

Corti costituzionali e diritti ovvero l'onda lunga della risposta istituzionale all'emergenza sanitaria. Quali prospettive per il post-pandemia?

di Valeria Piergigli

Abstract: *Constitutional Courts and rights or the long wave of the institutional response to the health emergency. Which perspectives for the post-pandemic era?* – The article is focused on the contribution that constitutional judges, especially in Italy, France and Spain, have offered with different solutions to the disputes which, in the evolution of the pandemic emergency, have directly affected the issue of balancing the right to health, on the one hand, and other rights variously restricted or derogated, on the other hand, according to the test of proportionality. The reflection contributes to focus on certain legacies, probably suitable to be maintained in the post-pandemic era, and to identify some main trends along which the Constitutional Courts are moving as guarantors of constitutionally recognized rights and freedoms.

Keywords: Constitutional Courts; Fundamental rights; Restrictions; Proportionality; Pandemic.

697

1. Introduzione. *Rule of law* e garanzie giurisdizionali alla prova dell'emergenza Covid-19

«Even in a state of public emergency the fundamental principle of the rule of law should prevail [...] The rule of law means a system where governmental agencies must operate within the framework of law, and their actions are subject to review by independent courts. In other words, the legal security of individuals should be guaranteed». Così si esprimeva la Commissione di Venezia in un rapporto sugli *Emergency powers* ormai risalente, condotto sulle discipline emergenziali in 32 paesi del Consiglio d'Europa, ed elaborato – per così dire – in tempi non sospetti¹, ossia alcuni anni prima dei diversi e gravi fatti che, con l'inizio del nuovo millennio, avrebbero sconvolto intere popolazioni con inevitabili ripercussioni, pressoché ovunque su scala mondiale, sugli assetti istituzionali e sul regime dei diritti. Si allude, in particolare, agli attacchi terroristici di matrice islamica scatenati dopo l'11 settembre 2001, alla crisi sanitaria esplosa nel 2020, fino all'emergenza bellica russo-ucraina scoppiata alla fine di febbraio 2022. Tutte situazioni, quelle ora richiamate, non ancora del tutto sotto controllo o comunque dagli sviluppi almeno in parte incerti, che hanno innescato ulteriori crisi – di natura sociale, economica, ener-

¹ Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Emergency Powers*, Strasbourg, 1995.

getica, alimentare, umanitaria – destinate a protrarsi e ad interessare drammaticamente, seppure con differente intensità, numerosi Stati ed estese aree del pianeta.

Dopo quel primo studio, la medesima Commissione sarebbe tornata a più riprese² sulla necessità che, in situazioni di emergenza pubblica, siano comunque salvaguardati i *core elements* del *rule of law*, tra i quali devono ricondursi i principi di legalità e certezza del diritto, la separazione dei poteri e il meccanismo dei *checks and balances*, l'eguaglianza davanti alla legge e il principio di non discriminazione, il giusto processo e la garanzia di giudici indipendenti e imparziali, la protezione dei diritti fondamentali e la difesa delle istituzioni democratiche. In particolare, alcuni documenti prodotti durante la pandemia del 2020³, oltre a raccomandare la costituzionalizzazione degli stati di emergenza, ribadivano l'opportunità per i paesi membri del Consiglio d'Europa di garantire l'effettività del sistema dei controlli, tanto del parlamento rispetto alle attività del governo e degli apparati amministrativi, quanto dei giudici e dei tribunali costituzionali, in considerazione delle deroghe che una situazione emergenziale è suscettibile di apportare al concreto esercizio dei diritti fondamentali e all'equilibrio dei poteri costituiti.

Per parte sua, il Parlamento europeo in una risoluzione del novembre 2020⁴, di fronte al medesimo frangente, ha fatto riferimento ai diversi report della Commissione di Venezia e alla prima relazione annuale della Commissione europea sullo stato di diritto⁵ per invitare, tra l'altro, gli Stati dell'Unione a non abusare dei poteri di emergenza, a garantire l'efficace controllo parlamentare e giurisdizionale, a disporre restrizioni ai diritti fondamentali solo ove strettamente necessario e giustificato. E ancora, sulla salvaguardia del principio di legalità e sulla predisposizione di un sistema efficace di *judicial review*, limitatamente alla durata dell'emergenza e con gli adattamenti processuali resi possibili dal ricorso alla tecnologia digitale, insisteva uno (*Justice System*) dei 15 Principi elaborati, a maggio 2020, dall'European Law Institute (ELI), a garanzia del *rule of law* e dei valori democratici, che la gestione dell'emergenza da Covid-19 poteva rischiare di compromettere⁶.

² Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Rule of Law*, Strasbourg, 4 April 2011; Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Rule of law checklist*, Strasbourg, 18 March 2016.

³ Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Compilation of Venice Commission. Opinions and Reports on States of Emergency*, Strasbourg, 16 April 2020; Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Respect for Democracy, Human Rights and Rule of Law during States of Emergency – Reflections*, Strasbourg, 19 June 2020; Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Interim Report on the Measures Taken in the EU Member States as a Result of the Covid-19 Crisis and Their Impact on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights*, Strasbourg, 8 October 2020. Per un commento, cfr. J.M. Castellà Andreu, *Preserving Democracy and the Rule of Law in a Pandemic. Some Lessons from the Venice Commission*, in J.M. Castellà Andreu, M.A. Simonelli (eds.), *Populism and Contemporary Democracy in Europe. Old Problems and New Challenges*, Palgrave Mcmillan, 2022, 253 ss.

⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla Covid-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali.

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, Bruxelles, 30 settembre 2020.

⁶ European Law Institute, *ELI Principles for the Covid-19 Crisis*, Vienna, 2020 (www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf).

Quanto sinteticamente richiamato intende ribadire che le garanzie giurisdizionali, con i connessi diritti alla difesa, al contraddittorio, alla imparzialità e indipendenza dei giudici, alla ragionevole durata dei processi, devono essere mantenute e preservate anche (e soprattutto) in pendenza di circostanze variamente definibili come emergenziali. Non solo. Nel sistema delle garanzie apprestate dagli ordinamenti di democrazia pluralista, a presidio della legalità costituzionale e a protezione dei diritti dei singoli che potrebbero ritenersi vulnerati dalle misure adottate dal decisore politico per fronteggiare uno stato di crisi, un posto speciale è indubbiamente quello riservato alle Corti supreme o costituzionali.

Ebbene, le Corti, in maniera ancora più evidente della sorte toccata ai giudici comuni (ordinari e amministrativi), sono state investite – quantunque non in via generalizzata nei diversi ordinamenti – soltanto in un secondo momento delle questioni relative alla legittimità degli interventi assunti dagli organi politici e ciò per ragioni legate, essenzialmente, alle tipologie degli atti impugnabili, alle modalità e ai tempi di attivazione che non ovunque consentono una presa di posizione immediata sui casi concreti, ma richiedono, al contrario, la predisposizione di apposite procedure ovvero l'adempimento di alcuni requisiti preliminari. L'onda della risposta giurisdizionale si allunga ulteriormente ove si considerino le istanze sovranazionali e internazionali di garanzia, quali la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo, che sono attivabili soltanto a ben precise condizioni.

Sia pure con l'inevitabile ritardo determinato dal concreto funzionamento dei sistemi di giustizia costituzionale, il lasso di tempo ormai trascorso (tre anni) dall'esordio della pandemia da Covid-19 ha permesso l'avvio di una *case-law* che merita, a questo punto, qualche approfondimento anche in termini di eventuali sviluppi futuri, tanto sul piano procedurale che su quello sostanziale. La presente riflessione intende, anzitutto, prendere in considerazione il contributo che il giudice costituzionale ha offerto alla soluzione delle controversie che, nella evoluzione dell'emergenza pandemica, hanno direttamente interessato il tema del bilanciamento tra diritto alla salute e altri diritti variamente limitati o compressi, nonché tra le due dimensioni, individuale e collettiva, dello stesso diritto alla salute. L'indagine così condotta sarà utile per formulare alcune osservazioni di rilievo comparatistico rispetto alla reazione dei giudici costituzionali alle lamentate lesioni di svariati diritti fondamentali, ma anche, e in generale, per provare a ridefinire i contorni della suprema istanza di garanzia al tempo delle emergenze, che tendono sempre più frequentemente ad assumere i tratti della permanenza e della globalità, a prescindere dalla eziologia tecnica o politica. L'attenzione sarà rivolta in particolare all'esperienza di alcuni ordinamenti nazionali connotati, con i dovuti distinguo, dalla presenza di un sindacato accentratore di costituzionalità. Infine, la riflessione consentirà di mettere a fuoco le acquisizioni più significative, probabilmente idonee ad essere mantenute e perfezionate nel post-pandemia, e di individuare le traiettorie lungo le quali si stanno incamminando le Corti nel loro ruolo di massime interpreti

e garanti del sistema delle libertà costituzionali⁷.

2. Le Corti costituzionali e la reazione all'emergenza: aspetti processuali e analogia degli strumenti adottati

Un dato comune nell'approccio seguito da numerose Corti costituzionali, almeno nella fase iniziale e più critica della diffusione dei contagi, è stato quello di assicurare la continuità dell'amministrazione della giustizia costituzionale e la piena operatività degli apparati serventi, a conferma che le istituzioni – comprese quelle di garanzia – non possono essere sospese e, anzi, devono continuare a presidiare i valori fondamentali dell'ordinamento. Pertanto, nel rispetto delle esigenze di salute pubblica e della incolumità degli stessi giudici e funzionari, sono state individuate, dalle Corti medesime ovvero dal legislatore, modalità alternative e in larga parte inedite per consentire la prosecuzione o l'adattamento del rito alle circostanze emergenziali.

Oltre alla cancellazione delle occasioni di incontro e al contingentamento delle presenze nei palazzi, sedi delle Corti, all'osservanza delle generalizzate misure di distanziamento e di igiene, alla eventuale turnazione del lavoro dei giudici⁸, al rinvio delle udienze ritenute non urgenti e alla proroga dei termini per la proposizione dei ricorsi, piuttosto diffusa è stata ovunque l'utilizzazione degli strumenti informatici non soltanto per gli adempimenti processuali delle parti, ma altresì per continuare a tenere le riunioni degli organi giudicanti⁹, analogamente a quanto praticato, del resto, presso altre sedi collegiali, incluse quelle della rappresentanza politica ai vari livelli.

Più precisamente, la Corte costituzionale italiana ha deciso con provvedimenti

⁷ Tra i primi studi sul tema, cfr. T. Ginsburg, M. Versteeg, *The Bound Executive. The Emergency Powers during the Pandemic* (July 26, 2020), in *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52* (ssrn.com/abstract=3608974), P. Passaglia, *Emergenza sanitaria e diritti: una prospettiva comparata*, in *DPCE online*, n. 3/2020, spec. 4286 ss. e il numero monografico 2/2021 di *Percorsi costituzionali "Covid e Corti – Covid and Courts"*, curato da L. Scaffardi, *Domande di giustizia originate dalla pandemia da Covid-19*, ivi, 451 ss. E ancora, sia pure da una diversa prospettiva di indagine, si interroga sulla efficacia dei sistemi di giustizia costituzionale al tempo della pandemia P. Passaglia, *La pandemia e la centralità del fattore "tempo" nel contenzioso tra enti territoriali di fronte alle giurisdizioni costituzionali. Spunti di riflessione tratti da alcune esperienze europee*, in *DPCE online*, vol. 54 numero speciale 2022, 255 ss.

⁸ Come accaduto, ed esempio, in Germania con riguardo al Tribunale costituzionale federale; così riferisce J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir Schaffen Das!"*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1733.

⁹ Da uno studio della Commissione di Venezia (*Observatory on emergency situations*, reperibile al sito: www.venice.coe.int/files/EmergencyPowersObservatory//T14-E.htm) risulta che hanno proseguito normalmente la loro attività le Corti costituzionali o supreme di Armenia, Nord Macedonia, Ucraina, Repubblica Ceca (che però ha adottato alcune misure di sicurezza, come la chiusura al pubblico dell'edificio della Corte), mentre hanno sospeso di fatto le loro funzioni, almeno durante le prime settimane dell'emergenza sanitaria, le Corti costituzionali o supreme di Cipro, Kirgistan (tranne per le cause urgenti), Messico (per un periodo all'inizio della pandemia, poi la Corte suprema ha ripreso le attività a metà aprile 2020 lavorando a distanza), Monaco, Serbia (ma la cancelleria della Corte ha continuato a funzionare), Stati Uniti. Hanno invece optato per la prosecuzione delle attività con il ricorso ai mezzi informatici le Corti costituzionali o supreme di cui si dà conto nel testo e quelle di Lituania, Portogallo, Slovacchia, Turchia, Regno Unito, Azerbaijan, Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Ungheria.

