

## Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali

Biancamaria Raganelli\*

SOMMARIO: 1. L'Europa dinanzi ad una sfida epocale. – 2. La dichiarazione dello «stato di emergenza» in alcuni paesi europei. – 2.1. Stato giuridico di eccezione in Italia tra *moral suasion* e coercizione. – 2.2. La gestione dell'emergenza in altri paesi europei. – 3. Il rapporto tra emergenza, potere e libertà negli Stati Uniti d'America e la decisione della Suprema Corte del Wisconsin sul DHS 28 Emergency Order. – 3.1. Libertà e limiti all'azione dei pubblici poteri in un sano dialogo tra potere esecutivo e legislativo. – 3.2. «*Safer at home order*» e limiti ai poteri conferiti dalla legislazione emergenziale. – 3.3. L'Emergenza non può creare potere e prescindere dal vaglio di criteri ermeneutici rigorosi di interpretazione dei principi fondamentali di uno Stato democratico. – 4. Ponderazione e bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente di alcuni paesi europei. – 4.1. Sulla proporzionalità delle misure adottate per garantire la salute pubblica: «*vivre avec le virus, agir progressivement, adapter localement*». – 4.2. Libertà di riunione, manifestazione e proporzionalità: «*¿Restricción o supresión durante el estado de alarma?*». – 4.3. Proporzionalità e adeguatezza nel giudizio di valutazione delle circostanze concrete da parte della Corte costituzionale federale tedesca: «*die bewertung des konkreten falles*». – 5. Italia e Europa: ripartire dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

### 1. *L'Europa dinanzi a una sfida epocale*

La crisi sanitaria che ha colpito violentemente l'Europa a inizi 2020 ha innescato reazioni emergenziali nei diversi Stati membri e alimentato un vivace dibattito in Europa su modi e mezzi di azione e reazione comune.

\* Biancamaria Raganelli, Professore Associato di Diritto dell'Economia, Università di Roma Tor Vergata, dove insegna European Institutions, Law and Markets, Diritto pubblico dell'economia e Istituzioni finanziarie europee. Tra le pubblicazioni più recenti *Competitive dialogue: an economic and legal assesment*, in *Journal of Public Procurement*, 2020; *Anticorruption measures in Public Procurement: issues and challenges*, in *Diritto dell'economia*, 2019, 99; *Frontiere di Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2019, *Architettura finanziaria e Corti europee*, Napoli, 2018; *Distressed banks, European principles and policy targets*, in *Riv. Concorrenza e mercato*, 2018.

Il tema della solidarietà, più volte evocato nei diversi momenti di difficoltà che l'Europa ha conosciuto a partire dal secondo dopoguerra<sup>1</sup>, è tornato prepotentemente alla ribalta nel dibattito politico europeo, chiamato a far fronte ad una importante emergenza sanitaria, che porta con sé una nuova crisi economica. Si evoca un necessario cambio di mentalità che consenta di affrontare uniti, in tempi di guerra, un nemico comune e di assumere decisioni importanti a tutela dei cittadini e dell'economia.

Ancora una sfida importante per l'Europa. Da come i governi decidono di affrontarla dipende il futuro dell'Unione e quello dei popoli che ne fanno oggi parte.

A questa sfida l'Europa è giunta indebolita da conflitti interni e spinte centrifughe sovraniste, ma anche dalla complessità dei processi decisionali e dall'interazione tra molteplici livelli di governo dotati di responsabilità di politica economica (dalla UE a 27 alla BCE per l'Eurozona, ai singoli Stati membri), che ha rallentato la gestione delle questioni.

La sopraggiunta emergenza ha così consentito di evidenziare le principali debolezze dell'Unione, a partire dalla mancanza di un'integrazione politica e fiscale, che consenta di fornire risposte coerenti a sostegno dei singoli paesi in difficoltà nel nome di quel principio di solidarietà più volte evocato.

Nel nome dell'emergenza si è assistito ad una forte intensificazione della sovranità dello Stato, introducendo deroghe ai principi generali che governano il mercato unico europeo<sup>2</sup>. Alcuni hanno sostenuto che l'idea di una sovranità senza Stati sia infondata e che la dimensione sovranazionale possa cogliere soltanto un parziale aspetto dei problemi della modernità, non riuscendo ad assurgere a convincente modello esplicativo generalizzato o prevalente<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Decisi a segnare una nuova tappa nel processo di integrazione europea intrapreso con l'istituzione delle Comunità europee nel rispetto, tra le altre cose, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel 1992 gli Stati contraenti hanno istituito l'Unione Europea (Preambolo TUE). In questo contesto la stessa si è impegnata a promuovere la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati Membri e questi ultimi ad assistersi reciprocamente in base al principio di leale cooperazione (artt. 3-4).

<sup>2</sup> Come noto, il mercato comune instaurato dal Trattato di Roma nel 1958 mirava all'eliminazione delle barriere commerciali tra gli Stati membri al fine di accrescere la loro prosperità economica e contribuire a «un'unione sempre più stretta fra i popoli europei». L'Atto unico europeo del 1986 ha integrato l'obiettivo del mercato interno nel trattato CEE, definendolo come «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali». I principali strumenti di realizzazione del mercato unico sono stati pertanto le quattro libertà, la disciplina europea sulla concorrenza e la riduzione degli aiuti di Stato alle imprese. Nel nome dell'emergenza in corso invece si assiste ad una revisione e reinterpretazione di tali strumenti in una prospettiva inverse finalizzata alla difesa dei confini statali e la protezione dei «propri» cittadini, interessi commerciali e delle «proprie» imprese.

<sup>3</sup> Da ultimo, F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 579 s.; Id., *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *www.federalismi.it*, 17, 2018. Sulla storia del termine sovranità, tra gli altri, L. Raggi, *La teoria delle sovranità*, Genova 1908; H. Rehm, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Friburgo, 1896; Id., *Allgemeine Staatslehre*, in *Handbuch des öffent.* 1899; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1929; H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und d. Theorie d. Völker-*

Si tratta tuttavia di un'affermazione che convince poco proprio alla luce delle difficoltà riscontrate nell'esperienza che stiamo vivendo di contenere il diffondersi di un virus entro gli stretti confini di uno Stato. Proprio l'incapacità dell'argine politico di esercizio della sovranità nazionale di garantire un perimetro di azione efficace a gestire il contagio ci invita a guardare oltre, verso una dimensione sovranazionale, alla ricerca di forme e modi di gestione di quei "problemi della modernità" che sfuggono i limiti fisici e politici tradizionali.

Sarebbe pertanto un errore, invertire il percorso finora intrapreso dai popoli d'Europa per riscattarsi dalle devastazioni della guerra e passare dalla coesistenza alla cooperazione, per costruire un mercato unico e una cittadinanza europea attraverso un delicato processo di cessione della sovranità.

Varrebbe forse piuttosto la pena riflettere sui limiti e le debolezze riscontrate durante il percorso per cercare di farvi fronte, più uniti di prima, cogliendo questa drammatica esperienza come un'opportunità per correggere la traiettoria e colmare le lacune favorendo l'equilibrato sviluppo di una sovranità europea attraverso un democratico processo di legittimazione politica. Solo così si possono arginare le spinte distruttive finalizzate a ricostituire confini vecchi (sospensione del Trattato di Shenghen) e nuovi, intesi talvolta come limiti alle responsabilità o come barriere nei confronti di aspirazioni straniere (*golden power*) nel nome della presunta protezione dei "propri" cittadini e delle "proprie" aziende.

Per fronteggiare lo *shock* nell'economia<sup>4</sup> che gli Stati membri sono chiamati ad affrontare è necessaria una strategia comune anche in materia di emissione di debito pubblico e trasferimenti fiscali a sostegno della crisi economica in corso. Strategia che risulta fortemente condizionata dalla mancanza di una convergenza (unione) politica e fiscale europea.

Questa nuova crisi, nella sua drammaticità, potrebbe essere colta come un'occasione preziosa per fare un passo avanti nella giusta direzione e superare il duplice livello UE e Eurozona al fine di procedere verso una Europa più integrata da un punto di vista monetario, bancario, fiscale e politico per i paesi che decideranno di farne parte.

---

*rechts*, Tubinga 1920; 2<sup>a</sup> ed., 1928; E. Crosa, *Il principio della sovranità dello stato nel diritto italiano*, in *Archivio giuridico*, 1933.

<sup>4</sup> L'ISTAT nelle Prospettive per l'economia italiana nel 2020-2021 prevede che nel 2020 il Pil segnerà una "marcata contrazione" pari a circa il -8,3% (poco di più della stima del governo italiano nel Documento di economia e finanza). Il Fondo monetario internazionale stima per il 2020 una recessione a livello globale (-3%), la peggiore recessione economica dopo la Grande depressione, e per l'Italia le stime FMI indicano un calo del prodotto interno lordo al -9,1% nel 2020, mentre la Commissione europea, nelle previsioni economiche di primavera recentemente pubblicate, stima una contrazione dell'economia dell'UE del 7,5% nel 2020 (Spring 2020 Economic Forecasts). Per uno studio dell'impatto della crisi si veda OECD, *Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity*, Updated 14 April 2020.

Ad oggi i singoli Paesi si sono mossi in ordine sparso, adottando provvedimenti emergenziali d'urgenza a livello nazionale, che hanno impattato – in forme e modi diversi – sulle libertà individuali e le attività economiche (*infra* par. 2), che hanno alimentato pronunce diverse della giurisprudenza di alcuni paesi europei (*infra* par. 3, 4) e il dibattito in Europa su come ripartire e da dove (*infra* par. 5)<sup>5</sup>.

Il presente contributo tiene conto della prima fase (o ondata) di diffusione del virus in Europa. Vuole proporre alcune riflessioni sul tema del rapporto tra emergenza, potere, diritti e libertà fondamentali, sui criteri ermeneutici di interpretazione degli stessi in un contesto democratico e sostenere l'esigenza di un sostanziale riconoscimento degli stessi anche in termini di interpretazione, applicazione e tutela, ripartendo dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati europei.

## 2. *La dichiarazione dello «stato di emergenza» in alcuni paesi europei*

### 2.1. *Stato giuridico di eccezione in Italia tra moral suasion e coercizione*

Con il diffondersi del virus in Europa, nel nome dell'emergenza sanitaria, molti paesi europei hanno adottato provvedimenti straordinari, imponendo limiti alle libertà personali ed economiche e alimentando il dibattito sui diritti costituzionali dinanzi all'emergenza, sulla legittimità dalle misure restrittive e sulla democraticità del processo deliberativo in considerazione degli strumenti giuridici utilizzati<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Si pensi alle restrizioni alla *libera circolazione delle merci* e in particolare alle esportazioni riguardanti essenzialmente mascherine, respiratori e altri dispositivi di protezione individuale, che appaiono palesemente contrarie al divieto di restrizioni quantitative all'esportazione e di misure di effetto equivalente (art. 35 TFUE); alle restrizioni alla *libera circolazione delle persone*, rispetto alle quali con una comunicazione del 16 marzo 2020 la Commissione europea aveva evidenziato la possibilità per gli Stati membri di reintrodurre controlli temporanei alle frontiere interne alla zona Schengen; alle misure di protezione delle imprese nazionali in alcuni settori strategici (c.d. Golden power).

