

Limitazioni o sospensioni? Riflessioni postume sulle compressioni dei diritti al tempo del Covid-19*

di Valeria Piergigli

Abstract: *Limitations or suspensions? Posthumous reflections on the compression of rights during the Covid-19 era* - Similarly to most countries in the world, also in Italy and Spain the institutions have faced the Covid-19 health emergency through sensitive restrictions of fundamental rights, swinging, not without fueling a certain confusion, between the concepts of “limitation/restriction” and “suspension/derogation”. Taking into account the pandemic legislation and the most relevant constitutional case-law, the contribution aims to reflect on the theoretical framework of those notions and highlight the main problems that have emerged, and not resolved yet in a satisfactory and definitive way, in the jurisdictions concerned.

Keywords: Limitations, suspensions, derogations, human rights, pandemic.

2597

1. Introduzione

Di compressioni all’esercizio di numerosi diritti fondamentali al tempo del Covid-19 si è molto discusso e scritto, con visioni anche distanti nella dottrina costituzionalistica sia italiana che straniera. In proposito, si è ragionato, a seconda dei punti di vista, di restrizioni, limitazioni, sacrifici, ma altresì di sospensioni, deroghe e persino di un *vulnus* arrecato, senza le dovute garanzie, a un ampio ventaglio di libertà costituzionalmente garantite, che sarebbero state irragionevolmente obliterate allo scopo – considerato in quel frangente assolutamente prioritario dalle istituzioni della gran parte dei Paesi¹ – di contrastare la diffusione del virus e proteggere la salute pubblica. Ora che l’emergenza – almeno quella sanitaria – è finalmente

* Il contributo sviluppa l’intervento tenuto al Workshop sul tema “Emergenza e limitazione dei diritti nella comparazione secondo il modo di produzione normative”, tenuto presso l’Università di Napoli L’Orientale, il 30 gennaio 2023, nell’ambito del PRIN 2020 “Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights”.

¹ Tra le eccezioni che hanno visto, sia pure con differenti modalità ed esiti, il sostanziale disinteresse dei governi federali, si ricordano gli Stati Uniti e il Brasile, sulle cui esperienze cfr. D.E. Pozen, K.L. Scheppele, *Executive Underreach, in Pandemics and Otherwise*, in *American Journal of International Law*, vol. 114, n. 4/2020, 608 ss.

conclusa² e i provvedimenti adottati per fronteggiarla hanno in gran parte perso la loro vigenza, può sembrare inutile tornare a riflettere su questo tema. Eppure, a ben vedere, alcuni profili nell’approccio seguito dai pubblici poteri per la gestione della pandemia sembrano essere rimasti in ombra nel dibattito scientifico, né alla loro chiarificazione hanno del tutto operato, fino a questo momento, le istituzioni di garanzia.

Non ci si riferisce agli aspetti, largamente indagati e relativi alla adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza delle misure di contenimento che hanno riguardato nelle varie stagioni della pandemia e nei diversi ordinamenti i singoli diritti, ma piuttosto – e prima ancora – alla questione della natura giuridica e della distinzione tra i concetti ampiamente e promiscuamente impiegati di “limitazione” e “sospensione” delle situazioni giuridiche soggettive che da quelle misure erano di volta in volta interessate. Premesso che, a nostro giudizio, l’ordinamento italiano e in generale le democrazie consolidate hanno dimostrato buone capacità di tenuta e resilienza di fronte a una sfida senza precedenti come quella da poco superata, il presente contributo intende portare l’attenzione su quei concetti, spesso indiscriminatamente sovrapposti non soltanto nel linguaggio comune ma talora anche in quello legislativo, mettendo a confronto, in particolare, i sistemi italiano e spagnolo.

La riflessione muoverà dall’inquadramento teorico degli istituti della limitazione e della sospensione dei diritti fondamentali, soffermandosi sulle Costituzioni dei Paesi dell’Unione europea che dedicano previsioni più o meno dettagliate ai regimi emergenziali e agli effetti della loro instaurazione sul godimento delle libertà costituzionali, per ricordare le ragioni della assenza, nella Costituzione italiana, di una clausola emergenziale comprensiva dello statuto delle libertà in situazioni di emergenza. L’osservazione si sposterà quindi sull’analisi delle esperienze italiana e spagnola di gestione dell’emergenza da Covid-19. Due esperienze che muovono da presupposti ordinamentali radicalmente diversi, quanto alla disciplina delle emergenze e degli stati di emergenza, ma che si sono trovate a confrontarsi con analoghe problematichità, peraltro non dissolte (o non dissolte in modo soddisfacente) nemmeno dall’intervento delle rispettive Corti costituzionali. Con la conseguenza che, ove analoghi accadimenti emergenziali dovessero concretizzarsi in futuro, quelle medesime problematichità tornerebbero con ogni probabilità a riproporsi.

2. Stati di emergenza e impatto sui diritti fondamentali nelle Costituzioni europee: limitazioni e sospensioni

Sul concetto di “limitazione” al godimento di un diritto non sembra potersi nutrire particolari dubbi, e ciò tanto in situazioni di normalità costituzionale che in occasione di uno stato di emergenza dal quale possono derivare – e di fatto frequentemente derivano – restrizioni più o meno incisive a una serie di diritti, al fine di tutelare interessi che in quelle precise circostanze si

² L’OMS, che aveva qualificato la diffusione del Covid-19 dapprima come “emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale” (30 gennaio 2020) e quindi come “pandemia” (11 marzo 2020), ha dichiarato ufficialmente la fine dell’emergenza sanitaria globale il 5 maggio 2023.

ritengono preminenti, come l'ordine pubblico, la sicurezza o la salute della collettività. Del resto, è quanto le emergenze – quella del terrorismo internazionale prima e quella sanitaria più recentemente – ci hanno insegnato dall'inizio del XXI secolo. Dunque, nello Stato costituzionale e democratico di diritto, nessun diritto di libertà è in sé assoluto o illimitato e nessuno è “tiranno”³, posto che ognuno di essi deve misurarsi sia con i diritti altrui che con beni o valori costituzionali parimenti meritevoli di protezione, secondo la c.d. tecnica del bilanciamento, che va impiegata primariamente dal decisore politico ed eventualmente dal giudice costituzionale. In altri termini, non è configurabile aprioristicamente una gerarchia, una scala di priorità, in quanto ciascun diritto dovrebbe essere contemperato con i diritti con cui venga eventualmente a raffronto o addirittura in conflitto nel caso concreto. Di qui, l'opportunità che le limitazioni al loro esercizio e godimento siano – oltre che sottratte alla discrezionalità del governo e della pubblica amministrazione e conformi all'istituto della riserva di legge (e talora altresì della riserva di giurisdizione) e al principio di legalità – ragionevoli, proporzionate, adeguate, non discriminatorie e, specialmente in situazioni di emergenza, anche necessarie e temporanee. Pertanto, tutti i diritti nascono limitati e hanno carattere relativo. Limitare un diritto significa che la pubblica autorità ha la facoltà, nel rispetto delle garanzie che si sono richiamate, di stabilire restrizioni e condizioni al suo concreto esplicarsi, sia in situazioni ordinarie che straordinarie. Si tratta, in ogni caso, di previsioni riguardanti il *quomodo*, ma non l'*an* del diritto in questione, perché limitare il godimento di un diritto di libertà non equivale a un sacrificio totale, né a una soppressione dello stesso, neppure in via provvisoria. Più precisamente, quello che abitualmente è individuato come il nucleo intangibile, il contenuto minimo essenziale di un diritto non dovrebbe mai essere pregiudicato, né cancellato. In proposito, innumerevoli sono le indicazioni provenienti dalla nostra giurisprudenza costituzionale⁴ e nitide le prescrizioni racchiuse in alcune Carte costituzionali (es. art. 19 *Grundgesetz* e art. 53 Cost. spagnola), oltre che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 52, 1°co.).

Meno agevole, almeno per il giurista italiano, è l'individuazione della nozione di “sospensione”, anche in ragione del fatto che nel nostro sistema costituzionale quella nozione non è propriamente conosciuta. Non si intende, in questa sede, fare riferimento alla sospensione come istituto processuale, nel senso di rinvio, differimento, dilazione – con riguardo, ad esempio, alla normale decorrenza dei termini di prescrizione o decadenza per l'esercizio di diritti oppure al promovimento di azioni o al deposito di atti – per ragioni dettate da esigenze contingenti e straordinarie, bensì alla accezione sostanziale di sospensione, suscettibile di interessare, in pendenza di circostanze emergenziali, un catalogo più o meno esteso di diritti

³ Il riferimento è alla sent. n. 85/2013, in cui la Corte costituzionale italiana, a proposito del bilanciamento tra più diritti costituzionalmente garantiti, ha ricordato che, ove si verificasse l'illimitata espansione di uno dei diritti, questo «diventerebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona...» (cons.dir. punto 9).

⁴ Cfr., ad es., L. Castelli, *Alla ricerca del “limite dei limiti”: il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 454 ss.

fondamentali e le relative clausole costituzionali che a quei diritti offrono riconoscimento e tutela. Tecnicamente, la “sospensione” comporta una modifica, una deroga temporanea, motivata da una circostanza emergenziale, a una o più disposizioni costituzionali, solitamente quelle relative alla separazione dei poteri e alla garanzia dei diritti fondamentali. Qualora vengano sospese, le clausole costituzionali perdono provvisoriamente la loro efficacia, ma non la loro validità⁵. Dunque, la sospensione di un diritto consegue alla temporanea privazione di efficacia della disposizione costituzionale che quel diritto riconosce e garantisce. Le norme sospese riprenderanno a esplicare pienamente i propri effetti una volta cessata l'emergenza e ripristinata la normalità costituzionale, salvo che l'emergenza non abbia costituito l'occasione (o il pretesto) per rovesciare l'ordine costituito e instaurarne uno nuovo⁶, ma questa è una valutazione che può farsi compiutamente soltanto *a posteriori*. La previsione della sospensione può rinvenirsi nella stessa Costituzione ovvero in una fonte primaria di carattere generale che può eventualmente andare a dettagliare quanto racchiuso in Costituzione, o ancora quella disciplina potrebbe risultare stabilita in una fonte legislativa *ad hoc* che conferisca al governo il potere di procedere alla sospensione, ovvero può essere l'esecutivo stesso ad assumere, di sua iniziativa e salvo ratifica parlamentare, il potere di sospendere taluni precetti costituzionali, fino a immaginare, in assenza di qualunque previsione formale, la possibilità di fondare lo stato di eccezione e l'eventuale sospensione dei diritti di libertà nel principio di necessità e dunque in una fonte-fatto *extra ordinem*.