di auto-normazione, fin dall'inizio del mese di marzo 2020¹⁰, di non interrompere l'esercizio delle sue funzioni e di ricorrere temporaneamente all'impiego delle tecnologie telematiche per il deposito di atti e memorie delle parti – ad esclusione degli atti di promovimento di nuovi giudizi – nonché per lo svolgimento delle riunioni del collegio, posticipando la trattazione delle udienze pubbliche, a meno che si presentassero questioni di eccezionale gravità e urgenza. Ad ogni modo, quasi tutte le cause rinviata venivano recuperate in apposite sessioni di lavoro e calendarizzate per i mesi estivi, in aggiunta ai lavori già programmati. Diversamente, si sono regolarmente svolte, senza altre dilazioni, le trattazioni in camera di consiglio: pertanto, i giudizi promossi in via incidentale e celebrati da remoto, in considerazione della mancata costituzione delle parti, non hanno conosciuto arretrati. Ad aprile 2020 veniva disposta la cessazione del rinvio delle udienze pubbliche, introducendosi la possibilità di tenere le stesse da remoto, assicurandone la pubblicità mediante la verbalizzazione a cura del cancelliere e la pubblicazione delle registrazioni sul sito *web* della Corte. Alla graduale ripresa delle attività in presenza alla fine di giugno 2020, seguiva, in concomitanza con la rescrudescenza dei contagi nell'autunno dello stesso anno, un nuovo adattamento delle modalità di svolgimento dei lavori, che comportava l'esclusione della partecipazione del pubblico, salvo garantire la diretta *streaming* della trattazione delle cause in aggiunta alla pubblicazione successiva delle registrazioni sul sito *web* della Corte a beneficio della stampa. Contestualmente, veniva consentito alle parti e ai giudici il collegamento *online* alle udienze pubbliche, in un primo momento su autorizzazione del presidente della Corte e, successivamente, su semplice richiesta degli interessati¹¹. Ulteriori decreti del presidente della Corte costituzionale, adottati nel corso della primavera 2021¹², allentavano progressivamente le restrizioni agli adempimenti processuali, fino a riammettere la presenza fisica contingentata di pubblico e giornalisti alle udienze, con la garanzia della pubblicità delle stesse secondo le modalità sopra esplicate, e mantenendo la possibilità, per i giudici e gli avvocati, di partecipare anche mediante collegamento telematico, finché, dal 10 gennaio 2023, la Corte è tornata a riunirsi in udienza pubblica. L'approccio della Consulta è stato dunque ispirato

¹⁰ Si vedano: la delibera collegiale del 9 marzo 2020, nonché i decreti della presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia del 12 e 24 marzo, del 20 aprile, dell'8 e del 23 giugno 2020. Ad eccezione del primo decreto del 12 marzo, che era stato assunto in autonomia dalla Presidente, tutti i restanti decreti venivano adottati su conforme avviso del collegio. Il decreto dell'8 giugno disponeva la riapertura al pubblico e alla stampa del Palazzo della Consulta, mentre l'ultimo dei decreti riportati ripristinava le modalità ordinarie di lavoro, comprese quelle relative al deposito dei documenti e alla celebrazione delle udienze, con la presenza fisica dei giudici, degli avvocati e delle parti. In dottrina per una ricostruzione dettagliata, cfr. P. Costanzo, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta online*, I, 2020, 158 ss.; R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, III, 2020, 528 ss.; F. Dal Canto, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica. Tra forma e sostanza*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali, Atti del XXV Convegno annuale, 4 dicembre 2020*, Napoli, 2021, p. 360 ss., il quale manifesta dubbi sul fatto che si sia proceduto con decreto della presidente anziché con lo strumento della delibera collegiale; L. Giacomelli, E. Lamarque, *The Italian Constitutional Court and the Pandemic*, in E. Hondius et al. (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2021, spec. 62-63; P. Costanzo, L. Trucco, *La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l'infezione da Covid-19*, in *Percorsi costituzionali*, cit., 209 ss.

¹¹ Decreti del presidente della Corte costituzionale Mario Morelli del 6 e 30 ottobre 2020.

¹² Decreti del presidente della Corte costituzionale Giancarlo Coraggio del 16 marzo e 18 maggio 2021.

alla massima flessibilità, in linea con le varie ondate dell'epidemia e con la necessità di assicurare la continuità del ruolo istituzionale, compatibilmente con la situazione generale, per la salvaguardia dei diritti dei cittadini e, *in primis*, del diritto di accesso alla giustizia. Peraltro, quantunque avviata in epoca precedente alla pandemia, sembra difficile non immaginare l'accelerazione impressa, a causa delle recenti vicende emergenziali, alla realizzazione di alcune significative novità che valgono ad ammodernare *il modus operandi* della Corte e a rendere, in futuro, più efficiente il sistema della giustizia italiana. Il riferimento è alla introduzione del processo costituzionale telematico che comporta, dal 3 dicembre 2021, l'abbandono dell'obsoleto modello cartaceo a favore della totale digitalizzazione degli atti processuali. La piattaforma *e-Cost* permette, per i procedimenti incardinati da quella data in avanti, a tutti i protagonisti dei giudizi di costituzionalità di depositare, trasmettere e scambiare atti e documenti in modalità telematica con notevole risparmio di tempi e costi¹³, in analogia a quanto già previsto per il processo civile, penale e amministrativo.

Similmente all'esperienza italiana, nella fase di esordio dell'emergenza sanitaria, il *Pleno* del Tribunale costituzionale spagnolo in una riunione telematica decideva di non interrompere le proprie attività, di rinviare la trattazione delle questioni non urgenti e di sospendere i termini di tutte le azioni processuali per l'intera durata dello stato di allarme, che veniva deliberato il 14 marzo con il Decreto reale n. 463/2020 e via via prorogato fino al 21 giugno 2020. Restava ferma per gli interessati la facoltà di continuare a presentare ricorsi attraverso il registro elettronico ed era mantenuta per il Tribunale la possibilità di adottare le decisioni cautelari necessarie ad assicurare la garanzia della giustizia costituzionale e dei diritti fondamentali¹⁴. Insieme alla dematerializzazione della documentazione processuale, l'ampio ricorso alle modalità di riunione e deliberazione da remoto ha indubbiamente agevolato lo svolgimento dei giudizi e l'assunzione delle decisioni almeno nelle fasi più acute dell'emergenza sanitaria¹⁵.

In questa prospettiva, tra i collegi che, al di là dei necessari accorgimenti imposti dalle circostanze, come la chiusura al pubblico dei rispettivi edifici e il ricorso a videoconferenze, hanno deciso di mantenere inalterata la piena operatività si devono menzionare i Tribunali costituzionali federali di Austria e Germania che, anche per tale ragione, sono stati tra i primi a pronunciarsi su questioni correlate alla legittimità delle restrizioni governative e alle ripercussioni sul godimento dei diritti fondamentali.

Hanno invece destato stupore, e non soltanto nella dottrina costituzionalistica d'oltralpe, più che il contenuto, le modalità seguite dal parlamento francese, e

¹³ Si veda il comunicato stampa del 3 novembre 2021 "*Nasce E-Cost, il nuovo portale per il processo costituzionale telematico*". Il nuovo processo costituzionale telematico è regolato nelle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, adottate con delibera del 22 luglio 2021, e nel decreto del presidente della Corte costituzionale del 28 ottobre 2021 contenente le regole tecniche di funzionamento. Tra i primi commenti, cfr. F. Dal Canto, *Il sistema giustizia*, cit., 365 ss.; E. Sammaciccio, *La Corte e il processo telematico: valutazioni e prospettive dopo la pandemia*, in *Consulta online*, II, 2022, 738 ss.

¹⁴ Così, *Acuerdo del Tribunal constitucional* del 16 marzo 2020, confermato il 6 maggio 2020, ai sensi dell'art. 10, 1° co. legge organica sul Tribunale costituzionale n. 4/1979.

¹⁵ Si veda la nota informativa n. 73/2020, *Memoria del Tribunal constitucional 2020*.

confermate dal *Conseil constitutionnel*, per l'introduzione delle modifiche alla tempistica dei giudizi di costituzionalità¹⁶. La regolamentazione della materia impone in Francia di intervenire con lo strumento della legge organica, essendo questa la fonte che disciplina lo svolgimento dei giudizi, tanto in via diretta che incidentale, davanti al *Conseil constitutionnel*. Pertanto, è stata una legge organica (l.o. n. 2020-365) a disporre la sospensione fino al 30 giugno 2020 degli ordinari termini processuali entro i quali il Consiglio di Stato o la Corte di Cassazione devono pronunciarsi sul rinvio di una questione prioritaria di costituzionalità al Consiglio costituzionale ed entro i quali quest'ultimo è successivamente chiamato ad esprimersi¹⁷. Sul piano formale, analogamente ad altre leggi approvate durante l'emergenza, anche questa iniziativa era stata promossa dal governo e riceveva l'assenso delle Camere secondo un *iter* accelerato, ma condotto in palese violazione dell'art. 46 Cost. che disciplina il procedimento di approvazione delle leggi organiche. Per di più, la vicenda si era consumata senza che il *Conseil constitutionnel*, al quale le leggi organiche devono essere sottoposte prima della promulgazione, ne dichiarasse l'incostituzionalità per vizi procedurali (*décision* 2020-799 DC del 26 marzo 2020). Il giudice costituzionale invero si è trovato nella scomoda posizione di dover verificare la conformità alla Costituzione di una normativa che avrebbe riguardato la conduzione dei giudizi di costituzionalità per i mesi a venire. Con una motivazione laconica e persino con un «pizzico di disinvoltura»¹⁸, il *Conseil* ha minimizzato la portata della novella legislativa, quasi che la sospensione del decorso dei termini non avesse ripercussioni sulla tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive, dato che la questione prioritaria di costituzionalità può essere proposta esclusivamente con riferimento a presunte violazioni dei diritti e delle libertà garantite dalla Costituzione (art. 61-1 Cost.). Il *Conseil* ha così rinunciato a pronunciarsi esplicitamente in merito all'incostituzionalità della legge organica, in considerazione delle «*circonstances particulières de l'espèce*». La pronuncia, se da un lato confermava la scelta legislativa di evitare un sovraccarico di lavoro delle giurisdizioni superiori nella fase acuta della pandemia, dall'altro lato sottraeva il *Conseil* dall'imbarazzo di prendere posizione, nell'immediato, contro i provvedimenti assunti dal decisore politico, senza probabilmente la piena consapevolezza che un simile atteggiamento potrebbe costituire un pericoloso precedente per sanare, in futuro e a fronte di circostanze parimenti imprecise, i vizi procedurali che dovessero occorrere nella adozione di atti legislativi¹⁹ con quel

¹⁶ Per alcuni commenti, cfr. P. Costanzo, *Brevi note alle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta Online*, I, 2020, 242 ss.; L. De Grazia, *Il ruolo del Consiglio costituzionale francese nella definizione del nuovo stato di emergenza sanitaria*, in *Rivista Diritti comparati*, n. 3/2020, 98 ss.; A.M. Lecis Cocco Ortu, *Il Consiglio costituzionale francese di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela (effettiva) dello stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti*, in *Percorsi costituzionali*, cit., 238 ss. 3 e bibl. ivi.

¹⁷ I termini per la questione prioritaria di costituzionalità sono di tre mesi per la sottoposizione al *Conseil* e di altri tre mesi per la decisione, come fissati dalla *ordonnance* 1958-1067, modificata dalla l.o. 2009-1523.

¹⁸ Così, P. Costanzo, *Brevi note alle soluzioni apprestate in Francia*, cit., 246.

¹⁹ A.M. Lecis Cocco Ortu, *Il Consiglio costituzionale francese*, cit., 242 e bibl. ivi, parla di una breccia che si sarebbe aperta per violare impunemente la Costituzione, a causa della vaghezza della formulazione impiegata dal *Conseil*.

che ne consegue in termini di tenuta del sistema costituzionale dei poteri e di garanzia delle libertà fondamentali. Un atteggiamento di eccessiva deferenza, a tacer d'altro, verso il potere politico, e più precisamente nei confronti della maggioranza parlamentare, che il giudice costituzionale avrebbe ribadito di lì a poco, in occasione della prima decisione sulla sostanziale legittimità della legge istitutiva dell'*état d'urgence sanitaire*.

3. La giurisprudenza costituzionale e il bilanciamento dei diritti al tempo della pandemia: aspetti sostanziali e varietà delle risposte. Alcune esperienze a confronto

La diffusa omogeneità degli strumenti adottati sul piano procedurale per consentire la prosecuzione delle attività istituzionali non trova corrispondenza nel merito, ossia nella soluzione delle questioni che ai giudici costituzionali sono state progressivamente sottoposte, quantunque l'obiettivo sia stato, pressoché ovunque, quello di tutelare il diritto alla salute e specialmente la salute pubblica. In sintesi, i giudici costituzionali sono stati chiamati, conformemente ai modelli di giustizia costituzionale recepiti nei diversi ordinamenti, a sindacare, alternativamente o cumulativamente: a) la conformità alla Costituzione delle leggi statali sull'emergenza sanitaria: molti paesi hanno infatti affrontato la crisi mediante l'impiego della disciplina sanitaria vigente ovvero con l'approvazione di leggi *ad hoc*, in ogni caso seguendo procedure accelerate ed evitando formali dichiarazioni dello stato di emergenza; b) la costituzionalità della normativa di rango primario o comunque di portata generale adottata dagli esecutivi sulla base delle leggi o assunta sotto il controllo dei rispettivi organi parlamentari; c) la proporzionalità e adeguatezza delle misure restrittive delle libertà individuali; d) la legittimità dei provvedimenti che hanno dichiarato lo stato di emergenza e le sue proroghe, laddove avessero rango o forza di legge.

Come era agevole attendersi, le Corti hanno largamente invocato la tecnica del bilanciamento e il test di proporzionalità per valutare la legittimità delle restrizioni inflitte a molteplici diritti, pur di salvaguardare il bene primario della salute; a fronte di tale dato, non si può tuttavia fare a meno di osservare una certa modulazione degli esiti cui i giudici sono pervenuti nei rispettivi giudizi di costituzionalità, ciò che conduce alla instaurazione di un differente dialogo con gli organi di decisione politica. A proposito dello scrutinio di proporzionalità, tutte le volte in cui si discute di limitazioni dei diritti, è utile ricordare che tradizionalmente esso si articola in tre passaggi. In tal senso, e prendendo spunto dalla giurisprudenza dell'Unione europea, la proporzionalità va valutata, in primo luogo, in termini di adeguatezza rispetto alla situazione concreta di pericolo e alle finalità che si intendono perseguire; in secondo luogo, la proporzionalità è soddisfatta se, tra più interventi parimenti adeguati allo scopo, l'opzione ricade su quello necessario e da cui deriva la minor lesione possibile per i diritti e gli interessi individuali e generali che ne sono coinvolti; infine, il sacrificio imposto alle situazioni giuridiche dei singoli e della collettività non deve essere superiore rispetto ai benefici che derivano dalla realizzazione delle misure restrittive, ciò che soddisfa la c.d. proporzionalità in

senso stretto²⁰.