<sup>6</sup> Il dibattito che ha toccato profili diversi trova conferma nei numerosi interventi di recente pubblicati su diverse riviste. Tra gli altri, L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 2020; Aa.Vv., *Il senso di Diritti Comparati per la crisi: emergenza, protezione dei diritti fondamentali e radici europee*, in *Diritti comparati*, 1 aprile 2020; C. Acocella, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali.*, in *Diritti regionali*, 2020; U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020, Id., *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2020, 1, 28 marzo 2020; G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020; Id., *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, 31 marzo 2020; V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza.*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020; Id., *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2 aprile 2020; Id., *Dignità umana e normativa emergenziale: (in) osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 6 maggio 2020; G. Bartolini, *Alcune questioni dell'emergenza COVID-19 in Italia in un'ottica di international disaster law*, in *SIDI blog –Forum Covid-19*, 21

Il presupposto nella gran parte dei provvedimenti adottati è riconducibile alla dichiarazione dello «stato di emergenza»<sup>7</sup>, in molti casi accostato allo «stato di guerra» e allo «stato di eccezione». La nozione ha assunto significati diversi nella dottrina internazionale, con risvolti storici, politici e giuridici importanti<sup>8</sup>. Riferimenti al «pericolo pubblico eccezionale», lo «stato di guerra» e «ogni altra situazione di crisi che minacci l'indipendenza o la sicurezza di uno Stato parte» si rinvencono nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), nel Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'Assemblea generale dell'ONU (1966) e nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (1969), sia pure con specifici limiti e garanzie.

La carta Costituzionale italiana non contempla esplicitamente lo «stato di emergenza», tuttavia l'art 77 disciplina i «casi straordinari di necessità e urgenza», che consentono eccezionalmente al governo di esercitare la funzione legislativa<sup>9</sup> e l'art. 78 attribuisce alle Camere la deliberazione dello stato di guerra e il conferimento al governo dei poteri necessari<sup>10</sup>.

In Italia, la pandemia da Covid-19 è stata equiparata ad una guerra nel dibattito politico e si è ritenuto di poter ricorrere all'art. 78 della carta costituzionale<sup>11</sup>. Unico modello di riferimento è stato in un primo momento quello cinese che, come noto, presenta caratteristiche tipiche non pienamente riconducibili ad uno stato democratico, che impattano fortemente sul modo di intendere il

---

maggio 2020; C. Bottari, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *giustizia-amministrativa.it*, 4 maggio 2020; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, 18 marzo 2020, in *Federalismi.it*, 5.

<sup>7</sup> Nelle scienze sociali l'espressione farebbe riferimento a situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio (anche se non sempre di breve durata), le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale (sul punto A. Pizzorosso, voce *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1993). Vedi anche *infra* nota n. 11.

<sup>8</sup> La tesi di Carl Schmitt nel 1922, secondo la quale la capacità di decidere sullo stato di eccezione costituirebbe il connotato essenziale della sovranità, è stata fonte di ispirazione che ha consentito al nazismo di rafforzare il proprio potere sulla Germania, attraverso il decreto d'emergenza per la difesa del popolo e dello Stato del 28 febbraio 1933 e negli anni 70 ad alcuni paesi dell'America Latina di imporre la dottrina della sicurezza nazionale.

<sup>9</sup> Tra le altre, Corte Cost. n. 93/2011, 171/2007.

<sup>10</sup> L'Assemblea costituente discusse la proposta di far ricomprendere in tale articolo situazioni diverse da quelle dell'emergenza bellica internazionale, ma diverse furono le argomentazioni del rigetto, le quali sostenevano che sospendere i diritti di libertà in altre situazioni equivarrebbe a sospendere la stessa idea di democrazia, ravvisandone una «contraddizione palese» (Cherchi). Di stato di emergenza si è poi occupata la legge ordinaria n. 225/1992 e il d.lg. 1/2018.

<sup>11</sup> Per un parallelismo tra guerra e diffusione della SARS-CoV-2, tra gli altri, F. Fracchia, *Stato e Forze Armate: la specialità del relativo ordinamento a presidio della sovranità*, Recensione alla monografia di Riccardo Ursi, *L'amministrazione militare*, Torino, 2018, è destinato a essere pubblicato sulla *Riv. it. dir. pubbl. comun.*; Id., *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo*, *op. cit.*, 575 ss. sostiene che la stessa terminologia impiegata dalla politica e dai mezzi di comunicazione di massa (guerra, emergenza, lotta, attacco, difesa, patriottismo, orgoglio di essere italiani) sancisce la plausibilità dell'accostamento tra emergenza sanitaria e guerra. Sul punto, v. criticamente M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2.

rapporto tra governo, amministrazione e cittadini, nonché il rapporto tra potere, diritti e libertà individuali<sup>12</sup>.

Il governo italiano ha scelto di centralizzare il potere nelle mani del Presidente del Consiglio<sup>13</sup> e di emanare provvedimenti di urgenza a carattere regolatorio nella forma del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), ancorandone la legittimità al d.l. n. 6, 23 febbraio 2020, che ha conferito al Presidente del Consiglio il potere di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica»<sup>14</sup>. Nell'esercizio di tale potere si sono già succeduti diversi DPCM di attuazione di decreto legge, passando dalle misure straordinarie e urgenti di contrasto, alle misure di (auspicabile) rilancio del paese.

La scelta dello strumento giuridico utilizzato ha fatto discutere anche in considerazione delle implicazioni in termini di impatto su diritti e libertà fondamentali, seppure il dibattito sia emerso in un primo momento piuttosto timidamente per il tramite di giornali e televisioni, che hanno invece svolto un incisivo ruolo di interpretazione, veicolazione, *moral suasion* e *quasi-enforcement* delle prescrizioni governative.

Si è passati rapidamente dall'invito, alla prescrizione; dallo slogan «io sto a casa», al mantra «andrà tutto bene», fino all'intimazione «state a casa», con conseguente minaccia di sanzione e forme di quasi-persecuzione (con tanto di alto-parlante) del più timido passeggiatore solitario sugli argini di un fiume deserto. Un'atmosfera surreale vissuta per oltre due mesi dall'interno di case connesse al mondo esterno per il tramite di televisioni, che hanno raccontato la loro storia

<sup>12</sup> Di contro, vi è chi ha contestato la stessa qualificazione di «emergenza» e conseguente adozione di una regolamentazione confusa e contraddittoria, che si tradurrebbe in obblighi e divieti privi di alcuna legittimazione scientifica e giuridica: istanza di autotutela presentata da alcuni medici (P.M. Bacco, A. Gatti, M. Amici, C. Rescigno, F. Milani, M.G. Dondini) al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro della Salute, al Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità e, in conoscenza, ai governatori delle regioni.

<sup>13</sup> Per la legge del 1978 sul Servizio Sanitario Nazionale, competente a emanare più della metà di quegli atti sarebbe stato il Ministro della Salute. Si è invece preferito procedere all'accantonamento del quadro normativo scaturente dal Codice della protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018) e dall'art. 32 della legge sul Servizio sanitario nazionale (l. n. 833 del 1978) in favore della costruzione di una «catena normativa» strutturata sullo schema decreti-legge-decreti del presidente del Consiglio, così alimentando un dibattito amplissimo su cui sono stati pubblicati diversi interventi anche su riviste giuridiche di settore. Tra le altre, *Rivista Aic*, *Osservatorio Aic*, *Osservatorio sulle fonti*, *Federalismi.it*, *Forumcostituzionale.it*, *Diritti regionali*, *Diritti comparati*, *Diritti fondamentali*, che in molti casi hanno dedicato all'«emergenza Coronavirus» apposite sezioni.

<sup>14</sup> Con d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 sono state introdotte misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019, seguito dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9, Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. In dottrina, tra gli altri, R. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020; F. Cintoli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*.

accompagnata da riprese di droni all'inseguimento dei presunti untori, nella gran parte dei casi *runners* o ciclisti in fuga per la libertà<sup>15</sup>.

Alcuni hanno timidamente osservato che avrebbero potuto essere coinvolti organi di garanzia e di rappresentanza diretta dei cittadini individuati dalla Costituzione italiana con profili, attribuzioni e competenze diverse, tra i quali il Parlamento, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale che di regola interviene *ex post*<sup>16</sup>.

Di contro vi è chi ha difeso la copertura costituzionale con specifici riferimenti agli artt. 16, 17 e 32 cost. e alle limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e sicurezza o di incolumità pubblica, sancendone senza remore l'automatica prevalenza su ogni altro diritto e libertà.

Lo stato giuridico di eccezione, imposto per il tramite di uno strumento governativo, è stato così ancorato alle dichiarate esigenze di sanità e incolumità pubblica, sia pure molto discusse all'interno della stessa comunità scientifica internazionale rispetto all'*an, quando, quantum e quomodo*<sup>17</sup>. I provvedimenti emergenziali adottati hanno fatto perno sulla tutela del diritto alla salute<sup>18</sup> riconosciuto dalla Costituzione quale elemento qualificante del modello di Stato sociale e rispetto al quale il potere pubblico funge da autorità di regolamentazione, di amministrazione attiva e di prestatore in via diretta di servizi pubblici. Si è quindi perfezionato l'accentramento del potere nelle mani del Governo invocando la Costituzione che permette a questi di sostituirsi agli enti territoriali, tra le altre cose, in caso di pericolo grave all'incolumità e alla sicurezza pubblica<sup>19</sup>.

In particolare, le misure emergenziali adottate dallo Stato italiano hanno comportato limitazioni e divieti al godimento di alcune libertà fondamentali, tra le quali la libertà personale, di movimento, di riunione, di esercitare la propria religione anche in forma associata, del diritto all'iniziativa economica e del diritto al rispetto della vita familiare, nonché del diritto all'istruzione. La giurisprudenza italiana nella gran parte dei casi ha respinto i ricorsi avverso le misure emergen-

<sup>15</sup> L'immagine richiama emotivamente il noto passaggio di A. Manzoni, *I Promessi sposi*, cap. XXXIV, 1827, nel quale il povero Renzo viene inseguito dalle grida di una donna che richiama l'attenzione del popolo che lo insegue urlando «l'untore! dagli! dagli all'untore!».

<sup>16</sup> S. Cassese, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il dubbio*, 14.04.2020; in senso analogo, E. Cheli, *Poteri, diritti, competenze. I problemi costituzionali sorti dal Covid*, *Huffingtonpost.it*, 22.06.2020.