Come noto, la Costituzione italiana è priva di una *emergency clause* di carattere generale che delinei, in presenza di determinati presupposti, l'attivazione di regimi di emergenza con l'eventuale sospensione dei diritti di libertà. La scelta, volutamente omissiva, non va interpretata come sinonimo di disinteresse. Al contrario, in Assemblea costituente non mancò il dibattito sulla opportunità di prevedere, accanto allo stato di guerra, lo “stato d'assedio”, salvo sciogliere il nodo relativo alla individuazione dell'organo cui attribuire la titolarità dei poteri straordinari. Nell'ambito dei lavori della II Sottocommissione, in particolare, alla proposta di un testuale divieto dello stato d'assedio e di misure sospensive, totali o parziali, delle garanzie costituzionali (on. Fabbri), si contrappose l'opinione di chi insisteva per la disciplina dello stato d'assedio, suggerendo di circoscrivere e ammettere il ricorso al regime derogatorio, in modo da contrastare moti insurrezionali diretti a instaurare una dittatura (on. Mortati). Un emendamento, quello di Mortati, che appariva ispirato a una concezione garantista degli istituti dello stato di diritto, accompagnata a una opportuna dose di pragmatismo, dato che non sono certamente le omissioni e i divieti a scongiurare il rischio che accadimenti sovversivi per l'ordine costituito si verifichino, come aveva peraltro dimostrato ampiamente la prassi liberale

⁵ Sulla nozione di “sospensione”, anche a confronto con gli istituti della revisione e della rottura costituzionale, cfr., per tutti, G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, XI ed., Milano, 2022, 279 ss. e 455 ss.

⁶ Si veda la distinzione tra “dittatura commissariale” e “dittatura costituente”, sui cui C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München, 1921, 136 ss., trad. it. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975.

nonostante la mancata previsione dello stato d'assedio nello Statuto albertino. Fatto sta che il testo uscito dalla Commissione dei 75 taceva su entrambe le clausole, preferendo il silenzio a qualunque previsione, tanto positiva che negativa. Nella discussione in Aula, si tornò a proporre la questione, con l'attribuzione della proclamazione dello stato d'assedio e il conferimento dei relativi poteri al governo (on. Crispo). In sostanza, stava prevalendo l'idea che l'esecutivo, piuttosto che il Presidente della Repubblica, potesse essere il soggetto più idoneo a gestire le situazioni emergenziali, fino alla decisione di limitare o sospendere i diritti costituzionali, mentre al parlamento, che andava convocato anche se sciolto, si sarebbe riconosciuto il ruolo di supervisione e ratifica della scelta governativa di aprire lo stato d'assedio e di assumere gli interventi necessari. Tuttavia, anche l'opzione per questa competenza condivisa tra governo e parlamento venne respinta, mentre finì per cadere nel silenzio la proposta di limitare o sospendere l'esercizio dei diritti di libertà «per necessità di difesa determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio» (on. Crispo, seduta pomeridiana del 15 aprile 1947). Ragioni storiche, legate all'esperienza fascista e al drammatico epilogo dell'art. 48 Cost. Weimar, pensato per difendere la democrazia e di fatto utilizzato come grimaldello per sovvertirla, indussero i costituenti ad abbandonare ogni proposito sull'inserimento di una *emergency clause*. Prevalse infatti la preoccupazione che l'esplicita previsione nel testo costituzionale di circostanze emergenziali diverse dalla guerra (art. 78 Cost.) potesse prestare il fianco a derive autoritarie e si decise definitivamente di limitare l'attenzione alla sola emergenza bellica. Contestualmente, sia pure anche in questo caso non senza approfondito dibattito⁷, si decise di affidare al decreto-legge del governo la disciplina dei «casi straordinari di necessità e urgenza» (art. 77 Cost.) che avrebbero potuto verificarsi.

Diversamente dall'approccio seguito dal costituente italiano, la maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea (e del mondo, in verità) menziona espressamente nelle rispettive Carte costituzionali la facoltà di disporre limitazioni e/o sospensioni all'esercizio di diritti fondamentali durante uno stato di emergenza, comunque denominato, sempre che non prevalga l'opzione, davvero residuale, di escludere *in toto* l'ipotesi della sospensione, come esplicitato dalle vigenti Costituzioni di Belgio (1994, art. 187) e Lussemburgo (1868, art. 130). A questo proposito, le soluzioni risultano multiformi e piuttosto asimmetriche. Talora, alla formula che genericamente dispone la possibilità di "limitare" temporaneamente i diritti di libertà si accompagna l'esplicitazione analitica delle situazioni soggettive non suscettibili di restrizione ovvero l'elencazione dei precetti costituzionali che a quelle si riferiscono. In linea generale, a non poter subire limitazioni in tempi di emergenza sono il diritto alla vita, il divieto di tortura, i diritti alla durata ragionevole dei processi e alla presunzione di innocenza, il principio di legalità dei reati e delle pene, il diritto alla *privacy*, la libertà di opinione e di culto (art. 57, 3°co. Cost.

⁷ Per tutti, sui lavori preparatori degli artt. 77 e 78 Cost., cfr., rispettivamente, A. Celotto, E. Di Benedetto e A. Patroni Griffi, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, rispettivamente 1508 ss. e 1532 ss.

Bulgaria 1991 e, analogamente, art. 17, 3° co. Cost. Croazia 1991), ai quali si aggiungono il diritto alla cittadinanza, il principio di eguaglianza e non discriminazione, il diritto al risarcimento per i danni morali e materiali subiti a causa di condotte illecite altrui, i diritti dell'ambito familiare, il diritto alla salute, il divieto di estradizione, il diritto alla propria identità nazionale, il diritto a rivolgersi nella lingua ufficiale alle pubbliche autorità statali e locali e a ricevere risposta nella stessa lingua con l'implicita esclusione del diritto di usare le lingue di minoranza nelle aree in cui risiedono minoranze nazionali (art. 130 Cost. Estonia 1992).

Le Costituzioni cipriota e greca utilizzano, in luogo del concetto di restrizione o limitazione, quello di "sospensione" e prevedono in termini largamente sovrapponibili la possibilità di sospendere, in regimi di emergenza, il diritto alla vita in conseguenza di un atto di guerra, il divieto di lavoro forzato, le libertà personale e di circolazione, il diritto al domicilio e alla segretezza della corrispondenza, le libertà di opinione, di riunione e associazione, il diritto a un giusto indennizzo in caso di espropriazione, il diritto alla scelta di una professione e il diritto di sciopero (art. 183, 2° co. Cost. Cipro 1960 e art. 48, 1° co. Cost. Grecia 1975), cui si aggiunge, nel testo costituzionale greco, la previsione della facoltà di sospendere le clausole concernenti l'istituzione di tribunali militari e di tribunali speciali per i reati politici.

La Costituzione slovena menziona la facoltà di "sospendere o limitare" temporaneamente, in situazioni di guerra o di emergenza, i diritti fondamentali ad eccezione di alcuni (art. 16, 2° co. Cost. 1991: diritto alla vita, divieto di tortura, dignità umana, presunzione di innocenza, principio di legalità in materia penale, diritto al giusto processo, libertà di coscienza), mentre la Costituzione spagnola consente sia la "sospensione di alcune garanzie individuali" nell'ambito delle indagini per fatti di terrorismo (art. 55, 2° co. Cost. 1978: proroga della detenzione preventiva, delle libertà di domicilio e di corrispondenza), con la garanzia di una doppia riserva (di legge organica e di giurisdizione) e sotto il controllo del parlamento, sia la "sospensione in via generale" di una serie di diritti (art. 55, 1° co. Cost.: libertà personale, di domicilio, di corrispondenza, di circolazione, di opinione e informazione, garanzia giurisdizionale in caso di sequestro delle pubblicazioni, libertà di riunione, diritto di sciopero e diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di adottare mezzi di conflitto collettivo). Tuttavia, la sospensione generale può trovar luogo soltanto qualora sia stato decretato uno stato di eccezione o di assedio, laddove la dichiarazione di uno stato di allarme – come sarà esposto in dettaglio più avanti – permette esclusivamente di limitare, e non sospendere, i diritti costituzionali.

Diversamente, il costituente portoghese elenca i diritti "non suscettibili di sospensione" durante lo stato d'assedio o di emergenza: si tratta dei diritti alla vita, all'integrità personale, all'identità personale, alla capacità civile e alla cittadinanza, e ancora si trovano enumerati il principio di irretroattività della legge penale, il diritto alla difesa in giudizio, la libertà di coscienza e di religione (art. 19, 6° co. Cost. 1976).

Talora vengono enumerati i diritti che possono essere "derogati" (libertà religiosa, di opinione, di riunione e associazione, le garanzie a presidio della libertà di domicilio, libertà di corrispondenza, garanzie giurisdizionali, ai sensi dell'art. 103, 2° co. Cost. Olanda 1814) o

semplicemente “limitati” in caso di guerra o altra emergenza (libertà di corrispondenza, domicilio, libertà di opinione, libertà di circolazione, riunione, associazione, ai sensi dell’art. 145 Cost. Lituania 1992).

Più articolata risulta la disciplina polacca che distingue tra diritti non limitabili in stato di guerra e di emergenza (tra cui: i diritti alla dignità, alla cittadinanza, alla vita, alla *privacy*, alla libertà di opinione e di culto) e diritti che, invece, possono essere limitati nell’eventualità di uno stato di disastro naturale (tra cui: la libertà di iniziativa economica, la libertà personale e di domicilio, la libertà di circolazione, i diritti sciopero, di proprietà, il diritto al lavoro in condizioni di sicurezza e igiene e il diritto al riposo) (art. 233, 1° e 3°co. Cost. 1997).

Le modalità e le condizioni di operatività delle clausole costituzionali relative alle limitazioni e sospensioni delle posizioni giuridiche soggettive possono trovare concreta regolamentazione negli stessi atti che l’esecutivo adotta per la gestione dell’emergenza oppure nell’atto introduttivo dello stato di emergenza⁸, sempre che il costituente non rinvii in proposito a una legge⁹ ovvero a una legge costituzionale¹⁰ o comunque a una legge da approvarsi con maggioranze particolarmente elevate¹¹. Talora è precisato nel testo costituzionale che le restrizioni devono essere in ogni caso necessarie, adeguate e proporzionate alla situazione da affrontare, evitando la realizzazione di trattamenti discriminatori¹² e senza pervenire alla eliminazione del diritto stesso¹³. In questa prospettiva, davvero poco garantista appariva la previsione della Costituzione ungherese (art. 54, 2° co. Cost. 2011), mantenuta dopo la revisione del 2020 (si tratta ora dell’art. 52, 2° co. Cost.), che, con alcune eccezioni (diritti alla vita e alla dignità, divieto di tortura, diritto alla difesa e garanzie processuali), consentiva e tuttora consente – a prescindere dal tipo di emergenza dichiarata¹⁴ – di

⁸ Es. art. 183, 2°co. Cost. Cipro 1960; art. 48 Cost. Grecia 1975; art. 6 Appendice B l. cost. n. 110/1998 Repubblica ceca.

⁹ Es. art. 57, 3°co. Cost. Bulgaria 1991; art. 53, 1°co. Cost. Romania 1991; art. 233, 2° e 3°co. Cost. Polonia 1997; art. 23 Cost. Finlandia 1999 che, in alternativa alla legge, riconosce tale facoltà a un decreto del governo autorizzato da una legge e successivamente sottoposto al controllo del parlamento.

¹⁰ Es. art. 51, 2°co. Cost. Slovacchia 1992.