Guardando, in particolare, alle esperienze di Italia, Francia e Spagna, che peraltro sono stati in Europa i paesi colpiti, per primi e in modo drammatico, dalla pandemia, conviene anzitutto richiamare brevemente il diverso approccio inaugurato dal legislatore, nei primi mesi del 2020, per affrontare l'emergenza nei tre ordinamenti. Ciò servirà anche per meglio inquadrare le tipologie degli atti che sarebbero pervenuti al cospetto dei rispettivi giudici costituzionali.

In Italia, l'assenza di clausole costituzionali emergenziali non era di ostacolo all'attivazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, proclamato dal consiglio dei ministri sulla base del Codice della protezione civile (d. lgs. 1/2018) e rimasto in vigore, senza soluzione di continuità, dal 31 gennaio 2020 al 31 marzo 2022. Tuttavia, le deroghe imposte al regime ordinario e, soprattutto, al godimento di una cospicua serie di diritti civili, politici, economici, sociali e culturali per assicurare la protezione della salute come diritto fondamentale dell'individuo e come interesse della collettività (art. 32 Cost.) esigevano un ancoraggio più saldo di quanto non fosse il solo Codice della protezione civile. In altri termini, si faceva ben presto strada l'esigenza di una più efficace garanzia degli istituti dello stato di diritto, a cominciare dalla osservanza dei principi di legalità e della riserva di legge, cui doveva accompagnarsi la valorizzazione del meccanismo della responsabilità politica a fronte del protagonismo assunto dall'esecutivo. Prendeva così avvio un sistema normativo parallelo²¹ rispetto alla normativa della protezione civile e caratterizzato dalla concatenazione di decreti-legge "emergenziali" e decreti del presidente del consiglio dei ministri (d.P.C.m.) che venivano copiosamente adottati per la concreta esecuzione delle misure previste negli atti con forza di legge, non senza attirare le critiche di una parte della dottrina, almeno sino alla pronuncia della Corte costituzionale che fugava ogni dubbio sulla loro natura giuridica e sulla legittimità del loro fondamento²².

Diversamente dall'Italia, gli ordinamenti francese e spagnolo dispongono di un modello costituzionale, suffragato da fonti legislative, per la gestione delle emergenze, ma i rispettivi legislatori hanno scelto di regolarsi in maniera diametralmente opposta per gestire l'emergenza sanitaria. Infatti, il legislatore francese ha disatteso sia il modello incentrato sull'art. 16 Cost., sia l'impianto della legge del

²⁰ Sull'osservanza del principio di proporzionalità per introdurre limitazioni ai diritti, oltre che sul rispetto del loro contenuto essenziale, cfr. art. 52, 1° co. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sull'impiego del criterio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia, cfr. nella dottrina recente, anche per spunti rispetto all'interpretazione delle restrizioni ai diritti durante l'emergenza sanitaria, V. Trstenjak, *The Corona Crisis and Fundamental Rights from the Point of View of EU Law*, in E. Hondius et al. (eds.), *Coronavirus and the Law*, cit., 3 ss. A. Pin, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 590 preferisce la strutturazione quadripartita del giudizio di proporzionalità (una misura restrittiva è legittima se è volta a perseguire un obiettivo legittimo, se concretamente persegue l'obiettivo, se sia la soluzione meno impattante sugli interessi che vengono incisi dalla misura, se il beneficio prodotto sia superiore al sacrificio imposto ad altri diritti) e secondo questa opzione si è orientato, ad esempio, il Tribunale costituzionale federale tedesco nel giudizio sulla legittimità costituzionale del c.d. freno d'emergenza federale, su cui *infra* § 5.

²¹ Su cui v., *ex multis*, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, 99 ss. e R. Romboli, *L'incidenza della pandemia*, cit., 512 ss.

²² Così, la sent. 198/2021, su cui *infra* § 3.1.

1955 (l. n. 55-385) che disciplina l'*état d'urgence*. Tuttavia, sulla falsariga di quest'ultima legge, veniva frettolosamente approvata una normativa *ad hoc* per modificare il Codice di sanità pubblica del 2000 e introdurre l'*état d'urgence sanitaire* (l. n. 2020-290 del 23 marzo 2020), dichiarato dal consiglio dei ministri con efficacia sull'intero territorio nazionale per la durata di due mesi e più volte prorogato con legge. Similmente a quanto accaduto in Italia, la legge francese n. 2020-290 costituiva il presupposto per l'assunzione di una lunga serie di decreti del primo ministro, ordinanze governative e prefettizie, atti ministeriali, che conculcavano svariati diritti fondamentali sulla cui violazione il *Conseil constitutionnel* sarebbe stato di lì a poco chiamato a giudicare.

Nessuna fuga, invece, dal modello costituzionale e legislativo si è prodotta nel sistema spagnolo che ha deciso di impiegare l'art. 116 Cost. in combinato disposto con la legge organica n. 4/1981 sugli stati d'allarme, di eccezione e d'assedio, attivando lo stato d'allarme sull'intero territorio nazionale, una prima volta nel marzo 2020 (*Real Decreto* 14 marzo 2020, n. 463) e quindi a ottobre dello stesso anno (*Real Decreto* 25 ottobre 2020, n. 926), sempre potendo contare – sebbene con difficoltà crescenti – sulla autorizzazione alle proroghe da parte del Congresso dei deputati, nel primo caso fino al 21 giugno 2020 e nel secondo caso, in unica soluzione, sino al 9 maggio 2021. Le deroghe prodotte, specialmente con la proclamazione del primo stato di emergenza, rispetto al normale esercizio di svariati diritti, l'appannamento dell'organo legislativo a beneficio del governo e del primo ministro, il pregiudizio inferto al ruolo dell'opposizione a causa della sospensione iniziale e, quindi, della contrazione dei lavori parlamentari alimentavano un vivace dibattito dottrinale e un aspro confronto, sia a livello politico che giurisdizionale, sulla adeguatezza del regime attivato, come si cercherà di evidenziare più avanti.

Le tre esperienze hanno dunque applicato modelli distinti per la gestione dell'emergenza sanitaria, che hanno comunque indotto – analogamente del resto a quanto si è potuto riscontrare nella generalità degli ordinamenti di democrazia pluralista – a valorizzare il ruolo dell'esecutivo con conseguente emarginazione dell'organo rappresentativo e a comprimere, in concomitanza con l'andamento delle diverse ondate della pandemia, l'esercizio di un ampio ventaglio di diritti costituzionalmente garantiti, senza peraltro pervenire – in nessuno degli ordinamenti oggetto di riflessione – all'attivazione della clausola sancita dall'art. 15 CEDU, che riconosce la facoltà per gli Stati parti del Consiglio d'Europa di derogare agli obblighi assunti e di sospendere alcuni diritti di libertà, in caso di guerra o di altro pericolo pubblico nei limiti in cui la situazione lo richieda²³.

In particolare, per quanto in questa sede interessa, sulle restrizioni ai diritti di libertà sono stati chiamati progressivamente a pronunciarsi gli organi di garanzia costituzionale, a cui le presunte violazioni, ad opera di atti statali di varia tipologia e natura, sono state portate secondo le modalità, non esattamente identiche, previste dai rispettivi ordinamenti. Le risposte sono pervenute (e altre presumibilmente

²³ Avevano comunicato la volontà di ricorrere all'art. 15 CEDU i seguenti Paesi: Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Macedonia del Nord, Repubblica di Moldova, Romania, San Marino, Serbia.

continueranno a pervenire nel prossimo futuro) in tempi diversi, anche in considerazione del fatto che, mentre il sistema francese contempla il controllo astratto facoltativo nei confronti delle leggi ordinarie, laddove come accennato i termini per la presentazione delle questioni prioritarie di costituzionalità a tutela delle libertà costituzionali venivano sospesi durante la prima fase dell'emergenza, e mentre il sistema spagnolo conosce il ricorso di *amparo* contro atti non legislativi assunti in violazione dei diritti, accanto al ricorso in via diretta e a quello in via incidentale, il modello italiano di giustizia costituzionale è quello più sguarnito sotto il profilo della garanzia dei diritti, dal momento che prevede unicamente l'accesso alla Corte costituzionale per il tramite del giudice *a quo*, essendo il ricorso in via principale limitato alle controversie tra enti territoriali che solo secondariamente possono riflettersi sull'esercizio delle libertà costituzionalmente riconosciute, come si evidenzierà tra poco.

Manca invero negli ordinamenti in esame la facoltà di proporre ricorsi individuali diretti, la cui disciplina, ad esempio in Germania e in Austria, ha permesso ai rispettivi Tribunali costituzionali federali di esprimersi fin dall'esordio della pandemia su presunte lesioni arrecate dai provvedimenti di emergenza ai diritti dei cittadini, così consentendo risposte pronte ed efficaci, sebbene non necessariamente in accoglimento delle doglianze presentate²⁴.

3.1 La Corte costituzionale italiana: una giurisprudenza equilibrata o accondiscendente?

Dalla giurisprudenza sulle questioni di costituzionalità²⁵ che, fino al momento in cui si scrive, la Corte costituzionale ha prodotto, si evince il generalizzato «riconoscimento della legittimità del modello di gestione dell'emergenza pandemica»²⁶ prescelto 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 costituzionale²⁷, il punto di partenza è degno di rilievo e non sembra suscettibile di smentita in futuro. La Consulta ha pienamente avallato l'introduzione della menzionata doppia filiera normativa ed ha osservato

²⁴ Cfr., in proposito, J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania*, cit.; F. Palermo, *La gestione della crisi pandemica in Austria: regolarità costituzionale e qualche distonia politica*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1748-1749; nonché più recentemente: A. Gatti, *Per un'emergenza "ragionevole": l'opera mitigante della giurisprudenza tedesca sulle decisioni degli esecutivi. Un confronto con l'Italia* e U. Haider-Quercia, *Nuovi criteri di accesso e differenziati rapporti tra legge e regolamento nella giurisprudenza Covid-19 della Corte costituzionale austriaca*, entrambi in *Percorsi costituzionali*, cit., rispettivamente, 257 ss. e 287 ss.

²⁵ Si tralascia, in quanto non pertinente, l'esame delle ordinanze, peraltro tutte di inammissibilità, pronunciate in relazione ai conflitti di attribuzione promossi da parlamentari rispetto all'obbligo di esibizione del c.d. *green pass* per accedere alle Camere (es. ordd. nn. 255 e 256 del 2021).

²⁶ Cfr. la *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, 7 aprile 2022, 6.

²⁷ È quanto rileva la stessa *Relazione*, cit., 6 s. (ma su temi analoghi, si veda anche la giurisprudenza costituzionale del 2022) 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.

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 normative e provvedimenti 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» (punto 9 cons. dir. sent. 37/2021, ribadito dal punto 8.1.1. cons. dir. sent. 198/2021).

Con la prima delle decisioni riportate, pronunciata a oltre un anno dall'inizio della crisi sanitaria, il giudice costituzionale fondava la propria ricostruzione sulla affermazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di “profilassi internazionale” (art. 117, 2° co., lett. q) Cost.) per dichiarare l'incostituzionalità, quasi *in toto*, in un giudizio promosso in via principale dal governo, di una legge della regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* che aveva disposto, dopo una lunga interruzione, la ripresa delle attività economiche con il rischio, a giudizio della Corte, di grave e irreparabile pregiudizio per l'interesse pubblico e i diritti delle persone²⁸. In sintesi, la Consulta riconosceva la non estraneità delle regioni, ordinarie e speciali, alla gestione delle crisi emergenziali di natura sanitaria, in considerazione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie concorrenti della protezione civile e della tutela della salute, quest'ultima comprensiva delle attività da realizzare a fini di igiene e profilassi, «ma nei limiti in cui esse [le strutture sanitarie regionali] si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica» (punto 7.2 cons. dir. sent. 37/2021). Detto altrimenti, la complicata situazione emergenziale giustificava, nell'ottica della Corte, l'accentramento della disciplina legislativa e della gestione amministrativa. Pertanto, lo spazio di autonomia che in simili frangenti compete ancora alle regioni, comprese quelle a statuto speciale, si riduce alla possibilità di adottare – non leggi, bensì – atti amministrativi, ampliativi o restrittivi di determinate facoltà, ma soltanto al fine di consentire l'adeguamento alla realtà locale della legislazione statale, che nella fattispecie si era concretizzata, secondo quanto già illustrato, in decreti-legge convertiti in legge, specificati da d.P.C.m. continuativamente rinnovati in ragione del mutare della situazione pandemica. Una decisa stretta all'autonomia degli enti regionali contro la quale non sono mancate le voci critiche, non tanto in relazione all'esito della vicenda, quanto perché la Corte ha ommesso di soffermarsi, liquidandoli forse in modo eccessivamente apodittico, su aspetti che avrebbero forse potuto meglio giustificare l'avocazione allo Stato della competenza nel caso di specie, come il richiamo al principio di leale cooperazione, al concetto di trasversalità della materia o alla esigenza di assicurare in modo uniforme sull'intero territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti

²⁸ 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 e *infra* § 5), ha riconosciuto la parziale fondatezza delle questioni sollevate. Per commenti, cfr. il sito: www.giurcost.org/decisioni/2021/0037s-21.html?titolo=Sentenza%20n.%2037

i diritti civili e sociali²⁹.