<sup>17</sup> Si è discusso anche delle modalità di raccolta dei dati, sulla loro interpretazione, sulle modalità di presentazione, con schieramenti contrapposti di esperti.

<sup>18</sup> La Costituzione italiana disciplina all'art. 32 il diritto alla salute oggetto di specifico riconoscimento anche in ambito europeo (art. 168 TFUE, ex art. 152 TCE) e internazionale (art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, New York il 6 dicembre 1966).

<sup>19</sup> Art. 120 co. 2 Cost. Come noto, l'art. 117, co. 2, lett. m), che riserva allo Stato la competenza legislativa in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»; l'art. 117, co. 3, invece, attribuisce alla competenza concorrente la materia «tutela della salute».

ziali<sup>20</sup>. Si tratta per lo più di diritti riconosciuti oltre che dalla Costituzione, dalla stessa Convenzione europea sui diritti umani, retta dal principio di soggezione dell'esercizio del potere pubblico a criteri di democrazia e *rule of law* e al rispetto della dignità umana<sup>21</sup>.

Come noto, la Convenzione prevede anche deroghe temporanee e limitazioni per esigenze particolari<sup>22</sup> e lo stesso art. 15 consente di adattare i principi di legalità, necessità e proporzionalità in senso stretto, che fondano la logica del bilanciamento tra diritti umani e interessi collettivi, a situazioni che, per loro natura, non consentono una valutazione di ogni singolo caso concreto<sup>23</sup>. Resta tuttavia da chiarire se ogni singola misura adottata per fronteggiare l'emergenza abbia o meno superato i limiti stabiliti da ciascuna clausola di limitazione<sup>24</sup>. Limiti molto sensibili al giudizio della Corte EDU, considerata l'impostazione generale secondo cui la limitazione di un diritto non può spingersi al punto di compromettere l'essenza del diritto stesso e l'ambiguità insita nel vaglio del giudizio di proporzionalità, che impone una limitazione nella stretta misura in cui la situazione lo richiede.

Sarebbe stato quantomeno opportuno seguire l'esempio di altri paesi europei e procedere alla notifica delle dichiarazioni in deroga almeno per quando riguarda i diritti maggiormente colpiti dalle misure di contenimento, quali la

<sup>20</sup> La giurisprudenza in Italia nella gran parte dei casi ha finora confermato le misure, respingendo i ricorsi. Tra le varie T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, decreto, 18 marzo 2020, n. 416, che ha respinto l'istanza di sospensione delle ordinanze del Presidente della Giunta regionale della Campania, che avevano imposto il divieto di fare sport anche all'aperto e, in particolare, il divieto di praticare «attività sportiva, ludica o ricreativa all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico». Altri riferimenti alla giur. italiana recente nell'ultimo paragrafo.

<sup>21</sup> Nel dibattito scientifico nazionale le perplessità si sono appuntate sulla compatibilità con la Costituzione delle misure adottate, specie per quel che riguarda la struttura della "catena normativa" cui si è accennato nel testo, in relazione al rispetto delle riserve di legge e del principio di legalità in senso sostanziale (tra gli altri, G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu)). A tali posizioni critiche si sono aggiunte quelle sull'incertezza del ruolo assegnato ai Presidenti di Regione e ai Sindaci dai decreti-legge, che si sono succeduti nel tempo (tra gli altri, A. Morelli, *Il Re del Piccolo principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 2020, 1).

<sup>22</sup> Ai sensi degli artt. 8-11 e dell'art. 2 Prot. 4 CEDU, possono imporsi limitazioni dei diritti degli individui qualora queste derivino da «misure necessarie in una società democratica» per la salvaguardia, tra l'altro, della salute pubblica. Per un commento tra gli altri, L. Acconciamesa, *COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU*, in *Ius in Itinere*, 2020.

<sup>23</sup> G. Cataldi, *Art. 15. Deroga in caso d'urgenza*, in *Commentario breve alla CEDU*, a cura di A. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 555. Il fondamento filosofico e normativo della norma sarebbe da rinvenirsi nella teoria dello stato di necessità, che serve a incardinare anche le situazioni di emergenza nell'ambito dei meccanismi convenzionali, garantendo che l'eccezionalità del pericolo non sia invocata per giustificare, *rebus sic stantibus*, qualsiasi limitazione dei diritti fondamentali. Sul tema anche R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traduzione in inglese di J. Rivers, Oxford, 2002 (originale in tedesco del 1985). Sul tema del bilanciamento, tra gli altri anche Aa.Vv., *Il processo, luogo della tutela dei diritti anche e soprattutto nell'emergenza. Dialogando con il Presidente Patroni Griffi sulla giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020, 13, 13 maggio 2020; A. Buratti, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1 maggio 2020.

<sup>24</sup> Tra gli altri nel dibattito A. Spadaro, *Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?*, in *EJIL Talks*, 16 marzo 2020.



libertà di circolazione e la libertà di associazione, rispetto ai quali il superamento del limite di non compromettere l'essenza del diritto appare più agevole considerate le misure adottate. Ciò avrebbe consentito di invocare legittimamente l'art. 15, oltre che di dimostrare l'impegno del governo a che le limitazioni dei diritti fondamentali restino nei limiti di quanto strettamente necessario, secondo principi ispirati ai più alti valori democratici<sup>25</sup>.

## 2.2. La gestione dell'emergenza in altri paesi europei

In Francia la nozione di emergenza condensa una molteplicità di sfumature concettuali che legittimano l'adozione di misure di carattere eccezionale e impattano in modi diversi sulle libertà individuali. La carta costituzionale francese contempla la possibilità di imporre limiti alle libertà per ragioni di urgenza e pericolo<sup>26</sup>. Così, il Presidente della Repubblica Francese può assumere su di sé poteri eccezionali al fine di salvaguardare la democrazia, concentrando potere esecutivo e legislativo<sup>27</sup>. In caso di pericolo di guerra o di insurrezione armata, può essere dichiarata l'*état de siège* con un decreto del Consiglio dei ministri<sup>28</sup>. L'*état d'urgence*, invece, consente all'autorità amministrativa l'adozione di misure straordinarie, mediante l'esercizio di poteri di polizia, che impattano sui diritti e le libertà individuali<sup>29</sup>. Lo stato di emergenza può essere dichiarato su tutto o parte del territorio nazionale, nel caso in cui si manifestino gravi minacce e pericoli imminenti per l'ordine pubblico<sup>30</sup>.

Per fronteggiare l'epidemia il governo francese ha preferito introdurre uno strumento specifico per fronteggiare e ha emanato la legge ordinaria di urgenza *Loi n. 2020-290 du 23 mars 2020* per fornire una base giuridica solida e specifica alle misure emergenziali da adottare. Si è conferito al governo il potere di legifera-

<sup>25</sup> E. M. Hafner Burton, L.R. Helfer e C.J. Farris, *Emergencies and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties*, International Organizations, 2001, 679.

<sup>26</sup> L'assunzione dei poteri eccezionali da parte del Presidente della Repubblica è possibile solo dopo la consultazione ufficiale del Primo Ministro, dei Presidenti delle assemblee e del Presidente de Consiglio Costituzionale, cui segue il messaggio alla Nazione.

<sup>27</sup> Art. 16 della Costituzione della Quinta Repubblica francese. Il *Conseil Constitutionnel* verifica il perdurare delle condizioni che giustificano l'attribuzione di tali poteri.

<sup>28</sup> Art. 36 Cost. francese. La dichiarazione dell'*état de siège* non può protrarsi oltre il termine di dodici giorni, salvo proroghe subordinate all'approvazione del Parlamento. Tra gli altri, J. Lllamarque, *Légalité constitutionnelle et contro le juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16*, in *JCP*; F. Saint-Bonnet, *Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception*, in *RD* 1998, Les quarante ans de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>29</sup> Si tratta di un istituto di carattere eccezionale regolato dalla *Loi 1955-385* del 03 aprile 1955 e s.m.i. Si è fatto ricorso all'*état d'urgence* ad esempio a seguito degli attacchi terroristici del 13 novembre 2015 a Parigi.

<sup>30</sup> La *Loi 1955-385* non determina una alterazione dei poteri tra i diversi organi costituzionali e consente l'adozione di misure straordinarie da parte dell'autorità amministrativa. I provvedimenti del governo e di alcuni prefetti precedenti la dichiarazione dello stato di emergenza prevedevano la possibilità per il Ministro della salute di adottare misure di urgenza proporzionate ai rischi e appropriate alle circostanze di tempo e luogo.

re mediante *ordonnances* (art. 38 Cost.) ed è stata introdotta *l'état d'urgence sanitaire* nel Code de la santé publique<sup>31</sup>. Viene opportunamente chiarito che le conseguenze della dichiarazione dello stato d'urgenza sanitaria devono essere proporzionate al rischio sanitario e appropriate alle circostanze di tempo e luogo, oltre a dover durare per il tempo strettamente necessario.

Anche la Carta costituzionale spagnola contempla lo stato di emergenza distinguendo tra *estado de alarma*<sup>32</sup>, *estado de excepción*<sup>33</sup> e *estado de sitio*<sup>34</sup>, cui corrisponde la possibilità di adottare misure straordinarie e transitorie di intensità diversa in termini di impatto sui diritti fondamentali degli individui. È comunque previsto un controllo politico del Parlamento, che delibera su eventuali proroghe in considerazione della compressione dei diritti dei singoli, della durata e delle altre condizioni e termini<sup>35</sup>.

Si è discusso di quale fosse lo strumento giuridico migliore da attivare per affrontare la crisi in corso, in base soprattutto alle libertà e ai diritti che si intendeva limitare o incidere sia pure per un tempo limitato<sup>36</sup>. La decisione del governo di dichiarare lo *estado de alarma*<sup>37</sup> esteso a tutto il territorio nazionale, proro-

<sup>31</sup> Art. L. 3131-12 *Code de la santé publique*.

<sup>32</sup> L'art. 116, co. 2 della Cost. prevede che il governo può attivarsi con decreto del Consiglio dei Ministri, riferendo al *Congreso de los Diputados*, immediatamente riunito a tale scopo, che può autorizzare una proroga del periodo emergenziale.

<sup>33</sup> Lo stato di eccezione, ai sensi dell'art. 116, co. 3 della Costituzione spagnola è dichiarato dal governo mediante decreto deliberato dal *Consejo de Ministros*, previa autorizzazione del *Congreso de los Diputados*. Per un dibattito, tra gli altri, A. Cuenca Miranda, *Alarma "excepcional"*, in *Papeles faes fundacion*, n. 236 del 23/03/2020; Id., *El derecho ante el coronavirus*, in *Diario ABC*, dell'11.03.2020.