¹¹ Es. art. 17, 1°co. Cost. Croazia che, qualora il parlamento non sia in grado di riunirsi, attribuisce questa facoltà al Presidente della Repubblica, il quale agisce su proposta del governo e con la controfirma del primo ministro.

¹² Es. art. 17, 2°co. Cost. Croazia e art. 233, 2°co. Cost. Polonia.

¹³ Così, art. 53, 2°co. Cost. Romania.

¹⁴ Si tratta della nona revisione della Cost. ungherese, approvata a dicembre 2020 ed entrata in vigore, per la parte relativa alla ridefinizione degli stati di emergenza, il 1° luglio 2023, la quale distingue lo stato di guerra, lo stato di emergenza e lo stato di pericolo. A parte la norma comune di cui si dà conto nel testo, vale la pena sottolineare le preoccupazioni espresse dalla Commissione di Venezia, tra l’altro, in relazione al fatto che la modifica era stata approvata in pendenza di uno stato di emergenza (la crisi da Covid-19), senza un procedimento trasparente e aperto alla consultazione pubblica. A questo richiamo si aggiungevano le perplessità legate al rinvio da parte del legislatore costituzionale a leggi cardinali per le regolamentazioni di dettaglio, mentre l’abrogazione del consiglio di difesa nazionale appare suscettibile di contribuire, in pratica, all’ulteriore incremento dei poteri di emergenza in capo all’esecutivo, nonostante sia ora richiesto il voto a maggioranza qualificata dell’assemblea nazionale per dichiarare lo stato di guerra e lo stato di emergenza, nonché per prorogare la durata

“limitare o sospendere” l’esercizio dei diritti fondamentali oltre l’ambito specificato nell’art. 1(3), ossia in potenziale dispregio dei requisiti di necessità e proporzionalità, fino all’eventuale sacrificio del contenuto minimo essenziale del diritto¹⁵.

Alla luce di quanto esposto, sono numerose pertanto le Costituzioni dei Paesi dell’Unione europea che prevedono una disciplina, talora piuttosto dettagliata quantunque non esente da problematicità interpretative, delle condizioni di esercizio dei diritti di libertà in tempo di guerra o di altre emergenze. Tuttavia, merita rilevare che non tutte le Costituzioni che contengono uno statuto delle emergenze si occupano (o siano tenute a occuparsi) anche della sorte che tocca, in simili frangenti, alle libertà individuali e collettive. Eventuali omissioni in proposito non sono di ostacolo alla introduzione di provvedimenti restrittivi, derogatori o sospensivi, purché tali misure, come tutte quelle che dovessero essere disposte in pendenza di uno stato di emergenza, siano (auspicabilmente) dirette alla conservazione e non al sovvertimento dell’ordine costituito.

Alle clausole costituzionali sinteticamente richiamate bisogna aggiungere, in quanto ratificate, le previsioni della CEDU (art. 15) e del Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 4) che, con analogia di formulazioni e seguendo apposite procedure, dispongono la possibilità per gli Stati sottoscrittori di derogare al catalogo dei diritti ivi disciplinati in casi di emergenza o di pericolo pubblico, fatte salve le eccezioni esplicitamente indicate¹⁶. Il governo italiano, pur avendo ratificato entrambi gli strumenti internazionali, non ha finora mai dato applicazione alle clausole citate, diversamente da quanto si è potuto riscontrare nell’ultimo ventennio in altri Paesi, tanto all’indomani di attacchi terroristici di matrice islamica consumatisi nei rispettivi territori, che in occasione della crisi sanitaria da Coronavirus¹⁷.

dello stato di emergenza o dello stato di pericolo che è invece dichiarato dal governo. Si veda sul punto: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the constitutional amendments adopted by the Hungarian Parliament in December 2020* (CDL(2021)028, spec. §§83-84 e recommendation f).

¹⁵ Ad ogni modo, il testo revisionato conferma il divieto di sospendere l’applicazione della Costituzione e di limitare le funzioni della Corte costituzionale (art. 52, 1° e 4°co. Cost.).

¹⁶ Ai sensi della normativa internazionale citata (cui fa eco l’art. 27 della Convenzione interamericana dei diritti dell’uomo del 1969), non sono in nessun caso derogabili il diritto alla vita, il divieto della tortura e della schiavitù, l’irretroattività dei reati e delle pene; il Patto aggiunge la non derogabilità del divieto di carcerazione per inadempimento contrattuale, del diritto al riconoscimento della personalità giuridica, delle libertà di pensiero, coscienza e religione.

¹⁷ All’indomani dei fatti dell’11 settembre 2001, il Regno Unito è stato l’unico Paese del Consiglio d’Europa ad avvalersi delle clausole riportate, mentre la Francia le ha attivate nel 2015. In seguito all’emergenza sanitaria da Covid-19, invece, numerosi Stati (ma non l’Italia) hanno deciso di derogare alle libertà personali utilizzando le clausole derogatorie dei documenti internazionali riportati. In proposito, cfr. quanto riferisce A. Vendaschi, *Il Covid-19, l’ultimo stress test per gli ordinamenti democratici*, in questa *Rivista*, vol. 43, n. 2/2020, 1455 nt. 12.

3. L'esperienza italiana e la gestione dell'emergenza da Covid-19: l'indeterminatezza del d.l. 19/2020, la discrezionalità del presidente del consiglio e le ambiguità della giurisprudenza costituzionale

I testi costituzionali che alla sospensione o deroga dei diritti fondamentali fanno richiamo in circostanze emergenziali risultano decisamente omissivi rispetto alla delimitazione di quei concetti, preferendo eventualmente rimandare alla disciplina legislativa o comunque alla concreta attuazione delle previsioni normative. Pertanto, è doveroso insistere: che relazione e quali differenze possono ravvisarsi tra limitazione e sospensione di un diritto? Si tratta di una distinzione di tipo qualitativo o quantitativo? Ossia sono istituti ontologicamente, concettualmente e giuridicamente differenti oppure la sospensione è traducibile alla stregua di una limitazione molto intensa di un diritto, quasi da poter tracciare pertanto un *continuum* o, meglio, un climax tra limitazione e sospensione? Se si opta per la differenza quantitativa, dove è opportuno fissare l'asticella oltre la quale una limitazione si tramuta in vera e propria sospensione? Chi dovrebbe stabilire la linea di demarcazione tra l'una e l'altra? Il legislatore, il giudice, il giudice costituzionale?

Come si è anticipato, sembra che gli interrogativi non abbiano trovato una risposta soddisfacente al cospetto dell'emergenza sanitaria da parte delle istituzioni italiane. La situazione è stata affrontata seguendo due filiere parallele di atti normativi e amministrativi. La prima filiera, in ordine di tempo, è stata quella costituita dal Codice della protezione civile e dalle ordinanze del capo del dipartimento della protezione civile, adottate sulla base della deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale del consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, via via prorogato senza soluzione di continuità fino al 31 marzo 2022. Il Codice della protezione civile è un decreto legislativo (d. lgs. n. 1/2018) e le ordinanze di protezione civile appartengono alla categoria delle ordinanze contingibili e urgenti, abilitate a derogare temporaneamente alle leggi, ma da assumere nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dell'Unione europea. La seconda filiera, avviata all'inizio di febbraio 2020, era invece costituita da decreti-legge "emergenziali"¹⁸, i quali facevano rinvio ai famigerati d.p.c.m., atti questi ultimi certamente non sconosciuti nel nostro panorama giuridico e della cui natura giuridica si è tornato vivacemente a discutere durante l'emergenza sanitaria¹⁹, finché la Corte costituzionale (sent. 198/2021) li ha qualificati alla stregua di atti necessitati, distinti dalle ordinanze di

¹⁸ La locuzione fa riferimento ai decreti-legge che hanno affrontato "direttamente" il tema dell'emergenza Covid-19 e, operando quali norme sulla produzione normativa, hanno rinviato, per la dettagliata esecuzione, a successivi d.p.c.m. In considerazione dei loro contenuti, essi si sono perciò distinti dai numerosi altri decreti-legge che il governo ha pure adottato per provvedere alla gestione di una pluralità di profili variamente "connessi" alla crisi sanitaria e dettati dai bisogni urgenti del Paese (es. sostegno al lavoro e all'economia, politiche sociali, scuola, giustizia, consultazioni elettorali, ordinamento penitenziario, ecc.).

¹⁹ Nell'ampia dottrina, cfr., da ultimo, M. Rubechi, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino, 2022.

protezione civile, perché i d.p.c.m. “pandemici”, oltre ad avere effetti temporanei, erano provvedimenti a contenuto tipizzato che davano esecuzione-attuazione ad atti normativi primari (i singoli decreti-legge emergenziali, appunto) sui quali si fondavano. I d.p.c.m. in questione sarebbero stati emanati nel numero di svariate decine soprattutto nel corso del primo anno dell'emergenza, per poi ridursi in concomitanza con il cambio di governo (febbraio 2021), sia per le critiche formulate a questa modalità di impiego delle fonti che aveva concorso a esaltare il ruolo dell'esecutivo e il protagonismo del presidente del consiglio con la contestuale (ulteriore) emarginazione del parlamento, sia per il fatto che la situazione sanitaria andava oggettivamente migliorando anche grazie all'avvio della campagna vaccinale. Le principali ragioni addotte per giustificare il massiccio ricorso ai d.p.c.m. erano state due: la prima legata alla constatata inadeguatezza o insufficienza del Codice e delle ordinanze di protezione civile di fronte a un'emergenza gravissima, estesa all'intero territorio nazionale e dalla durata indeterminata, che imponeva di limitare considerevolmente le libertà individuali e collettive per cercare di arginare i contagi, la seconda connessa alla inadeguatezza degli stessi decreti-legge emergenziali e alla opportunità di assicurare che i provvedimenti d'urgenza del governo fossero specificati e costantemente adattati all'evoluzione della situazione, tramite strumenti ritenuti più agili e flessibili, come appunto i d.p.c.m.

In particolare, merita soffermarsi brevemente sui contenuti del d.l. n. 19/2020 (conv. con modificazioni nella l. n. 35/2020), il quale andava ad abrogare e sostituire il provvedimento governativo che aveva inaugurato la c.d. seconda filiera provvedimentale. Sotto l'aspetto qui indagato, infatti, già il d.l. n. 6/2020 (conv. con modificazioni nella l. n. 13/2020), aveva previsto misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19, individuando a tal fine un elenco non tassativo di quindici settori (art. 1, 2°co.), nel cui ambito decreti del presidente del consiglio dei ministri e, nelle more della loro adozione, altri atti di “autorità competenti” solo parzialmente specificate avrebbero potuto disporre restrizioni e persino sospensioni all'esercizio di molteplici libertà individuali e collettive. La nozione di “sospensione” era, ad esempio, evocata a proposito dello svolgimento di manifestazioni di qualsiasi natura e in qualunque luogo, delle attività didattiche in presenza, dei servizi di apertura al pubblico dei musei, dei viaggi di istruzione organizzati dalle scuole, delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale, delle attività lavorative nei comuni e nelle aree interessate dal contagio, salvo specifiche deroghe e con la previsione del c.d. lavoro agile (*smart working*), e così via.

