

NORMATIVA COVID 19 E COSTITUZIONE

DISCUSSIONE SULLE NOSTRE LIBERTÀ¹

GIULIANO SCARSELLI

Professore ordinario nell'Università di Siena - Avvocato

SOMMARIO: **1.** L'art. 16 Cost. e il diritto alla libera circolazione. **2.** L'art. 13 Cost. e il diritto alla libertà personale. **3.** L'art. 14 Cost. e il diritto all'inviolabilità del domicilio. **4.** L'art. 32 Cost. e (l'obbligo o) la libertà di vaccinazione. **5.** L'art. 32 Cost., il segreto medico e il diritto alla riservatezza del paziente.

1. L'art. 16 Cost. e il diritto alla libera circolazione.

1. Entro senza alcun preambolo nella trattazione delle questioni rese oggetto di questo scritto, solo premettendo che il tutto viene fatto da parte mia con la massima modestia, e semplicemente con l'intento di sollevare temi di discussione che certamente possono trovare altri su posizioni diverse.

Inizio queste analisi dal diritto alla circolazione, il quale, non v'è dubbio, può trovare delle limitazioni per ragioni di salute.

Ciò è espressamente sancito dall'art. 16 Cost. per il quale *"Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di salute e di sicurezza"*. Il problema, però, è che nell'ottica dei nostri costituenti tale limite era inteso come un divieto, potremmo dire, di *"moto a luogo"*, ovvero come impossibilità di recarsi in un luogo perché in quel luogo vi sono ragioni di salute o di sicurezza che ostano allo spostamento, mentre oggi si invoca questa norma a copertura costituzionale di un divieto che potremmo invece definire di *"moto da luogo"*, ovvero a copertura di

¹ Parte di questo scritto, e con diverso titolo, è stato oggetto di una mia relazione tenuta ad un incontro di studio organizzato da AIAF Lombardia (Associazione italiana avvocati della famiglia) il 21 dicembre 2020.

Lo scritto è dedicato a mia moglie Maria, quale piccolo segno di ringraziamento per le tante cose che mi dona.

disposizioni che vietano al cittadino di spostarsi da dove si trova in qualunque altro luogo ove questi voglia recarsi.

In questo modo, il divieto di circolazione assume evidentemente un significato diverso, poiché non costituisce più un divieto che ha ad oggetto *un luogo*, ma rappresenta più incisivamente un divieto che ha ad oggetto *la persona*; e quindi il tutto, direi, si pone probabilmente oltre e fuori la disciplina dell'art. 16 Cost. (su questa distinzione, in senso analogo, mi sembra MAZZIOTTI *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, *Enc. del Diritto*, Milano, 1960, VII, 16, il quale ha scritto: "Quando uno di tali provvedimenti impone un obbligo positivo di circolare o soggiornare solo entro una data circoscrizione territoriale, esso limita la libertà personale, mentre, se contiene esclusivamente un obbligo negativo di non circolare o soggiornare in determinati parti del territorio, limita la libertà di circolazione e di soggiorno").

Oltre a ciò, deve anche sottolinearsi che l'art. 16 Cost. pone il diritto di circolazione quale regola e il divieto al diritto di circolazione quale eccezione, e quindi il divieto di circolazione, quale eccezione ad una regola, deve avere dei limiti temporali, ovvero deve darsi non solo per casi eccezionali, ma anche per tempi contenuti.

Al contrario, noi siamo ora in gennaio 2021 a fronte di uno stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020, quindi è un anno che siamo in questa situazione, e v'è da chiedersi se un anno di tempo possa continuare a considerarsi un tempo eccezionale rispetto al diritto di circolazione riconosciuto a tutti i cittadini dalla carta costituzionale.

E così, dunque, mentre l'art. 16 Cost. prevede il divieto di recarsi per ragioni sanitarie in luoghi determinati per periodi di tempo determinati, la normativa Covid 19 prevede l'impossibilità di muoversi dal luogo dove ci si trova per un tempo che, continuamente prorogato, non può più dirsi determinato.

Personalmente, sia consentito, ho forti dubbi che questi limiti possano giustificarsi alla luce dell'art. 16 Cost..

Peraltro, non sono mancati, e non mancano, provvedimenti che non solo vietano ogni moto a luogo, ma altresì impediscono alle persone di raggiungere le proprie proprietà (o altri immobili dei quali possano avere possesso o detenzione) se non costituenti abitazione principale.

Ora, che ognuno di noi debba evitare di assembrarsi quale comportamento volto alla prevenzione dei contagi è evidente (e una cosa è assembrarsi, altra cosa circolare) ma che taluno, magari individualmente e con proprio mezzo privato, non possa recarsi in una sua proprietà se poi, raggiunta la stessa, rispetta tutte le norme sanitarie relative al luogo dove la proprietà si trova, sinceramente penso sia divieto che possa essere considerato oltre il dettato dell'art. 16 Cost..

Non ha infatti precedenti nella nostra storia repubblicana che si vieti a taluno di potersi recare presso un immobile del quale abbia la proprietà e/o la disponibilità. Ma questo è quanto, viceversa, sta avvenendo in questo periodo.

1.1. Si dirà che siamo in una situazione di emergenza e ciò giustifica soluzioni che possono apparire non perfettamente in linea con i dettati della costituzione.

Io credo, però, che ogni giurista debba porre la distinzione tra *crisi sanitaria*, la cui esistenza non può essere messa in discussione, e *Stato di emergenza*, la cui esistenza è viceversa discutibile.

Lo Stato di emergenza è stato, infatti, dichiarato dal Consiglio dei Ministri in base agli artt. 7, 1° comma lettera c) e 24, 1° comma del decreto legislativo 2 gennaio 2018 n. 1, ovvero in base a legge ordinaria detta *Codice della protezione civile*, e non in base a Costituzione.

