

L'emergenza giuridica e la pandemia dinanzi alla Costituzione e al giudice costituzionale in Austria*

di Otto Pfersmann

Abstract: Statutory and regulatory norms taken in order to master the challenges set forth by the outbreak of the Covid-pandemic set legal systems under stress as advanced constitutional democracies have developed a rigorously organized structures of legal sources and respective instruments of review. This is particularly relevant in the case of Austria with an analytic-positivist tradition of legal scholarship and a strong formal conception of the rule of law. The outbreak of the pandemic has challenged many traditional assumptions both in structure and substance: fundamental rights, especially of freedom of movement, were drastically limited and often on a regulatory rather than statutory basis. The constitutional Court developed an increasingly flexible case-law, drawing mainly on the principle of proportionality in order to conciliate requirements of public health with constitutionally guaranteed freedoms. This general tendency in pandemic case law softens the sterner principles of rigorous jurisprudence.

Keywords: Covid-19 legislation, freedom of movement, rule of law.

2677

1. Premessa

L'emergenza giuridica può essere definita come l'abilitazione conferita, normativamente, ad organi diversi dal regolare legislatore parlamentare al fine di produrre norme di rango legislativo in tempi stretti e spesso con la possibilità di limitare i diritti fondamentali e la loro protezione tramite sindacato di costituzionalità. Tali strutture esistono, di conseguenza, solamente se previste esplicitamente in diritto positivo, ma salvo che non siano previste ai ranghi più alti dell'ordinamento, la loro mera esistenza non implica di per sé che siano anche conformi alla costituzione o a norme supra-nazionali¹.

La recente crisi pandemica ha spinto verso la produzione di norme legislative e regolamentare, nazionali o regionali, che ha portato alla previsione non solo di misure ma anche di procedure diverse da quelle

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

¹ Per il quadro teorico e metodologico delle seguenti analisi, v. O. Pfersmann, E. Imparato, *L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*, in *Federalismi.it* 15/2023, 161-182.

regolari malgrado quasi ovunque esistessero già leggi per i casi di epidemie riguardanti tuttavia generalmente ipotesi di casi isolati o almeno limitati in quantità. La crisi indotta dall'emergenza sanitaria per Covid-19 ha invece toccato tutti i continenti su ampia scala. La risposta dei legislatori e delle autorità regolamentari è stata quindi di particolare interesse rispetto al principio dello stato di diritto e in particolare, di questo, quanto all'organizzazione della produzione normativa e al sindacato della loro applicazione².

La risposta giurisprudenziale alla produzione normativa pandemica è stata particolarmente interessante in Austria dove la tradizione dottrinale, legata alla scuola di Vienna della teoria del diritto e allo sviluppo della giustizia costituzionale dall'inizio della prima Repubblica in poi, è da lungo tempo molto attenta al rispetto delle forme e strutture giuridiche. L'analisi della giurisprudenza mostra, infatti, un'evoluzione sempre più 'pragmatica' del sindacato che cerca di convalidare le misure emergenziali più che di mantenere una linea rigorosa e coerente.

In questo scritto, dopo una breve presentazione generale, si intende così analizzare innanzitutto le particolarità del ricorso costituzionale individuale in Austria e poi l'evoluzione della legislazione pandemica nonché in ultimo la giurisprudenza³ in sede dei diritti di libera circolazione e d'ingresso nei locali pubblici, di accesso e partecipazione agli atti di culto religioso unitamente al problema del *green pass* e dell'obbligo vaccinatorio. L'esame mostrerà così una tendenziale apertura a una crescente flessibilità nella limitazione dei diritti fondamentali classici.

2678

2. Il caso austriaco

La Corte costituzionale austriaca ha dovuto pronunciarsi in più occasioni sulle norme legislative o regolamentari emanate per affrontare la crisi sanitaria.

Dal 2020 al 2022 si possono contare almeno 28 sentenze di particolare importanza mentre il numero totale arriva a ben 242 pronunce⁴. Pochi casi

² Sulla concezione dello stato di diritto seguita in questo contributo, v. O. Pfersmann, *L'incompletezza selettiva dello stato di diritto in chiave teorica e comparata: Austria, Germania, Francia et al.* in T.Frosini (a cura di), *Rule of Law come costituzionalismo*, Bologna, 2023, 69-87.