A parziale correzione di alcune delle perplessità sollevate, tra le quali quella forse più evidente era stata una sorta di “delega in bianco” effettuata a favore dei d.p.c.m., interveniva il d.l. n. 19/2020, il quale, pur confermando l'impianto di fondo e pur facendo salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del precedente decreto-legge, vi apportava non irrilevanti modifiche di ordine temporale, territoriale, procedurale e sostanziale. A proposito delle tipologie di attività, suscettibili di restrizioni o sospensioni, merita segnalare che da quindici esse salivano a ventinove con l'aggiunta, tra l'altro, delle seguenti: limitazione – che diventava divieto assoluto per le persone sottoposte a quarantena – della possibilità di allontanarsi dalla propria sede di residenza, domicilio o dimora

salvo comprovate e specifiche ragioni; chiusura al pubblico di strade urbane, giardini e spazi pubblici; sospensione delle cerimonie civili e religiose; previsione della “quarantena precauzionale” per chi avesse avuto contatti stretti con persone affette dal virus e per chi facesse ingresso dall'estero nel territorio nazionale; chiusura di cinema, teatri e altri analoghi luoghi di aggregazione, oltre che di palestre e piscine; limitazione delle attività ludiche, sportive, motorie e ricreative all'aperto o in luoghi aperti al pubblico; sospensione delle attività convegnistiche e congressuali salva la possibilità di svolgimento a distanza; limitazione o sospensione delle attività di bar e ristoranti; divieto o limitazione dell'accesso di parenti e visitatori alle strutture sanitarie e di pronto soccorso, alle residenze sanitarie assistite (RSA) e agli istituti penitenziari (art. 1, 2°co.).

Il d.l. n. 19/2020 confermava il ricorso a uno o più d.p.c.m., da adottarsi su proposta del ministro della salute e sentiti i ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni interessate ovvero il presidente della conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome ove le misure riguardassero l'intero territorio nazionale, e «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente...» (art. 1, 2°co.); la disposizione era integrata dalla previsione che le misure potessero essere emanate anche su proposta del presidente della regione interessata o del presidente della conferenza delle regioni e delle province autonome, a seconda della estensione territoriale del rischio sanitario, e «sentito, di norma, il comitato tecnico-scientifico» per «i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» (art. 2, 1°co.). Nelle more della adozione dei decreti e con efficacia limitata fino a quel momento, veniva ora precisato che l'organo competente ad adottare, «in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute», le misure restrittive tassativamente enumerate fosse (soltanto) il ministro della salute, ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978 (art. 2, 2°co.), mentre alle regioni era consentito – sempre in attesa della emanazione dei d.p.c.m. – di introdurre «misure ulteriormente restrittive» rispetto a quelle vigenti, ma «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza» e senza incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale (art. 3, 1°co.). Oltre alle prescrizioni procedurali da seguire per la loro assunzione e alle quali si è fatto richiamo, i d.p.c.m. avevano effetti limitati nel tempo (30 giorni, in seguito estesi a 50), erano reiterabili ma comunque non oltre la scadenza dello stato di emergenza fissato da ultimo al 31 marzo 2022, erano sindacabili dal giudice amministrativo, quanto al rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza, e disapplicabili dal giudice ordinario. Di fatto, è accaduto che il concitato avvicinarsi di questi atti, soggetti a rapida obsolescenza, ha reso difficilmente praticabile l'esperibilità dei rimedi giurisdizionali; ad ogni modo, allorché tale tutela ha potuto realizzarsi, i giudici amministrativi hanno in larga parte riconosciuto la legittimità dei d.p.c.m. impugnati.

Il d.l. n. 19/2020 prevedeva pesanti sacrifici – da intendere, ad avviso di chi scrive, alla stregua di restrizioni e non di sospensioni – all'esercizio delle libertà di circolazione, di riunione, religiosa e di culto, dei diritti all'istruzione e degli altri diritti culturali, del diritto al lavoro e delle libertà economiche, mentre – diversamente da quanto talora sostenuto – non sembra potesse ravvisarsi alcuna incisione sul diritto alla libertà personale.

I successivi d.p.c.m. davano attuazione a quelle previsioni legislative, modulando *tipologia e intensità* delle restrizioni, anche in esecuzione di ulteriori decreti-legge emergenziali che via via sopraggiungevano e in corrispondenza dell'andamento epidemiologico, non senza dar luogo, in vari momenti, a incertezze interpretative che le FAQ, pubblicate nel sito *web* del Governo, cercavano di dissolvere.

Le modalità seguite per il contrasto alla pandemia hanno rispettato – di massima e salvo quanto si puntualizzerà meglio tra poco – le garanzie costituzionali, a cominciare dalla riserva di legge relativa, prevista a presidio della libertà di circolazione e soggiorno. Ai sensi dell'art. 16 Cost., infatti, questo diritto conosce le sole limitazioni che, «per motivi di sanità o di sicurezza», la legge stabilisce in via generale, ossia in relazione alla generalità dei cittadini che integrino le fattispecie previste e non con riguardo a categorie determinate. La fonte legislativa può ben essere sostituita da altra fonte normativa primaria, come pacificamente ammesso in presenza di riserve di legge, sia assolute che relative; dunque, era legittimo il ricorso alla decretazione d'urgenza con rinvio a successivi provvedimenti attuativi del presidente del consiglio dei ministri. Peraltro, il d.l. n. 19/2020 ha corretto opportunamente le criticità più vistose del d.l. n. 6/2020, provvedendo alla tipizzazione degli ambiti di intervento dei d.p.c.m., i quali sarebbero intervenuti per periodi predeterminati, ancorché reiterabili e modificabili, e secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su tutto o parte del territorio nazionale. Per il resto, erano confermate le garanzie procedurali che coinvolgevano in via preventiva il ministro della salute e altri ministri interessati, nonché le autonomie territoriali. Dunque, la catena normativa dell'emergenza ha assolto all'obbligo di rispettare tanto l'istituto della riserva di legge (relativa), che la Costituzione prevede a garanzia della libertà di circolazione e degli altri diritti che si sono richiamati, quanto il principio di legalità, che costituisce il fondamento dell'azione amministrativa e ne delimita modalità di esercizio e contenuti. Restava ferma, pur con le limitazioni legate al funzionamento della giustizia e delle garanzie giurisdizionali, la facoltà di ricorrere contro i d.p.c.m. davanti al giudice amministrativo o al giudice ordinario per chiederne, rispettivamente, l'annullamento o la disapplicazione.

D'altra parte, va rilevato che nel catalogo degli obblighi e dei divieti sanciti dal d.l. n. 19/2020 non mancavano, per quanto a loro volta rigorosamente condizionate e circoscritte, le eccezioni. Solo a titolo esemplificativo, la stessa compressione della libertà di circolazione non escludeva in radice la possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora «per spostamenti individuali, limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni» (art. 1, 2° co., lett. f) d.l. n. 19/2020); alla misura della quarantena precauzionale erano sottratti gli operatori sanitari, dei servizi pubblici essenziali, i dipendenti di imprese operanti nel settore farmaceutico (aggiunta dal d.l. n. 18/2020); la limitazione delle attività sportive e motorie all'aperto o in luoghi aperti al pubblico non ne impediva lo svolgimento a titolo individuale e nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale; la sospensione delle attività didattiche si accompagnava alla possibilità della loro prosecuzione in

modalità telematica e analoga previsione valeva per lo svolgimento delle attività dei pubblici uffici; la chiusura dei luoghi di ristorazione non elideva il ricorso alle modalità di consegna a domicilio o con asporto, e così via.

Piuttosto, i dubbi che il d.l. n. 19/2020 sembrava sollevare, nonostante l'affinamento della tecnica non più innominata del rinvio a successivi d.p.c.m., erano quelli relativi alla *tipologia delle misure di contenimento, prima ancora che alla loro intensità*. Se è intuibile, secondo quanto si è già in parte accennato, il significato delle locuzioni che facevano richiamo alla “limitazione” di determinate attività o alla “chiusura al pubblico” di taluni luoghi o ancora al “divieto assoluto” di allontanarsi dalla propria abitazione o, persino, alla “sospensione” di servizi o eventi, maggiori perplessità ponevano decisamente le espressioni, riscontrabili in dodici casi su ventinove, che formulavano *in termini alternativi* le modalità di intervento nel medesimo ambito materiale, disponendo “limitazioni o sospensioni” ovvero “divieti o limitazioni” oppure “la limitazione, la riduzione o la sospensione” di determinate attività²⁰. Nelle fattispecie che si sono ora menzionate, non è affatto indifferente stabilire in concreto, da parte dell'organo incaricato, una limitazione, un divieto o una sospensione. Come si è anticipato, la linea di demarcazione tra limitazione e sospensione non è agevole da tracciare, tanto più che nel nostro ordinamento la nozione di “sospensione” di un diritto non è ravvisabile, né a livello costituzionale, né legislativo. D'altra parte, il governo non ha fatto ricorso – pur avendone avuta teoricamente la facoltà – alla menzionata clausola dell'art. 15 della CEDU, la cui attivazione avrebbe probabilmente offerto un utile contributo all'interpretazione e alla qualificazione degli interventi in termini di restrizioni ovvero di sospensioni e deroghe all'esercizio dei diritti di libertà. Peraltro, la condotta del legislatore italiano trovava analogie nel sistema francese, dove il Codice di sanità pubblica, modificato in occasione della pandemia, sanciva – in pendenza dell'*état d'urgence sanitaire*, introdotto dalla l. n. 2020-290 e rimasto in vigore fino al 1° agosto 2022 – la facoltà per il primo ministro di disporre con decreto “restrizioni o divieti” alla circolazione di persone e veicoli ovvero alle riunioni in luogo pubblico (art. L. 3131-15). In sostanza, al primo ministro era conferito un mandato in bianco a intervenire in una lista di dieci ambiti materiali a tutela della salute pubblica e con la possibilità, nei casi sopra riportati, di decidere autonomamente, quantunque su rapporto del ministro della salute, se limitare o proibire l'esercizio delle libertà di circolazione e di riunione. A circoscrivere la discrezionalità del primo ministro soccorreva parzialmente l'ultimo alinea del precetto citato, in base al quale le misure adottate dovevano essere strettamente proporzionate ai rischi sanitari, appropriate alle circostanze di tempo e di luogo e temporanee.

