e possibili controindicazioni, pur senza avere la pretesa qui di una approfondita disamina dell’utilità o inutilità o pericolosità delle mascherine, il fatto stesso che il Governo le abbia imposte anche ai minori di 11 anni pur a fronte di indicazioni notorie circa la pericolosità di tale uso nei bambini, insieme al fatto che in periodo di massima diffusione del virus ci venisse raccomandato di stare all’aria aperta e di prendere il sole (indispensabile per lo sviluppo naturale nel nostro organismo della vitamina D, che è uno degli elementi più preziosi per un buon sistema immunitario e per combattere anche il Covid-19), mentre da un paio di mesi le mascherine siano state imposte anche all’aperto e sempre (correlativamente ad una produzione industriale nel frattempo attrezzatasi), porta un ulteriore tassello di dubbi circa la natura disinteressata del consiglio/obbligo impostoci dallo Stato.

Per un riassunto di tipo medico-scientifico che obblighi così estesi suscitano, sia consentito rinviare all’interessantissima video-testimonianza del Dott. Alberto Donzelli, all’indirizzo internet seguente, che merita davvero un attento e completo ascolto: <https://www.facebook.com/websocialtv/videos/382324199643686> .

Si tratta allora di capire se tale obbligo sia legittimo o meno, lasciando poi a ciascuno la libera valutazione e scelta sul come comportarsi al riguardo.

Il primo rilievo di incostituzionalità “generale” è già stato trattato nelle precedenti news: è evidente, infatti, che se lo stato di emergenza è stato illegittimamente prorogato, tutti i conseguenti provvedimenti emergenziali sono illegittimi e tra questi anche gli obblighi di indossare mascherine, sia all’aperto che al chiuso, ovunque.

Un secondo profilo di possibile illegittimità di tipo generale l’avevamo individuato a proposito del fatto che i DPCM non possono violare i diritti fondamentali dei cittadini, per espressa previsione dell’art. 25 D. Lgs. 1/2018, che li riguarda.

Va aggiunto, tuttavia, che il D.L. 125/2020 ha introdotto una norma nuova e specifica sul punto (aggiungendo la lettera hh-bis nel comma 1 dell’art. 1 del D.L. 19/2020):

*“hh-bis) obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con possibilità di prevederne l’obbligatorietà dell’utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i*

luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi:

- 1) i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva;
- 2) i bambini di età inferiore ai sei anni;
- 3) i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità."

Tale articolo, come già visto alla precedente news, è quello che autorizza (delega) il Governo ad emanare ordinanze contingibili ed urgenti che provvedano nei sensi indicati, quindi anche ad introdurre obblighi di avere con sé i dispositivi di protezione delle vie respiratorie e la possibilità di prevederne l'uso obbligatorio in certi luoghi.

In virtù di tale previsione, il DPCM 3 novembre 2020 (attualmente in vigore; ci si limita qui all'esame di esso) ha introdotto la seguente norma (art. 1, primo comma):

*"1. Ai fini del contenimento della diffusione del virus COVID-19, è fatto obbligo sull'intero territorio nazionale di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, nonché obbligo di indossarli nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, e con esclusione dei predetti obblighi:*

- a) per i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva;
- b) per i bambini di età inferiore ai sei anni;
- c) per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché per coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità.

*E' fortemente raccomandato l'uso dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie anche all'interno delle abitazioni private in presenza di persone non conviventi."*

Il DPCM ha quindi ripreso quasi esattamente la norma del decreto legge, salvo trasformare la possibilità in obbligo ed aggiungere una raccomandazione sull'uso anche all'interno delle abitazioni private. Ci siamo riservati di ritornare con apposita news sulla portata delle raccomandazioni ma tanto vale anticipare già qui che esse non hanno alcuna valenza cogente né alcuna valenza giuridica. Sono un inganno, vanno considerate come non esistessero.