Ora, io credo che nessuno possa pensare che lo *Stato di emergenza* dichiarato in base alla normativa della protezione civile possa far venir meno i diritti previsti dalla carta costituzionale; e ciò appare confermato proprio dalla circostanza che quella legge prevede, infatti, che detta emergenza sia dichiarata dal Consiglio dei Ministri, con un atto che non passa al vaglio ne' della Presidenza della Repubblica ne' del Parlamento. Par evidente, al contrario, che ove lo stato di emergenza avesse avuto conseguenze di rilevanza costituzionale, lì sarebbero stati necessari gli interventi del Parlamento e della Presidenza della Repubblica.

Conferma di ciò si ha altresì dalla circostanza che per lo stesso d. lgs. 1/2018 lo Stato di emergenza di cui all'art. 7, semplicemente autorizza "*l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25*", ovvero autorizza provvedimenti che sono stati pensati per far fronte, ad esempio, ad un terremoto o ad una alluvione, ma non ad una pandemia virale quale quella che stiamo vivendo, e che comunque devono essere adottati, sempre in forza dell'art. 25 d. lgs. 1/2018, "*nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dell'Unione europea*".

Dunque, pare fuori da ogni ragionevole dubbio che uno stato di emergenza dichiarato dal Consiglio dei Ministri in base alle norme del codice della protezione civile non può far venir meno i principi della nostra carta costituzionale ne' quelli dell'Unione europea (in questo senso direi oggi anche Trib. Roma, 16 dicembre 2020 n. 45986).

Ne', si aggiunga, la normativa anti Covid 19 che ne è seguita può essere giustificata quali provvedimenti della P.A. c.d. contingibili ed urgenti il base al vecchio TU di pubblica sicurezza, poiché anche le ordinanze contingibili ed urgenti, già con le pronunce della Corte costituzionale 2 luglio 1956 n. 8 e Corte Cost. 27

maggio 1961 n. 26, in tanto sono legittime in quanto non portino deroga ai valori costituzionali e non intervengano in materie coperte da riserva di legge.

1.2. Ciò premesso, il diritto di circolazione dei cittadini è attualmente regolato in questo modo:

a) all'interno del territorio nazionale ciò dipende da un colore che si dà alla regione; se il colore è giallo si hanno maggiori libertà, se il colore è arancione si hanno minori libertà, e se infine il colore è rosso le libertà si riducono quasi completamente; da precisare che anche se la regione si colloca in colore giallo vi sono egualmente dei limiti alla circolazione, primo fa tutti il coprifuoco dopo le ore 22,00 e la chiusura di bar e ristoranti dalle ore 18,00;

b) Viceversa, per quanto riguarda la possibilità di recarsi all'estero, da tempo esiste un allegato n. 20 con il quale, all'interno delle lettere A, B, C, D e E, si collocano gli Stati esteri, anche della Comunità europea e anche appartenenti all'accordo Schengen; ed anche qui, a seconda di dove si trovi lo Stato, discendono limiti alla circolazione più o meno incisivi.

Orbene, il problema è che il colore alla regione, o l'inserimento di uno Stato estero in una lettera piuttosto che in un'altra, dipende da un provvedimento del Ministro della Salute, così come risulta, fra i tanti provvedimenti, dagli artt. 2 e 3 del DPCM 3 novembre 2020.

Ora, se prima della pandemia qualcuno ci avesse detto che le libertà dei cittadini dipendono da provvedimenti di un Ministro, avremmo gridato allo scandalo, e avremmo detto che la cosa è totalmente in contrasto non solo con la lettera ma anche con lo spirito della nostra carta costituzionale.

Tuttavia oggi è proprio questa la realtà che stiamo vivendo.

A questa osservazione si replicherà che i provvedimenti del Ministro della salute non devono considerarsi in violazione della riserva di legge contenuta nell'art. 16 Cost. in quanto il Ministro prende delle decisioni non solo sulla base di dati tecnico/scientifici, ma anche legittimato a ciò da un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, DPCM, il quale poi è legittimato da un decreto legge, DL; dal che la riserva di legge contenuta nell'art. 16 Cost. è osservata, perché rispettata dalla catena che si crea dalla connessione dei vari atti normativi, dal primo fino all'ultimo.

Ma è chiaro, anche qui, che questo ragionamento con difficoltà può farsi nelle ipotesi di riserva di legge c.d. rafforzata, o assoluta, qual è quella, direi, contenuta nell'art. 16 Cost.

Da sempre si è ritenuto che in ipotesi di riserva di legge rafforzata, le deroghe ai diritti costituzionalmente garantiti devono essere date direttamente dalla legge, e non delegate a fonti normative secondarie, se non per aspetti di mero dettaglio.

Alla luce di ciò, dunque, resta dubbio che provvedimenti del Ministro della Salute, ancorché dipendenti da altri, possano incidere sul diritto costituzionale dei cittadini alla libera circolazione; e discorso analogo vale con riferimento ai DPCM, anche perché ai sensi dell'art. 76 Cost. il Parlamento può delegare la funzione legislativa al Governo inteso in senso collegiale, ma non al suo Presidente singolarmente con l'emanazione di atti aventi natura amministrativa (in questo senso direi oggi anche Trib. Roma, 16 dicembre 2020 n. 45986).

Peraltro, poi, da aggiungere, che per il nostro sistema costituzionale un decreto legge è legittimo se convertito in legge entro sessanta giorni dal Parlamento, e v'è da chiedersi altresì se l'emanazione di decreti legge che hanno vigore per 15/20 giorni, e/o di DPCM che hanno efficacia temporanea e che poi vengano continuamente rinnovati, siano rispettosi degli artt. 76 e 77 Cost. (in questo senso direi oggi anche TAR Lazio, 4 dicembre 2020 n. 7468).