Per tornare alle disposizioni del d.l. n. 19/2020, dal momento che non sembra si potesse trattare di formule fungibili o graduabili tra loro, la scelta se praticare una limitazione oppure una sospensione era evidentemente rimessa all'apprezzamento, quantunque non esclusivo, del presidente del consiglio dei ministri o, a determinate condizioni, delle competenti autorità statali o regionali. Ciò significa che il *drafting* legislativo dell'art. 1, 2° co. lasciava residuare, rispetto a un discreto numero di fattispecie ivi enumerate, margini di incertezza in relazione alla effettiva garanzia del principio di

²⁰ Si veda l'art. 1, 2° co., lettere c), g), m), n), o), r), t), u), v), z), aa), cc) d.l. n. 19/2020.

legalità, almeno se lo si intende in senso sostanziale. D'altra parte, a orientare l'interprete sul tenore di questa valutazione discrezionale, che poteva condurre a limitare oppure a sospendere determinate libertà, di scarso ausilio era il disposto che riconosceva, in via generale, all'organo di vertice governativo il potere di regolare l'intensità delle misure espressamente elencate, modulandone «l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico» del virus (art. 1, 1°co.). Pertanto, letta nella sua interezza, la formulazione dell'art. 1 lasciava intendere la propensione del legislatore verso la tesi della *differenza quantitativa*, e non qualitativa, *tra limitazione e sospensione* delle libertà costituzionali. Questa peraltro sarebbe stata, come si dirà più avanti, anche la lettura offerta dal Tribunale costituzionale spagnolo alle compressioni inflitte in Spagna ad alcuni diritti di libertà durante la stagione dell'emergenza sanitaria.

Ai rilievi formulati si aggiunga che non sempre i d.p.c.m. si sono attenuti alla pedissequa *esecuzione* di quanto stabilito dalla fonte primaria, ma talora si sono spinti a disporre *praeter legem*, specificando, o integrando la disciplina dettata dal decreto-legge²¹. Nel senso della *specificazione* di disposizioni racchiuse nel d.l. n. 19/2020, si può citare, ad esempio, il d.p.c.m. che precisava le situazioni di necessità e urgenza suscettibili di giustificare l'allontanamento dalla propria residenza, dimora o domicilio e qualificava come necessari gli spostamenti per incontrare congiunti (d.p.c.m. 26 aprile 2020, che trasformava in "obbligo" la "forte raccomandazione" prevista dal precedente d.p.c.m. 10 aprile 2020 di non allontanarsi dal proprio domicilio), salvo poi il rinvio a successive FAQ per tentare di chiarire chi dovesse rientrare tra i "congiunti". Invece, nel senso della *integrazione* della fonte primaria, viene in considerazione il caso del d.p.c.m. che disponeva la misura della quarantena precauzionale, non solo per coloro che avessero avuto contatti stretti con malati di Covid-19, ma altresì per chi presentasse una sintomatologia da infezione respiratoria e febbre superiore a 37,5°C (d.p.c.m. 20 aprile 2020). Ora, laddove il d.p.c.m. non fosse meramente esecutivo, ma andasse a dettagliare o innovare le prescrizioni dettate dalla fonte primaria, poteva sorgere il dubbio, non tanto che il suo contenuto fosse assimilabile a quello di un atto normativo secondario – fatto che, considerata la natura poliedrica dei d.p.c.m.²², non desta particolari sorprese –, ma soprattutto che il principio di legalità sostanziale non fosse esattamente osservato. Ad ogni modo, bisogna ricordare che, nei confronti delle misure concretamente assunte dai d.p.c.m., rimanevano salde la responsabilità politica del presidente del consiglio davanti alle camere e le garanzie giurisdizionali.

La Consulta ha sostanzialmente avallato l'introduzione della menzionata doppia filiera normativa ed ha osservato che il Codice della protezione civile «se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile», essendo «ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte

²¹ Cfr. L. Castelli, *Tra «disporre» e «provvedere»*. I DPCM pandemici al test di normatività, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, spec. 90 ss.

²² Sul punto, oltre a M. Rubechi, *I decreti del Presidente*, cit., cfr. per tutti, E.C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo ad una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, *passim*.

normative e provvedimentali tarate su quest'ultima», come accaduto «a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire» (cons. dir. punto 9 sent. n. 37/2021, ribadito da cons. dir. punto 8.1.1. sent. n. 198/2021). Tuttavia, il riconoscimento della legittimità costituzionale della gestione emergenziale non ha del tutto dissipato i motivi di perplessità che si sono prospettati: tanto quelli relativi alla opportunità di distinguere le restrizioni dalle vere e proprie sospensioni dei diritti, quanto quelli concernenti l'ampio margine di discrezionalità lasciato al presidente del consiglio dei ministri nella scelta non soltanto di graduare l'intensità delle misure restrittive, ma altresì e prima ancora di decidere se limitare l'esercizio di un determinato diritto ovvero sospenderne temporaneamente l'efficacia. Sono questi i veri nodi che i passaggi esaminati del d.l. n. 19/2020 hanno lasciato affiorare e che sembrano restare irrisolti. Il fatto che quelle clausole abbiano perso il loro vigore, con la cessazione dello stato di emergenza, non rassicura e non esclude affatto che, in circostanze simili, analoghe formule possano nuovamente essere introdotte, riproponendo i medesimi interrogativi.

In particolare, nel giudizio concluso con la sent. 37/2021, la Corte costituzionale ha giustificato l'approccio governativo all'emergenza sanitaria²³, ritenendo conforme alla Costituzione la facoltà riconosciuta al presidente del consiglio di modulare, a seconda delle necessità, gli interventi restrittivi, in tal modo mostrando anch'essa, come il legislatore, di aderire alla tesi della differenza quantitativa tra limitazione e sospensione di un determinato diritto. È quanto sembra trapelare nel passaggio in cui il giudice costituzionale osserva che «Fin dal decreto-legge n. 6/2020 ... il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel *dosaggio* di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri» (cons. dir. punto 9; corsivo aggiunto). D'altra parte, nel successivo giudizio concluso con la sent. n. 198/2021, la Corte aveva cura di precisare che la discrezionalità del presidente del consiglio risultava circoscritta e orientata da una serie di requisiti e adempimenti che il d.l. n. 19/2020 aveva puntualmente previsto, così prendendo le distanze dal precedente provvedimento d'urgenza sopra citato²⁴. Pertanto, la tipizzazione e la tassatività delle misure di contenimento, la loro durata temporanea, la loro adozione secondo principi

²³ Il ricorso era stato promosso in via principale dal governo nei confronti della l. reg. Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* n. 11/2020. La Corte, dopo averne sospeso l'efficacia (ord. 4/2021), ha riconosciuto la parziale fondatezza delle questioni sollevate. Per commenti, cfr. il sito: <https://www.giurcost.org/decisioni/2021/0037s-21.html?titolo=Sentenza%20n.%2037>

²⁴ Il caso originava da un giudizio in via incidentale promosso dal giudice di pace di Frosinone nei confronti di alcune disposizioni del d.l. n. 6/2020 e del d.l. n. 19/2020. La Corte dichiarava in parte infondate, in parte inammissibili le questioni prospettate. Per commenti alla decisione, cfr. il sito: <https://www.giurcost.org/decisioni/2021/0198s-21.html?titolo=Sentenza%20n.%20198>

di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente sul territorio, oltre che con il supporto istruttorio delle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico e con l'assunzione della responsabilità politica davanti alle camere costituivano, nel ragionamento della Corte costituzionale, elementi sufficienti per assicurare il rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge poste a presidio della libertà di circolazione e in materia di sanzioni amministrative, nonché per affermare l'uso legittimo dei poteri conferiti all'organo di vertice governativo.

4. L'esperienza spagnola, lo stato di allarme e la STC 148/2021: un'occasione mancata per fare chiarezza

L'ordinamento spagnolo rientra nel novero di coloro che disciplinano gli stati di emergenza, tanto a livello costituzionale che legislativo. Collocato nel Titolo V, dedicato ai rapporti tra governo e parlamento, l'art. 116 Cost., rinviando a una legge organica per la più dettagliata regolamentazione (*Ley orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio*, d'ora in avanti: LOEAES), stabilisce una graduazione degli stati di crisi, che si differenziano, non per gravità, bensì in ragione delle circostanze da cui scaturiscono. La distinzione in stati di allarme, di eccezione e di assedio si riflette sull'*iter* da seguire per la rispettiva proclamazione, sulla differente disciplina quanto a durata, contenuti ed effetti giuridici, sul ruolo assegnato all'esecutivo e al congresso dei deputati, mentre il senato non è coinvolto in nessuna di queste procedure. Inoltre, limitatamente alle ipotesi dello stato di eccezione e dello stato d'assedio, l'art. 55, 1° co., posto a conclusione del Titolo I dedicato ai diritti e doveri fondamentali, prevede – come già anticipato – la possibilità di sospendere i diritti esplicitamente enunciati.

La citata legge organica, oltre a regolare presupposti, contenuti, competenze, limitazioni e meccanismi di controllo per ciascuna delle situazioni indicate dall'art. 116 Cost., individua le ipotesi restrittive suscettibili di comprimere alcuni diritti in pendenza dello stato di allarme (art. 11) e le misure sospensive, attivabili durante uno stato di eccezione o di assedio (artt. 17, 18, 20, 21, 22, 23, 26 e art. 32).

Dunque, il sistema spagnolo, almeno in punto di diritto, risulta essere meglio attrezzato del nostro per la gestione delle diverse fattispecie emergenziali; conseguentemente, ci si attenderebbe che anche le istituzioni e la dottrina costituzionalistica siano avvezze, più e meglio di quanto non si riscontri in Italia, a misurarsi, non soltanto con l'interpretazione delle specifiche fattispecie emergenziali, ma altresì con le nozioni di restrizione e sospensione ai diritti di libertà e possano, anzi, offrire un valido ausilio alla loro esegesi, in tal modo favorendo eventualmente il dialogo tra ordinamenti e ispirando quelli tuttora formalmente sprovvisti di tali clausole o restii alla loro introduzione. Eppure, se si pone mente all'approccio dell'esecutivo e alla sopraggiunta giurisprudenza costituzionale, nonché alla copiosa letteratura giuridica elaborata nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19, l'atteso apporto chiarificatore su questi aspetti teorici, ma di rilevante impatto sulla vita delle persone, sembra essere mancato.

In estrema sintesi, il governo ha attivato lo stato d'allarme che ben si adatta a situazioni come crisi sanitarie ed epidemie (art. 4, lett. b) LOEAES),

sempre che siano tali da comportare alterazioni gravi della normalità e da non poter essere affrontate e risolte con mezzi ordinari. Dichiarato il 14 marzo 2020 per la durata iniziale di 15 giorni e con efficacia sull'intero territorio nazionale (decreto reale n. 463/2020), lo stato di allarme veniva a più riprese prorogato, fino a giugno 2020, sempre con autorizzazione del congresso dei deputati, come prescritto dalla Costituzione. Nell'autunno dello stesso anno, una seconda ondata di contagi e la constatata inefficacia di un nuovo stato di allarme limitatamente ad alcuni municipi della comunità autonoma di Madrid (decreto reale n. 900/2020) determinavano il ricorso a un ulteriore stato di allarme di rilievo nazionale, che era deliberato dal governo e prorogato in unica soluzione fino all'inizio di maggio 2021, per la durata di sei mesi (decreto reale n. 926/2020). Innumerevoli provvedimenti, in forma di risoluzioni, ordinanze, istruzioni interpretative, venivano adottati dai ministri delegati della sanità, della difesa, dei trasporti, dell'interno per completare e dare esecuzione al decreto reale inizialmente menzionato e ai successivi decreti di proroga. Numerosi erano altresì i decreti-legge assunti dal consiglio dei ministri per approntare una disciplina immediata in diversi settori della vita sociale, economica e lavorativa. Quanto alla natura giuridica degli atti del governo e del congresso dei deputati che dichiarano, autorizzano e prorogano (tutti) gli stati di emergenza, occorre precisare che, pur non essendo espletamento della funzione legislativa, essi sono considerati alla stregua di atti con forza o valore o rango di legge e pertanto sono sindacabili esclusivamente dal giudice costituzionale (così, STC 83/2016). Questo, di fatto, sarebbe accaduto con la proposizione di distinte questioni di costituzionalità, oltre che mediante ricorsi di *amparo*, da parte di una minoranza parlamentare nei confronti di diverse disposizioni dei decreti dichiarativi dello stato di allarme, questioni che il Tribunale costituzionale accoglieva parzialmente, mostrando un atteggiamento tutt'altro che deferente nei confronti della linea politica seguita dal governo²⁵.