Le domande da porsi a questo punto sono però altre: se i DPCM, in quanto aventi natura di atti amministrativi e di ordinanze contingibili ed urgenti, devono sottostare a ben precisi limiti (che abbiamo analizzato nella news n. 3), questi limiti sono stati qui rispettati? Il fatto poi di attuare una delega contenuta in un decreto legge (fonte primaria) li esonera forse da tali limiti? E' dunque valido, costituzionalmente legittimo e vincolante questo precetto dell'obbligo di usare le mascherine o no?

Dobbiamo quindi ricordare i limiti che avevamo analizzato: essi sono, innanzitutto, quelli specificamente indicati dall'art. 25 del D. Lgs. 1/2018:

- 1) il rispetto dei principi generali dell'ordinamento (tra i quali i diritti costituzionali inviolabili); 2) il rispetto delle norme dell'Unione Europea;
- e, per i soli casi in cui le ordinanze rechino deroghe alle leggi vigenti:
- 3) l'indicazione necessaria delle norme a cui si intende derogare; 4) specifica motivazione (della deroga).

Ad essi si aggiungono i limiti ulteriori indicati dalla Corte Costituzionale, che potremmo così riassumere (come da news precedenti):

- 5) necessaria proporzione tra evento e misure (sentt. 201 e 100 del 1987, 4 del 1977);
- 6) il rispetto di un equo bilanciamento tra valori diversi di pari rango costituzionale, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza (sent. 85/2013);
- 7) che le misure siano rispettose degli altri diritti costituzionali e quindi "tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale." (sent. 85/2013).

Si cominci allora ad analizzare il primo di tali limiti. Il rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti ed inviolabili. Ve ne sono alcuni che garantiscono la libertà da una siffatta imposizione, così invasiva? Sicuramente sì. Anzi ve ne sono diversi.

Innanzitutto c'è l'art. 13 della Cost., che afferma che la libertà personale è inviolabile. La libertà personale tutelata dall'art. 13 della Cost. si estrinseca in una molteplicità di aspetti; non è solo quella di non essere incarcerato; se da un lato, peraltro, la Corte Cost. ha precisato che non rientrano nel perimetro della tutela le limitazioni di lieve entità, vi rientrano però sia gli oggetti abitualmente portati sulla persona (come portafogli, collane, borse, ecc.) (il che fa pensare che, per converso, essi, o oggetti simili, non possano neppure essere imposti), sia la libertà di autodeterminarsi, sia la salvaguardia della propria salute, sia tutte le misure degradanti della dignità sociale. Per tutte tali ragioni, a mio parere, se un uso assai limitato (a luoghi specifici e per tempi assai limitati) potrebbe quindi ritenersi non in violazione dell'art. 13, un obbligo esteso a qualsiasi tempo della giornata, a qualsiasi luogo e protratto per mesi, fino a degradare la dignità della persona (che ha difficoltà ad interagire con gli altri, non riesce a baciarsi con altri, che non può mai prendere il sole, che rischia di farsi anzi un'abbronzatura su una sola metà del viso, che rischia di essere scambiato per una donna di usanze musulmane che non condivide, o per un delinquente, che ha difficoltà a respirare ed a parlare, che dovendola portare anche a lungo rischia l'ipercapnia o l'ipossia, ecc.) va sicuramente considerato come una violazione, anche grave, della libertà personale dei cittadini.

Vi è poi l'aspetto economico: l'imposizione delle mascherine e la necessità di un loro ricambio frequente pesa sicuramente in modo non indifferente sul bilancio delle famiglie, visto che le mascherine sono tutt'altro che gratuite o fornite dallo Stato: a tal riguardo viene in rilievo l'art. 23 della Cost., il quale afferma che nessuna prestazione personale né patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.

Questa prestazione è sia di tipo personale che di tipo patrimoniale, dunque.

Ma ad imporla è un DPCM, non una legge, seppur a ciò delegato da un decreto legge. Occorre allora capire se tale duplice livello di fonte normativa dell'obbligo risponda alla riserva di legge voluta dall'art. 23 Cost. oppure no. Altrimenti si incapperebbe in una violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento, che invece i DPCM devono rispettare. Da questo punto di vista, tuttavia, il mio parere è che la riserva di legge non sia violata, stante che solitamente essa si interpreta come relativa, consentendo quindi che la fonte primaria si limiti a dettare i principi ai quali la fonte secondaria deve poi attenersi.