³ La dottrina *in re* si rivela piuttosto scarsa, cfr. soprattutto M. Kofler-Schlögl, *Die Covid-19-Judikatur des VfGH und deren Folgewirkungen für die Verwaltungsgerichte*, in *Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit* 7, 353-369 (2020), all'indirizzo <https://doi.org/10.33196/zvg202005035301>. L'autrice si sofferma soprattutto e a giusta ragione sul problema dell'allargamento dell'accoglimento dei ricorsi contro regolamenti a norme non più in vigore e analizza le possibili conseguenze nel diritto amministrativo. Nelle riviste austriache sono pubblicate diverse sentenze laddove l'attenzione si sofferma soprattutto sul problema degli aiuti legali e del risarcimento.

⁴ V. l'elenco è reperibile all'indirizzo:

<https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Abfrage=Vfgh&Entscheidungsart=Undefined&Sammlungsnummer=&Index=&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False&GZ=&VonDatum=01.01.2020&BisDatum=05.07.2023&Norm=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ImRisSeitForRemotion=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=Corona&Position=1>

mettono tuttavia direttamente in discussione la legislazione varata per contrastare la pandemia laddove la parte più importante e differenziata concerne norme regolamentari. La corte qui, se da una parte sviluppa una giurisprudenza molto aperta rispetto all'accoglimento dei ricorsi, adottando una concezione quasi topica del bilanciamento e del principio di proporzionalità, dall'altra parte raramente adotta decisioni che vedono l'applicazione di norme relative a diritti fondamentali per annullare gli atti restrittivi. Dopo aver menzionato alcune particolarità del sindacato di costituzionalità nel sistema austriaco nonché dell'evoluzione legislativa in ambito sanitario, in questo lavoro saranno presentati casi importanti che illustreranno la problematica generale della strategia giurisprudenziale nei confronti dell'emergenza relativi, in particolare, a: I) divieto di circolare liberamente nel territorio, II) e III) differenziazione delle chiusure e dei divieti d'accesso, IV) obbligo di portare una mascherina in scuola, V) restrizioni per le persone senza *green pass* e VI) obbligo di vaccinazione.

3. Giustizia costituzionale e storia legislativa in Austria

a) *La concezione del ricorso diretto.*

Una prima particolarità del sistema austriaco di controllo della conformità delle norme generali e astratte consiste nel fatto che la Corte costituzionale ha competenza esclusiva in sede di costituzionalità tanto delle leggi quanto di legalità dei regolamenti laddove, invece, in quest'ultimo caso, in altri sistemi, il sindacato di legalità spetta a un giudice amministrativo. Una seconda specificità della giustizia costituzionale austriaca consiste nella possibilità di introdurre direttamente un ricorso contro misure formalmente legislative (art. 140, (1), punto c) o regolamentare (art. 139, (1), punto 3) qualora queste misure hanno un impatto diretto sulle posizioni giuridiche dei richiedenti che a tal fine dovranno fornire una prova spesso molto difficile da fornire giacché le norme generali in quanto tali, per principio, non riguardano una persona in particolare. In Italia, invece, come è ben noto, il ricorso viene introdotto dal giudice *a quo* mentre in Francia è trasmesso da quest'ultimo alle giurisdizioni supreme che può decidere se inoltrarlo o meno al Consiglio costituzionale. Tornando al sistema austriaco qui, per l'ammissibilità del ricorso, si richiede poi che si dimostri che l'effetto diretto della norma generale si verifichi senza la necessità di una misura concreta d'applicazione come può essere un atto amministrativo o una decisione giudiziale o almeno che l'esigenza di aspettare un atto di concretizzazione avrebbe conseguenze non accettabili come ad esempio una condanna penale.