Il decreto reale n. 463/2020 individuava nel governo l'autorità competente per la gestione della crisi e, conformemente a quanto sarebbe stato ribadito nei successivi decreti sia di proroga che di nuova attivazione dello stato di allarme, puntualizzava esplicitamente nel preambolo che l'emergenza sanitaria imponeva limitazioni – e non sospensioni – ad alcune libertà e che le limitazioni individuate erano proporzionate alla gravità della situazione. Più precisamente, analogamente all'approccio seguito in Italia dal citato d.l. n. 19/2020, il decreto reale del governo spagnolo individuava un elenco tassativo, ma piuttosto ampio, di eccezioni alla libertà di circolazione delle persone (art. 7, 1°co.)²⁶.

²⁵ Si vedano, in particolare, oltre alla STC 148/2021, su cui *infra* nel testo, le SSTC 168/2021 e 183/2021.

²⁶ Si trattava delle seguenti attività: a) adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; b) asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios; c) desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial; d) retorno al lugar de residencia habitual; e) asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables; f) desplazamiento a entidades financieras y de seguros; g) por causa de fuerza mayor o situación de necesidad; h) cualquier otra

Similmente alla condotta seguita da altri Paesi colpiti dal virus, la strategia adottata perseguiva l'obiettivo di tutelare la vita, l'integrità fisica e la salute pubblica (artt. 15 e 43 Cost.), senza che si ritenesse necessario ricorrere alla clausola derogatoria, già menzionata, dell'art. 15 CEDU. Eppure, accanto alla "sospensione", per la durata dell'emergenza, dei termini di prescrizione e decadenza, dei termini processuali e di quelli amministrativi (disp. finali seconda, terza e quarta), non poteva passare inosservato – e fatto salvo quanto si riferirà a proposito della interpretazione offerta dal giudice costituzionale – l'impiego di quella locuzione con riguardo allo svolgimento delle attività didattiche in presenza in tutte le scuole di ogni ordine e grado, delle attività commerciali, culturali, ricreative, di ospitalità e ristorazione con chiusura al pubblico di esercizi commerciali al dettaglio e di numerosi locali, ad eccezione di quelli esplicitamente elencati (esercizi addetti a rifornire beni di prima necessità, combustibile per autoveicoli, prodotti sanitari, igienici e tecnologici, prodotti per animali, giornali) (artt. 9-10). In realtà, non difformemente da ciò che si è potuto riscontrare anche in Italia, le ipotesi di sospensione ora riportate comportavano, più propriamente, restrizioni all'esercizio dei diritti interessati, dato che era contestualmente contemplato un elevato numero di eccezioni, ad esempio, al divieto di lasciare il proprio domicilio ed erano introdotte modalità alternative per lo svolgimento delle attività "sospese", come la didattica a distanza e i servizi di ristorazione con asporto o consegna a domicilio. Tuttavia, il ricorso alla nozione di "sospensione" appariva ambiguo e foriero di dubbi interpretativi, che trovavano conferma in uno dei successivi decreti di proroga laddove si consentiva, di fronte a un momentaneo miglioramento della situazione epidemiologica, di recuperare progressivamente le attività in precedenza "limitate o sospese" (decreto reale n. 492/2020, §II). In tal modo, il governo continuava, quantunque inconsapevolmente, ad alimentare le perplessità circa la (natura della) distinzione tra i due concetti.

Le compressioni prodotte, specialmente con la proclamazione del primo stato di allarme, rispetto al normale esercizio di numerosi diritti contribuivano a un vivace dibattito dottrinale sulla adeguatezza e sulla costituzionalità del regime attivato, specie allorché la restrizione fosse a tal punto incisiva e pregnante da evocare, come per il sacrificio inflitto all'esercizio della libertà di circolazione, l'idea di una misura di confinamento o quarantena, a titolo preventivo o precauzionale, nel proprio domicilio. Sulla questione, la dottrina costituzionalistica in Spagna è apparsa divisa o, per meglio dire, frammentata. Vi era infatti chi riteneva che lo stato di allarme fosse quello idoneo a fronteggiare l'epidemia, non ricorrendo i presupposti per uno stato di eccezione o di assedio; di conseguenza, alcuni diritti erano stati opportunamente limitati, ma non sospesi, dal momento che il loro contenuto essenziale (art. 53 Cost.) era stato salvaguardato e le garanzie costituzionali erano rimaste perfettamente vigenti ed efficaci. Caso mai, si sarebbe potuto discutere sulla legittimità e proporzionalità delle singole misure coercitive, dato che non svanisce, durante lo stato di allarme, il sistema ordinario delle garanzie giurisdizionali. In altre parole, secondo questa ricostruzione, in pendenza dello stato di allarme l'esercizio di un

actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.

diritto non viene proibito *tout court*, diversamente da quanto accadrebbe se fosse dichiarato lo stato di eccezione o di assedio; il che lo renderebbe persino inesigibile davanti all'autorità giurisdizionale, giacché il diritto sospeso verrebbe, per così dire, decostituzionalizzato e il regime giuridico applicabile sarebbe quello stabilito dalla normativa di eccezione. A integrazione di questa lettura non è mancato peraltro chi, pur considerando appropriata, almeno agli esordi dell'epidemia, la proclamazione dello stato di allarme, ha avanzato l'ipotesi che probabilmente alcune modalità restrittive ricadevano più tra le previsioni conseguenti allo stato di eccezione che a quello di allarme, per giungere addirittura a dubitare che, col trascorrere delle settimane, l'estensione temporale e territoriale dei provvedimenti limitativi potesse consentire di inquadrare l'emergenza sanitaria entro le categorie previste dalla Costituzione e dalla legge organica del 1981. Si perveniva così ad evocare il principio di necessità come fonte in grado di imporsi autonomamente e legittimare gli interventi del potere pubblico.

Altra parte della dottrina era poi dell'opinione che i vincoli, previsti dal governo e avallati dal parlamento, al godimento delle libertà di movimento e di riunione – inclusa la libertà di culto – nonché ai diritti di proprietà e di iniziativa economica fossero da interpretare come vere e proprie sospensioni, le quali dovevano ritenersi costituzionalmente illegittime, essendo prive di copertura costituzionale e legislativa. Secondo questa interpretazione, vi era chi distingueva la condizione dei malati, che potevano essere fonte di contagio, e quella degli asintomatici per i quali le pesanti limitazioni inflitte solo a scopo precauzionale al godimento di alcuni diritti fondamentali, con annesse sanzioni penali in caso di disobbedienza, non avrebbe avuto alcun fondamento giuridico, oltre al fatto che disporre il confinamento generalizzato nel proprio domicilio sarebbe una misura inammissibile in tutti e tre gli stati di emergenza disciplinati dall'ordinamento. A giudizio di altri, la gravità della situazione non ne consentiva *ab initio* l'assimilazione a una crisi sanitaria e sarebbe stato invece più confacente alle circostanze disporre lo stato di eccezione. Conseguentemente, la situazione *de qua* avrebbe dovuto qualificarsi come uno stato di eccezione di fatto o materiale o implicito, in quanto non dichiarato, o ancora come «*un estado de excepción encubierto*»²⁷.

Ebbene, a fronte della varietà interpretativa prospettata dalla dottrina, il *Tribunal constitucional*, con la STC 148/2021, ha offerto una lettura sotto molti aspetti contraddittoria, sollevando più dubbi di quanti non abbia contribuito a risolvere. In verità, già all'inizio della pandemia, il giudice costituzionale era intervenuto per dichiarare inammissibile un ricorso d'*amparo* promosso da un sindacato di lavoratori avverso il diniego, disposto dall'amministrazione locale e confermato dal tribunale superiore della Galizia (STSJ 136/2020) a causa delle rigide limitazioni disposte dal citato decreto reale n. 463/2020, allo svolgimento di una manifestazione dinamica

²⁷ Per le diverse posizioni formulate dalla dottrina costituzionalistica spagnola immediatamente dopo la dichiarazione del primo stato di allarme del 14 marzo 2020 e sintetizzate nel testo, sia consentito rinviare a V. Piergigli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, in questa *Rivista*, vol. 43, n. 2/2020, 1554 ss. Cfr. inoltre L. Cotino Hueso, *La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la Covid*, in C. Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, 2021, spec. 17 ss.

organizzata per la celebrazione della festa del 1° maggio (ATC 40/2020). Era stata questa la prima occasione nella quale al *Tribunal* veniva prospettata la questione del bilanciamento tra libertà di riunione, manifestazione e movimento, da un lato, e tutela della salute, dall'altro. L'esame del caso aveva diviso il collegio che ha potuto approdare al verdetto finale grazie al voto del presidente, con la tempestività imposta dal *petitum*, che si riferiva alla legittimità o meno di un evento in programma per il giorno seguente. Lasciata volutamente da parte qualsiasi valutazione sulla natura giuridica del sacrificio (limitazione o sospensione?) inferto al diritto di riunione in forza delle disposizioni restrittive all'esercizio della libertà di circolazione e accantonato il controllo sulla costituzionalità del decreto reale n. 463/2020, il giudice costituzionale riscontrava l'inammissibilità del ricorso, giudicando adeguato il provvedimento impugnato per esigenze superiori di protezione della vita, della salute e del sistema di assistenza sanitaria nel suo complesso, esigenze di fronte alle quali il *vulnus* della libertà di riunione lamentato dai ricorrenti veniva ritenuto insussistente.

Allontanandosi vistosamente da quanto lasciato trapelare nella pronuncia di inammissibilità del 2020²⁸, con la STC 148/2021 il *Tribunal constitucional* ha fatto leva su una concezione materiale e quantitativa, anziché formale e qualitativa, dell'istituto giuridico della sospensione per pervenire alla dichiarazione di incostituzionalità parziale del decreto reale n. 463/2020. Secondo la maggioranza del collegio (sei voti contro cinque), infatti, tra limitazione e sospensione di un diritto – istituti che peraltro non venivano definiti, né circostanziati – esiste una relazione di genere a specie, nel senso che ogni sospensione si traduce in una limitazione, ma non viceversa (FJ 3)²⁹. Conseguentemente, il collegio non dubitava della necessità, idoneità e proporzionalità delle misure prese dal governo per arginare la diffusione dei contagi (FJ 11), in analogia a quanto sperimentato in altri Paesi, ma riteneva che le restrizioni imposte in via generale al godimento di alcuni diritti (libertà di circolazione, libertà di riunione in luoghi privati) fossero talmente penetranti, drastiche, intense e di portata generale da averne provocato, di fatto, lo svuotamento, la privazione³⁰, la cessazione, ancorché temporanea e con eccezioni (FJ 5). A questo punto, il Tribunale si spingeva ad affermare che quelle misure, per essere legittime, avrebbero dovuto adottarsi previa

²⁸ Al riguardo parla espressamente di “*overruling*” il *voto particular* alla STC 148/2021 espresso dal giudice Cándido Conde-Pumpido Tourón.

