

Anche se il riconoscimento dei diritti fondamentali può subire una limitazione, in ragione della pandemia, la Costituzione non può smettere di essere osservata

di Agnese Calvi

Title: Even if the Constitution has taken a holiday during this pandemic, it cannot become a sabbatical

Keywords: Restrictions caused by Covid-19; public health; free exercise of religion.

1. – I cambiamenti imposti dalla diffusione della pandemia da Covid-19 hanno investito, a livello mondiale, gli ambiti più diversi della vita umana, da quello sanitario a quello economico, da quello politico a quello religioso, incidendo, di per sé, sulle libertà fondamentali collegate alla “quotidianità”.

In particolare, l'intervento dello Stato, ovunque, è stato contrassegnato dalla necessità di intervenire *extra ordinem*, limitando una molteplicità rilevante di diritti costituzionali, a partire, ma non solo, da quello alla circolazione. Accanto, infatti, al diritto di riunione, di associazione e di istruzione, anche il diritto di professare la propria fede nei luoghi religiosi ha subito ampie restrizioni (cfr. F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in www.federalismi.it e www.comparativecovid.it, 12 novembre 2020; G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata da Covid-19*, in www.questionedigiustizia.it, 27 marzo 2020).

In tutti questi casi, il diritto all'emergenza ha dovuto misurarsi col difficile compito di imporre regole adeguate ad arginare lo *spread* del virus senza “rompere”, al contempo, le maglie dei limiti costituzionali, dettati dalle rispettive Carte (cfr. A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in www.biodiritto.it, 14 marzo 2020; M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 24 e 26 ottobre 2013).

Preme osservare che, mentre si scrive, sono ancora poco numerosi gli interventi dei giudici costituzionali *in subiecta materia* e, di conseguenza, sono rare le decisioni che hanno statuito sul bilanciamento tra i citati diritti costituzionali ed in particolare sulla valutazione della proporzionalità degli interventi adottati dai rispettivi Stati.

Negli Stati Uniti, la possibilità di adire in via d'urgenza la Corte Suprema ha reso possibile giungere ad una pronuncia in materia avente ad oggetto la libertà di professare la propria fede religiosa nei luoghi di culto.

2. – Il 7 marzo 2020 il Governatore di New York, Cuomo, per fronteggiare l'emergenza pandemica, dichiarava lo stato di emergenza, giustificando l'esercizio di poteri esecutivi straordinari (cfr. *N.Y. Exec. Law* § 28).

Successivamente, il 6 ottobre 2020, in forza della dichiarata situazione emergenziale, sulla scia di alcuni provvedimenti adottati da altri Governatori (in specie dal Governatore Gavin Newsom della California e dal Governatore Steve Sisolak del Nevada), emanava l'*Executive Order* 202.68, con il quale divideva la città di New York in tre macroaree, a seconda del rischio di diffusione del virus nel rispetto del parere dello *State Department Health of New York*.

Con specifico riferimento alle funzioni religiose, l'*Executive Order* stabiliva che nelle "zone rosse", ovvero quelle maggiormente colpite dalla pandemia, le funzioni religiose fossero ammesse ma dovevano essere celebrate con una presenza di fedeli non superiore al 25% della capienza massima dell'edificio e in ogni caso con un massimo di 10 fedeli; nelle "zone arancioni", invece, il limite era stato fissato ad un massimo di 25 fedeli (non più del 33% della capienza massima della Chiesa); in quelle "gialle" l'accesso era consentito ad un numero di fedeli pari al 50% della capienza massima del luogo sacro.

3. – Ritenendo tali provvedimenti oltremodo restrittivi della libertà religiosa ("*emergency does not create power*", cfr. *Supreme Court, Home Bldg. & Loan Ass'n v. Blaisdell et ux.*, Jan., 8, 1934, 290 U.S. 398), alcuni gruppi religiosi – in particolare, *the Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York* – impugnavano il provvedimento del Governatore. Analogo ricorso veniva proposto da *Agudath Israel of America et. al.*

Adita in primo grado, la Corte distrettuale rigettava il ricorso e così veniva proposto appello dinanzi alla *Court of Appeals of the Second Circuit of the United States*.