Ma tra i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione vi è poi anche il fondamentale art. 32, posto a tutela del diritto alla salute delle persone. Esso recita:

*“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*

*Nessuno può essere obbligato ad 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.”*

E qui l’incostituzionalità ritorna ed in modo ancor più evidente e grave. Basti pensare, infatti, al fatto che se per la mia salute è importante prendere il sole (e ciò proprio per sviluppare quella vitamina D che è una delle principali difese contro il Covid-19), ebbene nulla potrà mai essermi imposto in modo da danneggiare o limitare tale mio diritto. Estrinsecazione del diritto alla salute è d’altronde anche quello di poter respirare liberamente ed a pieni polmoni; esso è quindi sicuramente incoercibile.

La stessa dizione del primo comma aiuta in tal senso: il diritto dell’individuo viene prima dell’interesse della collettività; non solo viene prima grammaticalmente nella norma, ma soprattutto quello dell’individuo è qualificato come “diritto”, mentre quello della collettività è degradato a mero “interesse”.

Ciò nonostante, peraltro, è soprattutto sul secondo comma che deve incentrarsi l’analisi, poiché la riserva di legge è la stessa che abbiamo esaminato sopra relativamente all’art. 23 e le conclusioni sembrerebbero poter essere quindi le stesse. Ma non è così, perché qui c’è un inciso in più: si prevede infatti che in nessun caso, neanche per legge, si possa violare il rispetto della persona umana. L’imposizione della mascherina viola il rispetto della persona umana? Alle condizioni suddette, cioè per un obbligo così esteso e protratto, come quello che stiamo già vivendo, la violazione della stessa dignità della persona, a mio parere, c’è sicuramente.

Infatti, le mascherine sono considerate presidi medico-chirurgici, e, come tali, ricadono nell’ambito dei dispositivi medici di cui al D. Lgs. 24 febbraio 1997, n. 46; le mascherine interferiscono con il normale (e fondamentale) processo fisiologico della respirazione: quindi, si può concludere che l’utilizzo della mascherina rappresenti una forma specifica di trattamento sanitario. Nel nostro ordinamento, in ottemperanza alla previsione dell’art. 32 della Costituzione, vi è una disciplina specifica di legge per i trattamenti sanitari obbligatori: il cosiddetto TSO (Trattamento Sanitario Obbligatorio), è regolato dall’art. 33 della Legge n. 833/78, a mente del quale *“Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico”*.

Essi devono essere quindi individuali e non possono certo riguardare un’intera popolazione, e per ogni individuo vi deve essere uno specifico intervento di un medico che lo proponga per motivi espressi (“proposta motivata”).

Nel contempo occorre considerare che la giurisprudenza costituzionale ha precisato che la tutela assicurata dall’art. 32 Cost. non riguarda soltanto l’assenza di malattie o di lesioni fisiche, ma la dimensione del benessere che deriva dall’equilibrio tra soma (corpo) e psiche (Corte C. 161/1985, 215/1987, 167/1999, 282/2002). Corte di Cass. 21748/2007 ha precisato che la salute non va più intesa *“come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza”*. La stessa Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.) ha enunciato che *“la salute è uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia”*. Infine la stessa giurisprudenza ha chiarito che il diritto alla salute

tutelato dall'art. 32 consiste anche nella libertà di scelta terapeutica e comprende quindi anche il diritto di rifiutare le terapie.