<sup>34</sup> Ai sensi dell'art. 116, co. 4 Cost., lo stato di assedio deve essere dichiarato dalla maggioranza assoluta del *Congreso de los Diputados*, su proposta esclusiva del governo. Il Congresso determinerà il suo ambito territoriale, durata e condizioni.

<sup>35</sup> Come chiarito nella Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, tale controllo non modifica la natura esclusiva della competenza del governo a dichiarare inizialmente lo stato di allarme per un periodo massimo di quindici giorni, garantendo un controllo politico o di opportunità sulla dichiarazione della situazione a carattere eccezionale e delle misure adottate nell'ambito del rapporto fiduciario che deve esistere tra il governo e il Congresso dei deputati.

<sup>36</sup> Secondo alcuni la dichiarazione dell'*estado de alarma* non comporterebbe la sospensione di alcun diritto fondamentale, ma solo la timida possibilità di limitare la libertà di circolazione stabilita (J.N. Muniz, *Emergencias constitucionales y catástrofes en el ordenamiento constitucional español*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 17 2002). Lo *estado de excepción*, invece, consentirebbe di limitare o sospendere alcune libertà riguardanti la persona, la violabilità dell'abitazione, il segreto delle comunicazioni, la libertà di circolazione e di residenza, di espressione, di informazione, di riunione e di manifestazione; e l'*estado de sitio* estenderebbe le limitazioni ad un elenco più ampio. Tra gli altri, L. Cotino Hueso, *Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, in *El Cronista*; S. De La Sierra, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción*, in *El Cronista*; F. Rodriguez e J. Julio, *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, in *IEEE.ES* 43/2020, 1.05.2020.

<sup>37</sup> Real Decreto 463/2020.

gato più volte, ha suscitato un acceso dibattito. Secondo alcuni sarebbe peraltro stato preferibile invocare lo stato di eccezione<sup>38</sup>.

In Germania oggi l'esecutivo e l'amministrazione sono vincolati al rispetto del principio di legalità: i presupposti per addivenire ad una limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti devono essere chiaramente determinati<sup>39</sup>. Solo il Parlamento con propria legge può autorizzare il governo ad adottare decisioni che incidono su diritti costituzionalmente garantiti.

Si distingue tra stati di emergenza esterni (stato di difesa, stato di tensione) e stato di emergenza interno, includendo in quest'ultimo anche un pericolo imminente o la minaccia di epidemie, tale da giustificare limitazioni *ex lege* alle libertà di circolazione sul territorio federale. Per fronteggiare l'emergenza sanitaria la Germania ha adottato una serie di misure (Corona-Krisenpaket), che comprende un pacchetto di leggi di ampia portata, adottate dal governo federale e approvato dal Bundestag e dal Bundesrat, che hanno imposto alcune limitazioni alle libertà personali ed economiche. Successivamente il governo federale e i *länder* hanno raggiunto un accordo circa il progressivo e parziale allentamento delle misure restrittive per il contenimento dell'epidemia.

Di diversa impostazione i paesi di influenza anglosassone che, secondo tradizione, negano tendenzialmente l'applicazione in tempo di pace del *martial law*, intesa come situazione di sospensione della legge ordinaria e temporaneo governo di un paese o di parte di esso attraverso tribunali militari<sup>40</sup>. Anche in altri paesi europei il dibattito è ancora in corso e si attende di comprendere gli sviluppi dei provvedimenti assunti nei singoli paesi.

---

<sup>38</sup> Tale interpretazione troverebbe conferma nel dettato dell'art. 20.1 della legge organica n. 4/1981 e nel testo costituzionale: il diritto di riunione e manifestazione può essere sospeso solo nell'*estado de excepción* (o *de sitio*), ma non nell'*estado de alarma*.

<sup>39</sup> In passato, lo stato di emergenza era contemplato dall'art. 48 della Costituzione di Weimar, il quale stabiliva che "quando la sicurezza o l'ordine pubblico del Reich siano gravemente turbati o compromessi, il Presidente del Reich può prendere le misure necessarie per ristabilirli facendo ricorso, se necessario, alla forza armata". In dottrina, tra gli altri, K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3 voll., München 1977.

<sup>40</sup> Sul punto A.V. Dicey, *An introduction to the study of the law of the Constitution*, 1885, London 1959, 287 ss. parla di completa supremazia della legge. In Gran Bretagna, l'Emergency powers act del 1920, modificato nel 1964, ha conferito all'esecutivo il potere di emanare ordinanze, genericamente soggette al controllo parlamentare, quando lo stato di emergenza sia stato dichiarato dalla Corona sul presupposto che si siano verificati o stiano per verificarsi eventi tali da privare del necessario la collettività. Per l'emergenza è stato emanato il Coronavirus Act 2020, che fornisce all'esecutivo i poteri emergenziali necessari, impattando per un periodo di massimo due anni su individui, imprese e autorità pubbliche e prevedendo misure di sostegno economico. Uno strumento che concede al governo i più ampi poteri in tempi di pace, sollevando preoccupazione per il modo con cui ridisegna in maniera significativa i rapporti di potere con il Parlamento (R. Cormacain, *Coronavirus Bill: A Rule of Law Analysis* (Supplementary Report - House of Lords), Bingham Centre for the Rule of Law, British Institute of International and Comparative Law) e comprime i diritti umani (T. Konstadinides e L. Marsons, *Covid-19 and its impact on the constitutional relationship between Government and Parliament*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 26 marzo 2020).

3. *Il rapporto tra emergenza, potere e libertà negli Stati Uniti d'America e la decisione della Suprema Corte del Wisconsin sul DHS 28 Emergency Order*
- 3.1. *Libertà e limiti all'azione dei pubblici poteri in un sano dialogo tra potere esecutivo e legislativo*

Il sistema federale degli Stati Uniti d'America è articolato in una pluralità di centri di esercizio del potere pubblico centrale e caratterizzato da una forte promozione del valore delle libertà individuali<sup>41</sup>. Non sono previste particolari forme di raccordo tra i due livelli di governo, centrale e periferico, con l'effetto di ostacolare l'azione del potere pubblico a beneficio delle libertà<sup>42</sup>.

Davanti alla diffusione del contagio negli Stati Uniti un ruolo chiave è stato svolto dallo U.S. Department of Health and Human Services (DHS). È stato dichiarato lo stato di *public health emergency*, conferendo poteri speciali per contenere il contagio<sup>43</sup> e limitando fortemente la libertà di movimento ai cittadini e visitatori<sup>44</sup>. L'Emergency Order n. 28 del DHS ha imposto a tutte le persone che si trovano nello Stato di rimanere a casa, non viaggiare e tenere chiusa ogni attività qualificata come non essenziale. Il Centers for Disease Control (CDC)<sup>45</sup> dal canto suo ha invitato le autorità competenti – federali, statali e locali – a predisporre per tempo i piani necessari per affrontare l'emergenza ed il sistema economico e prepararsi a fronteggiare le diverse evenienze. Le misure assunte dai governi degli Stati federati e dalle amministrazioni locali hanno mostrato un andamento convergente in una prospettiva improntata al principio della sussidiarietà, restando in molti casi le istanze provenienti dalla società civile.

È seguita l'adozione a livello centrale di una serie di importanti provvedimenti finalizzati ad offrire un sostegno all'economia<sup>46</sup> e a livello di Stati federali

<sup>41</sup> E. Mostacci, *COVID vs. Trump, ovvero dell'orchestra che suona da sola*, in *Federalismi.it* nel quale l'autore si dilunga sui limiti del sistema sanitario americano.

<sup>42</sup> La Costituzione degli Stati Uniti d'America stabilisce che «*the privilege or the writ of habeas corpus*» non possa essere sospeso, salvo che non sia richiesto dalla sicurezza pubblica in caso di rivolta o di invasione (28 USC 2241). La legge marziale non può essere imposta per una minaccia d'invasione. La necessità deve essere attuale e presente, l'invasione effettiva, così come devono essere effettivamente chiusi i tribunali e deposta l'amministrazione civile (ex parte Milligan, 71 U.S. 2, 1866).

<sup>43</sup> Sect. 319, Public Health Service Act, e 42 U.S. Code §247d.

<sup>44</sup> In particolare, è stato limitato l'ingresso negli Stati Uniti a soggetti che non fossero cittadini americani e provenissero da aree infette, nonché imponendo la quarantena di due settimane ai cittadini e titolari di green card, che avevano avuto contatti nei quattordici giorni precedenti con le medesime aree.

<sup>45</sup> L'Agenzia federale, incardinata presso il Department of Health and Human Services, che si occupa di proteggere la salute e la sicurezza pubblica attraverso il controllo e la prevenzione delle malattie.

<sup>46</sup> A livello centrale l'approvazione di un primo piano finanziario, il *Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act* (CPRSAA), con un impegno di 8,3 miliardi di dollari, cui hanno fatto seguito altre misure tra le quali il *Families First Coronavirus Response Act* e il *Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act* (Cares Act) finalizzati ad offrire un sostegno all'economia e alle famiglie.

misure per impedire gli assembramenti e strumenti di *moral suasion* finalizzati a ridurre i contatti sociali.

Nonostante l'impegno economico del governo americano a sostegno dell'economia, il quadro generale è da ultimo degenerato in gravi scontri tra cittadini e forze di polizia nutriti da un grave malcontento e dalla profonda disperazione di molti per la perdita del lavoro e il degenerare delle condizioni economiche del paese.

### 3.2. «Safer at Home Order» e limiti ai poteri conferiti dalla legislazione emergenziale

Su questo sfondo si colloca la decisione della Corte Suprema del Wisconsin del 13 maggio 2020, che si è pronunciata sulla legittimità dell'*Emergency Order* 28 del *Department of Health Services*<sup>47</sup>.

Il caso riguarda il valore da riconoscere all'ordine diretto a tutte le persone all'interno del Wisconsin di rimanere in casa, non viaggiare e chiudere tutte le attività dichiarate non essenziali nell'*Emergency Order*, pena la reclusione di un mese, una multa o entrambi.

Il «*Safer at Home Order*», prescrizione imposta per il tramite di un atto esecutivo, ricorda il monito «state a casa» con cui si è data attuazione alle misure emergenziali adottate in molti paesi, sia pure in modi e forme diverse. La pronuncia assume una rilevanza significativa nel dibattito che ha coinvolto la gran parte dei paesi democratici sul tema della limitazione dei diritti e delle libertà individuali e consente di riflettere sulla esigenza che la giustizia presidi con attenzione l'esercizio del potere pubblico in tempi di emergenza a garanzia del massimo rispetto del delicato equilibrio tra libertà individuali, diritti e interessi della comunità. Questo non può prescindere dal circuito democratico, perché proprio nella tempesta dell'emergenza è importante poter agire con rapidità e flessibilità, ma pur sempre nel rispetto delle libertà e diritti fondamentali che rendono un paese democratico<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Wisconsin Legislature, Secretary-Designee Andrea Palm, 2020 WI 42 del 13 Maggio 2020. La previsione richiamata prevedeva una sanzione penale in caso di violazione, con 30 giorni di reclusione e 250 dollari di multa.