A distanza di alcuni giorni, il 25 novembre 2020, si investiva la Corte Suprema in via d'urgenza attraverso una "*injunctive relief*", presentata dalla Diocesi cattolica di Brooklyn. Quest'ultima chiedeva la sospensione cautelare dell'ordine esecutivo del Governatore nella parte in cui limitava il numero di partecipanti per ogni funzione religiosa, in attesa della pronuncia di merito della Corte d'Appello che era stata fissata per il 18 dicembre 2020.

1456

4. – Preme osservare, in generale, che lo strumento cautelare può essere utilizzato nei ricorsi presentati alla Corte Suprema solo eccezionalmente, ossia qualora ricorrano le seguenti condizioni: "(1) *irreparable injury in the absence of such an order*; (2) *that the threatened injury to the moving party outweighs the harm to the opposing party resulting from the order*; (3) *that the injunction is not adverse to public interest*; and (4) *that the moving party has a substantial likelihood of success on the merits*" (cfr. www.law.cornell.edu – *definition of "injunctive relief"* e *Winter v. Natural Resources Defence Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 20 (2008), in www.supreme.justia.com).

In pratica trattasi di un mezzo giudiziario che presenta diverse affinità con il ricorso cautelare che nell'ordinamento italiano è previsto sia nel processo ordinario (articolo 700 del c.p.c.) che in quello amministrativo (articolo 55 del c.p.a.) e non, sino ad epoca recente, nel giudizio costituzionale. Ultimamente, invero, anche la Corte Costituzionale italiana ha per la prima volta utilizzato il potere previsto dall'art. 35 della l. n. 87/1953 di sospensione cautelare di una legge regionale. Con l'ordinanza n. 4/2021 del 14.01.2021 la Corte Costituzionale italiana ha infatti sospeso gli effetti della legge della Valle D'Aosta n. 11 del 9 dicembre 2020, emanata al fine del contenimento della pandemia, in quanto la sua esecuzione rischiava di produrre un pregiudizio all'interesse pubblico ed un danno grave e irreparabile per i diritti dei cittadini.

Tornando al precedente statunitense, si rammenta che lo strumento cautelare rientra nell'armamentario dei mezzi utilizzabili dalla Corte Suprema, posto che il giudice costituzionale è tenuto a valutare, in *limine litis*, sia l'esistenza del "pregiudizio imminente e irreparabile" sia il *fumus boni iuris*, ossia la fondatezza della

richiesta, esattamente come nelle ipotesi presenti nell'ordinamento italiano sopra citate. L'*injunctive relief* statunitense, infatti, si fonda sia su "*likelihood of success on the merits*" sia su "*irreparable harm*" sia su "*public interest*".

Dato atto che la Carta dei diritti statunitense, a differenza di diversi altri Testi costituzionali (cfr. paragrafo n. 5), non contempla espressamente la tutela del diritto alla salute, la Corte Suprema entrava nel merito del provvedimento adottato dal Governatore di New York e, discostandosi da alcuni precedenti (cfr. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 590 U.S. (2020) e *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 591 U.S. (2020)), non riteneva lo stesso provvedimento idoneo a superare il test di proporzionalità. A parere della Corte Suprema, il Governatore avrebbe potuto ricorrere ad altre diverse misure meno restrittive, riducendo il rischio correlato alla salute individuale dei partecipanti alle funzioni religiose, senza adottare provvedimenti così estremi. A titolo esemplificativo, Cuomo avrebbe potuto determinare la limitazione del numero dei fedeli ammessi alla funzione in base alla reale ampiezza del luogo sacro.