Un terzo elemento riguarda la possibilità per la Corte di pronunciarsi sulla costituzionalità o la legalità di norme non più vigenti quali norme che sono state - o non - conformi prima dell'uscita di vigore. La premessa in questo caso è quella per cui le misure sottoposte a giudizio di costituzionalità devono essere in vigore al momento dell'introduzione del ricorso. La Corte

Le sentenze sono richiamate a seconda della fonte oggetto di ricorso: G per le fonti di rango legislativo, V per le fonti di rango regolamentare seguite dal numero corrente dell'anno/numero del documento nel dossier. Le sentenze pubblicate sulla collana ufficiale sono citate secondo il numero presente nella collana *VfGH E numero*. Le sentenze pubblicate sul sito della Corte costituzionale sono citate con l'apposito link.

ha nondimeno sviluppato una teoria, precisata successivamente in dottrina, secondo cui una norma non più in vigore può ancora produrre effetti se l'ambito di sanzione va oltre l'ambito di condizione⁵, ritenendo in tale caso di poterle esaminare quando oggetto di ricorso.

b) *L'evoluzione legislativa in ambito sanitario*

Come in altri paesi, la legislazione austriaca ha conosciuto storicamente tre periodi prima della pandemia: nel medioevo e fino all'inizio del ottocento i regolamenti emanati in risposta alle grandi peste istituivano un regime e organi specifici con autorità temporaneamente e ampiamente estesa laddove successivamente, con i progressi della medicina nonché la stabilizzazione delle situazioni epidemiche, si è arrivati alla progressiva formalizzazione legislativa delle prime leggi di sanità pubblica e quindi alle leggi sulle epidemie che ben permettono la restrizione di diritti e l'obbligo di confinamenti in situazioni precisi e limitate⁶. L'Austria ha così adottato una legislazione concepita in questi termini poco prima della prima guerra mondiale introducendo un regime amministrativamente moderno e tuttavia ancora anteriore all'introduzione del sindacato di costituzionalità. Per tale ragione, la legge del 1913⁷ è stata ripubblicata nel 1950⁸ secondo una procedura specifica, prevista all'art. 49a della Costituzione federale, che autorizza il governo a "ri-promulgare", senza modifiche sostanziali, con forza vincolante, testi legislativi divenuti difficilmente leggibili a causa di cambiamenti (lessicali e normativi) successivi senza tuttavia passare per il percorso parlamentare. La legislazione così 'aggiornata' riguarda, in particolare, le ipotesi di puntuali comparse di malattie contagiose in casi limitati e prevede un risarcimento per le perdite derivanti da eventuali

⁵ Nell'analisi delle norme giuridiche si possono distinguere più elementi temporali: l'ambito (temporale) delle condizioni e l'ambito (temporale) delle sanzioni. Una norma le cui fattispecie (condizionali: se accade c1, c2, ..., cn) non possono più essere realizzate, possono invero ancora avere effetti di sanzione (allora si applica s1, s2, ...sn). L'annullamento di un provvedimento legislativo o regolamentare può porre problemi molto complicati sotto questo profilo. V., ad esempio, O. Pfersmann, *Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques*, in *Revue de la Recherche Juridique*, XIX (1994), 221-243. ripubblicato in J.-F. Kervégan (eds), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon 2002, 55-86; M. Thaler, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, New-York 1982; R. Thienel, *Der zeitliche Geltungsbereich im Lichte der Legistik*, in *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter*, Wien Manz 1991, 709-726 nonché, dello stesso autore, *Art 49 B-VG und die Bestimmung des zeitlichen Geltungsbereiches von Bundesgesetzen*, in *Österreichische Juristen-Zeitung* 1990, 161-176 e *Was ist ein außer Kraft getretenes Gesetz?*, in *Juristische Blätter* 1994, Teil I: 26-36, 92-100; G. Wielinger, *Die Zeit als Rahmen der Existenz und als Inhalt von Rechtsvorschriften*, in Günther Winkler, Bernd Schilcher (eds) *Gesetzgebung*, Springer Wien New York 1981, 157 s.

⁶ Sulla storia della legislazione austriaca in ambito sanitario, v. A. Hiersche, K. Holzinger, B. Eibl, *Handbuch des Epidemierechts unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen betreffend COVID-19*, Vienna, 2020.