Sotto il profilo del benessere fisico, basti pensare in particolare al rischio di inalare nuovamente i virus espirati, aumentando così la propria carica virale ed i rischi per la propria salute, che è un rischio che mette quindi a repentaglio la salute di chi indossa le mascherine (d'altronde molti personaggi famosi malati di Covid-19 hanno dichiarato di non riuscire a spiegarsi come potessero essersi ammalati, avendo sempre indossato le mascherine e rispettato tutte le regole precauzionali!); oppure al rischio di aumentare l'ipossia e quindi l'acidosi del corpo, aumentando il rischio di tumori; sono sicuramente, a mio parere, rischi ben superiori a quello della malattia Covid-19, che ha percentuali ben più basse di letalità rispetto ai tumori.

Dovendosi riconoscere a ciascuno piena libertà di scelta su come curarsi, come visto sopra, è dunque impensabile un obbligo esteso e prolungato di indossare la mascherina, perché finisce per rischiare di contrastare la salute delle persone, alla luce delle evidenze scientifiche attuali, più di quanto non la protegga.

Ma anche sotto il profilo psichico e quello sociale, una misura restrittiva della libertà personale come quella di cui si sta discutendo, non solo reca nel breve disagio ed alla lunga depressione psicologica, ma costituisce un grave impedimento anche alla socialità, per l'effetto di non consentire alle persone di riconoscersi, di indurre al distanziamento ed alla paura dell'altro, facendolo diventare principalmente un pericolo anziché un possibile amico, un simile, una sicurezza (si è soliti considerare i luoghi affollati come luoghi sicuri, perché vi sono nostri concittadini che possono soccorrerci in caso di bisogno). Inoltre limita le espressioni sociali della propria personalità, privando le persone del loro aspetto più importante e caratterizzante, che è il volto, con le sue espressioni, le sue caratteristiche uniche, il suo significato, il suo valore, la sua riconoscibilità e distinzione, le sue possibilità di manifestazione degli stati d'animo (posso influenzare gli altri con un sorriso, con un'espressione di stupore, posso avvisarli di un pericolo comune con una semplice espressione od uno sguardo, posso indurre solidarietà con un pianto o un'espressione triste, e così via).

L'obbligo generalizzato delle mascherine risulta dunque qualcosa di estremamente perverso, perché crea un mondo di automi, di robot, di soggetti spersonalizzati e senza espressioni, quindi gravemente disumanizzato, incolore e triste. Non è quindi un obbligo di poco conto, bensì, specie se protratto a lungo ed esteso ad ogni luogo e circostanza, ad ogni occasione di incontro, uno stravolgimento profondo e fortissimamente significativo, in peggio, in senso disumanizzante, delle nostre abitudini, della personalità di ciascuno, della sua stessa dignità, che sta anche nella possibilità di essere riconosciuti, per chi si è, da tutti gli altri, dunque di un aspetto essenziale della libertà personale di ciascuno, della dignità personale e della libera espressione della socialità tra gli individui.

Si tratta insomma di una misura non lieve (come vorrebbero farci credere i nostri governanti), ma, al contrario, brutale, disumana, incivile ed insopportabile (qualcuno potrebbe arrivare a definirla persino, con apocalittico rimando, il marchio della Bestia).

A questo proposito la giurisprudenza (con riferimento alla materia delle vaccinazioni obbligatorie) si è pronunciata specificamente anche sul rapporto tra salute del singolo (intesa come stato di benessere di triplice profilo, come appena visto) e

imposizioni dettate dalla necessità di tutelare l'interesse alla salute della collettività: a tal proposito essa ha specificato che se si può consentire che, in nome della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, non si può postulare anche il sacrificio della salute di ciascuno per la salute degli altri: *“nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri”* (Corte C. 118/1996).

Ciò pare in linea con l'osservazione di cui sopra secondo la quale l'art. 32 Cost. pone su un piano superiore la salute del singolo (quale diritto), rispetto alla salute pubblica (quale interesse).

Questo complesso insieme di garanzie porta a ritenere che l'imposizione generalizzata ed estesa disposta dal DPCM violi senz'altro il completo benessere delle persone (e per molteplici aspetti: sia fisico, che psichico, che sociale) e quindi le garanzie, così come sopra interpretate, dell'art. 32 della Costituzione, poste a vantaggio di ciascuno, che non può quindi essere chiamato a sacrificare il proprio stato di benessere fisico, psichico e sociale, in modo così esteso e prolungato (a fronte peraltro di un rischio per la salute pubblica minimo e ordinario, come cercherò di spiegare meglio in seguito e nelle prossime news).