Sulla questione della natura giuridica dei d.P.C.m., intensamente dibattuta dopo l'esplosione della pandemia sia nella letteratura giuridica che in sede di giustizia amministrativa³⁰, e sul tema della legittimità del loro fondamento giuridico, il giudice costituzionale tornava con la seconda delle pronunce sopra riportate per affermare, nel corso di un giudizio promosso in via incidentale, che i decreti-legge impugnati, lungi dal delegare le fonti sub-primarie (d.P.C.m.) a definire nuovi illeciti amministrativi, avevano semplicemente autorizzato l'adozione di questi atti³¹. Secondo la Corte, che richiamava la sua giurisprudenza più rilevante sul potere di ordinanza, i d.P.C.m. censurati non costituivano quindi esercizio di una funzione legislativa delegata dal governo al presidente del consiglio, non sovvertivano il sistema delle fonti, non violavano le riserve di legge, né il principio di legalità, non erano assimilabili al «modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle “ordinanze necessitate” (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile» (punto 8.1 cons. dir. sent. 198/2021). Piuttosto, i d.P.C.m., dei quali era stato fatto largo uso specie durante la prima fase dell'emergenza Covid-19 per disporre in concreto restrizioni a numerosi diritti fondamentali, andavano accostati alla categoria degli “atti necessitati” dal carattere tipico o tipizzato, in quanto assunti in esecuzione di norme legislative che ne avevano prefissato i contenuti. La discrezionalità del presidente del consiglio risultava in tal modo limitata e orientata all'osservanza dei canoni di adeguatezza e proporzionalità rispetto al rischio effettivamente presente sul territorio.

Una delle questioni più controverse al tempo della pandemia, come si vedrà anche nelle esperienze francese e spagnola, era stata quella relativa alla legittimità della limitazione alla libertà personale ovvero alla libertà di circolazione per effetto delle misure disposte dall'esecutivo per il contenimento dei contagi. La Corte costituzionale – confermando, di nuovo, la soluzione individuata dal governo – ha ritenuto, in un giudizio in via incidentale, che la misura della quarantena imposta ai contagiati da Covid-19 dal d.l. n. 33/2020 (art. 1, 6° co. e art. 2, 3° co.) non si traduceva in una violazione della libertà personale (art. 13 Cost.), comportando più semplicemente una restrizione della libertà di circolazione (art. 16 Cost.), senza pertanto la necessità di assicurare il rispetto della riserva di giurisdizione (sent. 127/2022)³². Richiamando la propria giurisprudenza, la Corte riconosceva che l'obbligo di isolamento penalmente sanzionato, per chi fosse sottoposto a quarantena

²⁹ Cfr. *ex multis*, per approfondimenti su questi profili, L. Cuocolo, F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021, 1 ss.

³⁰ Si veda Consiglio di Stato, sez. I, parere 28 aprile 2021 - 13 maggio 2021, n. 850.

³¹ 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 convertito nella l. n. 13/2020 e di alcune disposizioni del d.l. n. 19/2020 convertito nella l. 35/2020. La Corte dichiarava in parte infondate, in parte inammissibili le questioni prospettate. Per commenti alla decisione, cfr. il sito: www.giurcost.org/decisioni/2021/0198s-21.html?titolo=Sentenza%20n.%20198

³² Il caso originava da un giudizio in via incidentale promosso dal Tribunale di Reggio Calabria nei confronti di alcune disposizioni del d.l. n. 33/2020 convertito con modificazioni nella l. n. 74/2020. La Corte ha dichiarato non fondata la questione. Analoga questione, sollevata dal Tribunale di Aosta, veniva giudicata manifestamente infondata dalla Corte costituzionale (ord. 220/2022).

per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultato positivo al virus, non era assimilabile a una restrizione della libertà personale, dal momento che tale obbligo non si accompagnava direttamente ad alcuna forma di coercizione fisica, lasciando peraltro libero il destinatario di far valere le proprie ragioni davanti al giudice comune in caso di illegittima applicazione della misura, diversamente da ciò che la normativa prevede per altri provvedimenti afflittivi, quali gli arresti domiciliari o la detenzione nel proprio domicilio, come richiamato dal giudice rimettente. D'altra parte, pur essendo complicato talvolta distinguere tra le incisioni all'una o all'altra libertà, proseguiva la Corte, «è palese che la misura della cosiddetta quarantena obbligatoria [...] non determina alcuna degradazione giuridica di chi vi sia soggetto e quindi non incide sulla libertà personale» ed è «di immediata evidenza che l'accertamento dello stato di positività non si congiunge ad alcuno stigma morale e non può cagionare mortificazione della pari dignità sociale, anche alla luce del fatto che si tratta di una condizione condivisa con milioni di individui, accomunati da null'altro che dall'esposizione ad un agente patogeno trasmissibile per via aerea» (punto 6 cons.dir.). Escluso qualsiasi «pericolo di "arbitrarietà e di ingiusta discriminazione" (sentenza n. 68 del 1964)», il giudice costituzionale concludeva pertanto nel senso dell'infondatezza della questione sollevata.

Decisamente più impegnativa si è rivelata la valutazione, sollecitata alla Corte da diversi tribunali, della costituzionalità dell'obbligo vaccinale selettivo contro il Covid-19, imposto dalla normativa per diverse categorie di lavoratori e, in particolare, per il personale sanitario (d.l. n. 44/2021 e successive modifiche e integrazioni)³³, venendo specialmente in considerazione, sotto la prospettiva in esame, il problema del bilanciamento tra la dimensione individuale e quella collettiva del diritto alla salute, ossia tra il diritto all'autodeterminazione del singolo, inteso anche come libertà di curarsi e di rifiutare le cure, e il dovere di solidarietà che trova fondamento nell'art. 2 Cost. La Corte costituzionale ha confermato la propria giurisprudenza in tema di trattamenti sanitari obbligatori, comprensivi delle vaccinazioni, lasciando tuttavia aperto un varco per possibili questioni di legittimità che dovessero in futuro presentarsi. Più precisamente, la scelta del legislatore di prevedere l'obbligo vaccinale contro il Covid-19 per il personale sanitario veniva giudicata – anche sulla scorta del diritto comparato che la Corte citava a sostegno delle proprie argomentazioni – idonea allo scopo di frenare i contagi, non irragionevole

³³ Il d.l. n. 44/2021 aveva introdotto l'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario. Il provvedimento avrebbe in seguito subito diverse modifiche, principalmente in relazione alle conseguenze per inottemperanza dell'obbligo vaccinale, alla durata dell'obbligo e alla platea dei destinatari. Quest'ultima veniva progressivamente ampliata per ricomprendere: i lavoratori comunque impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, il personale scolastico, il personale dei comparti difesa, sicurezza, soccorso pubblico e della polizia locale, il personale degli istituti penitenziari, il personale delle Università, gli studenti impegnati nei tirocini in ambito sanitario, gli ultracinquantenni. Per commenti alle ordinanze di rinvio, cfr. C. Iannello, *L'“interpretatio abrogans” dell'articolo 32 della Costituzione*, Napoli, 2022; Idem, *Oltre il Covid. Verso l'obbligo di cura per i sani?*, in *Diritti fondamentali.it*, n. 3/2022, 134 ss. Più in generale, sui diversi profili delle vaccinazioni anti-Covid-19, cfr., ancorché scritti prima delle pronunce della Corte costituzionale, i contributi di: E. Gabrielli, U. Ruffolo (a cura di), *Vaccinazioni: diritti, doveri, responsabilità*, in *Giur.it.*, ottobre 2022, 2254 ss.; B. Liberali, *I vaccini contro il Covid-19 davanti alla Corte costituzionale. Profili processuali e di merito*, in *Quad.dir.pol.eccl.*, n. 2/2022, 341 ss.

né sproporzionata, oltre che coerente con le determinazioni progressivamente acquisite degli organismi sovranazionali e internazionali, nonché con le risultanze scientifico-sanitarie disponibili e dalle quali il decisore politico deve lasciarsi orientare (sent. 14/2023)³⁴. Ugualmente ragionevole e non discriminatoria doveva ritenersi la previsione che aveva stabilito per i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie l'obbligo di vaccinazione in luogo di soluzioni alternative (test diagnostici), utilizzabili invece per altre professionalità, perché non avrebbero offerto le medesime garanzie, in termini di efficacia, rapidità e sostenibilità economica (sent. 15/2023). Né i lavoratori del settore sanitario, che avessero rifiutato di sottoporsi alla vaccinazione, avrebbero potuto essere adibiti a mansioni diverse, come disposto per altri comparti lavorativi ovvero per coloro che non potessero essere vaccinati contro il Covid-19 per ragioni di salute, dal momento che la scelta legislativa era giustificata, per i primi, dal maggior rischio di diffusione del contagio per se stessi e per la collettività, ciò che rendeva disomogenee e non assimilabili le situazioni oggettive di partenza.³⁵ Correlativamente, in entrambi i ricordati giudizi, legittima era anche giudicata la sospensione dall'esercizio della professione e dalla corresponsione della retribuzione fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale, oltre che la sospensione dall'assegno alimentare per il personale sanitario, così come per quello scolastico, senza che tali effetti potessero ritenersi equivalenti a un trattamento sanzionatorio. Resta probabilmente aperta a successivi interventi del giudice delle leggi la questione, per ora dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice *a quo*, della sospensione dall'esercizio della professione sanitaria a causa della mancata ottemperanza all'obbligo vaccinale, ancorché la prestazione non implichi contatti interpersonali. La motivazione risiedeva nella constatazione della sussistenza, non di un interesse legittimo, bensì del diritto soggettivo alla prosecuzione della professione sanitaria, in quanto tale sindacabile dal giudice ordinario e non dal TAR Lombardia come nella controversia pervenuta

³⁴ La questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 1° e 2° co. d.l. n. 44/2021 e dell'art. 1 l. n. 219/2017 nei confronti, rispettivamente, degli artt. 32, nonché 3 e 21 Cost. era stata sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana. Il fatto traeva origine da un provvedimento dell'Università degli studi di Palermo che subordinava alla somministrazione vaccinale anti-Covid-19 la prosecuzione dei tirocini di area medico-sanitaria in presenza all'interno delle strutture sanitarie. La Corte costituzionale si pronunciava per l'infondatezza delle questioni relative alle previsioni in tema di obbligo vaccinale e di non esclusione dell'onere di sottoscrivere il consenso informato prescritto nel caso di vaccinazioni obbligatorie; inammissibili per difetto di motivazione erano invece le questioni sollevate con riferimento agli artt. 3, 4, 33, 34 e 97 Cost. Si veda anche Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045 che aveva ritenuto legittimo l'obbligo vaccinale selettivo, su cui criticamente M. Calamo Specchia, *Uti singuli v. uti universi. L'obbligo vaccinale anti Covid-19 dinanzi alla Consulta e la sorte del diritto di autodeterminazione. Riflessioni su ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 del Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 1/2022, 254; in senso favorevole alla pronuncia del giudice amministrativo, invece, M. Luciani, *Salus*, Modena, 2022, 54-55 e A. Police, *Obbligo vaccinale tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in E. Gabrielli, U. Ruffolo (a cura di), cit., 2264 ss.

³⁵ La Corte riuniva e decideva con la stessa sentenza dieci giudizi promossi con distinte ordinanze dal TAR Lombardia e dai tribunali di Padova, Brescia e Catania. Dichiarata l'inammissibilità delle questioni sollevate dal TAR Lombardia per carenza di giurisdizione del giudice rimettente (su cui v. *infra* nel testo e nota 36), la Corte costituzionale riconosceva l'infondatezza delle questioni sollevate dagli altri tribunali nei confronti di diverse disposizioni del d.l. n. 44/2021 (e successive modifiche e integrazioni) per violazione degli artt. 2, 3, 4, 32 e 35 Cost.

all'esame della Consulta (sent. 16/2023)³⁶.

La ragionevolezza e la proporzionalità del trattamento vaccinale richiesto a soggetti determinati, la presunta disparità di trattamento tra vaccinati e non vaccinati, la verifica dell'effettivo beneficio della suddetta misura per il singolo e per la collettività, la portata del principio di solidarietà, il bilanciamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro, la legittimità delle conseguenze collegate al rifiuto di vaccinazione, il rapporto tra principio di proporzionalità e quello di precauzione, la ponderazione e la valutazione del rischio eventualmente derivante dalla sottoposizione al vaccino, il riconoscimento dell'equo indennizzo per i danni vaccinali irreversibili accanto alla parallela tutela risarcitoria, l'adeguatezza del sistema di monitoraggio circa eventuali eventi avversi derivanti nel tempo dal vaccino, le questioni dell'esonero dalla responsabilità penale e della limitazione della stessa per i professionisti sanitari in caso di lesioni provocate dalla somministrazione dei vaccini, il tema del consenso informato sono tra le questioni cruciali che interrogano, nel momento attuale e nel prossimo futuro, non soltanto la Consulta, ma altresì le istanze giurisdizionali sovranazionali e internazionali, come si esporrà più avanti.

3.2 Il *Conseil constitutionnel* francese: tra *leitmotiv*, riserve interpretative e sostanziale *self-restraint*

All'esame del *Conseil constitutionnel* la legislazione emergenziale, con le successive proroghe, è potuta pervenire ancora prima dell'entrata in vigore, in virtù della facoltà a tal fine riconosciuta ai soggetti indicati dall'art. 61 Cost. Su questa giurisprudenza si concentrerà ora l'attenzione, non perché non si sia venuta formando una pure interessante *case-law* alimentata da questioni prioritarie di costituzionalità³⁷, ma per il fatto che è stata la valutazione della legittimità della legislazione sull'emergenza a coinvolgere maggiormente i profili della proporzionalità e del bi-

³⁶ Il TAR Lombardia dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 4, 4°co. d.l. n. 44/2021, come successivamente modificato, per supposto contrasto con gli artt. 1, 2, 3, 4, 32, 1°co., 35, 1°co. e 36, 1°co. Cost. La Corte costituzionale, come già aveva fatto nel giudizio concluso con la sent. 15/2023, ricordava che le sezioni unite della Corte di cassazione (ord. n. 28429/2022) avevano riconosciuto la cognizione del giudice ordinario per le controversie relative all'annullamento dell'atto di sospensione dall'esercizio della professione sanitaria per mancato adempimento dell'obbligo vaccinale introdotto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021.