⁷ Gesetz vom 14. April 1913, betreffend die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, Gazzetta ufficiale dell'Impero Austriaco *RGBl 1913/67*.

⁸ Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBL. Nr. 186/1950* Kundmachung der Bundesregierung vom 8. August 1950 über die Wiederverlautbarung des Gesetzes über die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten (Epidemiegesetz) <Annuncio del Governo federale dell'8 agosto 1950 sulla ripubblicazione della legge sulla prevenzione e il controllo delle malattie trasmissibili (Legge sulle epidemie).

chiusure dell'impresa o altre perdite di reddito derivanti da decisioni delle autorità (art. 32). Le abilitazioni conferite alle autorità concernono anche la delimitazione delle malattie. Se invero l'art. 1 stabilisce in proposito un elenco preciso, al contempo, autorizza altresì l'estensione, tramite regolamento, a nuove malattie non ancora note (art. 1, terzo comma, ora art. 1, secondo comma).

A fronte di questo quadro, quando è emersa la pandemia causata da Covid-19, il Parlamento piuttosto che aggiornare la normativa pregressa ha deciso di varare una legislazione specifica per gestire la crisi, cd. "Legge federale concernente delle misure provvisorie per impedire la diffusione del Covid-19", adotta il 15 marzo 2020, come poi, ovviamente, modificata più volte in seguito⁹. Questa nuova legislazione parte, tuttavia, da una concezione diversa da quella precedente volta a limitare i diritti di libera circolazione e di attività commerciali e produttive su ampia scala. Questa esclude poi, a differenza della pregressa normativa del 1950, il risarcimento dei danni mentre include altre misure dirette ad attenuare gli effetti delle chiusure soprattutto laddove si introduce la possibilità di mantenere il personale a tempo parziale di lavoro e di chiedere aiuti specifici.

In questo caso, come in altri paesi, si osserva così una sovrapposizione di legislazioni che hanno in grande parte lo stesso oggetto (peraltro, oggi, una parte della normativa tesa a contrastare la diffusione del Covid-19 è stata integrata proprio nella legge del 1950 come modificata) con regole diverse quanto alla limitazione di diritti fondamentali.

4. La giurisprudenza emergenziale

2681

4.1 Il divieto di libera circolazione

Un caso particolarmente interessante sotto il profilo della libera circolazione è quello analizzato nella sentenza G 202/2020- V 408/2020-20 del 14 luglio 2020¹⁰. Le due leggi prese qui in considerazione prevedevano conseguenze economiche diverse derivanti dalle chiusure di attività commerciali, attività che, tanto l'una e l'altra legge, autorizzavano. Ed è proprio contro questa differenza di trattamento che sono stati introdotti i ricorsi diretti e in particolare contro l'articolo 4, secondo comma della legge relativa al Covid-19¹¹, ritenendosi lesi, specificamente, i principi d'uguaglianza e di protezione

⁹ Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG) Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBI. I Nr. 12/2020* < Legge federale sulle misure provvisorie per prevenire la diffusione del COVID-19 (Legge sulle misure COVID-19 - COVID-19-MG)>, modificata più volte.

¹⁰ Questa pronuncia è reperibile online all'indirizzo: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGHEntscheidung_G_202_2020_ua_Zlen_vom_14._Juli_2020.pdf

¹¹ L'articolo 4, nella prima versione, recita:

“(2) Se il Ministro federale ha emanato un regolamento ai sensi dell'art. 1, le disposizioni della legge sulle epidemie del 1950, Gazzetta ufficiale federale n. 186/1950, relative alla chiusura degli stabilimenti non si applicano nell'ambito della presente ordinanza”.

L'articolo 1 stabilisce invece: “In caso di insorgenza di un focolaio derivante da COVID-19, il Ministro federale per gli Affari sociali, la salute, l'assistenza e la protezione dei consumatori

del legittimo affidamento. Allo stesso tempo, oggetto di ricorso, sono state anche le misure regolamentari, non più in vigore, riguardanti il divieto d'accesso in un esercizio commerciale, ritenute illegali.