<sup>48</sup> In senso analogo D. De Lungo, *Un atto di coraggio costituzionale. La Corte Suprema del Wisconsin dichiara illegittimo il Safer-at-Home Order*, in *Diritti comparati*, 18.05.2020 e in *IBL Istituto Bruno Leoni*, n. 332, 27 maggio 2020, il quale sostiene che il governo non può sostituirsi, con i propri provvedimenti, al legislatore e al circuito democratico-rappresentativo; in periodi di crisi, i giudici non devono indulgere nella tentazione di sostituirsi alla politica, operando bilanciamenti arbitrari fra libertà individuali e interessi della comunità, ma assicurare una applicazione ancor più puntuale e severa del testo costituzionale; in periodi di emergenza il potere, come Ulisse, deve restare incatenato all'albero maestro per evitare i letali canti delle sirene.

La pronuncia ha giudicato il provvedimento amministrativo «*unlawful, invalid, and unenforceable*», evidenziando un grave vizio formale, denso d'implicazioni non solo per l'ordinamento giuridico nel quale si colloca, ma per la portata dei principi generali che dallo stesso emergono, capaci di risultare facilmente permeabili in altri ordinamenti democratici.

La Corte osserva che *l'Emergency order 28* è strutturato come un «*general order of general application*», cioè un atto generale e astratto, accompagnato dalla previsione di sanzioni penali, che rientra nella categoria delle *rules*, ovvero un atto di natura sostanzialmente normativa<sup>49</sup>. Il DHS, anziché seguire il procedimento a carattere normativo prescritto per le *rules*, avrebbe seguito quello di natura provvedimentale previsto per gli *orders*, così fuoriuscendo dal perimetro dei poteri conferiti dalla legislazione emergenziale. Tali poteri, sia pure formulati in termini ampi con la delega ad adottare ogni misura necessaria, si mantengono comunque sul piano provvedimentale<sup>50</sup>.

Seguendo il ragionamento della Corte, se il potere attribuito dalla legge all'amministrazione comprende anche atti normativi, la sua formulazione in termini così ampi e generici da consentire l'adozione di ogni misura ritenuta necessaria rende la legge stessa incostituzionale. Al contrario, se il potere si limita ad atti di natura provvedimentale, la legge non è incostituzionale, ma lo è l'*Emergency Order 28*, che ha assunto una portata normativa non consentita. La Corte suprema applica il principio del c.d. *constitutional doubt*, che impone di privilegiare la lettura della disposizione che consenta la compatibilità con la Costituzione.

Tale impostazione consegue al principio generale della separazione e dell'equilibrio dei poteri, il cui scopo non è semplicemente quello di assicurare un governo efficace, ma di preservare la libertà individuale. Il corollario da cui muove la Corte è che non vi possa essere libertà pubblica se il potere legislativo e quello esecutivo sono uniti nelle mani della stessa autorità.

La separazione tra norme e provvedimenti (*rules* e *orders*) è pertanto necessaria ad assicurare la distinzione tra la fase di produzione e quella di applicazione del diritto, riservando la prima al circuito democratico-rappresentativo. La delega all'amministrazione (*unelected bureaucracy*) di un potere normativo indistinto deve ritenersi non consentita dalla legislazione del Wisconsin e neppure l'emergenza può essere invocata come eccezione. Ne consegue che il prolungarsi dello stato di emergenza non giustifica la stabilizzazione permanente dei poteri straordinari in capo al governo, ma impone di garantire per quanto possibile il canale

<sup>49</sup> Wis. Stat. §§ 227.01.

<sup>50</sup> Di diverso avviso, la difesa della State Health Secretary, la quale aveva sostenuto la natura provvedimentale dell'*Emergency Order 28*, in considerazione del carattere meramente temporaneo della misura.

democratico ordinario di assunzione delle decisioni politico-normative, garantito dal Parlamento.

Le riflessioni che emergono dalla pronuncia travalicano il contesto americano e inducono a riflettere anche sull'esperienza italiana, dove nonostante la cornice generale individuata nell'emanazione del decreto-legge, l'esecutivo ha continuato a gestire le fasi successive all'emergenza con DPCM, senza ricercare un rapido recupero del canale democratico ordinario di assunzione delle decisioni politico-normative.

### 3.3. *L'emergenza non può creare potere, né prescindere dal vaglio di criteri ermeneutici rigorosi di interpretazione dei principi fondamentali di uno Stato democratico*

Un altro passaggio molto interessante è quello nel quale la Corte mette in guardia dal rischio di acquiescenza della giustizia ad azioni governative svolte nell'interesse della società, ma in seguito riconosciute come veicoli di oppressione. Non mancano esempi nella storia anche recente di forme di esercizio dello stato di polizia, che deviando dal testo costituzionale, hanno finito per opprimere individui calpestando i diritti individuali<sup>51</sup>.

Il tema che travalica i confini dell'ordinamento americano riguarda l'effettiva capacità del *judicial review* di fungere da argine nei contesti emergenziali rispetto ai possibili abusi delle istituzioni e dell'esecutivo. La Corte mette in guardia contro il rischio di elaborare una personale visione del bene comune, facendosi carico della sua implementazione per via giurisdizionale; il rischio di subire le pressioni dell'opinione pubblica e, aggiungerei, dei mezzi di comunicazione, che finiscono spesso per farsi strumento di trasmissione della linea di condotta dell'esecutivo soprattutto in situazioni di difficoltà. È invece proprio nei periodi di emergenza, quando il bene comune (come interpretato da chi amministra lo Stato in quel momento) finisce per prevalere sulle garanzie individuali, che c'è bisogno di un controllo giurisdizionale rigoroso.

Come è stato recentemente ricordato anche dalla nostra Corte costituzionale in Italia, «la piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l'attiva leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compresi Parlamento, Governo, Regioni, Giudici», che rappresenta la chiave per affrontare l'emergenza. La Costituzione italiana pur non contemplando un diritto speciale per i tempi eccezionali, offre «la bussola anche per navigare per l'alto mare aperto nei tempi

---

<sup>51</sup> Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring opinion), § 70.

di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini»<sup>52</sup>.

Nella prospettiva di una serena collaborazione, la c.d. ragion di Stato non può prescindere dal vaglio di criteri ermeneutici rigorosi di interpretazione dei principi fondamentali della Costituzione. L'amministratore dal canto suo deve cercare di mediare e contemperare i vari interessi coinvolti e ispirare le decisioni assunte al principio del bilanciamento degli interessi in gioco. La scelta politica governa l'assunzione della scelta tra diverse alternative e innanzi alla stessa emergenza sanitaria, i paesi coinvolti hanno optato per strategie diverse, stemperando le garanzie costituzionali per il tramite del ricorso ai principi di proporzionalità e di adeguatezza.

In nessun caso tuttavia – come confermato dalla stessa Corte del Wisconsin – i diritti e le libertà individuali assicurate dalla Costituzione di un paese dovrebbero scomparire nel corso di una crisi e neppure per ragioni di salute pubblica. L'incapacità del sistema sanitario di far fronte all'emergenza, per ragioni spesso legate a scelte politiche di gestione dello stesso, non può essere utilizzata dal governo come espediente per giustificare deroghe ai diritti e libertà fondamentali.

L'emergenza pertanto non può divenire essa stessa fonte del diritto<sup>53</sup> e il sopraggiungere di una situazione emergenziale non può incidere sui poteri delle istituzioni, né può consentire di comprimere indefinitamente, né di ledere legittimamente i diritti e le libertà fondamentali. Dinanzi alle più forti sollecitazioni la Costituzione deve imporsi come argine ineludibile a garanzia dell'impianto istituzionale e delle situazioni giuridiche individuali. E dal canto loro, le corti di ogni paese democratico possono fare molto per garantire la tutela degli stessi in ogni situazione nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza.

Tuttavia, l'interpretazione e la stessa gerarchia da riconoscere ai diritti riconosciuti nella Costituzione possono variare da paese a paese in relazione al caso specifico, così come appare variare la sensibilità di ogni cittadino rispetto ai limiti imposti alle proprie libertà individuali per ragioni diverse e, come sostiene la Corte del Wisconsin, «*men born to freedom are naturally alert to repel invasion of their liberty by evil-minded rulers*».

<sup>52</sup> M. Cartabia, *Relazione annuale della Corte costituzionale sul 2019*, 28 aprile 2020, [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/relazione\\_annuale.do](http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/relazione_annuale.do).

<sup>53</sup> Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring), § 77: «The Constitution was adopted in a period of grave emergency. Its grants of power to the federal government and its limitations of the power of the States were determined in the light of emergency, and they are not altered by emergency».



#### 4. *Ponderazione e bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali in alcune pronunce della giurisprudenza*

##### 4.1. *Sulla proporzionalità delle misure adottate per garantire la salute pubblica: «vivre avec le virus, agir progressivement, adapter localement»*

Anche in Europa le limitazioni imposte dall'adozione di misure emergenziali per fronteggiare la pandemia hanno coinvolto la giurisprudenza e in alcuni paesi europei hanno riguardato la libertà di movimento, i diritti di riunione e di manifestazione. Nella maggior parte dei casi si è posta la questione dell'interpretazione e della portata del diritto alla salute e il suo temperamento con gli altri diritti fondamentali.

In gran parte dei paesi colpiti dalla pandemia la decisione politica di emanare provvedimenti emergenziali è stata preceduta dall'intervento o dalla consultazione di comitati tecnico-scientifici all'uopo preposti, che hanno fornito valutazioni tecniche sulla cui base sono state assunte specifiche decisioni politiche, ponendo questioni in tema di assunzione di responsabilità<sup>54</sup>.

In Francia, in caso di grave violazione delle libertà fondamentali, può essere chiesto l'intervento del giudice del *référé*, il quale può ordinare tutte le misure che ritenga necessarie a salvaguardare le libertà fondamentali incise da una violazione grave e manifestamente illecita prodotta da parte di una persona giuridica di diritto pubblico o da un ente di diritto privato incaricato della gestione di un servizio pubblico<sup>55</sup>. È ciò che è accaduto a seguito dell'adozione delle misure emergenziali, quando il giudice dei *référés* del *Conseil d'État* con *ordonnances* ha ordinato al governo di revocare il divieto generale e assoluto di riunione nei luoghi di culto. Ha inoltre ordinato di emanare misure proporzionate ai rischi alla salute e adeguate al c.d. piano di progressivo de-confinamento, in linea con il principio *«vivre avec le virus, agir progressivement, adapter localement»*<sup>56</sup>.