³⁷ Cosa che ha potuto riscontrarsi a partire dal 2021. In proposito, A.M. Lecis Cocco Ortu, *Il Consiglio costituzionale francese*, cit., 233, distingue due fasi nella giurisprudenza del Consiglio costituzionale (la prima collocabile tra l'inizio della pandemia e la fine del 2020, la seconda nel primo semestre del 2021), rilevando tuttavia come l'atteggiamento di *self-restraint* nei confronti del governo si sia sostanzialmente mantenuto durante l'intero arco temporale oggetto di indagine. Diversamente, come osserva B. Fauvarque-Cosson, *How Did French Administrative Judges Handle Covid-19?*, in E. Hondius et al. (eds.), *Coronavirus and the Law*, cit., 82 ss., il *Conseil d'Etat*, il cui ruolo che non ha potuto essere indagato nel presente contributo è cruciale a difesa delle libertà dei cittadini, se nei primi mesi della crisi sanitaria aveva osservato un atteggiamento deferente verso il governo (v., ad es., parere n. 399873 del 18 marzo 2020), sin da maggio 2020 cominciava ad assumere una posizione più apertamente critica nei confronti delle misure restrittive, in coincidenza con la temporanea diminuzione dei contagi. Sulla giurisprudenza amministrativa e la protezione dei diritti in Francia, al tempo della pandemia, cfr. anche, per rapidi cenni, S. Brunet, *The Hyper-Executive State of Emergency in France*, in M.C. Kettlemann, K. Lachmayer (eds.), *Pandemocracy in Europe*, Bloomsbury Publishing, 2021, 211 ss.

lanciamento tra la protezione del diritto alla salute e il temporaneo sacrificio imposto ad altri diritti costituzionalmente garantiti.

In questa attività giurisprudenziale, non copiosa ma significativa e sufficientemente netta, il *Conseil constitutionnel* ha palesato un atteggiamento di sostanziale *self-restraint* verso le scelte della maggioranza politica, come lasciano intendere anche la tecnica generalmente asciutta impiegata per l'esposizione dei motivi a sostegno delle decisioni e l'avallo di taluni passaggi poco ortodossi seguiti nell'*iter* parlamentare, senza tuttavia esimersi del tutto dalla formulazione di riserve interpretative nei confronti degli atti esaminati che conseguentemente venivano modificati in sede di approvazione definitiva. In altri termini, l'impressione che si ricava è quella di un collegio che, nel corso dei diversi procedimenti in cui è stato interpellato, cerca di interpretare al meglio la propria funzione contromaggioritaria a protezione dei diritti, avendo cura, al medesimo tempo, di non interferire più dello stretto necessario nella sfera della discrezionalità legislativa e di astenersi da prese di posizione apertamente conflittuali, così rinviando implicitamente la valutazione dei casi concreti ad eventuali, successivi, giudizi che dovessero instaurarsi in via incidentale, ai sensi dell'art. 61-1 Cost. Nulla di particolarmente sorprendente, se si considerano sia la composizione dell'organo *de quo*, che le caratteristiche del sindacato preventivo, aspetti che inducono entrambi ad ascrivere tradizionalmente quello francese alla famiglia del controllo politico, anziché propriamente giurisdizionale, di costituzionalità sugli atti normativi³⁸.

I *Sages* riconoscevano, così, la pressoché totale conformità alla Costituzione della legge che prorogava per la prima volta l'*état d'urgence sanitaire* (l. n. 2020-546), salvo rilevare una incostituzionalità parziale e formulare alcune timide riserve di interpretazione (*décision* 2020-800 DC dell'11 maggio 2020). Premesso che spetta al legislatore adottare un regime restrittivo delle libertà individuali in situazioni eccezionali, a condizione che sia assicurata la giusta conciliazione, nel caso di specie, tra l'obiettivo costituzionale della protezione della salute e i diritti oggetto di limitazione, il collegio riteneva che il parlamento, nella previsione delle misure destinate ad incidere sulle libertà di circolazione, di espressione, di riunione, di iniziativa economica e sul diritto alla tutela della vita privata, aveva salvaguardato il criterio della proporzionalità e la garanzia giurisdizionale, attenendosi altresì alle risultanze scientifiche disponibili. Questi principi di fondo sarebbero stati ribaditi e consolidati nella giurisprudenza dei mesi successivi. Veniva tuttavia rilevata, in quella prima occasione, l'incostituzionalità delle disposizioni relative al trattamento dei dati personali ai fini del tracciamento delle persone positive, in considerazione della tutela della *privacy* che a sua volta costituisce imprescindibile corollario della libertà personale, mentre una riserva di interpretazione veniva espressa in relazione al prolungamento oltre i 14 giorni delle misure di isolamento o quarantena, nonché all'obbligo di permanenza domiciliare di durata superiore a 12 ore giornaliere, in quanto misure che comportavano una privazione sproporzionata della libertà individuale e

³⁸ Questa la distinzione tuttora accolta da G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Milano, 2022, 298 ss.

che necessitavano pertanto dell'autorizzazione del giudice ordinario. Il *Conseil* adottava dunque un orientamento opposto a quello, sopra richiamato, della Corte costituzionale italiana di fronte ad analoga situazione.

Sostanzialmente salva dalla dichiarazione di incostituzionalità era anche la successiva legge (l. n. 2020-856) che, disciplinando l'uscita dallo stato di emergenza, continuava a concentrare poteri straordinari nelle mani del primo ministro che poteva, a determinate condizioni, limitare o proibire la libertà di circolazione di persone e veicoli. Secondo il *Conseil constitutionnel* infatti (*décision* 2020-803 DC del 9 luglio 2020) il legislatore, così disponendo, aveva realizzato, di nuovo, la giusta conciliazione tra i diversi diritti e interessi in gioco. Analogamente, nella pronuncia su una successiva legge di proroga dello stato di emergenza (l. n. 2020-1379), il collegio, che pure ribadiva la riserva di interpretazione rispetto al trattamento dei dati personali delle persone contagiate (*décision* 2020-808 DC del 13 novembre 2020), avrebbe confermato la propensione al “controllo ristretto” di costituzionalità, che si limita cioè al riscontro dell’“errore manifesto” e della “manifesta inadeguatezza” dei presupposti di fatto individuati dal legislatore, evitando accuratamente di sovrapporre il proprio giudizio alla decisione del parlamento, secondo una prospettiva che appare distante, in verità, dalla valutazione sulla “ragionevolezza” o anche solo sulla “manifesta irragionevolezza” delle leggi largamente impiegata, ad esempio, dalla Corte costituzionale italiana nei giudizi aventi ad oggetto il bilanciamento tra diritti fondamentali³⁹.

Nel corso del 2021, tre decisioni si sono concentrate sulla validazione del c.d. *pass sanitaire*⁴⁰, il certificato verde introdotto dalla l. n. 2021-689 e attestante la vaccinazione, l'avvenuta guarigione o il test negativo al virus per l'ingresso in alcuni locali e per la partecipazione ad eventi, sia ludici che professionali ma non per finalità politiche, sindacali o di culto, ove fosse possibile la concentrazione di un numero considerevole di persone. In continuità con le pronunce del 2020, sopra riportate, il *Conseil* riconosceva la legittimità della proclamazione dello stato d'urgenza sanitaria, così come la costituzionalità delle disposizioni relative al trattamento dei dati sanitari personali in quanto finalizzate alla protezione della salute, ad eccezione del termine per la loro conservazione che era ritenuto eccessivo e dunque lesivo del rispetto della vita privata. Quanto alla lamentata indeterminatezza dell'espressione “*grands rassemblements de personnes*”, il collegio rinviava alla disciplina regolamentare per la precisazione delle modalità applicative del certificato verde (*décision* 2021-819

³⁹ Cfr., per queste considerazioni, A.M. Lecis Cocco Ortu, *Il Consiglio costituzionale francese*, cit., 245; G. Grasso, M. Kordeva, *Le Conseil constitutionnel valide la structure fondamentale du “pass sanitaire”: quelques réflexions sur la décision 2021-819 DC du 31 mai 2021*, in *Corti supreme e salute*, n. 3/2021, 545; G. Grasso, *Il pass sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *DPCE online*, n. 3/2021, *passim*.

⁴⁰ La disciplina del *pass sanitaire* (o *green pass* o certificazione verde) si basa sul Regolamento (UE) 2021/953 del parlamento europeo e del consiglio del 14 giugno 2021. Sul tema, per commenti alle pronunce riportate nel testo, cfr. G. Grasso, M. Kordeva, *Le Conseil constitutionnel valide la structure fondamentale*, cit.; G. Grasso, *Il pass sanitaire e i diritti e le libertà*, cit.; G. Grasso, *Green pass e tutela della salute pubblica: dall'ordinamento eurounitario al diritto costituzionale nazionale. Elementi di comparazione tra le esperienze italiana e francese*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, 213 ss.

DC del 31 maggio 2021)⁴¹.

Una dichiarazione di incostituzionalità parziale colpiva invece la l. n. 2021-1040, di modifica della l. n. 2021-689, che a distanza di pochi mesi introduceva, con decorrenza dal 15 settembre 2021, l'obbligo vaccinale per alcune categorie di lavoratori, tra cui militari, *caregiver*, operatori sanitari e vigili del fuoco, prorogava il regime transitorio per l'uscita dall'*état d'urgence* ed estendeva l'ambito di applicazione del *pass sanitaire* per accedere a bar, caffè, ristoranti, mezzi di trasporto, studi medici e centri commerciali, indipendentemente dalla numerosità dei presenti e per tutte le persone di almeno 12 anni di età. L'incostituzionalità veniva rilevata con riferimento all'obbligo, penalmente sanzionato e automaticamente imposto alle persone contagiate, di osservare l'isolamento per 10 giorni non rinnovabili, senza il previo intervento dell'autorità amministrativa o giudiziaria (*décision* 2021-824 DC del 5 agosto 2021). Sulla scia di quanto già riscontrato in altra occasione, il *Conseil* era infatti dell'avviso che tale misura violasse la libertà personale con un meccanismo che, per quanto diretto alla protezione del bene primario della salute, veniva giudicato non necessario, né idoneo allo scopo e pertanto sproporzionato. Un'altra censura di incostituzionalità riguardava la disposizione che richiedeva ai dipendenti a tempo determinato e a progetto la presentazione obbligatoria del *pass*, pena la risoluzione del contratto di lavoro, così introducendo un trattamento irragionevolmente discriminatorio rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato per i quali la mancata esibizione del certificato verde comportava la semplice sospensione del rapporto limitatamente alla durata dell'emergenza, con annessa sospensione della corresponsione dello stipendio. Con riferimento alla legalità e alla legittimità, in particolare, del *pass* sanitario per accedere a luoghi determinati, il collegio ha ritenuto, ricorrendo alla tecnica della conformità sotto riserva, che esso non equivale a un obbligo di vaccinazione, che è una misura appropriata e proporzionata all'obiettivo di tutela della salute, che il controllo sul suo possesso non deve comportare discriminazione tra le persone controllate. Considerazioni e *caveat*, quelli del *Conseil*, che intendevano sottolineare come il dispositivo in parola si collochi «in un punto di equilibrio con la tutela dei plurimi valori costituzionali»⁴², quali la libertà di circolazione e di riunione, la riservatezza, la libertà di impresa, il diritto di espressione collettiva di idee ed opinioni, oltre, evidentemente, al diritto alla salute. Un punto di equilibrio che, primariamente, compete all'apprezzamento del legislatore individuare e soddisfare.

Più recentemente, l'ennesima legge di proroga dello stato di urgenza sanitaria (l. n. 2021-1465) raccoglieva un giudizio parzialmente favorevole da parte del

⁴¹ G. Grasso, *Il pass sanitaire e i diritti e le libertà*, cit., 2821, rileva l'approccio sbrigativo assunto in proposito dal *Conseil* per respingere le contestazioni riguardanti la procedura seguita per approvare l'emendamento del governo che estendeva l'obbligo di esibizione del *pass* per l'accesso ad altri luoghi oltre a quelli originariamente indicati nel progetto di legge. Il *Conseil* ha affermato che, trattandosi di emendamento, si poteva prescindere dal parere preventivo del Consiglio di stato nonché dall'analisi dello studio di impatto, requisiti richiesti invece per i progetti di legge. Si veda anche, nei confronti della decisione citata e delle altre riportate *infra* nel testo, il commento severamente critico di S. Slama, *Les pass (sanitaire et vaccinal) passent sans encombre les portes du Palais Royal*, in *Rev.trim.dr.homme*, n. 131/2022, 477 ss.

⁴² Così, P. Costanzo, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, in *Consulta online*, editoriale 6 agosto 2021, IV.

Consiglio costituzionale: da un lato, era infatti giudicata legittima la proroga decisa dal parlamento fino al 31 luglio 2022 con estensione del *pass* sanitario sino a maggio 2022, ma dall'altro lato era censurata la norma che abilitava i capi degli istituti scolastici ad accedere ai dati sanitari degli alunni e di procedere al loro trattamento. La misura infatti risultava non giustificata da ragioni di interesse generale e non sufficientemente definita da parte del legislatore, oltre a trovare realizzazione senza il consenso degli interessati o dei loro rappresentanti legali, secondo modalità inadeguate, non proporzionate e lesive del diritto alla vita privata (*décision* 2021-828 DC del 9 novembre 2021).