2. L'art. 13 Cost. e il diritto alla libertà personale.

2. I problemi principali, però, sorgono quando la riflessione si sposti dall'art. 16 Cost. all'art. 13 Cost. ovvero si sposti dal diritto alla circolazione a quello della libertà personale.

E' evidente, infatti, che se io colloco il divieto di *allontanarsi dalla propria residenza se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio*, secondo la formula adottata in numerosi decreti, quale limite alla libertà personale e non solo al diritto di circolazione, lì la questione diventa più delicata, poiché, come è noto, l'art. 13 Cost. considera il diritto alla libertà personale quale diritto inviolabile, nonché diritto garantito da una doppia riserva, di legge e di giurisdizione.

E, se questo è vero, ne' il Governo ne' il Parlamento possono disporre restrizioni della libertà personale, poiché trattasi di un diritto inalienabile (art. 2 Cost.), che nessun'altra ragione può impedire, e che, se del caso, può essere contratto solo nelle strette ipotesi previste dalla legge con provvedimento dall'autorità giudiziaria.

Dal che, in questi termini, tutta la legislazione anti Covid 19 avente ad oggetto restrizioni della libertà personale sarebbe da considerare incostituzionale.

2.1. Ora, a fronte di questa radicale posizione, si potrebbero sollevare talune obiezioni, la prima tra le quali è quella che l'art. 13 Cost. si riferisce solo ai limiti di libertà dovuti ad arresto e detenzione e non può applicarsi ad altri casi.

L'obiezione, però, se sollevata, non coglierebbe nel segno, perché, come è noto, l'art. 13 Cost. espressamente aggiunge alle ipotesi di detenzione, ispezione e perquisizione personale *"qualsiasi altra restrizione della libertà personale"*; dal che è chiaro che l'art. 13 Cost. non ha inteso limitare le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione alle sole ipotesi di traduzione in carcere o di soppressione assoluta della libertà personale.

Peraltro, ciò è quanto emerge dagli stessi lavori dell'Assemblea costituente, e può al riguardo leggersi ancora una volta l'intervento di CORSANEGO, condiviso da tutti i partecipanti alla sottocommissione e per il quale: *"E' favorevole a conservare nel primo capoverso dell'articolo la formula proposta dai relatori. La libertà personale non si viola soltanto coll'arresto e con il fermo di polizia; vi sono state o vi sono altre forme di violazione della libertà personale"* (v. Prima Sottocommissione, seduta del 12 settembre 1946, Roma, 1971, VI, 348).

2.2. Una seconda obiezione è quella di chi considera la libertà personale un semplice valore liberale, individualistico; addirittura v'è stato chi ha detto che, in questo momento, difendere la libertà personale è tenere un comportamento egoistico, e quindi tenere un comportamento non meritevole di tutela.

Ora, se pur sia vero che la libertà personale è un valore dell'individuo, è parimenti vero che essa è parimenti un valore universale, già riconosciuto tra quelli contenuti nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*, e quindi non è solo un valore liberale, o tanto meno un valore da potersi bollare quale egoistico.

Al riguardo mi preme ricordare che in Assemblea Costituente i maggiori difensori e propulsori dell'art. 13 Cost. furono Palmiro Togliatti e Aldo Moro, e quindi le sinistre e il mondo cattolico, non i laici o i liberali.

Ed in particolare ricordo che a LOMBARDI, il quale riteneva sufficiente tutelare la libertà personale con una mera riserva di legge, si opposero proprio Palmiro Togliatti e Aldo Moro, secondo i quali, trattandosi la libertà personale di un diritto inalienabile, essa non poteva essere rimesso al legislatore e doveva necessariamente essere fissato in costituzione come diritto inalienabile. (MORO *"rileva che l'onorevole Lombardi ha delle idee singolari sui rapporti tra costituzione e leggi speciali"*). (TOGLIATTI *"rinviare tutto alla legge apre una quantità di eccezioni e allora sarà la legge che deciderà l'habeas corpus e non la costituzione.....Per quanto riguarda la questione di rinviare alla legge o specificare in sede costituzionale, è d'accordo con l'onorevole Moro. Tutti questi rinvii*

distruggono l'habeas corpus il quale non verrebbe più ad essere quello che tutti vogliono" (in Sottocommissione nell'Adunanza tenutasi in data 12 settembre 2046, Roma, VI, 344-5).

2.3. Una terza obiezione è quella che in questo momento storico v'è da tutelare la salute, e il dovere di tutelare la salute supera ogni altra libertà che ai cittadini possa esser riconosciuta dalla costituzione, dal che ha poco senso, in questo contesto, richiamare l'art. 13 Cost..

Si tratta di un tema delicatissimo, poiché se da una parte nessuno mette in discussione il valore della salute e il dovere dello Stato di proteggerla, dall'altra parte gli equilibri tra contrapposti valori devono, o dovrebbero, sempre trovare disciplina direttamente nella carta costituzionale, poiché se l'equilibrio viene dato fuori dalla carta costituzionale, e con operazioni che non emergono in modo chiaro dal testo scritto della costituzione, allora tutto diventa incerto e relativo.

L'art. 13 Cost., a differenza dell'art. 16 Cost., non pone condizioni al diritto alla libertà personale, e quindi porre ad esso dei limiti che non emergono dal tenore letterale della norma è, a mio sommo parere, operazione rischiosa.

Anche perché, par evidente, oggi, nel far ciò, si contrappone alla libertà personale un valore senz'altro fondamentale quale quello della salute, ma domani potrebbe contrapporsi un altro valore, e poi un altro ancora, e, alla fine, se passa il principio secondo il quale il potere politico ha la possibilità di contrapporre al riconoscimento dei diritti costituzionali una contrapposta esigenza, non prevista dal testo della carta ma egualmente affermata esistente, e che ne' impedisce in concreto il riconoscimento, allora quei diritti costituzionali non esistono più, e cadono, così, nell'ambito della discrezione.