La Corte costituzionale, a fronte delle questioni sollevate, mentre decide di accogliere il ricorso, considerando senza dubbio superata la prova dell'impatto 'diretto' della norma generale, ritiene tuttavia non condivisibili le argomentazioni proposte dai ricorrenti a livello sostanziale. Pur ammettendo che le misure previste nelle due leggi vanno a creare situazioni diverse, considera comunque legittima la norma basando la propria posizione giurisprudenziale su diversi contro-argomentazioni. Innanzitutto, si osserva che: 1) se il rispetto del principio d'uguaglianza vincola il legislatore questo consente comunque adattamenti della normativa allorché la legge persegue uno scopo d'interesse generale e le misure imposte non sono sproporzionate; 2) la legge relativa al Covid-19 disciplina un insieme di misure allo scopo di attenuare le conseguenze economiche del confinamento e delle chiusure, 3) prevedendo al contempo un ampio margine decisionale nella gestione della situazione pandemica. Inoltre, si prosegue nel ragionamento, 4) tutti gli stabilimenti commerciali sono stati sottoposti alle stesse misure mentre, infine, 5) le situazioni considerate dalla legge sulle epidemie e quella riguardante la pandemia determinata da Covid-19 sono da ritenersi diverse perché non si tratta di chiusure sull'intero territorio. Rispetto al principio del legittimo affidamento, la Corte ribadisce la propria tradizionale linea giurisprudenziale secondo cui non esiste alcun diritto soggettivo al mantenimento della stessa legislazione e se l'interesse del soggetto può essere tutelato ciò è solo allorché ricorre una relazione immediata tra le attribuzioni del cittadino e le prestazioni dello Stato. Ora, ad avviso della Corte austriaca, quest'ultima eccezione non ricorre affatto nel caso del Covid-19 non esistendo alcuna relazione diretta tra attribuzioni e prestazioni. Conseguentemente, ad avviso della Corte, non può ritenersi sussistente alcuna violazione né del principio dell'uguaglianza, né di quello del legittimo affidamento.

La sentenza dimostra l'estrema elasticità del principio d'uguaglianza.

Non solo viene sempre sottoposto ad una valutazione contestuale suscettibile di andare in una o in un'altra direzione, ma questo principio finisce con l'essere privato di forza effettiva a fronte di affermate esigenze di 'proporzionalità' che sfuggono per definizione ad ogni criterio rigoroso e oggettivo. Quest'ultimo principio, peraltro, non ha alcun fondamento testuale nella Costituzione austriaca, essendo stato importato a livello giurisprudenziale dalla Germania negli anni ottanta dello scorso secolo¹²

può vietare, mediante regolamento, l'ingresso nei locali commerciali o solo in alcuni di essi per l'acquisto di beni e servizi, nella misura in cui ciò viene considerato necessario per prevenire la diffusione della COVID-19. Il regolamento può specificare il numero di locali in cui è possibile entrare e l'orario in cui è possibile entrare in locali esenti dal divieto di ingresso”.

¹² Su questo v. W.-D. Arnold, *Probleme der Anlaßfälle vor den Höchstgerichten*, in *Zeitschrift für Verwaltung*, 1989, 230-245; W. Barfuß, *Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes*, in *Österreichische Juristenzeitung* 44, 1989, 673 sq., M. Holoubek, *Die Interpretation der Grundrechte in der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofs*, in R. Machacek, W. Pahr, G. Stadler (eds), *70 Jahre Republik*.

laddove anche in questo ordinamento non sembra godere di alcun riconoscimento¹³.

Contribuisce, infine, alla elasticità del principio altra argomentazione. La Corte costituzionale invero sembra partire dal “presupposto per cui il legislatore ha un ampio margine di manovra in materia di politica legale per combattere le conseguenze economiche della pandemia COVID 19”¹⁴. In tal modo piuttosto che esaminare, alla luce della problematica costituzionale, in quale misura le disposizioni legislative sono conformi alla Costituzione, la Corte sembra accettare come un fatto ovvio il largo margine dispositivo che godrebbe il legislatore per il solo fatto di doversi impegnare al fine di contrastare la pandemia. Si finisce così per adottare una impostazione naturalistica a cui peraltro la stessa Corte si era sempre, almeno ufficialmente e nelle sue motivazioni, opposta.