Sul tema, rileva altresì la pronuncia che ha riconosciuto la parziale legittimità, non senza l'accompagnamento delle consuete riserve interpretative, del *pass* vaccinale⁴³ che, sostituendosi al *pass* sanitario, veniva richiesto – in concomitanza con le nuove ondate del virus – per l'accesso alle attività ricreative, ai mezzi di trasporto e ad altri luoghi di formazione non obbligatoria (*décision* 2022-835 DC del 21 gennaio 2022). In sostanza, il legislatore (l. n. 2022-46) ha richiesto, e mantenuto fino al 14 marzo 2022, il possesso di un ciclo vaccinale completo non soltanto per i frequentatori ma altresì per i lavoratori impiegati presso i luoghi indicati, con annessa disciplina delle modalità dei controlli e delle sanzioni. In linea con le precedenti decisioni e specialmente con quelle in materia di certificazione verde, il *Conseil* non ravvisava nella legge citata, che rafforzava gli strumenti di gestione della crisi sanitaria e modificava il Codice di sanità pubblica, discriminazioni tra vaccinati e non vaccinati, né un obbligo indiretto di vaccinazione e nemmeno vizi legati alla non proporzionalità della scelta legislativa. Non veniva giudicato in contrasto con il divieto di delegare a privati cittadini le competenze di polizia, né con il diritto al rispetto della vita privata l'obbligo di esibire, assieme al *pass* vaccinale, un documento identificativo. L'unica disposizione censurata, in quanto lesiva del diritto di espressione collettiva di idee ed opinioni, riguardava la facoltà per gli organizzatori di una riunione politica di consentire l'accesso soltanto a coloro che fossero in possesso di un *pass* sanitario, ossia del dispositivo che accertasse l'adempimento di una delle tre alternative sopra richiamate.

Da ultimo, il Consiglio costituzionale ha giudicato conforme alla Costituzione, sotto i profili della intelligibilità e del rispetto del principio di non discriminazione, la legge che poneva fine allo stato di emergenza (l. n. 2022-1089) e stabiliva la facoltà del Primo ministro di limitare, in caso di circolazione di una nuova variante del Covid-19 e dunque a tutela della salute pubblica, gli spostamenti dei cittadini di età superiore a 12 anni dall'estero o dai territori francesi d'oltremare verso il territorio metropolitano, e viceversa (*décision* 2022-840 DC del 30 luglio 2022)⁴⁴.

⁴³ Equivalente al *super green pass* italiano, introdotto con d.l. n. 172/2021 e poi incrementato con successivi decreti-legge. In Italia, l'obbligo è progressivamente venuto meno a decorrere dal 1° aprile 2022 fino a cessare, anche per il personale sanitario, il 1° novembre 2022 (d.l. n. 162/2022 conv. con modificazioni nella l. n. 199/2022), mentre in Francia veniva revocato a far data dal 14 marzo 2022.

⁴⁴ Per le decisioni più recenti e significative rese dal Consiglio costituzionale, incluse quelle in tema di emergenza sanitaria, cfr. il *Rapport d'activité Conseil constitutionnel*, settembre 2022, reperibile al sito: www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2022-numerique/pdf/rapport-conseil-constit-2022-web.pdf

3.3 Il *Tribunal constitucional* spagnolo: un collegio (diviso ma) deciso contro le misure governative

Decisamente distante, rispetto alla posizione degli omologhi italiano e francese, si colloca la valutazione della legislazione sull'emergenza, e della conseguente compressione delle libertà costituzionali, che è stata espressa dal giudice costituzionale spagnolo, specie se si pone mente alla giurisprudenza intervenuta a cavallo tra il secondo semestre del 2021 e il primo semestre del 2022, trovando concretizzazione in quattro pronunce che appaiono destinate a segnare l'evoluzione della giustizia costituzionale sul tema delle emergenze.

In verità, già all'inizio della pandemia, il *Tribunal constitucional* 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 *Real Decreto* n. 463/2020, allo svolgimento di una manifestazione dinamica 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 ha 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 (o rinviato, come si dirà meglio più avanti) il controllo sulla costituzionalità del Decreto stesso, il giudice costituzionale, con una pronuncia molto dettagliata quantunque non scevra da profili di ambiguità⁴⁵, 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.

A distanza di oltre un anno da questa pronuncia che sostanzialmente aveva legittimato la strategia governativa, il *Tribunal constitucional* si trovava a sciogliere alcuni nodi problematici, sollevati mediante distinti ricorsi di incostituzionalità e d'*amparo* sempre dalla medesima minoranza parlamentare (VOX), e che si possono sintetizzare, rispettivamente, nell'accertamento della costituzionalità dei Decreti reali n. 463/2020 e n. 926/2021 e delle proroghe autorizzate dal Congresso dei deputati, nonché nella verifica del pregiudizio arrecato all'espletamento della fun-

⁴⁵ Cfr., ad esempio, M.Á. Presno Linera, *Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (14): comentario al Auto del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de una manifestación el 1 de mayo*, in presnolinera.wordpress.com/, 2 maggio 2020, il quale esprime dubbi sul corretto uso del giudizio di proporzionalità da parte del Tribunale costituzionale, oltre che sulla prolissità della decisione. A commento dell'ordinanza citata, cfr. altresì S. Romboli, *Covid e Corti: gli interventi del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di "stati di emergenza"*, in *Percorsi costituzionali*, cit., spec. 319 ss.

zione di opposizione, a seguito della sensibile compressione delle sessioni del Congresso e della riduzione delle occasioni, per le minoranze, di presentare e discutere le proprie iniziative davanti all'assemblea durante il primo mese di *lockdown*. A questi ricorsi, più recentemente, si è aggiunta la decisione su una questione promossa in via incidentale nei confronti di una modifica alla *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa* (LJCA), anch'essa collegata alla situazione emergenziale e con riflessi sull'esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini. Va premesso che l'attivazione del Tribunale costituzionale sugli atti del governo e del Congresso dei deputati che dichiarano, autorizzano e prorogano gli stati di emergenza (di allarme, di eccezione, di assedio) è resa possibile dal fatto 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 sindacabili esclusivamente dal giudice costituzionale⁴⁶. Ora, se la decisione pronunciata in accoglimento del ricorso d'*amparo* rileva solo indirettamente ai nostri fini, e precisamente nella misura in cui la lesione del diritto di partecipazione politica nella fase iniziale della crisi sanitaria può aver contribuito a pregiudicare i diritti dei cittadini (STC 168/2021)⁴⁷, sono specialmente le sentenze sui due Decreti reali e sulla riforma della LJCA a mostrare profili di immediata pertinenza e rilevanza.

Anticipando quanto si dirà più in dettaglio, può senz'altro affermarsi che il Tribunale costituzionale, sia pure con le profonde divisioni testimoniate dai numerosi *votos particulares* dei magistrati dissenzienti, ha mostrato, nelle diverse situazioni pervenute al suo cospetto, un atteggiamento tutt'altro che deferente nei confronti delle decisioni assunte dagli organi di indirizzo politico, allontanandosi vistosamente da quanto lasciato trapelare nella pronuncia di inammissibilità del 2020⁴⁸. In particolare, nella sentenza più attesa ed emblematica che riguardava la costituzionalità del primo stato di allarme, il Tribunale accoglieva, a stretta maggioranza (sei voti contro cinque), i ricorsi e dichiarava la parziale illegittimità del *Real Decreto* n. 463/2020 che aveva, nella valutazione del collegio, disposto, non la mera limitazione, bensì la sospensione di libertà fondamentali che soltanto lo stato di eccezione e lo stato di assedio possono giustificare, ai sensi dell'art. 55, 1° co. Cost. (STC 148/2021).

⁴⁶ Così, STC 83/2016, analogamente a quanto stabilisce espressamente, a tale proposito, la Costituzione slovacca (art. 129, 6°co.). Sotto questa prospettiva, interessante è stata – nel frangente dell'emergenza sanitaria – la presa di posizione di altre Corti costituzionali che, interpellate sulla medesima questione, hanno manifestato – ciascuna a suo modo – un deciso *self-restraint* nei confronti degli organi politici. Si pensi alla Corte costituzionale serba che ha riconosciuto la legittimità costituzionale della dichiarazione governativa dello stato di emergenza (ord. IUo-42-20), accompagnato dalla sospensione del parlamento, e alla Corte costituzionale ceca che, al contrario, si è ritenuta incompetente ad effettuare tale sindacato e ha dichiarato irricevibili i ricorsi presentati contro alcuni provvedimenti adottati durante l'emergenza da Covid-19 (Pl. ÚS 8/20).

⁴⁷ La decisione, assunta con una maggioranza di sei voti contro quattro, ha riconosciuto la lesione del diritto fondamentale di partecipazione politica (art. 23 Cost.), come lamentato dal gruppo parlamentare VOX, dichiarando la nullità degli *Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados* del 19 marzo e del 21 aprile 2020. A commento, cfr. L. Frosina, *Le alterazioni fisiologiche e patologiche della funzione di controllo politico durante lo stato di allarme. A proposito di alcune recenti sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Rivista Diritti comparati*, n. 1/2022, 176 ss.

⁴⁸ Al riguardo parla espressamente di "*overruling*" il *voto particular* alla STC 148/2021 espresso dal giudice Cándido Conde-Pumpido Tourón.

In pratica, può non essere agevole distinguere tra restrizione e sospensione di un diritto fondamentale, specie allorché la restrizione sia a tal punto incisiva e pregnante da evocare, come non si è mancato di rilevare a proposito del sacrificio inflitto all'esercizio della libertà di circolazione con il Decreto reale n. 463/2020, l'idea di una misura di confinamento o quarantena, a titolo preventivo o precauzionale, nel proprio domicilio. In proposito, il governo ha sempre puntualizzato che l'emergenza sanitaria imponeva limitazioni – e non sospensioni – ad alcune libertà e che le limitazioni individuate erano proporzionate alla gravità della situazione. Nella lettura della vicenda che ci occupa, la dottrina costituzionalistica in Spagna è apparsa divisa o, per meglio dire, frammentata⁴⁹. 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 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 regime giuridico del diritto sospeso sarebbe quello stabilito dalla normativa di emergenza. A integrazione di questa lettura non è mancato peraltro chi, pur considerando adatta, 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 in quanto 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

⁴⁹ 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 *DPCE online*, 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.

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*»⁵⁰.

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 forse più dubbi di quanti non abbia contribuito a risolvere. La pronuncia 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 *Real Decreto* n. 463/2020. Secondo la maggioranza del collegio, 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)⁵¹. 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 e intense da averne provocato, di fatto, lo svuotamento, la privazione, 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 dichiarazione dello stato di eccezione⁵², 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 lato⁵³ (FJ 11). Diversamente, per altre situazioni di libertà (istruzione, manifestazione, riunione per

⁵⁰ Così, ad esempio, D. Amelang López, ¿Estado de alarma o estado de excepción encubierto?, in blogs.publico.es/red-juridica/2020/03/29/estado-alarma-excepcion/

⁵¹ 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».

⁵² Così, anche P. Fernandez de Casadevante Mayordomo, *Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional*, in *Rev.vasca adm.publica*, n. 119/2021, 59 ss., che scriveva prima della pronuncia in commento.

⁵³ 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. Per un commento critico alla STC 148/2021 rispetto alla interpretazione del concetto di "ordine pubblico", cfr. M.

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 sanitario⁵⁴. Fatto sta che, anche sotto l'aspetto dell'impiego del test di proporzionalità su cui pure il *Tribunal* vanta una cospicua produzione giurisprudenziale⁵⁵, 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 esplicare, giudicata semplicemente limitata.

Più convincenti, quantunque non del tutto immuni da criticità argomentative⁵⁶, risultano le restanti decisioni, anch'esse dirette peraltro, sotto diverse angolazioni, a demolire la linea politica del governo. Con la pronuncia sulla costituzionalità del secondo stato di allarme (STC 183/2021), il giudice costituzionale era chiamato a giudicare sul *Real Decreto* n. 926/2020, e sulla proroga autorizzata dal Congresso dei deputati (*Real Decreto* n. 956/2021). Pur confermando il principio della *cogobernanza* tra il governo e le autonomie territoriali, già sperimentato durante la fase della *desescalada* nell'estate del 2020, e pur offrendo una base giuridica uniforme alle iniziative che sarebbero state assunte dalle autorità sanitarie regionali, quei provvedimenti erano parzialmente dichiarati illegittimi dalla maggioranza del collegio (sei voti contro quattro), non per la natura delle limitazioni imposte all'esercizio dei diritti, bensì per il carattere irragionevole e incoerente della procedura seguita. Veniva infatti richiesta e accordata una proroga di sei mesi per

Carrillo, *Diritto di eccezione e sistema costituzionale in Spagna di fronte alla pandemia da Covid-19*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, 16 ss.

⁵⁴ Con riguardo agli effetti della declaratoria di incostituzionalità, il Tribunale ha escluso la responsabilità patrimoniale dello Stato, nonché la possibilità di riesaminare i processi conclusi con sentenza passata in giudicato e le situazioni decise con atti amministrativi definitivi, salvo che dagli stessi non derivi una riduzione della sanzione o una limitazione della responsabilità (FJ 11). 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, nonché delle STC 168 e 183 del 2021, sulle quali v. *infra* nel testo, 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 incostitucionalidad del primer estado de alarma de 2020 en España: sobre la limitación y la suspensión de los derechos fundamentales*, in *DPCE online*, vol. 54 numero speciale 2022, 71 ss.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Come rileva M.Á. Presno Linera, *El estado de alarma en crisis*, cit.

lo stato di emergenza, senza individuare le misure limitative che avrebbero dovuto concretamente applicarsi in quel lasso di tempo a una serie di diritti fondamentali, delegando tale determinazione alle Comunità autonome e, per di più, in assenza di istruzioni e controlli *in itinere* da parte del governo, nella pressoché totale emarginazione del ruolo istituzionale del parlamento.