Risultano quindi già violati sia l'art. 13 che l'art. 32 della Cost. Ma vi è di più.

Si passi infatti all'esame del secondo dei limiti sopra menzionati: il rispetto delle normative dell'Unione Europea.

Tra le norme di origine europea val la pena di citare anche la Convenzione di Oviedo (*“Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina”*), adottata a Nizza il 07.12.2000 e ratificata dallo Stato italiano con legge 28.03.2001, n. 145. Si tratta di un provvedimento di fondamentale importanza che stabilisce che il consenso libero e informato del paziente all'atto medico non vada considerato solo sotto il profilo della liceità del trattamento, ma deve essere considerato prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, che riguarda il più generale diritto alla integrità della persona. Tale documento, nel dedicare un intero capo al tema del consenso, stabilisce all'art. 5, quale norma generale che *“un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. Tale persona riceve preliminarmente informazioni adeguate sulle finalità e sulla natura del trattamento nonché sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, revocare liberamente il proprio consenso”*. I principi di cui alla Convenzione di Oviedo sono stati recepiti anche dal Codice deontologico della Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri approvato il 25 giugno 1995.

L'imposizione generalizzata che prescinde da qualsiasi personalizzazione del trattamento, dal necessario intervento individuale di un medico, dal previo consenso informato del soggetto sottoposto al trattamento, risulta dunque in violazione anche di tale principio fondamentale della legislazione europea.

Si passi poi al terzo ed al quarto limite di cui sopra, che possono essere trattati insieme: l'indicazione necessaria delle norme che si intendono derogare e l'adeguata motivazione della deroga.

Va ricordato allora, innanzitutto, che la regola nel nostro ordinamento è quella del divieto di girare mascherati, per motivi di ordine pubblico: tale divieto si ritrova sia nell'art. 85 del R.D. 18.06.1931 n. 773, che recita:

*"E' vietato comparire mascherato in luogo pubblico.*

*Il contravventore è punito con la sanzione amministrativa da euro 10 a euro 103.*

*E' vietato l'uso della maschera nei teatri e negli altri luoghi aperti al pubblico, tranne nelle epoche e con l'osservanza delle condizioni che possono essere stabilite dall'autorità locale di pubblica sicurezza con apposito manifesto.*

*Il contravventore e chi, invitato, non si toglie la maschera, è punito con la sanzione amministrativa da euro 10 a euro 103."*

sia nel più recente art. 5 della L. 22.05.1975 n. 152, che recita:

*"È vietato l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. È in ogni caso vietato l'uso predetto in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino.*

*Nei casi di cui al primo periodo del comma precedente, il contravventore è punito con l'arresto da uno a due anni e con l'ammenda da 1.000 a 2.000 euro.*

*Qualora il fatto è commesso in occasione delle manifestazioni previste dal primo comma, il contravventore è punito con l'arresto da due a tre anni e con l'ammenda da 2.000 a 6.000 euro.*

*Per la contravvenzione di cui al presente articolo è facoltativo l'arresto in flagranza."*

Tali norme sono tuttora vigenti, ma non sono mai state espressamente citate né dai decreti legge dell'emergenza né dai DPCM, compreso quello attualmente vigente; non essendo state citate le norme derogate, non vi è neppure alcuna motivazione, ovviamente, della deroga.

Quindi, laddove il DPCM impone l'uso delle mascherine, esso viola i limiti necessari sopra citati e risulta pertanto un'imposizione illegittima.

Infine, come se non bastasse, occorre esaminare anche gli ulteriori tre limiti delineati dalla giurisprudenza costituzionale (i limiti citati sopra ai punti 5, 6 e 7).

Per far ciò occorrerebbe chiedersi quale sia la gravità e diffusione del Covid-19 e quale possa essere quindi un sacrificio degli altri diritti costituzionali concorrenti che sia considerabile "adeguato e proporzionale" al rischio da combattere.