Resta da osservare, in ultimo, che la Costituzione austriaca non conosce alcuna struttura emergenziale salvo i casi in cui il Parlamento non possa riunirsi o viva un impedimento e in cui il Governo deve formulare proposte di regolamenti di necessità da varare dal Presidente federale (art. 18, terzo comma, Costituzione federale). Questa ultima ipotesi non si è tuttavia mai verificata, neanche con la recente crisi sanitaria: una “flessibilizzazione” della produzione legislativa non trovava quindi alcun fondamento, né procedurale, né sostanziale, nella Costituzione austriaca.

4.2 La differenziazione dei divieti d’ingresso

Di particolare interesse per il problema della valutazione dei diritti fondamentali nella crisi sanitaria sotto il profilo dello stato di diritto e della gerarchia delle fonti normative è certamente anche un’altra sentenza, ovvero quella, emessa dalla Corte costituzionale il 14 luglio 2020, V 363/2020-25¹⁵.

La Corte anche in questa ipotesi decide di accogliere il ricorso, malgrado le norme impugnate non fossero più in vigore al momento dell’adozione della sentenza, ben reputando che al momento della introduzione del ricorso non potesse essere chiesto all’interessato di esporsi a delle sanzioni amministrative. La motivazione espressa dalla Corte ha riguardato in particolare due profili assai diversi, uno concernente la costituzionalità della legge Covid-19, il secondo la legalità del regolamento.

Alla fine di una lunga e approfondita discussione la Corte arriva alla conclusione che la legge rispetta l’esigenza di “determinatezza” di cui all’art.

Grund- und Menschenrechte in Österreich. Grundlagen, Entwicklungen und internationale Verbindungen, K. Rhein, Strasbourg, Arlington 1991, 43-82. M. Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Österreich, Vienna 1991.

¹³ Cf. M. Jestaedt, O. Lepsius, *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015. La teoria della proporzionalità è stata sviluppata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca per la prima volta nel famoso caso delle licenze necessarie per aprire una farmacia del 11 giugno 1958, in Decisioni della Corte Costituzionale Federale *BVerfGE* 7, 377 ss.

¹⁴ Sentenza citata, par. 116.

¹⁵ Accessibile: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Entscheidung_V_363_2020_vom_14._Juli_2020.pdf

18, primo comma della Costituzione federale ¹⁶. Secondo il giudice costituzionale, invero, il grado di determinatezza risulterebbe dalla materia da regolare. E questa esigenza “non deve essere amplificata in quei casi in cui un accesso rapido e la considerazione di molteplici differenze locali e temporali costituiscono una necessità essenziale per una regolamentazione significativa ed efficace” ¹⁷. Secondo la Corte, l’emanazione di un regolamento con ampio margine discrezionale deve essere rigorosamente giustificata ma non rende la legge incostituzionale per quanto essa conferisca un certo margine previsionale quanto allo sviluppo della diffusione della malattia. E sotto quest’ultimo profilo, la legge autorizza solamente un divieto di entrare “in certi luoghi” mentre anche rispetto ai diritti fondamentali di libertà di movimento e di libertà personale la legge non avrebbe superato quanto costituzionalmente autorizzato.

A differenza della conformità costituzionale della legge, il regolamento emanato sulla sua base è considerato invece dalla Corte, in un brevissimo ragionamento, illegale. Infatti, costata il giudice, quest’ultimo atto prevede un mero divieto generale e non già un divieto specifico e determinato, superando in tal modo il limite posto dalla legge.