L'ultima decisione (STC 70/2022), in ordine di tempo, affrontava, e risolveva ancora una volta a maggioranza (sei voti contro quattro) nel senso della incostituzionalità, la delicata questione relativa alla previsione, introdotta per far fronte ai rischi derivanti dalla pandemia da Covid-19, della autorizzazione o ratifica da parte del giudice amministrativo (*Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia*) per l'entrata in vigore e l'applicazione di misure sanitarie di portata generale, ossia non rivolte a destinatari determinati, che comportassero restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali⁵⁷. A giudizio del *Tribunal constitucional*, la novella legislativa, nel richiedere la compartecipazione dell'organo giurisdizionale, in via preventiva o successiva, all'esercizio della potestà regolamentare dell'esecutivo in materia sanitaria, lungi dal trovare fondamento nell'art. 117, 4° co. Cost.⁵⁸, si traduceva nella violazione di diversi principi costituzionali, tra cui: la separazione dei poteri, il requisito dell'indipendenza dei giudici, l'efficacia dell'azione amministrativa, la responsabilità politica e giuridica del potere esecutivo, nonché i principi di pubblicità e certezza giuridica, dal momento che i provvedimenti giurisdizionali che autorizzano o ratificano le disposizioni generali in materia sanitaria sono sottratti alla regola generale della pubblicazione nel bollettino ufficiale dello Stato e ciò non assicura ai destinatari la previa conoscenza delle restrizioni ai loro diritti fondamentali.

Con queste pronunce, dunque, la maggioranza conservatrice del *Tribunal constitucional*⁵⁹ ha praticamente smantellato⁶⁰ gran parte della strategia adottata dal governo Sánchez per la gestione dell'emergenza sanitaria. Se, da un lato, è condivisibile la presa di posizione netta e chiara rispetto all'appannamento delle garanzie parlamentari e all'esigenza di salvaguardare, anche in tempi di emergenza, i valori della democrazia, dello stato di diritto e della separazione dei poteri, dall'altro lato non si può fare a meno di evidenziare che la recente giurisprudenza costituzionale ha accentuato la conflittualità istituzionale già presente da tempo e per altre ragioni nel paese, contribuendo ulteriormente ad alimentare un generale clima di incertezza e di sfiducia da parte dei cittadini. Per quanto riguarda, in particolare, il *derecho de excepción* e il regime dei diritti fondamentali, se specialmente con la STC 148/2021

⁵⁷ Si tratta dell'art. 10.8 LJCA, introdotto con l. 3/2020 sulle misure processuali e organizzative per far fronte al Covid-19 nell'ambito della amministrazione della giustizia. Per un commento critico ai contenuti della riforma, cfr. C. Vidal Prado, *Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta dónde se puede limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 48/2021, spec. 280 ss.

⁵⁸ Secondo cui: «Le preture e i tribunali eserciteranno solo le funzioni indicate nel comma precedente e quelle attribuite loro espressamente dalla legge a garanzia di qualunque diritto».

⁵⁹ La composizione del Tribunale costituzionale con 12 membri veniva reintegrata solo a novembre 2021, dopo cioè che le tre decisioni (STC 148, STC 168, STC 183) erano state emesse.

⁶⁰ L. Frosina, *Le alterazioni fisiologiche*, cit., 172, parla di «protagonismo “demolitorio”» del Tribunale costituzionale spagnolo a confronto con altre Corti costituzionali.

merita apprezzamento il fatto che il giudizio si sia celebrato nonostante la sopraggiunta cessazione temporale delle misure impugnate (FJ 2), sembra che il *Tribunal constitucional* con le sue argomentazioni abbia perso una straordinaria occasione per puntualizzare profili – quali il concetto di “contenuto essenziale” di un diritto⁶¹, la differenza oggettiva tra limitazione e sospensione, la distinzione tra stato di allarme e stato di eccezione⁶² 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.

4. Il contributo, ancora *in fieri*, delle Corti europee

Come era prevedibile, anche le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo sono state progressivamente investite di numerose *querelles* concernenti la legittimità e la proporzionalità delle restrizioni imposte dalle normative nazionali ai diritti di libertà, specialmente nella fase iniziale e più critica dell’emergenza sanitaria. Quantunque sia prematura ogni valutazione in proposito, dato che si attendono ancora risposte definitive, quelle questioni meritano qualche cenno, se non altro allo scopo di illustrare il *trend* generale che vede coinvolte le istanze giurisdizionali europee, chiamate a pronunciarsi nei mesi a venire secondo parametri diversi e distinte tecniche di giudizio sugli effetti delle decisioni politico-sanitarie variamente assunte a livello nazionale.

In particolare, la Corte EDU è stata sollecitata su plurimi aspetti tuttora pendenti, che si evincono dai ricorsi presentati avverso le pesanti limitazioni inflitte, *inter alia*, alla libertà di circolazione, ai diritti dei detenuti e dei loro familiari, ai diritti delle persone vulnerabili, con disabilità o appartenenti a minoranze nazionali ed etniche, ai diritti dei migranti, rifugiati e richiedenti asilo, ai diritti di riunione, associazione e di culto, alla libertà di espressione e di informazione, alle garanzie processuali, alle libertà economiche e al danno derivante dalla cessazione delle attività a causa della pandemia⁶³. Tra i primissimi interventi, rileva la decisione che ad agosto 2021 respingeva la richiesta di misure cautelari, avanzata da 672 vigili del fuoco francesi professionisti e volontari, contro la menzionata l. n. 2021-1040 che li includeva tra i lavoratori obbligati a vaccinarsi contro il Covid-19 e sulla cui legittimità si era già espresso il *Conseil constitutionnel*, secondo quanto si è anticipato. Con una succinta motivazione, i giudici di Strasburgo non hanno ritenuto di dover concedere la sospensione dell’obbligo vaccinale, non ravvisando nella misura il rischio di un pregiudizio irreparabile al diritto alla vita e al rispetto della vita privata,

⁶¹ Su cui si veda la STC 11/1981 e approfondimenti di E. Carmona Cuenca, *El estado de alarma*, cit., 32 ss.

⁶² Peraltro, piuttosto apodittica su questo punto era stata anche la STC 83/2016 (FJ 8), come osserva M. Carrillo, *Diritto di eccezione*, cit., 12.

⁶³ Cfr. European Court of Human Rights, *Judicial Seminar 2022, Human rights protection in the time of the pandemic: new challenges and new perspectives*, 17 May 2022 (www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2022_ENG_01.pdf).

sanciti dagli artt. 2 e 8 CEDU⁶⁴. Peraltro, sia pure con riguardo a un ambito non esattamente coincidente con quello ora riportato, ma che potrebbe avere un peso sulla soluzione del caso sollevato dai vigili del fuoco francesi, merita ricordare la decisione, di poco precedente, che aveva ritenuto legittimo l'obbligo vaccinale per alcune malattie infantili, prescritto dalla normativa ceca per l'ammissione a scuola con correlative sanzioni a carico dei genitori inadempienti, in quanto giudicata consistente dalla Corte di Strasburgo la proporzionalità tra il fine perseguito e le misure adottate per conseguirlo e pertanto senza che fosse riscontrata alcuna violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)⁶⁵. D'altra parte, a giudizio della medesima Corte, qualora una campagna di vaccinazione volontaria non sia sufficiente ad assicurare e mantenere l'immunità della popolazione, può essere ragionevole e giustificata – entro il margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati – una politica di vaccinazione obbligatoria, che tenga nella giusta considerazione il grado delle conoscenze scientifiche raggiunte⁶⁶.

A proposito della legittimità e adeguatezza delle certificazioni verdi, variamente denominate in era Covid, i giudici di Strasburgo hanno respinto, perché inammissibile, il ricorso di un cittadino francese nei confronti del *pass* sanitario che avrebbe astrattamente limitato la libertà di accesso a determinati luoghi e ai mezzi di trasporto, in quanto quella misura non implicava un obbligo generalizzato di vaccinazione, né poteva dirsi discriminatoria⁶⁷.

E ancora, interessante sotto molti profili, sia procedurali che sostanziali, è la decisione, assunta a stretta maggioranza dalla terza sezione della Corte EDU e suscettibile di revisione stante il rinvio (accolto) della causa dinanzi alla Grande Camera, che ha giudicato lesive dell'art. 11 CEDU le restrizioni, e il successivo divieto, allo svolgimento di tutte le manifestazioni pubbliche e private, disposte in Svizzera dall'esecutivo a far data dalla metà di marzo 2020 e successivamente ratificate dal parlamento, tanto più che non era stato fatto ricorso alla clausola derogatoria dell'art. 15 CEDU⁶⁸. In sintesi, il collegio, pur ammettendo la gravità della situazione e la necessità di preservare la salute e l'incolumità pubblica, ha ritenuto che,

⁶⁴ Si tratta del ric. *Abgrall et al. c. Francia* n. 41950/21, ma v. anche ulteriori richieste di misure provvisorie, sempre sul tema della vaccinazione obbligatoria selettiva, tutte respinte per mancanza del pregiudizio o perché non sufficientemente circostanziate, quali ric. *Cohadier et al. c. Francia* n. 8824/22, ric. *Kakaletri et al. c. Grecia* n. 43375/21. Sono invece pervenuti all'esame della Corte EDU, che ancora non si è pronunciata, ad esempio il ric. *Jarocki c. Polonia* n. 39750/20 e il ric. *Nemytov c. Russia* n. 1257/21, concernenti asserite restrizioni alle libertà di riunione, associazione e culto.

⁶⁵ Cfr. ric. *Vavříčka e al. c. Repubblica Ceca* n. 47621/13, deciso l'8 aprile 2021; in dottrina, cfr. K. Tomaino, *La vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, n. 2/2022.

⁶⁶ Così, European Court of Human Rights, *Judicial Seminar 2022*, 10.

⁶⁷ Cfr. ric. *Zambrano c. Francia* n. 41994/21.

⁶⁸ Si tratta della causa *Communauté Genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse* ric. n. 21881/20, sulla quale si vedano i commenti critici di F. Gianoni, G. Grasso, *Divieto della libertà di riunione e tutela giurisdizionale al tempo della pandemia. Note critiche sulla decisione della Corte EDU nella causa Communauté Genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse del 15 marzo 2022*, in *Diritti comparati*, 21 aprile 2022, e di T. Pagotto, *La Corte EDU promuove un approccio "olistico" alla Convenzione e accerta la violazione della libertà di riunione avvenuta durante la pandemia*, in *Osservatorio costituzionale – AIC*, 1/2023.

in una società democratica come quella svizzera, le severe disposizioni avevano determinato una “ingerenza grave” da parte dell’esecutivo nell’esercizio della libertà di manifestazione sindacale in occasione della ricorrenza del 1° maggio, oltre al fatto che la misura risultava sproporzionata per l’eccessività della sanzione penale inflitta in caso di inosservanza. Ne conseguivano il superamento del margine di apprezzamento e la violazione della norma convenzionale da parte delle autorità statali.

Sul tema del confinamento durante la prima fase del *lockdown* sperimentata da numerosi paesi europei, e sul quale anche le Corti costituzionali italiana e spagnola si sono pronunciate, la Corte di Strasburgo non ha ritenuto, invece, violata la libertà personale, considerate le diverse ragioni che consentivano comunque di lasciare il proprio domicilio e in ragione del fatto che le misure stringenti erano determinate dall’esigenza prioritaria di tutelare la salute individuale e pubblica⁶⁹.

D’altra parte, sulla salvaguardia dei principi di proporzionalità e non discriminazione, in conseguenza della introduzione della vaccinazione obbligatoria per il personale sanitario, è stata altresì chiamata ad esprimersi, in via pregiudiziale, la Corte di Giustizia dell’Unione europea (art. 267 TFUE). Il Tribunale di Padova⁷⁰ ha infatti prospettato diversi dubbi di compatibilità tra l’obbligo vaccinale di tipo selettivo, previsto dal d.l. n. 44/2021 sopra richiamato, e il Regolamento UE 953/2021, che peraltro fa «salva la competenza degli Stati membri di disporre restrizioni per motivi di salute pubblica» (art. 1, 1° co.), con riferimento in particolare alla validità dell’autorizzazione condizionata in presenza di cure alternative per la profilassi dell’infezione da SARS-Cov-2 (art. 4 Reg. CE 507/2006), nonché alla legittimità dell’obbligo di somministrazione vaccinale ad operatori sanitari già contagiati e guariti o che rifiutino l’inoculazione a causa delle controindicazioni. Il giudice del rinvio ha dedotto dalla sospensione dal lavoro e dalla retribuzione di un’infermiera che aveva rifiutato di sottoporsi al vaccino per ragioni personali, e in assenza della possibilità per il datore di lavoro di adibire la stessa ad altre mansioni, un trattamento sproporzionato, in quanto automatico e non accompagnato dalla gradualità delle misure sanzionatorie, oltre che discriminatorio ai sensi dell’art. 21, 1° co. della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea rispetto ad altre categorie di lavoratori, pure tenuti alla vaccinazione ma che, non potendo vaccinarsi per comprovate ragioni cliniche, non incorrono nelle medesime sanzioni inflitte alla ricorrente. Uno stuolo di dilemmi estremamente delicati e rispetto ai quali la valutazione della legittimità dell’autorizzazione condizionata della Commissione europea all’immissione in commercio dei vaccini anti-Covid potrebbe avere carattere assorbente rispetto ai restanti quesiti, non potendosi fare a meno, ancora una volta, dell’*expertise* medico-scientifica per verificare l’idoneità e l’adeguatezza della misura impugnata a fini di interesse generale⁷¹.