Ma poiché il richiamo a tali limiti ulteriori non è qui necessario, in quanto resterebbero comunque violati gli altri limiti suddetti, a tali aspetti potremmo far ricorso nelle prossime news in relazione ad altre misure (non senza peraltro preannunciare che anche da questo punto di vista il sottoscritto ritiene che anche l'obbligo delle mascherine sia gravemente sproporzionato al limitato pericolo del Covid-19: basterebbe qui citare l'esempio della Svezia, ove, senza alcuna imposizione, né di mascherine, né di distanziamento, né di chiusure o lockdown, né di null'altro, la mortalità rilevata è lievemente inferiore a quella verificatasi in Italia; il che evidenzia che le misure adottate in Italia, oltre che incostituzionali, sono anche poco o per nulla efficaci nella lotta al virus; rilevando molto di più semmai altre misure, come il rafforzamento del sistema immunitario, la somministrazione delle cure giuste e tempestive, il rafforzamento delle strutture di cura e ospedaliere, ecc., che in Italia risultano notoriamente trascurate. Ma, appunto, preferisco approfondire tali aspetti nelle prossime news).

Infine si dovrebbero ...stendere un pietoso velo sulle caratteristiche di "ragionevolezza" di tale misura: sul fatto che si debba indossare mentre si accede al

ristorante o al bar, ma la si possa poi togliere stando seduti, magari anche per ore ...! Sul fatto che sia stata imposta anche ai bambini sotto gli undici anni contro il parere dell'OMS e di tutti i medici. Sul fatto che si sia consentito di usare anche dispositivi di protezione auto prodotti, quindi anche di nessuna efficacia garantita! Sul fatto (infatti) che lo stesso C.T.S., che sarebbe l'organo (illegittimamente, ma così prevedono le norme emergenziali) deputato a garantire la "adeguatezza e proporzionalità" delle misure dal punto di vista scientifico (cfr. news n. 4), abbia dichiarato, per mezzo di uno dei suoi esponenti, il Dott. Alberto Villani (<https://www.gazzettadellevalli.it/attualita/polemiche-sullobligo-mascherine-allaperto-villani-cts-non-importa-se-ha-senso-e-un-segnale-292117/>), che l'obbligo esteso anche ai luoghi all'aperto non è stata una misura suggerita dal C.T.S., e che "non importa se scientificamente ha senso oppure no", ma che la misura "rappresenta un segnale di attenzione...!" (Se l'esigenza dal punto di vista scientifico non c'è, che senso ha imporla ugualmente? "Un segnale di attenzione" basterebbe a renderla proporzionata al sacrificio che si chiede agli italiani? Più che alla ragionevolezza, siamo alla beffa, oltre al danno, dichiarata senza pudore!).

Un'ultima annotazione merita invece di essere fatta qui per quanto riguarda l'obbligo delle mascherine nelle scuole. L'art. 1 sopra riportato (pag. 5) fa salvi i protocolli preesistenti e quindi nelle scuole vale il Protocollo firmato a suo tempo, che prevede l'uso obbligatorio solo quando si è in movimento, mentre al banco alunni e studenti possono non indossarle.

Invero il Dpcm parla dell'argomento anche al comma 9 dell'art. 1, lett s), disponendo che: *"L'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, con l'uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie."*

In un primo momento taluni hanno ritenuto di interpretare tale norma come necessità di uso della mascherina sempre, anche al banco, ma non è affatto così, perché la norma va coordinata con quella sopra citata, che fa salvi i protocolli preesistenti: quindi obbligo sì, ma nei modi indicati nel Protocollo per le scuole. Ogni altra interpretazione, proveniente da circolari o disposizioni di singole scuole, risulterebbe dunque errata e non vincolante, perché contraria alla norma sopra indicata.

In conclusione: l'illegittimità, anche costituzionale, degli obblighi di portare o indossare le mascherine cosa comporta? Se ne può fare a meno?