Se si vuole, una simile operazione è addirittura in contrasto con la stessa funzione di una carta costituzionale.

Se qualcuno di noi ancor oggi si dovesse domandare a cosa serve una carta costituzionale, si dovrebbe senz'altro rispondere che essa serve ad assicurare ai cittadini certi diritti sociali, politici e di libertà a fronte dalle ingerenze del potere politico, e per questo sorsero infatti le costituzioni dopo la rivoluzione francese, dalle costituzioni c.d. octriate dell'ottocento fino a quelle dei nostri giorni.

Ma se, tutto al contrario, questa garanzia viene meno, allora rischia di venire meno anche il senso di una carta costituzionale.

2.4. Una ultima obiezione che può sollevarsi all'applicazione al caso di specie dell'art. 13 Cost. è quella di rilevare che, per quanto sia vero che la norma non si

riferisce solo alla detenzione e all'arresto, essa comunque entra in gioco solo ove si abbia una sufficiente limitazione alla libertà del corpo, ove si abbia, cioè, una concreta offesa a *l'habeas corpus*, e quindi una degradazione della dignità della persona; e poiché, invece, il precetto di non uscire di casa se non per ragioni di necessità non costituisce una vera e propria offesa a *l'habeas corpus*, il richiamo all'art. 13 Cost. non è pertinente.

Certo, se qualcuno ritiene che una permanenza domiciliare per tempo da considerare indeterminato non costituisca limitazione alla libertà del corpo, allora è evidente che l'art. 13 Cost. non può essere invocato; però io credo che sostenere una simile cosa comporti un mutamento dei rapporti tra cittadino e Stato, e significa far scadere la libertà delle persone da diritto naturale a facoltà concessa dal potere politico; significa negare la nostra storia, che dall'umanesimo all'illuminismo, dalla rivoluzione francese alla lotta partigiana, ha fatto della libertà il primo valore dell'uomo.

La Corte costituzionale ha asserito da tempo che l'art. 13 Cost. rileva in tutte le ipotesi nelle quali si abbia una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, e in questo ambito ha ricompreso, ad esempio, l'ipotesi del prelievo ematico (Corte Cost. 9 luglio 1996 n. 238) o dell'ammonimento (Corte Cost. 3 luglio 1956 n. 11); e se un prelievo ematico o un ammonimento, o addirittura una ispezione corporale, richiamata espressamente dall'art. 13 Cost. (v. anche Corte Cost. 5 febbraio 1975 n. 23) costituiscono degradazione della persona, trovo difficile che una permanenza domiciliare non abbia invece questa caratteristica.

Altrimenti, un domani, il potere politico potrebbe imporre questa misura anche a prescindere dall'esigenza di contenere la propagazione di un virus, e magari ogni volta pretendere di alzare l'asticella del concetto di *habeas corpus*, fino a ricomprendere le sole ipotesi di arresto e detenzione, in contrasto con il tenore e lo spirito dell'art. 13 Cost..

Abbiamo, al contrario, tutti, il dovere di non dimenticare il nostro passato; ed anzi io credo che il fatto che qualcuno ritenga oggi normale che le persone possano al massimo andare a lavorare e poi stare a casa, costituisca uno dei problemi, oltre la pandemia, che questa epoca purtroppo sta vivendo.

3. L'art. 14 Cost. e il diritto all'inviolabilità del domicilio.

3. Meno problematiche sono invece le questioni legate all'art. 14 Cost. e all'inviolabilità del domicilio.

Seppur l'ultimo DL 18 dicembre 2020 n. 172 abbia previsto all'art. 1 che: *“Durante i giorni compresi tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 è altresì consentito lo spostamento verso una sola abitazione privata, ubicata nella medesima regione, una sola volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 5,00 e le ore 22,00 e nei limiti di due persone ulteriori rispetto a quelle ivi già conviventi, oltre ai minori di anni 14 sui quali tali persone esercitano la potestà genitoriale”*, e quindi abbia previsto limiti che concernono la vita all'interno delle abitazioni, a nessuno, quanto meno al momento, è venuto in mente di poter effettuare controlli del rispetto di queste norme all'interno delle case private, poiché ogni controllo all'interno dell'abitazione è disciplinato dall'art. 14 Cost., che regola l'inviolabilità del domicilio allo stesso modo di come è regolata la libertà personale dall'art. 13 Cost., ovvero con la doppia riserva di legge e di giurisdizione; cosicché nessun controllo dentro ambienti privati è possibile se non per provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Duole poi constatare che la forma utilizzata dal decreto non è quella di vietare certi spostamenti o certi raduni in negativo, ma quella di consentirli in positivo (*“è altresì consentito lo spostamento”*, ecc.....), come se lo spostamento verso una abitazione privata fosse comportamento da necessitare autorizzazione da parte del potere politico.

E duole anche leggere espressioni quali quelle *una sola volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 5,00 e le ore 22,00*, poiché l'espressione, oltre a suscitare dubbi circa il corretto equilibrio tra le contrapposte esigenze della tutela della salute da una parte e del rispetto delle libertà personali dei cittadini dall'altra parte, può suonare, direi, offensiva.

Evidentemente si considera normale trattare i cittadini come irresponsabili cui vanno imposti i giusti comportamenti che altrimenti senz'altro non terrebbero, o come ignoranti a cui servono solo educazione e rigore.

Non era questa, però, sia consentito, l'idea di *popolo* che ebbero i nostri costituenti con gli artt. 1, 2 e 3 Cost..