⁶⁹ Cfr. ric. *Terheş c. Romania* n. 49933/20, deciso il 20 maggio 2021.

⁷⁰ Trib. Padova, Sezione lavoro, ord. 7 dicembre 2021, Causa C-765/21.

⁷¹ Per un commento al contenuto dell’ordinanza, cfr. B. Rossilli, *L’obbligo vaccinale per gli operatori sanitari al vaglio della Corte di Giustizia dell’Unione europea. Qualche breve valutazione sulla legittimità, sulla proporzionalità della misura e sui suoi effetti non discriminatori*, in *Giustizia insieme*, 9 giugno 2022 (www.giustiziainsieme.it/it/diritto-ue/2367-l-obbligo-vaccinale-per-gli-operatori-sanitari-al-vaglio-della-corte-di-justizia-dell-unione-europea-qualche-breve-

5. A mo' di conclusione. Approcci e approdi giurisprudenziali: il lascito dell'emergenza sanitaria e linee di tendenza nella giurisprudenza delle Corti costituzionali quali interpreti dei diritti fondamentali

Non sembra possa esservi dubbio che la gestione dell'emergenza sanitaria sia destinata a lasciare, sotto diversi profili, la sua eredità, tra l'altro, sul ruolo dei giudici costituzionali a protezione dei diritti fondamentali e, in senso generale, sul rispetto delle garanzie giurisdizionali e del *rule of law*, anche a prescindere da situazioni emergenziali. Tanto le modifiche introdotte per ragioni di urgenza sul piano procedurale e organizzativo, quanto le acquisizioni maturate nella soluzione dei casi finora pervenuti all'esame delle Corti permettono infatti di evidenziare gli approcci seguiti e di intravedere possibili linee di sviluppo nella evoluzione della giustizia costituzionale, con particolare riferimento, ma non solo, alle esperienze che hanno formato oggetto di analisi nel presente contributo.

Non è arduo prevedere – anche perché di fatto sta già accadendo – che la stagione dell'emergenza avrà i suoi effetti rispetto alle modalità di lavoro e di trasmissione delle cause agli organi di garanzia costituzionale, con conseguenti vantaggi sia in termini di efficienza e celerità nello svolgimento dei processi, sia ai fini di una maggiore garanzia delle situazioni giuridiche soggettive asseritamente violate. Si pensi alla introduzione del processo telematico davanti alla Corte costituzionale italiana ma anche al ricorso, per la prima volta in occasione della pandemia, allo strumento della sospensione cautelare di un'intera legge regionale, quella della Valle d'Aosta sulla ripresa delle attività sociali ed economiche che era stata impugnata in via principale dal governo, sussistendo secondo l'Avvocatura dello Stato e per la Corte stessa il pericolo di un «irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico», nonché «il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini»⁷². Si pensi ancora, quantunque non sia stata oggetto di riflessione in queste pagine, all'ampliamento – parimenti occasionato dalla crisi sanitaria e attualmente in via di stabilizzazione – dei criteri di ammissibilità dei ricorsi individuali che potranno essere proposti al Tribunale costituzionale federale austriaco anche nei confronti di norme che abbiano cessato la loro vigenza e pertanto non siano più produttive di effetti al sopraggiungere della decisione. La novità procedurale introdotta per via interpretativa dallo stesso giudice federale contribuisce evidentemente al rafforzamento della tutela dei diritti individuali e al contempo del principio di legalità e dello stato di diritto, sol che si consideri che il Tribunale ha riconosciuto, su ricorso diretto degli interessati, l'illegittimità di numerosi regolamenti ministeriali di portata generale e restrittivi di diversi diritti, che erano stati adottati soprattutto nella prima ondata dell'emergenza sanitaria, in quanto non esaurientemente motivati⁷³.

[valutazione-sulla-legittimita-sulla-proporzionalita-della-misura-e-sui-suoi-effetti-non-discriminatori](#)).

⁷² Così, art. 35 l. 87/1953, art. 21 Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e ord. Corte cost. 4/2021, su cui *supra* testo e nota 28.

⁷³ Cfr., in proposito, le osservazioni di U. Haider-Quercia, *Nuovi criteri di accesso*, cit., spec. 296 ss.

Al richiamo del giudice austriaco all'esigenza di una adeguata motivazione per disporre restrizioni proporzionate e ragionevoli ai diritti di libertà, fermo restando in ogni caso il potere di apprezzamento discrezionale del parlamento, si contrappone la disinvoltura con la quale il *Conseil constitutionnel* in più di una circostanza ha giudicato conforme alla Costituzione il procedimento di approvazione di leggi (organiche e ordinarie) connesse all'emergenza sanitaria o di gestione della stessa, così come l'inserimento di emendamenti durante l'*iter* parlamentare, a prescindere dalla puntuale osservanza delle regole prescritte, con argomentazioni succinte e sbrigative che intendevano avallare le misure frettolosamente adottate dagli organi politici, specialmente a ridosso dell'esplosione della pandemia⁷⁴.

A questo proposito, e oltre a quanto si è accennato rispetto all'interpretazione evolutiva del Tribunale costituzionale federale austriaco, può non essere indifferente il momento in cui una Corte costituzionale viene interpellata e le pronunce effettivamente vengono rese. Se infatti non desta particolare sorpresa un certo grado di accondiscendenza o deferenza del giudice costituzionale nei confronti del legislatore nella fase iniziale di un'emergenza sanitaria (ma analogo atteggiamento potrebbe accompagnarsi ad altre emergenze), onde evitare di porre nel nulla, totalmente o parzialmente, le misure adottate dal decisore politico, compromettendo l'efficacia delle stesse e mettendo in pericolo valori e beni primari, un tendenziale smarcamento da questa posizione può riscontrarsi invece nelle fasi successive, vuoi perché l'emergenza è in via di superamento, vuoi perché, al contrario, la prosecuzione dello stato di crisi con il procrastinarsi delle misure restrittive, ancorché suffragate dalle risultanze scientifiche, potrebbe cessare di riscuotere la fiducia e il sostegno dell'opinione pubblica, lasciando maggiore spazio all'intervento delle istanze giurisdizionali, incluse le Corti costituzionali⁷⁵.

Viene allora in considerazione, eventualmente secondo modalità calibrate in ragione delle diverse fasi emergenziali, la relazione delle Corti costituzionali con la scienza, da un lato, e con gli organi di decisione politica, dall'altro. Nelle esperienze che si sono esaminate, i giudici costituzionali hanno fatto espressamente richiamo nelle loro argomentazioni ai dati medico-scientifici, tenendo conto del quadro evolutivo della pandemia e in connessione con le progressive acquisizioni della ricerca, dapprima per confermare la legittimità, eventualmente soltanto parziale, delle restrizioni inflitte ai diritti fondamentali e successivamente a fronte della introduzione delle certificazioni verdi e degli obblighi vaccinali. Quanto al dialogo con il decisore politico, la giurisprudenza esaminata ha fatto largo impiego dello scrutinio di proporzionalità per verificare la legittimità delle scelte operate dai rispettivi legislatori nazionali che, almeno sino al momento attuale, sono state ampiamente riconosciute conformi alle Costituzioni in nome della protezione del diritto alla salute e all'incolumità della popolazione, secondo quanto esposto nelle pagine precedenti.

⁷⁴ Oltre a quanto riportato *supra* § 3.2, cfr. G. Grasso, *Il pass sanitaire e i diritti e le libertà*, cit., 282, su cui *supra* nota 41.

⁷⁵ Si vedano le riflessioni, focalizzate sulla crisi sanitaria in Belgio, ma estensibili in realtà a numerose altre esperienze, di P. Popelier, B. Kleizen, C. De Clerck, M. Glavina, W. Van Dooren, *The Role of Courts in Times of Crisis: a Matter of Trust, Legitimacy and Expertise*, reperibile al sito: www.echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Popelier_Rule_of_Law_ENG.pdf

Sotto questo profilo, gli esiti cui i giudici costituzionali sono pervenuti potrebbero influire sugli sviluppi futuri delle rispettive giurisprudenze tutte le volte che il diritto alla salute si trovi a doversi confrontare con altre situazioni giuridiche soggettive, parimenti meritevoli di protezione costituzionale. In altri termini, il tema è quello del primato o della “tirannia”, da riconoscere o meno, al diritto alla salute. Come noto, la Corte costituzionale italiana ha, in passato, affermato a chiare lettere, nel bilanciamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro, che nessun diritto ha «la prevalenza assoluta sugli altri [...] Se così non fosse si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente riconosciute e protette [...] La qualificazione come primari dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (punto 9 cons.dir. sent. 85/2013). A fronte di tali nitide affermazioni, nelle fattispecie sottoposte alla Consulta al tempo della pandemia, e sopra richiamate, il nostro giudice costituzionale ha ritenuto che le misure assunte dal governo fossero proporzionate e pertanto costituzionalmente legittime. Analogamente si esprimeva il *Conseil constitutionnel* che, sia pure formulando in sede di controllo preventivo diverse riserve interpretative, ha riconosciuto in linea di massima che il legislatore avesse effettuato il giusto temperamento tra l'obiettivo costituzionale della protezione della salute e gli altri diritti, che quindi erano stati opportunamente limitati⁷⁶. Considerazioni simili erano quelle svolte anche dal Tribunale costituzionale federale tedesco che, confermando in larga parte le severe misure restrittive disposte dal governo federale, ha invocato costantemente il test di proporzionalità per affermare che nessun divieto all'esercizio di un diritto può essere categorico e che in ogni caso deve mantenersi il rispetto del contenuto essenziale (art. 19 GG)⁷⁷. Così, e soltanto a titolo di esempio, veniva riconosciuta la legittimità costituzionale del c.d. freno d'emergenza federale che, ad aprile 2021, aveva disposto con l'ennesima modifica della legge federale sulla protezione dalle malattie infettive del 2000, restrizioni – quali il coprifuoco notturno, la chiusura delle scuole e limitazioni ai contatti interpersonali – che venivano giudicate temporanee, adeguate, giustificate e necessarie allo scopo di proteggere la vita e la salute, nonché per assicurare la funzionalità del sistema sanitario⁷⁸. Ad uscire vittorioso nel test di proporzionalità, è stato pertanto,

⁷⁶ Quantunque G. Grasso, *Il pass sanitaire e i diritti e le libertà*, cit., 2831, si ponga il dubbio se l'obiettivo supremo della protezione della salute non abbia finito nell'ordinamento francese per diventare “tirannico”, per effetto dell'emergenza sanitaria.

⁷⁷ Cfr. A. Gatti, *Per un'emergenza “ragionevole”*, spec. 265 ss. e 284 ss. sul giudizio di ragionevolezza nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco.

⁷⁸ Cfr. BVerfG, *Beschluss* del Primo Senato, 19 novembre 2021 – 1 BvR 781/21; BVerfG, *Beschluss* del Primo Senato, 19 novembre 2021 – 1 BvR 971/21. Per un commento alla pronuncia, cfr. Y.M. Citino, *La parentesi del “freno d'emergenza” nel federalismo tedesco in epoca pandemica*, in *Nomos*, n. 1/2022. Si veda anche BVerfG, *Beschluss* del Primo Senato, 27 aprile 2022 – 1 BvR 2649/21,

pur con le precisazioni di volta in volta richiamate, il diritto alla salute. Probabilmente, in uno stato di emergenza come quella sanitaria, sarebbe stato difficile attendersi qualcosa di diverso, almeno in concomitanza con le ondate più critiche e quelle che a più riprese hanno visto la recrudescenza dei contagi.

A discostarsi da questo *trend* è certamente il *Tribunal constitucional* spagnolo il quale, 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 gestire 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 fatta salva 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 naturali⁷⁹. Peraltro, sia detto qui solo per completezza, l'orientamento del Tribunale smentiva implicitamente il punto di vista espresso sull'argomento dal *Defensor del pueblo*⁸⁰ che aveva fatto appello alla proporzionalità delle restrizioni effettuate e al bilanciamento tra diritti di rango costituzionale, affermando altresì l'esistenza di una gerarchia (*sic*) che collocherebbe il diritto alla vita e alla salute in una posizione di priorità rispetto ad una schiera di altri diritti, 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.

Sulla scorta di quanto esposto, si può certamente affermare che le Corti costituzionali continueranno ad essere coinvolte nel post-pandemia sui temi qui indagati, e difficilmente si registreranno *revirements* rispetto alle acquisizioni raggiunte tanto sul piano procedurale che sostanziale, le quali appaiono pertanto – con luci ed ombre – destinate ad orientare nel prossimo futuro l'interpretazione e la garanzia dei diritti fondamentali, con effetti e ripercussioni non necessariamente limitati ai contesti emergenziali.

con cui il Tribunale costituzionale tedesco, dopo aver respinto a febbraio 2022 la richiesta di sospensione cautelare dell'obbligo di fornire la prova della vaccinazione o della guarigione da Covid-19, ha ritenuto giustificata la previsione dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario e addetto ai servizi socio-assistenziali, obbligo stabilito con una modifica della legge federale sulla protezione dalle malattie infettive del 2000 il 10 dicembre 2021 e in vigore dal 16 marzo 2022. Il Tribunale ha infatti giudicato legittimo lo scopo perseguito, adeguata la misura prescelta per il suo raggiungimento, adeguato il bilanciamento tra la finalità perseguita e la gravità del sacrificio imposto.

⁷⁹ Sul punto, cfr. A. López Basaguren, *El Tribunal constitucional frente a la emergencia pandémica*, cit., 277.

⁸⁰ 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.

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