Non solo, le misure adottate erano eccessive anche rispetto ad altre situazioni nelle quali non si era utilizzato il medesimo rigore: si violava, dunque, anche il principio di uguaglianza. Specificatamente, la Corte Suprema stigmatizzava le misure adottate dal Governatore Cuomo in ambiente religioso – la "*house of worship*" – evidenziando che le stesse non erano state replicate anche all'interno di luoghi laici, "*including everything from supermarkets to pet stores, huge hardware stores to brokers' offices*", come peraltro argomentato dalle *Questions* poste dalla difesa della Diocesi.

Alla luce di queste argomentazioni, pur se non all'unanimità (ossia, con 5 voti a favore e 4 contrari), la Corte annullava le misure adottate per violazione della libertà di culto, "*Free Exercise Clause*", che insieme alla libertà di parola e alla libertà di stampa è regolata nel "*First Amendment's*" (cfr. *U.S. Const. amend. I*). Più in generale, si rilevava la violazione del I emendamento della Carta dei diritti, posto che la discriminazione religiosa rappresenta "*odious to our Constitution*" (cfr. *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 137 S. Ct. 2012, 2025, 2017).

Nel merito, nonostante i Giudici avessero ammesso di non essere degli esperti in materia sanitaria e, dunque, di essere tendenzialmente rispettosi del parere degli esperti dei quali si era avvalso il Governatore ("*members of this Court are not public health experts, and we should respect the judgment of those with special expertise and responsibility in this area*"), tuttavia, ritenevano la misura adottata viziata non nell'*an* ma nel *quomodo*, posto che tali limitazioni, per essere legittime, devono essere contingenti, circoscritte e non operanti *sine die*.

Dato atto, come rilevato dal Giudice Gorsuch (*concurring opinion*), che durante la pandemia la Costituzione era andata in "vacanza" – "*even if the Constitution has taken a holiday during this pandemic*" – tuttavia, la vacanza non poteva tramutarsi in un anno sabbatico – "*(...) it cannot become a sabbatical*" – e pertanto la decisione assunta dal Governatore era eccessivamente restrittiva del diritto di professare la propria fede religiosa nei luoghi di culto.

Di diverso avviso erano i Giudici Breyer, Sotomayor e Kagan i quali, invece, ritenevano che la gravità della situazione dovuta alla pandemia giustificava le misure adottate dal Governatore anche se lesive del I emendamento: "*(...) the nature of the epidemic, the spikes, the uncertainties, and the need for quick action, taken together, mean that the State has countervailing arguments based upon health, safety, and administrative considerations that must be balanced against the applicants' First Amendment challenges*".

Alla luce della sentenza della Corte Suprema, la *Court of Appeals for the Second Circuit of the United States* che aveva riunito le cause aventi lo stesso oggetto – ovvero, *Agudath Israel of America v. Cuomo*; *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* –, il 28 dicembre 2020 annullava l'ordine esecutivo del Governatore, in quanto esagerato e non adeguato ad arginare la diffusione del virus Covid-19.

5. – Volendo effettuare un raffronto con quanto accaduto in altri Paesi (cfr. A. Vendaschi e L. Cuocolo, *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, in www.dpceonline.it, n. 2/2020, e R. Tarchi, *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, in www.gruppodipisa.it e in www.comparativecovidlaw.it) è anzitutto utile verificare se le Costituzioni ivi vigenti contemplino espressamente il diritto alla salute che, come sottolineato, non trova spazio nella Carta dei diritti statunitense.

Nell'ordinamento italiano, per fare un primo esempio, il diritto alla salute è l'unico diritto per l'individuo collegato ad un interesse della collettività definito espressamente "fondamentale" dalla Costituzione (art. 32 Cost.). Chiarito ciò, si osserva che con l'art. 1 comma 2, lett. c., del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, il Governo italiano disponeva la "sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi aperti al pubblico". Addirittura, durante la prima fase di diffusione del virus, il Governo vietava lo svolgimento di qualsiasi tipo di celebrazione funebre. Successivamente, con diversi decreti del Presidente del Consiglio, il Governo optava per una riduzione del rigore inizialmente previsto, regolando l'apertura dei luoghi di culto, nel rispetto di misure stringenti volte ad evitare assembramenti e a tutelare la salute collettiva.