In questo contesto è da ricordare anche l'art. 17 Cost. il quale pone limiti al diritto di riunione se trattasi di riunione in luogo pubblico o aperto al pubblico, ma non pone alcun limite per la riunione di più persone in ambito e in ambienti privati, visto che il 1° comma dispone quale principio generale che *“I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi”*.

Sta però egualmente alla responsabilità di ognuno di noi di evitare che anche in ambito privato si formino riunioni in grado di compromettere la salute.

4. L'art. 32 Cost. e (l'obbligo o) la libertà di vaccinazione.

4. Un tema attualissimo è poi quello della vaccinazione.

Qui, evidentemente, in discussione non è il vaccino, che costituisce un bene che sta fuori da ogni possibile, serio dibattito, ma solo la sua giuridica obbligatorietà, visto che, seppur in via generale si affermi che ognuno debba avere al riguardo libertà di scelta, non manca chi, in modo più o meno diretto, affermi invece che il vaccino debba essere reso obbligatorio per la tutela della salute pubblica.

In questo ultimo caso, poi, si tratterebbe di stabilire quale sanzione prevedere per chi non si adegui a tale obbligo.

Tra queste contrapposte posizioni, infine, v'è anche chi sostiene che la vaccinazione possa rimanere libera, e tuttavia chi non si vaccini debba essere escluso dall'esercizio di certi diritti.

Si è detto, da parte di questi ultimi, che potrebbe crearsi un c.d. "patentino" del vaccino, così da disporre che chi si trovi senza "patentino" non possa più accedere nei posti di lavoro, in aeroporto, in treno, recarsi all'estero, se non addirittura a teatro, al cinematografo, al ristorante, al bar.

Questi, dunque, i temi da approfondire, sulla premessa tuttavia che obbligare taluno a vaccinazione costituisce, evidentemente, trattamento sanitario obbligatorio, e quindi che l'eventuale obbligo di vaccinazione non può, se del caso, che esser stabilito per legge, visto che l'art. 32, 2° comma Cost. recita che *"Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"*.

4.1. Ora, in via preliminare, vorrei evidenziare che a mio parere le scelte che si possono fare sono solo due, e sono quelle di rendere la vaccinazione libera oppure obbligatoria, mentre non è pensabile, e non ha senso, sostenere che la vaccinazione possa essere libera ma chi non si vaccini debba subire talune conseguenze sanzionatorie.

L'obbligatorietà di un precetto giuridico, infatti, è strettamente connessa alla sanzione prevista per la sua violazione; cosicché, tutte le volte che un precetto è subordinato ad una sanzione, quel precetto non è mai libero, ma sempre, appunto, dovuto.

E quindi, se la mancata vaccinazione viene sanzionata, quella vaccinazione è obbligatoria; al contrario, se la si vuole lasciare libera nessuna conseguenza pregiudizievole deve essere immaginata per il cittadino che abbia fatto la scelta di non vaccinarsi.

Ciò è detto, sia chiaro, anche ai fini della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost..

Non si pensi, infatti, di poter evitare la riserva di legge immaginando che la vaccinazione sia libera, e quindi la sua disciplina non necessiti di trovarsi nella legge, ma poi, con atti normativi secondari diversi dalla legge, si creda di sanzionare chi non si vaccini o regolare il c.d. patentino del vaccino.

Ciò, a mio parere, costituirebbe violazione dell'art. 32 . 2° comma Cost., poiché, come detto, se la mancata vaccinazione ha delle conseguenze pregiudizievoli, quelle conseguenze pregiudizievoli costituiscono sanzione; e se la mancata vaccinazione è sanzionata, allora la vaccinazione è obbligatoria; ed ancora, se la vaccinazione è obbligatoria, allora il tutto deve essere regolato dalla legge nel rispetto del principio costituzionale richiamato.

4.2. Quanto alla legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale anti Covid 19 per tutti, io nutro delle perplessità che qui mi permetto di esternare.

a) In primo luogo vorrei sottolineare che a mio parere la questione è nuova, poiché il tema di vaccini obbligatori nei confronti di adulti in modo generalizzato non è mai stato affrontato dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale si è pronunciata in materia ad oggi in soli due casi: a) questioni varie collegate ai vaccini obbligatori che riguardino i minori *ex l.* 28 luglio 2017 n. 119 (Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte Cost. 27 marzo 1992 n. 132; Corte cost. 23 giugno 1994 n. 258, e Corte Cost. 18 gennaio 2018 n. 5); b) e ipotesi di indennizzo per danni derivanti da vaccini in ipotesi di non obbligatorietà degli stessi soprattutto *ex art.* 1 della l. 25 febbraio 1992 n. 210 (Corte Cost. 18 aprile 1996 n. 118; Corte Cost. 26 febbraio 1998 n. 27; Corte Cost. 22 giugno 2000 n. 226; Corte Cost. 16 ottobre 2000 n. 423; Corte Cost. 26 aprile 2012 n. 107; Corte Cost. 14 dicembre 2017 n. 268; Corte Cost. 23 giugno 2020 n. 118).

Io ritengo, pertanto, che questa giurisprudenza non abbia un'attinenza centrale per risolvere la questione; e tuttavia, anche a voler andare di contrario avviso, e ritenere viceversa quelle pronunce risolutive, il problema non muta, perché è quella stessa giurisprudenza a chiedere di valutare, per la liceità dell'obbligo, *“se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato ma anche a preservare lo stato di salute degli altri”* (così, per tutte, Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307 e Corte cost. 23 giugno 1994 n. 258).