²⁹ Criticamente, il *voto particular* di María Luisa Balaguer Callejón, la quale sottolinea che il legislatore «no pretendió que los estados de alarma y excepción fueran vasos comunicantes, ni que se pudiera transitar de uno a otro en función de la gravedad de las situaciones de emergencia». Si veda altresì il *voto particular* di Cándido Conde-Pumpido Tourón, secondo cui «...ni la intensidad de la restricción, ni su generalidad, ni ambas conjuntamente pueden determinar la transformación de una restricción en una suspensión».

³⁰ Sulla “sospensione” nel senso di “privazione totale o parziale di un diritto”, che pertanto si distingue dal concetto di “mera restrizione”, si è pronunciato a più riprese, in relazione all'emergenza da Covid-19, anche il Tribunale costituzionale portoghese (es. *Acórdãos* nn. 88, 89, 334, 336, 351, 353, 464, 465, 466, 489, 490 del 2022). In dottrina, sulla gestione dell'emergenza sanitaria in Portogallo, cfr. E.A. Imparato, *Il Portogallo al banco di prova dell'emergenza sanitaria mondiale*, in questa *Rivista*, vol. 43, n. 2, 2020, 1613 ss.

dichiarazione dello stato di eccezione³¹, che però soggiace a differenti requisiti procedurali (art. 116, 3° co. Cost.), e non dello stato d'allarme, tanto più che difficilmente poteva negarsi che si trattasse di misure disposte per ragioni di «ordine pubblico costituzionale», sia pure da intendere in senso lato³² (FJ 11). Diversamente, per altre situazioni di libertà (istruzione, manifestazione, riunione per ragioni politiche, sindacali e religiose, libertà economiche), le restrizioni introdotte risultavano, a giudizio del Tribunale, proporzionate alle circostanze eccezionali e necessarie a preservare la vita e la salute dei cittadini, nonché ad evitare il collasso del sistema sanitario³³. Fatto sta che, anche sotto l'aspetto dell'impiego del test di proporzionalità su cui pure il *Tribunal* vanta una cospicua produzione giurisprudenziale³⁴, non mancavano le incoerenze derivanti, ad esempio, dal differente trattamento riservato alla libertà di circolazione, giudicata sospesa, e la libertà di riunione e manifestazione che della prima ha bisogno per potersi

³¹ Così, anche P. Fernandez de Casadevante Mayordomo, *Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional*, in *Rev.vasca adm.pública*, n. 119/2021, 59 ss., che scriveva prima della pronuncia in commento.

³² Così il passaggio del FJ 11: «Cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas; saturan los servicios sanitarios [...] y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no sólo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción». In senso opposto si era invece espresso lo stesso Tribunale in ATC 40/2020, su cui *supra* nel testo. Per un commento critico alla STC 148/2021 rispetto alla interpretazione del concetto di "ordine pubblico", cfr. M. Carrillo, *Diritto di eccezione e sistema costituzionale in Spagna di fronte alla pandemia da Covid-19*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, 16 ss.

³³ Per l'esame della questione limitazione/sospensione dei diritti nell'ordinamento spagnolo nella recente letteratura giuridica spagnola, anche per rinvii alla bibliografia più risalente, e per alcuni commenti critici alla STC 148/2021, cfr.: C. Garrido López, *La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46/2020, 371 ss.; M. Carrillo, *Diritto di eccezione*, cit.; M.Á. Presno Linera, *El estado de alarma en crisis*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 111/2021, 129 ss.; E. Carmona Cuenca, *El estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales ¿Limitación o suspensión?*, in *Rev.derecho político*, n. 12/2021, 13 ss. Concordano invece con il verdetto del Tribunale costituzionale, M. Revenga Sánchez, J.M. López Ulla, *El dilema limitación/suspensión de derechos y otras "distorsiones" al hilo de la pandemia*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 48/2021, 215 ss. e spec. 224. Infine, a commento della STC 148/2021, si vedano nella dottrina spagnola, in senso critico il primo e favorevole il secondo: A. López Basaguren, *El Tribunal constitucional frente a la emergencia pandémica (SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021)*, e M.Á. Recuerda Girela, *Las garantías constitucionales en los estados de emergencia (SSTC 148/2021, 168/2021, 183/2021)*, in *Rev.esp.der.const.*, n. 125/2022, rispettivamente, 237 ss. e 289 ss. E ancora, in senso favorevole alla STC 148/2021, cfr. R.L. Blanco Valdés, *La lucha contra el Covid-19 y la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma de 2020 en España: sobre la limitación y la suspensión de los derechos fundamentales*, in questa *Rivista*, vol. 54, numero speciale 2022, 71 ss.

³⁴ Si vedano, ad esempio: STC 70/2002 (FJ 10), STC 60/2010 (FJ 9), STC 64/2019 (FJ 5) e STC 99/2019 (FJ 6), ove il giudice costituzionale articola la verifica della proporzionalità in tre momenti che corrispondono ai giudizi di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto.

esplicare, giudicata semplicemente limitata, oltre al fatto che alla inadeguatezza del presupposto – la dichiarazione dello stato di allarme in luogo dello stato di eccezione – doveva discendere logicamente l'incostituzionalità *in toto* del decreto reale impugnato³⁵.

Qualche ulteriore osservazione critica merita il passaggio della STC 148/2021 ove la maggioranza del collegio derubrica la “sospensione” – così esplicitamente qualificata, come poc'anzi rilevato, nel testo del decreto reale n. 463/2020 – di una serie di attività economiche e commerciali a mera “restrizione” del loro esercizio, giudicandola pertanto proporzionata alle circostanze ed esente da vizi di incostituzionalità. La motivazione fa leva sul fatto che, differentemente dal sacrificio inflitto alla libertà di circolazione, la «suspensión de actividades», cui faceva riferimento testualmente l'impugnato art. 10 del decreto reale, non era generale, bensì «expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto: locales y establecimientos “minoristas” que no se encuentran incluidos entre las numerosas excepciones previstas [...]; o las “actividades de hostelería y restauración” [...]. Se imponen, así, unas reglas que, por su propia estructura y pese a su altísimo alcance, se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general» (FJ 9). Dunque, nella lettura del Tribunale costituzionale, era essenzialmente il carattere particolare delle singole attività interessate o comunque la possibilità della loro realizzazione mediante soluzioni alternative (ad es. servizio di consegna di cibi a domicilio) ad escludere la configurabilità della sospensione e a far propendere per la legittima limitazione, per quanto significativa, dei diritti coinvolti. Una lettura che non soltanto non convince – tanto più se si considera che, nonostante le numerose eccezioni disposte dall'art. 7 del decreto reale, la libertà di circolazione era stata giudicata sospesa dal Tribunale costituzionale – ma che genera incertezza giuridica, dal momento che «finalmente la determinación de que una determinada limitación constituya suspensión o no dependerá del libérrimo criterio del interprete constitucional», come sottolineava uno dei voti dissenzienti³⁶.

In conclusione, per quanto riguarda il *derecho de excepción* e il regime dei diritti fondamentali, sembra che il *Tribunal constitucional* con le sue argomentazioni abbia perso una straordinaria opportunità per puntualizzare profili – quali il concetto di “contenuto essenziale” di un diritto, la differenza oggettiva tra limitazione e sospensione, la distinzione tra stato di allarme e stato di eccezione³⁷ in base alla causa che origina l'una o l'altra situazione e non in ragione delle conseguenze e della intensità delle limitazioni prodotte al godimento di taluni diritti – che avrebbero meritato un più consapevole approfondimento, a fronte di circostanze emergenziali endemiche o comunque destinate a ripetersi nel tempo.

Peraltro, sia detto qui solo per completezza, l'orientamento del Tribunale smentiva implicitamente il punto di vista espresso sull'argomento

³⁵ Così, il *voto particular* di María Luisa Balaguer Callejón.

³⁶ Così, il *voto particular* di Cándido Conde-Pumpido Tourón.

³⁷ Peraltro, piuttosto apodittica su questo punto era stata anche la STC 83/2016 (FJ 8), come osserva M. Carrillo, *Diritto di eccezione*, cit., 12.

dal *Defensor del pueblo*³⁸ che, qualche tempo prima, aveva fatto appello alla proporzionalità delle restrizioni effettuate per concludere nel senso dell’opportunità della dichiarazione dell’*estado de alarma* nel marzo 2020, che aveva determinato limitazioni, ma non sospensioni, alle libertà dei cittadini, come aveva dimostrato lo svolgimento del contenzioso, ad esempio, a proposito dell’esercizio della libertà di circolare o riunirsi in luoghi pubblici, contenzioso che non avrebbe avuto ragione di aprirsi qualora quei diritti fossero stati sospesi *tout court*. La valutazione proseguiva osservando che nemmeno i decreti-legge adottati per fronteggiare gli aspetti sociali ed economici dell’emergenza sanitaria avevano comportato una lesione del contenuto essenziale di diritti, quali la contrattazione collettiva, il diritto di sciopero, la libertà di impresa; d’altra parte, la “sospensione” delle attività economiche – nozione richiamata letteralmente dal decreto reale n. 463/2020 e sulle cui ambiguità ci si è sopra soffermati – non intendeva propriamente evocare la sospensione di alcun diritto, bensì affermare la subordinazione delle libertà economiche al diritto alla salute che richiedeva, in quel drammatico frangente, priorità di attenzione da parte delle istituzioni.

5. Conclusioni in chiave comparata e questioni aperte

L’analisi svolta consente di mettere a fuoco alcune differenze di fondo tra l’ordinamento italiano e quello spagnolo che attengono all’approccio al tema delle emergenze, all’esercizio e alla interpretazione dei poteri di emergenza nel frangente della pandemia da Covid-19. Al contempo, però, sono altrettanto evidenti i comuni elementi di criticità che la gestione dell’emergenza sanitaria ha portato alla luce e che si traducono in altrettanti motivi di perplessità quanto a impatto non soltanto sullo statuto delle libertà costituzionali, ma altresì, almeno indirettamente, sul sistema delle fonti normative e sulla evoluzione della forma di governo parlamentare in entrambi gli ordinamenti considerati.