Anche in Italia si impugnavano i provvedimenti adottati a restrizione della libertà di culto ma il Tar Lazio respingeva l'istanza cautelare (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. 1, 19 aprile 2020, n. 3453) ritenendo che il DPCM del 26.4.2020, nella parte in cui vietava la celebrazione di funzioni religiose, faceva correttamente prevalere la tutela della salute pubblica su quella del proprio credo religioso. Dunque, i Giudici italiani non entravano nel merito specifico della proporzionalità delle restrizioni effettuate ma si limitavano a considerare comunque prevalente il bene "salute pubblica" anche grazie al richiamo costituzionale.

Quanto all'ordinamento tedesco, si osserva che il diritto alla salute non è contemplato dalla Legge fondamentale mentre la libertà di culto è espressamente tutelata dall'art. 4, comma 2. Analogamente a quanto verificatosi negli Stati Uniti, anche in Germania, l'organo di giustizia costituzionale entrava nel merito delle restrizioni adottate ed accoglieva (cfr. dejure.org/corona-pandemie) la richiesta di sospensione di una decisione adottata dal Lander della Bassa Sassonia che aveva imposto il divieto di celebrare messe nelle moschee e nelle sinagoghe (1 BvQ 44/20, in www.bundesverfassungsgericht.de).

Anche in Francia, infine, dove pure opera la Carta della Salute approvata nel 1982, la libertà di religione tutelata dall'art 1 della Costituzione ha prevalso nell'operazione di bilanciamento del Consiglio di Stato il quale, il 18 maggio 2020, ordinava al Governo francese di riequilibrare, in quanto sproporzionate, le restrizioni disposte sul numero di fedeli ammessi a presenziare le celebrazioni religiose.

6. – In conclusione, è proprio la sottoposizione e l'analisi del caso concreto, ossia lo stato pandemico eccezionale, a far emergere come debba essere la Costituzione, quale espressione e rappresentazione dei valori dell'ordinamento e dei diritti degli individui, ad orientare, nei vari Stati, le scelte dei poteri legislativo ed esecutivo. Accanto ad essa, però, è opportuno che le Corti Costituzionali operino un controllo sul bilanciamento e la proporzionalità degli interventi adottati proprio al fine di evitare che la Costituzione che, in simili casi, tenda ad andare in "vacanza", non si prenda, come sottolineato, addirittura "un anno sabbatico".

Si osserva inoltre che, nonostante *prima facie* possa sembrare che la diffusione del virus Covid-19, generando una situazione di crisi globale, abbia comportato preoccupazioni, disagi e allerte sanitarie, economiche e culturali, di tenore identico in tutto il mondo e sebbene le risposte con cui i vari Stati hanno reagito siano state

interamente orientate a bloccare la “socialità” per rallentare i contagi, tuttavia, dalla comparazione giuridica emerge che non in tutti gli ordinamenti si sia giudicato allo stesso modo.

Negli USA, anche in forza di un’interpretazione costituzionale che fa derivare il diritto di professare una religione da uno dei valori cardine della Costituzione, ossia l’identità e la dignità umana che insieme integrano il diritto alla felicità, il test di bilanciamento è molto più rigoroso che altrove anche perché il nucleo minimo ed essenziale di tale diritto non può mai essere sacrificato. Ne è conseguito un affievolimento della tutela della salute della collettività, la quale, preme osservare, negli USA, è già afflitta da un sistema sanitario che non tutela completamente i meno abbienti.

Agnese Calvi
Università del Salento