E poiché la scienza medica, allo stato attuale, non assicura ne' che il vaccino non sia pregiudizievole per chi lo riceve, ne' che il vaccino possa evitare al vaccinato di trasmettere ad altri l'infezione, va da sé che non vi sono comunque i presupposti voluti dalla Corte costituzionale per stare nei limiti dell'art. 32 Cost..

b) In secondo luogo ricordo che l'obbligatorietà vaccinale che taluni immaginano costituirebbe una novità nel nostro sistema; ad oggi non mi risulta si siano mai avuti obblighi vaccinali generalizzati nei confronti di persone adulte, e ogni trattamento sanitario obbligatorio è stato normalmente circoscritto e previsto per soggetti non capaci, quali i minori e/o i portatori di deficit mentali, come anche si ricava dagli artt. 33 e ss. l. 23 dicembre 1978 n. 833; e ciò anche perché, se un trattamento sanitario viene reso obbligatorio per la persona capace, esso contrasta con il diritto alla libertà di cura e al consenso informato, che pure sono considerati valori a protezione costituzionale (sulla libertà di cura v. ora anche TAR Lazio, 12 dicembre 2020 n. 7097).

c) La stessa vaccinazione obbligatoria su minori, in realtà, è obbligatoria solo da un punto di vista teorico, poiché in pratica il legislatore non è andato oltre certi limiti, se solo si pensa che ai sensi dell'art. 1, 4° comma del DL 73/2017 il mancato rispetto delle vaccinazioni comporta una sanzione amministrativa da € 100,00 ad € 500,00, ed esso non ha poi conseguenze personali per i bambini da 6 anni di età, poiché l'art. 3 del medesimo decreto legge prevede che il vaccino costituisca condizione di accesso alle sole scuole dell'infanzia e agli asili, mentre *“per gli altri gradi di istruzione”* (ovvero già dalle scuole elementari) *“la presentazione della documentazione di cui al comma 1 non costituisce requisito di accesso alla scuola e agli esami”*.

d) Si afferma, poi, che il vaccino serve per la protezione della salute di chi si vaccina e così, al tempo stesso, per la tutela della salute degli altri.

Su questa affermazione, corretta, devono però a mio sommo parere darsi alcune precisazioni sia per quanto attenga alla *salute per sé* e sia per quanto attenga alla *salute per gli altri*.

E per quanto attenga alla salute di chi si vaccina, se trattasi di persona adulta e capace di intendere e volere, la vaccinazione non può essere imposta, poiché ciò contrasterebbe con la libertà di cura del singolo, visto che ognuno di noi, per sé, ha diritto di stabilire quali rischi sanitari correre e quali invece evitare, e ciò emerge in modo chiaro dal nostro sistema in base alla legge 22 dicembre 2017 n. 219, detta del *“consenso informato”*, e in forza di pronunce che già si sono avute sul diritto alla libertà di cura di cui a Corte Cost. 16 novembre 2018 n. 207 e Corte Cost. 22 novembre 2019 n. 242, e, prima ancora, a Corte Cost. 23 dicembre 2008 n. 438 e Corte Cost. 30 luglio 2009 n. 253.

e) Ovviamente il tema centrale non è quello della *salute per sé* bensì quello della *salute per gli altri*.

Ora, direi, che il problema nemmeno si pone se è vero quello che molti sostengono, ovvero che il vaccino, per lo meno al momento, interviene sulla malattia

ma non sul virus, e ciò nel senso che chi si vaccina evita di ammalarsi, ma può egualmente trasmettere ad altri il virus.

Se così è, si comprende allora che il vaccino, costituendo solo protezione per chi si vaccina, non può essere imposto, proprio perché non in grado di svolgere alcuna funzione di protezione e/o prevenzione per gli altri.

E parimenti il problema nemmeno si pone se obbligare alla vaccinazione si consideri una violazione del *habeas corpus*, poiché in questo caso, di nuovo, l'obbligatorietà del vaccino sarebbe esclusa dall'art. 13 Cost. in combinato disposto con l'art. 32 Cost..

Ad ogni modo, anche a voler ritenere eccessiva questa ultima considerazione, ricordo che la libertà di determinazione del proprio corpo era quanto, nel diritto romano, contrapponeva gli schiavi alle persone libere, e oggi contrappone gli Stati democratici a quelli dittatoriali.

f) Ed inoltre, anche se così non fosse, ovvero anche se il vaccino dovesse proteggere gli altri, salvo commettere errori dovuti alla circostanza che, evidentemente, non sono un medico, direi che il non vaccinato non ha comunque alcuna possibilità di contaminare il vaccinato, perché il vaccinato, diremmo con linguaggio giuridico, è vaccinato *erga omnes*; dal che il non vaccinato potrebbe, se del caso, solo contaminare chi parimenti non si sia sottoposto al vaccino, ovvero solo chi, come lui, e fuori dei rarissimi casi nei quali un soggetto non possa vaccinarsi per ragioni indipendenti dalla sua volontà, abbia accettato il rischio sanitario.

Si vede, allora, che l'idea che taluno possa vaccinarsi per la salute degli altri vale normalmente nei confronti di quei soggetti che parimenti abbiano fatto la scelta di non vaccinarsi, ovvero di chi volontariamente abbia accettato quel medesimo rischio a cui si è sottoposto il soggetto che dovrebbe essere il portatore della malattia.

E dunque, se così è, si può affermare che chi non si vaccina può danneggiare solo chi come lui abbia fatto la medesima scelta, non altri che al vaccino si siano sottoposti; e quindi, si comprende, diventa in questi termini difficile immaginare la sussistenza di un interesse pubblico alla salute che prevalga sul diritto di libertà ai trattamenti sanitari.

g) Infine, anche nella ipotesi si dovesse invece ritenere corretto rendere obbligatoria la vaccinazione anti Covid 19, troverei in ogni caso fuori luogo prevede che la mancata vaccinazione possa comportare la degradazione di alcuni diritti della persona, quali quelli, ad esempio, del posto di lavoro, di andare all'estero, al cinematografo, al ristorante, al bar.