In primo luogo, i tratti differenziali. L’assenza di una clausola emergenziale nella Costituzione italiana e l’omissione di una disciplina generale delle situazioni di emergenza, diverse da quelle riconducibili all’ipotesi bellica e alle calamità da gestire mediante il sistema della protezione civile, rispondono nel nostro Paese a una precisa scelta del costituente e del legislatore, fatta salva naturalmente la possibilità di introdurre in futuro apposite modifiche sia al testo costituzionale che alla legislazione vigente, qualora si volesse apprestare una compiuta regolamentazione della materia che tenga conto, in qualche modo, anche della recente lezione del Coronavirus. Di contro, la presenza di precise disposizioni nel testo della Costituzione spagnola, puntualmente sviluppate dalla legge organica del 1981, si inserisce nella tradizione liberale³⁹ di

³⁸ Come risulta dalla *Resolución* del 3 settembre 2020. Per una sintetica ricostruzione della vicenda e della posizione assunta dal *Defensor del pueblo*, si rinvia a V. Piergigli, *La Spagna e la pandemia. Riflessioni interlocutorie sulla costituzionalità della dichiarazione dell’estado de alarma*, in *Lo Stato*, n. 15/2020, 303 ss.

³⁹ Si vedano le disposizioni della Cost. di Cadice del 1812 (art. 308) e delle successive Cost. del 1869 (art. 31) e del 1876 (art. 17), fino alla Cost. del 1931 (art. 42).

quell'ordinamento e trae, in certa misura, ispirazione dalla costituzionalizzazione degli stati di emergenza operata dal parlamento tedesco con la riforma della Legge fondamentale nel 1968⁴⁰. Pertanto, al “non modello” prescelto dall'ordinamento italiano si contrappone il “modello razionalizzato” delineato dall'ordinamento spagnolo⁴¹. Da questa differenza di impostazione sono discese, in relazione alla vicenda che ci occupa, le diverse modalità impiegate, nell'uno e nell'altro ordinamento, per dichiarare lo stato di crisi e affrontarne la gestione, malgrado si siano dovuti registrare, sia in Italia che in Spagna come nella maggioranza dei Paesi che si sono misurati con la medesima situazione, la pressoché inevitabile accentuazione del ruolo dell'esecutivo e il protagonismo del suo leader, con la contestuale emarginazione delle assemblee rappresentative e delle autonomie territoriali, accanto a significative compressioni, come ampiamente illustrato, di numerosi diritti fondamentali. Un ulteriore elemento di disomogeneità ha interessato la lettura che i giudici costituzionali, interpellati sulla legittimità dei provvedimenti concretamente assunti, hanno offerto alla linea di condotta seguita dai rispettivi governi per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana si evince il generalizzato «riconoscimento della legittimità del modello di gestione dell'emergenza pandemica»⁴² individuato dal nostro legislatore. Quantunque tale riconoscimento non esima da valutazioni caso per caso, suscettibili di evidenziare – come di fatto è accaduto – profili non esattamente in linea con il dettato costituzionale⁴³, il punto di partenza è degno di rilievo e non sembra suscettibile di smentita in futuro. Diversamente, il *Tribunal constitucional* spagnolo si è espresso nel senso della parziale incostituzionalità sia del primo stato che del secondo stato di allarme, che erano stati deliberati nel corso del 2020 con efficacia sull'intero

⁴⁰ La Legge fondamentale tedesca del 1949, sul tema aggiornata nel 1968, distingue i regimi di eccezione – stato di emergenza (art. 35, 2° co.), stato di tensione (art. 80) e stato di difesa (art. 115) – non soltanto in base all'origine interna o internazionale, ovvero alla natura politica o tecnica, ma prima ancora secondo una graduazione dei livelli di intensità per la sicurezza (o minaccia alla sicurezza) nazionale, cui corrisponde l'attivazione di crescenti garanzie istituzionali, a cominciare dal progressivo coinvolgimento dell'organo legislativo nell'accertamento e nella gestione della crisi. Il protagonismo del parlamento raggiunge il suo acme nello stato di difesa, che è assimilabile allo stato di guerra.

⁴¹ Così, A. Vedaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 300 ss., che, accanto al modello italiano (“non modello”) e a quello degli Stati Uniti (“modello ambiguo”), distingue, a sua volta, il modello “razionalizzato” in quelli “a intensità crescente” e “a livelli paralleli” con riferimento, rispettivamente, alla soluzione tedesca, accennata alla nota precedente, e a quella spagnola dell'art. 116 Cost.

⁴² Cfr. la *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, 7 aprile 2022, 6.

⁴³ È quanto rileva la stessa *Relazione*, cit., 6 s. (ma su temi analoghi, si veda anche la giurisprudenza costituzionale successiva) a proposito dei giudizi promossi, ad esempio, con riguardo alle misure legislative di proroga o differimento di termini dei procedimenti esecutivi ovvero di proroga della validità di determinati provvedimenti amministrativi, misure che non sempre si sono mostrate rispettose dei principi costituzionali e delle esigenze di bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

territorio nazionale, così andando a smantellare gran parte della strategia adottata dal governo per la gestione della pandemia⁴⁴.

In secondo luogo, le affinità emerse in relazione all'emergenza da Covid-19. Ci si riferisce, in particolare, alla questione, evocata tanto dal legislatore che dalla giurisprudenza costituzionale, della distinzione tra gli istituti della "limitazione/restrizione" e della "sospensione/deroga" all'esercizio di un ampio ventaglio di diritti fondamentali, fortemente conculcati durante la pandemia allo scopo di arginare la diffusione dei contagi e tutelare la salute della collettività. A questo proposito, è affiorata in entrambi gli ordinamenti una interpretazione quantitativa e gradualistica, piuttosto che qualitativa e sostanziale come sarebbe stato più corretto, del concetto di "sospensione". È ciò che traspare, implicitamente, dalla formulazione dell'art. 1 del d.l. n. 19/2020 e da alcuni passaggi della giurisprudenza costituzionale che si è sopra richiamata. È altresì quanto, esplicitamente, affermato dal *Tribunal constitucional* con la teoria secondo la quale la sospensione di un diritto è traducibile alla stregua di una limitazione molto intensa e suscettibile di determinare la cessazione o privazione temporanea dello stesso, come accaduto in relazione alla libertà di circolazione, ma non con riferimento, tra l'altro, alla libertà di riunione o all'esercizio di alcune attività economiche che pure erano state testualmente (*rectius*: frettolosamente) dichiarate "sospese" dal decreto che aveva attivato il primo stato di allarme. Se, sul punto, probabilmente la Corte costituzionale italiana non avrebbe potuto spingersi oltre nei giudizi che si sono sommariamente presi in considerazione, non fosse altro per il difetto di quelle categorie nel nostro sistema costituzionale, a ben diversi esiti potevano invece preludere – e forse da più parti ci si attendeva che preludessero – le questioni pervenute al cospetto del Tribunale costituzionale spagnolo. Precisamente, con la STC 148/2021, assunta a stretta maggioranza, non soltanto il collegio ha omesso di fare chiarezza, ma ha concorso a rendere ancora più ambigua quella distinzione, finendo per rinviare a se stesso l'individuazione di ciò che in concreto costituisce limitazione o sospensione di un diritto costituzionalmente garantito.

In conclusione, sembra di poter affermare che tanto laddove la distinzione tra limitazione e sospensione all'esercizio di diritti fondamentali è costituzionalmente evocata (come in Spagna), tanto laddove non lo sia (come nell'ordinamento italiano che implicitamente rinvia, di fatto, alla legge o ad atti con forza di legge), in ogni caso quello che emerge è che né il costituente, né il legislatore hanno chiara la differenza tra limitare un diritto e sospenderlo *tout court*. La crisi sanitaria da Covid-19 ha rappresentato, anche sotto questo aspetto, un'occasione mancata per fare luce, una volta per tutte, su questioni che, oltre all'indubbio interesse accademico di cui si è provato a dar conto, presentano immediati risvolti pratici.

Accanto a questi nodi irrisolti, la gestione della pandemia ha inoltre lasciato aperte alcune problematiche con le quali è probabile che le

⁴⁴ Sul contributo del giudice costituzionale alla interpretazione dell'emergenza da Covid-19 in prospettiva comparata, sia consentito rinviare a V. Piergigli, *Corti costituzionali e diritti ovvero l'onda lunga della risposta istituzionale all'emergenza sanitaria. Quali prospettive per il post-pandemia*, in questa *Rivista*, vol. 57, n. 1/2023, 693 ss. e bibl. *ivi*.

istituzioni, politiche e di garanzia, debbano tornare a confrontarsi in presenza di analoghi, gravi accadimenti emergenziali. Così, ad esempio, non costituirebbe più un inedito per l'Italia l'assegnazione al presidente del consiglio dei ministri di un ruolo centrale, tanto nell'ambito del collegio governativo che nella interlocuzione col parlamento e con le regioni, qualora occorra affrontare efficacemente sul territorio nazionale una qualsivoglia situazione di emergenza. Come l'esperienza ha già dimostrato, un atto con forza di legge può abilitare l'organo di vertice governativo a decidere con propri atti (d.p.c.m.) sulla sorte delle situazioni giuridiche soggettive ancorchè tassativamente enumerate – restringendone o ampliandone le facoltà – sino a risolversi per la loro sospensione, con tutti i dubbi che tuttora residuano sulla esatta delimitazione di questa nozione. Certamente, accanto agli adempimenti che la Consulta ha richiamato nella sent. 198/2021 per avvalorare la legittimità del d.l. n. 19/2020 e dei conseguenti d.p.c.m., rimarrebbero salde le garanzie politiche e giurisdizionali, salvo chiedersi se siano sufficienti a fronte della discrezionalità, non soltanto amministrativa ma anche politica, riconosciuta al leader governativo di turno.

Volgendo lo sguardo al sistema spagnolo, gli scenari sembrano perfino più incerti. Come si è accennato, il *Tribunal constitucional* spagnolo, dopo aver dichiarato la parziale illegittimità sia del primo che del secondo stato di allarme, non si è limitato al ruolo di “legislatore negativo”, spingendosi a suggerire alle forze politiche che la modalità più idonea per affrontare l'emergenza sanitaria avrebbe dovuto essere l'*estado de excepción*, così ponendo governo e parlamento di fronte a un serio dilemma, semmai dovesse ripresentarsi una analoga congiuntura e senza escludere naturalmente una eventuale riforma della legge organica sugli stati di emergenza. Come la dottrina più avveduta ha già prospettato, infatti, la dichiarata incostituzionalità dello stato di allarme non legittima affatto il ricorso allo stato di eccezione per gestire eventi straordinari imputabili a cause diverse da quelle politiche; con la conseguenza, in prospettiva, di rendere vieppiù agevole il ricorso alla legislazione ordinaria, ad esempio in materia di protezione civile e di sanità pubblica, e di imprimere ulteriore slancio alla normalizzazione di emergenze scatenate da fattori naturali⁴⁵. Inutile sottolineare che lo schema da ultimo evocato contribuirebbe a rendere ancora più evanescente di quanto non sia oggi nelle democrazie costituzionali il confine tra ordinarietà e straordinarietà, tra normalità ed emergenza, con tutto quanto ne consegue per la protezione delle libertà e per le garanzie che uno stato democratico di diritto non dovrebbe mai smarrire.

Valeria Piergigli
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Siena
valeria.piergigli@unisi.it

⁴⁵ Sul punto, cfr. A. López Basaguren, *El Tribunal constitucional frente a la emergencia pandémica*, cit., 277.