La sentenza è tanta rigorosa nei confronti del regolamento quanto generosa invece rispetto alla legge, ammettendosi qui come un dato acquisito che la pandemia, esigendo una reazione rapida, consenta un ampio margine di apprezzamento e di previsione. In quest’ottica, se l’esigenza di determinatezza viene inteso come un principio e una premessa della sanzione nella relazione tra regolamento e norma legislativa, la necessità inderogabile sottesa alla risoluzione della situazione pandemica sembra legittimare il conferimento di un ampio margine di programmazione nella relazione tra norma legislativa e norme costituzionali: in questo senso viene considerato l’ampio potere discrezionale rispetto tanto ai principi strutturali - consentendosi una certa flessibilità della determinatezza richiesta dall’art. 18 - quanto rispetto ai diritti fondamentali che comunque sono considerati sottoposti a riserva di legge e alle esigenze specifiche del caso. L’assenza di conformità alla legge viene pertanto dovuta non già alla lesione di diritti, ma soltanto all’eccessiva generalità rispetto a un’ampia abilitazione. In tal modo se l’idea di un rigoroso ragionamento, come da consolidata giurisprudenza, viene indebolita a livello dei principi, resta invece inalterata rispetto ai piani inferiori della gerarchia delle norme. Anche in questo caso il livello strutturale primario dei diritti fondamentali viene ‘aggiustato’ grazie al ricorso all’indeterminato principio della “proporzionalità”. Pur vedendo il ricorrente la pronuncia come una vittoria, in realtà bisognerebbe riconsiderarne la vera portata specialmente laddove si pensi che i divieti non sono affatto ritenuti in contrasto con la libertà di movimento o la libertà personale.

¹⁶ “L’intera attività amministrativa statale può essere svolta solo in base alle leggi”. Questa disposizione formula il principio di legalità come inteso dalla dottrina pubblicistica austriaca. V. P. Mörth, *Das Legalitätsprinzip Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht*, Verlag Österreich Vienna, 2020

¹⁷ Sentenza cit. p. 38, par. 51.

A proposito di questi ultimi principi si possono segnalare ancora altre sentenze che mostrano come la Corte cerchi di differenziarli nella loro applicazione.

Nel caso V 411/2020-17, deciso il 14 luglio 2020, oggetto di impugnazione sono l'espressione "se la superficie relativa al cliente all'interno della struttura è al massimo di 400 metri quadri" e "le modifiche alle dimensioni dell'area riservata ai clienti effettuate dopo il 7 aprile 2020 non saranno prese in considerazione nel determinare le dimensioni della stessa area" presenti all'art. 2, quarto comma del regolamento relativo a "Misure provvisorie per prevenire la diffusione del COVID-19"¹⁸ nella versione in vigore tra il 13 e il 30 aprile 2020. Il regolamento prevedeva in queste ipotesi un divieto d'ingresso "nell'area riservata ai clienti dei locali commerciali e di servizi, nonché di strutture ricreative e sportive, allo scopo di acquistare merci o utilizzare servizi o strutture ricreative e sportive". (art. 1). L'articolo 2 elencava pertanto una serie di eccezioni, quanto alle strutture commerciali, tra cui farmacie o stazioni di servizio, riparazioni di veicoli o biciclette nonché "commercio di materiali da costruzione, ferro e legno, mercati dell'edilizia e del giardino". Il quarto comma dello stesso articolo, oggetto specifico di impugnazione, stabiliva infine che "in deroga al comma 1, non si applica <il divieto> all'area-clienti di altri locali commerciali se l'area clienti all'interno non supera i 400 m²". Il ricorrente, titolare di un'azienda di scarpe con più locali commerciali in varie città austriache, si trova perciò ad essere direttamente colpito dal divieto la cui violazione avrebbe visto comminate sanzioni di multe assai elevate. Si soddisfa così la condizione prevista al fine del ricorso diretto alla Corte costituzionale stante peraltro l'assenza di una via alternativa che permetta di chiedere una concretizzazione dell'atto normativo generale ed astratto. In quest'ottica, la Corte, ritenuto ammissibile il ricorso, procede ad esaminare i profili sostanziali. La motivazione espressa riguarda due aspetti, dividendosi in due parti. Come nel caso precedente V 363/2020-25 la Corte se da un canto considera legittima la legge Covid-19, ritenendola perfettamente giustificata alla luce delle circostanze nonché delle esigenze di determinazione di cui all'art. 18 della Costituzione, assume una posizione diversa, d'altro canto, quanto al regolamento.