Avverso il décret n. 2020-548 dell'11 maggio 2020, che aveva vietato qualunque forma di riunione o incontro all'interno di strutture religiose, ad eccezione delle cerimonie funebri, avevano presentato ricorso diverse associazioni e singoli richiedenti. Questi sostenevano che il divieto generale e assoluto di ogni tipo di riunione nei luoghi di culto dovesse considerarsi sproporzionato rispetto all'obiet-

<sup>54</sup> Si pensi in Italia alle indagini della Procura sulla mancata costituzione di una zona rossa in val Seriana nel nord Italia all'inizio del contagio.

<sup>55</sup> Art. L. 512-2 del Codice di giustizia amministrativa francese.

<sup>56</sup> *Ordonnances* nn. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590 del 19 maggio 2020. Il *Plan de déconfinement progressif* è stato presentato dal governo all'Assemblea nazionale il 28 aprile ed è volto ad allentare gradualmente le misure di contenimento su base regionale differenziata. In dottrina, tra gli altri, P. Costanzo, *Brevi note sulle soluzioni apprestate dalla Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta-online*, 1, 2020, 17 aprile 2020.

tivo di tutela della salute pubblica. Il giudice chiarisce che è al contrario necessario evitare violazioni delle libertà fondamentali, nonché la discriminazione ingiustificata tra chi pratica un culto e gli altri. La libertà di culto rientra tra i principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione francese del 1958, riprova della fedeltà del popolo francese ai diritti dell'uomo e ai principi della sovranità nazionale definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946, nonché ai diritti e doveri definiti nella Carta dell'ambiente del 2004. Essa include tra le sue componenti essenziali anche il diritto di prendere parte collettivamente alle cerimonie in luoghi di culto e va temperata con l'obiettivo della tutela della salute, anch'esso costituzionalmente protetto.

La Corte argomenta circa forme, modi e gradualità delle misure adottate per garantire la salute pubblica. Sostiene che sarebbe stato possibile adottare misure di vigilanza meno restrittive del divieto generalizzato, in grado di garantire lo svolgimento delle cerimonie religiose in completa sicurezza, in linea con la tolleranza degli incontri di meno di dieci persone in altri luoghi aperti al pubblico previsti dal medesimo *décret n. 2020-584*. Il divieto generale e assoluto risulterebbe pertanto non proporzionato rispetto all'obiettivo di tutela della salute pubblica, in quanto integra gli estremi di una violazione grave e manifestamente illecita della libertà di coscienza e di religione, della libertà personale, della libertà di movimento e di riunione.

Come noto, la libertà di espressione e di comunicazione, da cui deriva il diritto di espressione collettiva delle idee e delle opinioni, è tanto più preziosa in quanto il suo esercizio è una condizione di democrazia e una delle garanzie del rispetto di altri diritti e libertà. Ne consegue che qualsiasi interferenza nell'esercizio di tale libertà e diritto deve essere necessaria, adeguata e proporzionata all'obiettivo perseguito<sup>57</sup>. Il *Conseil d'État* ingiunge pertanto al Presidente del Consiglio dei Ministri di modificare il decreto citato con l'adozione di misure strettamente proporzionate ai rischi sanitari sostenuti e adeguati alle circostanze di tempo e di luogo applicabili al *déconfinement*<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Art. 11 della Dichiarazione del 1789.

<sup>58</sup> In precedenza, sul rafforzamento dei poteri delle forze dell'ordine per garantire il mantenimento dell'ordine pubblico durante le manifestazioni e contrastare la violenza, il *Conseil Constitutionnel* francese, aveva dichiarato incostituzionali alcune disposizioni della legge n. 2019-290 del 10 aprile 2019 (c.d. *loi anti-casseurs*): decisione n. 2019-780 del 4 aprile 2019. La pronuncia è reperibile sul sito del *Conseil Constitutionnel*, [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019780DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019780DC.htm).

#### 4.2. *Libertà di riunione manifestazione e proporzionalità: «¿Restricción o supresión durante el estado de alarma?»*

Come sopra ricordato, in Spagna la dichiarazione dello *estado de alarma* ha sollevato un ampio dibattito in considerazione della legittimità dello strumento giuridico a fungere da base giuridica delle misure emergenziali adottate dal governo e delle relative implicazioni<sup>59</sup>.

Un caso molto interessante ha riguardato la decisione di un'autorità pubblica spagnola di non autorizzare un corteo in auto per commemorare il primo maggio, confermata dal Tribunale della Galizia<sup>60</sup>. La decisione ha chiarito che il *Real Decreto* n. 463/2020 avrebbe potuto essere impugnato solo davanti alla Corte Costituzionale, ma non reputava sussistere ragione per sollevare tale giudizio di costituzionalità. Nella valutazione comparativa tra i diversi diritti coinvolti nella questione, il Tribunale chiariva che il rischio per la salute pubblica potesse giustificare il ricorso al *estado de alarma* e con esso la restrizione alla circolazione di persone, al fine di prevenire la diffusione del virus e di eliminare ogni possibilità di contagio. Tale misura risultava, pertanto, necessaria e proporzionata, ritenendo il diritto alla vita e alla salute pubblica<sup>61</sup> sempre e comunque prevalente rispetto al diritto di manifestazione.

Innanzi al *Tribunal Constitucional* il ricorrente<sup>62</sup> sostiene che si sarebbe verificata una violazione della libertà di riunione in luogo pubblico (art. 21 Costituzione), contraria allo stato di allarme che non può mai determinare la sospensione di diritti fondamentali costituzionalmente protetti (ma una eventuale limitazione degli stessi). Chiedeva quindi al Tribunale costituzionale di adottare immediate misure cautelari affinché il corteo potesse essere celebrato il giorno della ricorrenza<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Si veda, tra gli altri, L. Cotino Hueso, *Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus*, in *Diario La Ley*, n. 9608, 6 aprile 2020. E. Arana García, *Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro*, in *Diritto pubblico dell'economia*, 17 Maggio 2020.

<sup>60</sup> Tribunal Superior de Justicia della Galizia, Sala de lo contencioso-administrativo, Section n. 1, sentenza n. 136 del 28 aprile 2020. In dottrina, L. Cotino Hueso, *La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo ed Covid 19 y el Decreto para el Tribunal Constitucional*, in [www.derechocovid.com/](http://www.derechocovid.com/) del 01 maggio 2020.

<sup>61</sup> Art. 43, comma 2, Cost. spagnola.

<sup>62</sup> Si è trattato di un ricorso individuale (c.d. ricorso di *amparo*), che nel diritto spagnolo permette al cittadino di adire direttamente il giudice costituzionale per richiedere la tutela i diritti fondamentali lesi da atti dei pubblici poteri. Per un commento F. Marconi, *Crisi Covid e limitazione della libertà di movimento, del diritto di riunione e di manifestazione in Francia, Spagna e Germania alla luce della giurisprudenza recente*, in *Giustamm*, giugno 2020.

<sup>63</sup> La giurisprudenza costituzionale aveva in precedenza chiarito che il diritto di riunione e manifestazione rappresentano manifestazione collettiva della libertà di espressione, esercitata attraverso un'associazione transitoria di persone, che opera strumentalmente per consentire lo scambio e l'esposizione delle idee, la difesa degli interessi o la pubblicizzazione di problemi o rivendicazioni (*Tribunal Constitucional de España*, Sent. 85/1988, in *BOE* núm. 128, de 28 de mayo de 1988).

Il giudice costituzionale respinto la richiesta, giudicando la limitazione del diritto di riunione legittima in rapporto all'emergenza in atto e riaffermando la prevalenza del diritto alla vita, all'integrità fisica della popolazione e, più genericamente, alla salute sul diritto di riunione<sup>64</sup>. Ha ricordato che le autorità pubbliche possono incidere sul diritto di riunione e di manifestazione modificando le circostanze del loro esercizio, vietandoli o limitandoli purché sussistano ragioni fondate come l'alterazione dell'ordine pubblico con pericolo per persone e beni o per la necessità di evitare che un esercizio senza limiti possa collidere con altri valori costituzionali, nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>65</sup>.

La motivazione del diniego di autorizzazione del corteo avrebbe tenuto conto delle informazioni sul virus a disposizione, delle caratteristiche e della impossibilità di prevedere scientificamente le conseguenze di medio e lungo termine sulla salute delle persone colpite<sup>66</sup>. Pertanto, il divieto di svolgere la manifestazione sarebbe stato in un rapporto logico e necessario con la finalità perseguita dal divieto stesso: prevenire la diffusione di una malattia grave, il cui elevato tasso di contagio avrebbe potuto portare al collasso dei servizi sanitari pubblici<sup>67</sup>.

La decisione non tiene in alcun modo in considerazione situazioni analoghe rispetto alle quali altri Tribunali locali si sono pronunciati in modo diverso. È il caso del Tribunale superiore della Comunità autonoma di Aragona, che ha autorizzato alcune concentrazioni per il 1° maggio, sostenendo che sotto la vigenza del *estado de alarma* il diritto fondamentale di riunione e manifestazione può essere limitato, ma mai soppresso: il rifiuto generale equivale, di fatto, ad una sospensione del diritto che, in quanto tale, non è ammissibile<sup>68</sup>. Lo stesso *Ministerio Fiscal* spagnolo ha sostenuto, che lo stato di allarme non limita il diritto di riunione, consentendone l'esercizio in modo adeguato e sotto il controllo dell'autorità sanitaria<sup>69</sup>. Ciò dimostra che il dibattito sulle forme e i modi di adozione di misure

<sup>64</sup> La Corte osserva che la manifestazione non si sarebbe potuta svolgere in altra data e l'adozione di misure cautelari avrebbe reso inutile una successiva pronuncia sull'ammissibilità e sul merito.

<sup>65</sup> Solo in stato di emergenza e sulla base dell'art. 22 della legge n. 4/1981 è possibile sospendere l'art. 21 della Costituzione spagnola e assoggettare le riunioni o manifestazioni ad autorizzazione preventiva, vietarle o sciogliere quelle già convocate.

<sup>66</sup> Il diniego dell'autorizzazione del corteo si sarebbe basato sulla necessità di garantire la vita e l'integrità fisica delle persone (art. 15 Cost.) e la tutela della salute (art. 43 Cost.).

<sup>67</sup> Nello svolgere il giudizio di proporzionalità, il Tribunale ricorda che gli organizzatori della manifestazione non avevano predisposto l'adozione di misure specifiche per controllare la trasmissione del virus, né per ridurre la concentrazione di automobili conseguente ad una massiccia adesione all'iniziativa.

<sup>68</sup> Tribunal Superior de Justicia de Aragon, Section n. 1 de la Sala de lo contencioso-administrativo, sent. n. 151 del 30 aprile 2020. L'amministrazione aveva autorizzato un corteo con un massimo di 60 veicoli e una sola persona al loro interno e il giudice adito aveva ritenuto che si dovesse procedere ad una valutazione caso per caso che tenesse conto delle misure che concretamente sarebbero state adottate per ridurre al minimo i rischi per la salute.