Io credo che regole minime di civiltà giuridica impongano al legislatore di non sanzionare illeciti civili o amministrativi con la degradazione dei diritti della persona.

Una idea del genere mi fa tornare in mente una vecchia norma, ovvero l'art. 7 della legge 9 dicembre 1998 n. 431, dichiarato infatti incostituzionale due anni dopo da Corte Cost. 5 ottobre 2001 n. 333, che prevedeva che al mancato adempimenti degli obblighi fiscali relativi alla casa il proprietario immobiliare perdesse il diritto all'azione di rilascio assicurata dall'art. 24 Cost.

E credo, *mutatis mutandis*, che anche con riferimento ai vaccini anti Covid 19, debba ribadirsi il principio secondo il quale una sanzione non può avere ad oggetto la perdita di uno o più diritti costituzionalmente garantiti, poiché immaginare cose del genere significa imbarbarire il nostro sistema giuridico, e perché le sanzioni amministrative si configurano di regola quali sanzioni pecuniarie in base all'art. 10 della legge 24 novembre 1981 n. 689. Ne' possono crearsi nuove sanzioni amministrative di tipo non pecuniario, poiché nella misura in cui il nostro sistema riconosce le pene accessorie solo a fronte di delitti puniti con particolare severità, queste non possono darsi a fronte di un illecito amministrativo quale potrebbe essere quello della mancata vaccinazione; ne' ancora, e per finire, può argomentarsi che il nostro sistema conosce anche talune sanzioni amministrative accessorie, poiché esse, soprattutto presenti nel codice della strada, hanno sempre durata limitata nel tempo, attengono ad aspetti del tutto secondari e non sono certo capaci di incidere su momenti centrali della vita della persona.

5. L'art. 32 Cost., il segreto medico e il diritto alla riservatezza del paziente.

5. Desidero porre l'ultima riflessione sul segreto medico, e premetto che si tratta di argomento affrontato qui solo per cenni, con questioni tutte che andrebbero meglio studiate e approfondite.

Direi che, da sempre, il rapporto tra medico e paziente è caratterizzato dal c.d. segreto medico, ovvero dal dovere del medico di non trasmettere a terzi le informazioni e/o le confidenze che il paziente a lui riferisce.

Penso, anzi, si possa affermare che il segreto medico è elemento portante del rapporto di fiducia tra medico e paziente, e che la confidenza, talvolta anche intima, che tra questi deve instaurarsi, poggia proprio sulla regola del segreto, cosicché al dovere del medico al segreto, sta la libertà del paziente di potersi confidare.

Ora, per quanto, evidentemente, il segreto medico già conoscesse in passato dei precisi temperamenti e limiti a tutela della salute pubblica, penso possa dirsi egualmente che, a seguito della pandemia Covid 19, esso ha subito un ribaltamento,

tanto che credo non sia errato affermare che esso non esista praticamente più, e che oggi, tutto al contrario, il medico abbia di regola il dovere giuridico di comunicare alla pubblica autorità quanto viene a conoscenza nell'esercizio della sua professione.

In proposito mi limito qui a ricordare l'art. 17 *bis* del DL 17 marzo 2020 n. 27, avente ad oggetto *Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale*, con il quale si stabilisce che gli operatori sanitari: *“possono effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del regolamento (UE) 2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del Covid 19”*.

Si tratta, a mio sommosso parere, di una novità di non poco conto, che merita riflessioni anche in ambito giuridico, e che invece fa parte dei temi per niente affrontati con riferimento a questo periodo di emergenza.

5.1. Su questo tema ho trovato un articolo su *Le Monde* del 10 ottobre 2020, (Catherine Vincent, *Le segret medical au risque du Covid 19*), dal quale mi permetto di trarre qualche informazione.

Il segreto medico ha origini antichissime e lo si trova nel giuramento di Ippocrate: *“Ammesso nell'intimità delle persone, io tacerò sui segreti che mi saranno confidati. Ricevuto all'interno delle case, io rispetterò i segreti di quelle famiglie”*. Ma tradizioni non dissimili dalla nostra occidentale si hanno anche in altri ambiti: così, nel *Giuramento di Asaph*, il più antico testo medico ebraico (VI sec. D.c.) si legge che: *“Non rivelerete i segreti che vi sono stati affidati”*; e nel codice di *Mohmed Hosin* (testo islamico scritto in Persia nel XVIII secolo ma che riflette più antiche tradizioni, si legge egualmente che: *“Il medico deve proteggere i segreti dei pazienti e non rivelarli, specialmente a coloro ai quali i pazienti non vogliono farli conoscere”*.

Seppur il segreto medico non sia sempre adottato e/o seguito nel periodo medioevale, e seppur nel XIII esso non figura nello statuto della facoltà di medicina di Parigi, non di meno esso vi riappare con il rinascimento.

Nel codice civile napoleonico esso viene previsto in modo categorico per tutti i medici e i loro ausiliari, facendo della Francia il primo paese a trasformare una regola deontologica in una di legge.

Agli inizi del XX secolo, con la propagazione della sifilide, malattia trasmissibile e allora mortale, si accende il dibattito tra i medici circa la necessità di mantenere la tradizione del segreto oppure in questi casi porvi deroga.

Il prof. Paul Brouardel (1837 – 1906), preside della facoltà di medicina di Parigi, avverte i colleghi sui rischi di infrangere la tradizione del segreto medico, e, sotto la sua guida, il dibattito porta così ad un compromesso, appunto in grado di non

infrangere (*briser*) il segreto medico: l'informazione può darsi alla famiglia, ma non oltre l'ambito familiare.