Un primo aspetto è sicuramente controverso: convivono, infatti, due disposizioni di legge che ne vietano l'uso, con un'altra che invece lo impone (ma viziata di incostituzionalità e di illegittimità): quale tra i due obblighi rispettare?

A mio parere pare più conveniente e corretto rispettare quello derivante dalle due norme di legge e trascurare l'illegittimo obbligo dei DPCM.

Certo è che i comportamenti delle forze dell'ordine sono contrastanti e risultano più numerosi i casi di sanzioni per il mancato uso delle mascherine, che non viceversa.

Quanto alle eventuali sanzioni per il mancato uso, di esse tratterò meglio nell'apposita news preannunciata, dedicata ai rimedi giurisdizionali; si può qui far breve cenno fin d'ora al fatto che le multe per violazioni dell'obbligo possono essere efficacemente contestate, con ricorsi che si ritiene saranno destinati a trovare accoglimento. Inoltre tali norme, in quanto illegittime, dovrebbero essere disapplicate

da qualsiasi giudice, in caso di cause ordinarie (ad esempio per richieste di risarcimenti danni, o in procedimenti d'urgenza per ottenere un ordine che ne inibisca - ovvero consenta di sottrarsi al - l'obbligo, ecc.). Di fatto, insomma, si apre la strada alla disobbedienza civile, che significa consapevole violazione dell'obbligo, con conseguente disponibilità e necessità di ricorso giudiziale contro le eventuali multe o sanzioni (fermo restando che qui l'espressione disobbedienza civile è in realtà obbedienza civile e costituzionale, cioè rispetto delle due norme di legge sopra citate e consapevole disapplicazione dell'ordinanza amministrativa contraria ed incostituzionale).

Degno di nota, infine, è il fatto che si sono viste scene assurde ed increpacciose, girate in appositi video circolanti in internet, di arresti di persone che sono state trascinate in commissariato (o luoghi delle autorità di polizia simili) (anche se trattenutevi per poche ore e poi rilasciate), a seguito della accertata violazione del DPCM (tutti ricorderanno il video che testimoniava che ciò stava per succedere anche ad Enrico Montesano, ad esempio, che solo all'ultimo momento, accettando di indossarla, è riuscito ad evitare di essere trascinato via). Ebbene va detto e ribadito chiaramente che tali comportamenti sono assolutamente abusivi ed indegni di uno Stato di diritto e delle forze di polizia. La violazione degli obblighi introdotti dai Dpcm è prevista al comma 1 dell'art. 4 del D.L. 19/2020, che prevede:

*"1. Salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 1.000".*

L'unica cosa che gli organi di polizia possono fare è dunque elevare la sanzione amministrativa (come succede per le multe stradali, per intenderci) e nient'altro.

Di certo non possono imporre fisicamente alla persona di indossare la mascherina ed il solo eventuale tentativo di farlo, che vada oltre il semplice richiamo della norma ed il conseguente invito a rispettarla (cui si può opporre la necessità di rispettare anche le altre due norme di legge citate, che dispongono l'opposto), finirebbe per integrare il reato di violenza privata ai danni del malcapitato cittadino. Di certo non vi è neanche alcun potere di arresto o di fermo; sempre che, ovviamente, la persona non si renda responsabile di altri comportamenti più gravi, che integrino magari persino un reato (quali ingiurie o percosse ai poliziotti, minacce, rifiuto di dare le proprie generalità, ecc.).

Se la persona fermata per irrogarle la multa si comporta con calma e gentilmente, oltre a ricevere la multa (che poi potrà contestare giudizialmente), nessun'altra imposizione dovrà quindi subire e potrà andarsene tranquillamente senza dover indossare la mascherina, neppure dopo la multa (sia pur, per assurdo, col rischio che, se appena girato l'angolo della strada incontra un'altra pattuglia di polizia, le venga inflitta una seconda multa, e così via).

Conegliano-Treviso, 21 novembre 2020.

Avv. Pietro Scudeller

(riproduzione riservata)