<sup>69</sup> *Contraris* Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya dinanzi al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Section n. 2 de la Sala de lo contencioso-administrativo, n. 1223 del 24 aprile 2020 in

di contenimento dell'emergenza sanitaria in Spagna è ancora aperto e si profilano diverse importanti implicazioni.

#### 4.3. *Proporzionalità e adeguatezza nel giudizio di valutazione delle circostanze concrete da parte della Corte costituzionale federale tedesca: «die bewertung des konkreten falles»*

In Germania i diritti fondamentali sono garantiti agli artt. 1-19 della legge fondamentale e in caso di violazione è consentito adire i tribunali ordinari e in via residuale la Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*)<sup>70</sup>.

Quest'ultima si è recentemente pronunciata su un caso di ricorso avverso le misure con cui il Comune di Stoccarda aveva vietato alcune riunioni e manifestazioni sia pure fossero state organizzate nel rispetto delle misure di distanziamento<sup>71</sup>. Ha chiarito che secondo la legge fondamentale tedesca (art. 8, co. 2), le riunioni in spazi pubblici possono essere limitate solo dalla legge; ogni limitazione per essere considerata legittima deve essere finalizzata a proteggere beni di pari peso o sotto una rigorosa garanzia del test di proporzionalità<sup>72</sup>. Nell'adozione di misure emergenziali l'autorità è sempre tenuta ad un esame approfondito delle circostanze di ciascun caso, per valutare insieme al richiedente se è possibile trovare modi alternativi compatibili con l'esercizio del diritto costituzionalmente garantito.

Un altro caso recente ha riguardato un ricorso cautelare proposto avverso le misure emergenziali adottate dal Comune di Giessen con cui erano state vietate alcune riunioni e manifestazioni<sup>73</sup>. Il giudice federale ha ritenuto di concedere all'amministrazione la possibilità di decidere di nuovo sulla questione, in quanto sarebbe incorsa in una erronea interpretazione del decreto del *Land* Assia per la

---

relazione al ricorso presentato contro il rigetto della richiesta di autorizzazione per una manifestazione nel Parque de la Ciutadella de Barcelona davanti al Parlamento della Catalogna ritenendo che il diritto di riunione non può essere esercitato mentre dura lo stato di allarme.

<sup>70</sup> Per una panoramica di alcune pronunce si possono vedere i comunicati stampa del 07 aprile 2020 [www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-023.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-023.html) e del 14 maggio 2020, recante pronunce di inammissibilità di istanze contro l'allentamento e il prolungamento delle misure di contenimento per la pandemia, [www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-036.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-036.html). In dottrina, tra gli altri, A. De Petris, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020, 2020.

<sup>71</sup> Ricorso avverso le decisioni assunte dal Tribunale amministrativo di Stoccarda e della Corte amministrativa del *Land* di Baden-Württemberg, Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 14 aprile 2020 (1 BvQ 37/20).

<sup>72</sup> La libertà di riunione è riconosciuta all'art. 8 della legge fondamentale tedesca, dove si riconosce che tutti i tedeschi hanno il diritto di riunirsi, liberamente e senza armi, senza preavviso o autorizzazione; il diritto può essere limitato con legge per le riunioni all'aperto.

<sup>73</sup> Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 15 aprile 2020, 1 BvR 828/20. In primo grado le misure emergenziali adottate erano state confermate dal Tribunale amministrativo di Giessen e della Corte amministrativa del *Land* Assia.

lotta al Covid19. Questo non conterrebbe un divieto assoluto di manifestazione, ma un divieto derogabile qualora le circostanze del caso concreto consentano un adeguato livello di tutela della salute pubblica<sup>74</sup>.

Ancora una volta il giudizio di ponderazione tra diritti e libertà fondamentali richiede di applicare rigorosamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza nella valutazione del caso specifico e di tutti gli elementi e circostanze in grado di formare il giudizio stesso, allo scopo di rendere effettivo l'esercizio dei diritti fondamentali anche in tempi di pandemia da Covid-19.

In un caso diverso riguardante il divieto di assembramenti e incontri in luoghi di culto<sup>75</sup>, la Corte ha rigettato l'istanza, dopo attenta ponderazione e comparazione tra interessi prevalenti (libertà di religione, libertà di riunione nei luoghi di culto<sup>76</sup>, diritto alla salute pubblica<sup>77</sup>).

Il ricorrente aveva sostenuto che la celebrazione comune dell'Eucarestia è una componente centrale della fede, la cui mancanza non può essere compensata da forme alternative di attività religiosa (trasmissione via web o preghiera individuale)<sup>78</sup> e il divieto della celebrazione costituisce una gravissima ingerenza nel diritto alla libertà di fede e di confessione<sup>79</sup>.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che nel caso di specie dovesse prevalere la tutela della salute, nonostante nell'ordinamento tedesco i confini del diritto siano tracciati dalla legislazione concorrente della federazione e degli Stati e la legge fondamentale tedesca non contenga un esplicito riferimento al diritto alla salute, paragonabile all'art. 32 della Costituzione italiana. I potenziali assembramenti nei luoghi di culto tuttavia avrebbero potuto elevare il rischio di contagio e di conseguenza il rischio di sovraccaricare le strutture sanitarie già pesantemente messe alla prova dall'emergenza Covid<sup>80</sup>. Si è quindi ritenuto che la protezione da accordare alla vita e all'incolumità fisica, alla luce dell'obiettivo della prima fase della pandemia da individuarsi nel rallentamento della diffusione di una malattia virale altamente contagiosa, dovesse prevalere sulla tutela della fondamentale

<sup>74</sup> Il decreto del governo del *Land* Assia infatti riservava alle autorità competenti un potere discrezionale e un margine di valutazione delle concrete circostanze in cui la manifestazione avrebbe avuto luogo.

<sup>75</sup> Ordinanza 1 BvQ 28/20 del 10 aprile 2020 con cui veniva chiesto di annullare la pronuncia del Tribunale amministrativo dell'Assia e sospendere il divieto di riunirsi in chiese, moschee, sinagoghe e di prendere parte a riunioni di altre comunità religiose.

<sup>76</sup> L'art. 4 della Legge fondamentale tedesca.

<sup>77</sup> Si veda al riguardo M. Carrer, *Tutela della salute e dimensione della discrezionalità a livello comparato: l'esperienza tedesca*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, a cura di M. Andreis, Milano, 2006, secondo cui una lettura sistematica dei primi tre articoli della Legge Fondamentale tedesca, congiuntamente ai principi contenuti negli artt. 19, 20 e 74 GG, permette di fondare compiutamente il diritto alla salute tedesco.

<sup>78</sup> Concilio Vaticano II, Costituzione dogmatica sulla Chiesa, n. 11 e il Catechismo della Chiesa Cattolica n. 1324-1327.

<sup>79</sup> Art. 4, co. 1 e 2 legge fondamentale tedesca.

<sup>80</sup> A fondamento di tali considerazioni viene richiamata la valutazione dei rischi condotta dall'Istituto Robert Koch in data 26 marzo 2020.

libertà di culto. La ponderazione e il bilanciamento sono stati condotti dalla Corte in relazione anche al particolare momento di sviluppo del contagio nel paese e al termine di efficacia del provvedimento emergenziale che imponeva il divieto.

La decisione pertanto riconosce l'esigenza di sviluppare il giudizio di proporzionalità delle misure emergenziali adottate attraverso un'attenta ponderazione delle condizioni e degli elementi di valutazione. Il giudizio è ancorato al permanere delle condizioni e degli elementi di valutazione nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza; può mutare al mutare delle condizioni e degli elementi di valutazione. Al fine di definire correttamente il giusto grado di limitazione delle libertà individuali è pertanto necessario un rigoroso esame delle circostanze del caso concreto, il che consente un'eventuale diversificazione delle misure su base regionale.

##### 5. *Italia e Europa: ripartire dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*

La giurisprudenza citata consente di riflettere sull'esperienza italiana e, nonostante le peculiarità di ciascun ordinamento giuridico nazionale, di cogliere qualche stimolo che deriva dalle pronunce citate.

Come ricordato, in Italia l'esecutivo ha scelto di accentrare la valutazione in termini di bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali e l'adozione delle misure emergenziali, facendole prevalere sull'autonomia delle amministrazioni locali.

Così si è proceduto nella fase di massimo sviluppo del contagio (c.d. fase 1), scegliendo lo strumento del DPCM per gestire l'emergenza, senza graduare proporzionalmente l'azione amministrativa e diversificare le zone territoriali più colpite dalle altre. È stata creata un'unica zona rossa tracciata dai confini statali all'interno della quale si è comunque in un qualche modo favorito l'esodo dal nord al sud. Alcuni diritti e libertà sono stati limitati, talvolta in modo rilevante, ed è mancata in molti casi un'adeguata valutazione della proporzionalità nella selezione dei modi di esercizio del potere<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Il riferimento è tra gli altri a la limitazione della libertà personale, diritto riconosciuto come inviolabile e tutelato dalla Costituzione all'art.13, limitato evidentemente dalla misura della "quarantena" introdotta per la prima volta in questa circostanza con l'Ordinanza del Ministero della Salute del 21 febbraio 2020, che compie una distinzione tra quarantena con sorveglianza attiva e permanenza domiciliare fiduciaria; alcune misure restrittive della libertà di circolazione e di soggiorno, tutelata dall'art. 16 della Costituzione e introdotte tra gli altri dal d.l. n. 6/2020, che contiene un elenco delle misure che potranno essere adottate per contenere la diffusione del contagio, quali l'art. 1, c. 2, lett. a) che prevede il «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata» e la successiva lettera b) prevede il «divieto di accesso al comune o all'area interessata», nonché la possibile «limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non

Si è continuato a seguire la stessa strategia anche nella gestione della c.d. fase 2 di graduale ripresa e presunto «rilancio» del paese, quando si è acuita la tensione con le regioni e alcune, tra quelle meno colpite dal contagio, hanno cercato di ridurre le restrizioni, in considerazione del mutare delle condizioni e degli elementi di valutazione da considerare alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza.

È ciò che è accaduto con ordinanza del Presidente della Regione Calabria, che ha consentito la ripresa delle attività *di bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto*<sup>82</sup>, avverso la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha presentato il ricorso accolto dal giudice amministrativo<sup>83</sup>.