Con l'avvicinarsi poi ai nostri giorni, con l'evolversi della scienza medica, e con il progressivo aumento dei rapporti di confidenza tra medici e pazienti, il segreto medico ancora si rafforza, così da trovarlo nella dichiarazione di Ginevra adottata dall'Assemblea medica mondiale nel 1948: *"Rispetterò i segreti che mi saranno confidati, addirittura dopo la morte del mio paziente"*.

5.2. Ovviamente anche in Italia il principio del segreto medico si perde nella notte dei tempi.

Esso viene sostanzialmente riconosciuto dal regolamento sanitario del Regno d'Italia, r.d. 3 febbraio 1901 n. 45, il quale, anche a fronte delle malattie infettive, non contiene espressa e generalizzata deroga al segreto medico, disponendo che: *"In tutti i casi di malattie infettive e diffuse, il medico curante dovrà dare alle persone, che assistono o avvicinano l'infermo, le istruzioni necessarie per impedire la propagazione del contagio. Nei casi indicati nella lettera a) dell'art. 129, dovrà inoltre suggerire il conveniente isolamento dell'infermo e delle persone che lo assistono, e, all'occorrenza, richiedere dal comune il trasporto del malato in località d'isolamento"*.

Più recentemente, e ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, deve ricordarsi per l'infezione HIV, ovvero per i casi di AIDS, che la regola della segretezza è sostanzialmente mantenuta, considerato che l'art. 5 della legge 5 giugno 1990 n. 135 dispone *"la tutela della riservatezza della persona assistita"*, e che i rilievi statistici devono darsi *"con modalità che non consentano l'identificazione della persona"*.

E qualcosa di analogo si dispone nei confronti dei tossicodipendenti, i quali, nei percorsi medico-terapeutici per il recupero socio-riabilitativo, ai sensi dell'art. 120, DPR 10 ottobre 1990 n. 309: *"possono beneficiare dell'anonimato nei rapporti con i servizi, i presidi e le strutture delle aziende unità sanitarie locali, e con le strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116, nonché con i medici, gli assistenti sociali e tutto il personale addetto o dipendente"*.

Ed ancora qualcosa del genere è previsto dall'art. 9 del codice deontologico medico, in base al quale: *"Il medico deve mantenere il segreto su tutto ciò che gli è confidato o che può conoscere in ragione della sua professione; deve, altresì, conservare il massimo riserbo sulle prestazioni professionali effettuate o programmate, nel rispetto dei principi che garantiscano la tutela della riservatezza"*.

5.3. Ovviamente, il segreto medico ha sempre parimenti trovato delle eccezioni:

a) l'art. 254 del Regio decreto 27 luglio 1934 n. 1265 prevedeva che il medico, venuto a conoscenza di malattia infettiva, avesse il dovere di denuncia al podestà e all'ufficiale giudiziario;

b) nel 1996 il precetto di cui all'art. 9 del codice deontologico veniva integrato con deroga al segreto medico nei casi in cui vi sia *“l'urgenza di salvaguardare la vita o la salute di terzi, anche nel caso di diniego dell'interessato, ma previa autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali”*;

c) la normativa sulla protezione dei dati personali prevedeva e prevede all'art. 24 del d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 che il consenso del malato non sia necessario a fronte della *“salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo”*; il Garante della privacy ha poi risposto ad una serie di quesiti relativi al rapporto tra segretezza dei dati personali e normativa anti Covid 19 in www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq;

d) il decreto del Ministro della Salute 15 dicembre 1990 (Gazz. Uff. 8 gennaio 1991 n. 6) dispone la notifica obbligatoria per tutte le malattie infettive e diffuse all'autorità sanitaria competente, e ne stabilisce le modalità di segnalazione;

e) infine qualcosa di analogo si trova nell'art. 6 del Regolamento Sanitario Internazionale dell'OMS, già ratificato e reso esecutivo in Italia dalla legge 6 febbraio 1982 n. 106.

5.4. Dunque, è evidente che non costituisce novità della normativa anti Covid 19 quella di porre deroga al segreto medico, poiché il segreto medico conosceva già molte deroghe anche in passato.

Ma, sempre che io non commetta errori (e quindi considerate queste mie parole solo come suggerimenti per un approfondimento), una cosa è porre quale regola il segreto medico e poi prevedere delle eccezioni a fronte di malattie diffuse gravi e rare, altra cosa è ricomprendere tra le ipotesi nelle quali spetta al medico la denuncia e/o la notificazione anche solo i casi sospetti di positività al virus Covid 19.

Poiché, par evidente, una cosa è il dovere del medico di segnalare casi quali quelli di colera, peste, febbre gialla, tifo, rabbia, tetano, ecc.... (li traggio dal decreto del Ministro della Salute 15 dicembre 1990), altra cosa è il Covid 19, che presentando dei sintomi, quanto meno iniziali, non diversi da quelli influenzali, tende di fatto a cancellare la regola del segreto medico e a sostituirla con quella che potremmo definire di sorveglianza sanitaria.

Se, infatti, anche solo un mal di gola, un po' di febbre, un naso che cola, la tosse, possono essere sintomi di Covid 19, va da sé che nessuna libertà confidenziale tra paziente e medico si mantiene, e che ogni paziente sa che tutto quello che lo riguarda, e di cui il medico è a conoscenza, può esser elemento di fatto trasferibile alla pubblica amministrazione.

E poiché poi, ancora, il trasferimento di questi dati alla pubblica amministrazione può avere conseguenze sulla libertà della persona, è evidente che il Covid 19 possa costituire altresì elemento di rivoluzione del rapporto tra medico e paziente.

Con questo, non metto in discussione l'esigenza di segnalare i casi sospetti, né di porre in essere quello che viene chiamato *Contact tracing*.

Invito solo i giuristi a riflettere su questi temi, poiché essi, a mio parere di non secondaria importanza, non mi sembra siano stati ad ora oggetto dell'attenzione che meritano.