Il Tar Calabria, ha sostenuto come non sia compito del giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e stabilire quale contenuto debbano avere i provvedimenti amministrativi, all'esito del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici o privati in gioco<sup>84</sup>. Ha quindi annullato l'ordinanza della Regione, ritenendo che spetti al Presidente del Consiglio dei Ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus. L'iter argomentativo del giudice non propone alcuna riflessione sul tema della ponderazione tra diritti/libertà fondamentali, né considera gli interessi coinvolti, ma si limita a statuire che la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. non può svolgersi, tra le altre cose, in modo da recare danno alla sicurezza umana e non esiste alcuna riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore, che pertanto possono essere introdotte anche con un atto di natura amministrativa.

Il potere centrale di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare l'emergenza sanitaria troverebbe giustificazione nel principio di sussidiarietà, *il quale impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario*<sup>85</sup> e che venga attratta allo Stato la competenza legislativa in materie concorrenti quali la tutela della salute e la protezione civile. Non si sarebbe trattato pertanto di intervento sostitutivo dello Stato, bensì di «avocazione delle funzioni amministrative

---

di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'art. 3», servizi essenziali che impattano sul pieno godimento della libertà di circolazione; le limitazioni alla libertà di culto; le limitazioni al diritto di difesa, di fatto determinate da un generalizzato rinvio delle udienze, su tutto il territorio nazionale, a dopo il 22 marzo 2020, con una eccezionale previsione di sospensione feriale dei termini processuali dal 9 marzo al 22 marzo, successivamente spostato al 15 aprile dal decreto-legge cd. Cura Italia adottato il 16 marzo 2020.

<sup>82</sup> Ordinanza del 29 aprile 2020, n. 37, recante ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019.

<sup>83</sup> Tar Calabria, sez. 1, Presidenza Consiglio dei Ministri c. Regione Calabria, n. 00841/2020. Per un commento, tra gli altri, F.F. Pagano, A. Saitta, F. Saitta, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio Aic*, 2020, 3, con ricchi riferimenti bibliografici.

<sup>84</sup> Impostazione radicalmente diversa da quella della Corte del Wisconsin nel caso sopra analizzato.

<sup>85</sup> Art. 118, co. 1 Cost.



in ragione del principio di sussidiarietà, accompagnata dalla chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa»<sup>86</sup>.

Nessun cenno al principio di proporzionalità e adeguatezza della misura rispetto al caso specifico. Viene invece richiamato il *principio di precauzione*, che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria causata da un virus sul quale, evidenzia il Tribunale, non esistono certezze nella stessa comunità scientifica.

Nell'incertezza, pertanto, la paura prevale e ogni misura risulta proporzionata all'obiettivo di impedire il collasso del sistema sanitario nazionale, traducendo l'azione dei pubblici poteri in forme di *prevenzione* delle stesse conoscenze scientifiche.

In questa prospettiva l'obiettivo prioritario in grado di prevalere su diritti e libertà fondamentali non è in realtà la *tutela del diritto alla salute*, ma esclusivamente quello di impedire la corsa agli ospedali con conseguente collasso del sistema sanitario. Così evocando il diritto alla salute vengono in realtà cancellate operazioni, visite e screening importanti nei principali ospedali del paese per migliaia di cittadini, molti dei quali privi di assicurazione semplicemente rinunceranno alla prevenzione di importanti malattie. Coloro che moriranno per questo verranno mai calcolati nel bollettino della protezione civile?

Allo stesso modo nel nome del potenziale danno alla sicurezza umana, viene limitata la libertà di iniziativa economica e annullata l'ordinanza della Regione Calabria, bacchettando il Presidente della Regione per aver peccato di «ὕβρις»<sup>87</sup> in violazione del *principio di leale collaborazione* tra i soggetti che compongono la Repubblica italiana, con conseguente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi. Evidentemente un diverso modo di intendere la leale collaborazione tra istituzioni evocata dalla Corte costituzionale con un'immagine circolare che non impone necessariamente una direzione a senso unico (dal basso dei livelli amministrativi verso l'alto), ma che auspicabilmente si ispiri al principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato UE<sup>88</sup>.

Nella gestione dell'emergenza in Italia i principi di precauzione e leale collaborazione prevalgono su quelli di proporzionalità e adeguatezza della valutazione

<sup>86</sup> Si osserva che l'art. 41 Cost., nel riconoscere libertà di iniziativa economica, prevede che essa non possa svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. *Non essendo prevista una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore, le prescrizioni possono essere imposte anche con un atto di natura amministrativa, come è stato fatto per il tramite di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.*

<sup>87</sup> Nella Grecia antica, coloro i quali rifiutavano di riconoscere i poteri degli dèi peccavano di ὕβρις, quell'arroganza sfacciata che si palesa quando si pretende di oltrepassare i limiti imposti dalla natura, dal destino o dalla legge: sul tema tra gli altri G. Reale, *Platone, apologia di Socrate*, Milano, 2000.

<sup>88</sup> Come noto, il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato sull'Unione europea mira a garantire che le decisioni siano adottate il più vicino possibile al cittadino. La reale collaborazione è stata recentemente richiamata nella relazione annuale della Corte Cost. di M. Cartabia, *Relazione annuale della Corte costituzionale sul 2019*, 28 aprile 2020 ([www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/relazione\\_annuale.do](http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/relazione_annuale.do))

della misura adottata nel caso specifico e viene da chiedersi se in Europa il cittadino europeo possa dirsi godere degli stessi diritti, delle stesse libertà e delle stesse forme di tutela, a prescindere dal paese in cui risieda.

Dove sono finite le «*Constitutional traditions common to the Member States of the European Union*<sup>89</sup>»?

Ha senso parlare di Unione tra popoli d'Europa se permangono diverse sensibilità sul modo di intendere i diritti e le libertà fondamentali e il rapporto di questi con l'esercizio del potere?

Ha senso parlare di cittadini europei senza il formale e sostanziale riconoscimento di diritti e libertà condivise in termini di interpretazione e applicazione?

Come chiarito dalla Corte di giustizia fin dal noto caso *Internationale Handelsgesellschaft*, la tutela dei diritti fondamentali è parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità, oggi dell'Unione<sup>90</sup>. Il caso inaugura una linea di decisioni, nelle quali con crescente determinazione è stato proclamato l'impegno della Corte di giustizia a garantire i diritti facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e fra essi in primo luogo i diritti fondamentali della persona.

Se è vero che la vera forza delle tradizioni costituzionali comuni risiede nella Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ovvero che tali tradizioni sono sviluppate dalla Corte attraverso la sua attività<sup>91</sup>, allora questa dovrebbe correre in soccorso dell'emergenza e cercare di ricucire gli strappi al tessuto di valori rappresentato dai diritti e libertà fondamentali incisi dall'emergenza, almeno imponendo il rispetto del principio di proporzionalità.

Ciò al fine di non privare di significato il prioritario obiettivo del Trattato sull'Unione Europea, ovvero la creazione di un'unione sempre più stretta tra

---

<sup>89</sup> Come noto si tratta di una clausola generale formulata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e di seguito codificata nel Trattato dell'Unione europea e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Una prima menzione è rinvenibile nel caso della Corte di giustizia, *Internationale Handelsgesellschaft* (Corte giust UE, sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70), relativo al conflitto tra norme comunitarie e ordinamento giuridico dei singoli Stati membri. A partire da allora la Corte di giustizia si interessa alla questione di offrire una tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto comunitario, laddove in passato essa era stata appannaggio esclusivo dei giudici interni. Per un commento tra gli altri, S. Cassese, *The Constitutional Traditions Common to the Member States of the EU*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, 4.

<sup>90</sup> CGUE, sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70 cit., punto 4 della motivazione in diritto.

<sup>91</sup> In dottrina, tra gli altri, B. Daves, *Internationale Handelsgesellschaft and the miscalculation at the inception of the ECJ's Human Rights Jurisprudence*, EU Law, Cambridge, 2017; F. Belvisi, *The Common Constitutional traditions and the Integration of the EU*, First European Socio-Legal conference on European Ways of Law, Onati, 2005.

i popoli dell'Europa<sup>92</sup> che, come noto, non ha mai voluto essere un'alternativa all'identità nazionale<sup>93</sup>.

In un'epoca che si profila come una notte nera di egheliana memoria<sup>94</sup>, l'Europa e i suoi cittadini hanno bisogno più che mai di principi generali del diritto dell'Unione cui ancorare la democraticità delle misure di gestione dell'emergenza e della ripresa, per riacquisire fiducia in un progetto comune che abbia solide basi nei diritti e nelle libertà fondamentali.

---

<sup>92</sup> Art. 1, co 2 TUE.

<sup>93</sup> L'art. 4, co. 2 TUE dispone che L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.

<sup>94</sup> Il riferimento qui è alla famosa espressione usata da Hegel nella Prefazione alla Fenomenologia dello Spirito (F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, 1807). La citazione "la notte delle vacche nere" compare in un passo in cui Hegel polemizza con Schelling riguardo alla concezione di assoluto inteso come "assoluta identità con sé stesso", intendendo riferirsi a tutte le concezioni che interpretano la realtà come "altro" da quella in cui viviamo.

*Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*

La pandemia da Covid-19 che ha colpito l'Europa a inizi 2020 ha innescato reazioni emergenziali nei diversi Stati membri e alimentato un vivace dibattito su modi e mezzi di azione e reazione comune.

Nel nome dell'emergenza, si è assistito ad una forte intensificazione della sovranità, identificandone il centro decisionale nello Stato e introducendo deroghe ai principi generali che governano il mercato unico europeo. Molti paesi europei hanno adottato provvedimenti straordinari, imponendo limiti alle libertà e ai diritti fondamentali e ponendo numerose questioni in tema di ponderazione e bilanciamento tra diritti. La questione dell'interpretazione e della portata del diritto alla salute e il suo temperamento con gli altri diritti fondamentali è stata affrontata da diverse corti nazionali, con impostazioni talvolta diverse.

Il saggio propone alcune riflessioni sul tema del rapporto tra emergenza, potere, diritti e libertà fondamentali e sui criteri ermeneutici di interpretazione degli stessi in un contesto democratico e sostiene l'esigenza di un sostanziale riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali anche in termini di interpretazione, applicazione e tutela.

*State of emergency and Protection of Fundamental Rights and Freedoms*

The Covid-19 pandemic that hit Europe in early 2020 triggered emergency reactions in different Member States and was fuelled by a lively debate on ways and means of action and common reaction.

In the name of the emergency, sovereignty intensified and Member States introduced various amendments to the general principles regulating the European Common Market. Many democratic countries around the world have adopted extraordinary rules, imposing limits on freedoms and fundamental rights, and thus opening a debate on the issue of the balancing of rights. The issue of the interpretation and scope of the right to health and its contempt for other fundamental rights has been addressed by various national courts, with different approaches.

This essay advances some thoughts on the theme of the relationship between emergency, power, rights and fundamental freedom. In the European context, it underlines the need for a substantial and mutual acknowledgement of such rights and freedoms, of their interpretation and protection, based on the common constitutional traditions of the European Member States.