In quest'ultima ipotesi, rispetto in particolare agli ampi margini discrezionali conferiti al potere regolamentare del ministro della Salute, non ritiene affatto giustificata la differenziazione operata tra i negozi "di materiali da costruzione, ferro e legno, mercati dell'edilizia e del giardino" e gli altri esercizi commerciali quanto alla limitazione loro imposte di non superare una superficie di 400 metri quadri. "Pertanto, l'articolo 2 (4) dell'ordinanza 96 sulle misure COVID si rivela incostituzionale e quindi illegale perché è, nella sostanza, contrario all'uguaglianza nel suo fondamento legislativo"¹⁹. Alla luce di queste considerazioni la illegalità sembra essere tale sotto un duplice profilo, attesa poi l'assenza di qualunque motivazione del divieto nonché di oggettività della differenziazione. Il parere espresso dal ministro della Salute per giustificare la posizione di vantaggio delle attività

¹⁸ Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBL. II 96/2020*, nella versione *BGBL. II 151/2020*.

¹⁹ Sentenza citata, p. 45.

commerciali legati al giardinaggio non sembrava invero affatto convincente. Un punto decisamente interessante nella motivazione è quello relativo alla costruzione della gerarchia delle norme: se l'espressione impugnata sembra violare palesemente il principio costituzionale d'uguaglianza, l'annullamento non tocca tuttavia direttamente la costituzionalità. In altri termini qui si afferma l'illegalità quale risultante dal fatto che si imputa alla legge la sua incostituzionalità (perché discriminatoria), ma al contempo la legge è considerata conforme alla costituzione.

Un altro caso²⁰ di altrettanto interesse presenta ancora più succinte motivazioni quanto ai profili sostanziali: fondato questa volta sulla legge del 1950, il regolamento attuativo impediva qualsiasi assembramento se relativo a più di 10 persone²¹. Ammettendo il ricorso, la Corte opina che “L'articolo 10 del regolamento COVID-19-LV, BGBl II 197/2020, viola l'articolo 15 della legge sulle epidemie del 1950, in quanto il legislatore ha completamente omissso di rappresentare le circostanze che lo hanno portato a considerare, al momento dell'emanazione del regolamento, le misure adottate con questa disposizione come assolutamente necessarie”. La legge è, come in tutti gli altri casi, considerata invece conforme alla Costituzione.

In questo caso, più che la sostanza della misura, è la sua spiegazione o piuttosto l'assenza di qualunque giustificazione a rendere il regolamento illegale. La teoria della Corte, presente anche nei casi discussi sopra, introduce una categoria che va ben oltre il principio di legalità come formulato nell'art. 18 della Costituzione federale. Quest'ultima disposizione costituzionale richiede invero la mera determinatezza e prevedibilità ma non già una giustificazione formale di cui comunque non sembra trovarsi traccia nella normativa considerata.

4.3 Differenziare cultura e culto religioso

La Corte costituzionale si è trovata ad affrontare un caso relativo ad un regolamento²², considerato dall'opinione pubblica molto problematico, che vietava gli assembramenti culturali²³ mentre autorizzava le riunioni religiose qualunque sia in numero dei partecipanti²⁴. In questa ipotesi se è stato ritenuto proporzionato allo scopo di limitare la diffusione del Covid-19²⁵ il divieto posto per le riunioni culturali, si è considerato invece che l'esenzione per gli assembramenti religiosi non potesse dirsi giustificata in

²⁰ Sentenza della Corte costituzionale austriaca V 428/2020-10 del 1° ottobre 2020: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_V_428_vom_1._Oktober_2020.pdf

²¹ COVID-19-LV, Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBl. II 197/2020*: “Art. 10 (1) Sono vietate le manifestazioni con più di 10 persone”.

²² Regolamento del Ministro federale degli affari sociali, della sanità, cura e della protezione dei consumatori che adotta misure speciali di protezione per prevenire una situazione di emergenza dovuta al COVID-19 (quinto regolamento sulle misure di emergenza COVID-19), Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBl II 475/2021*, nella versione originale e nella versione *BGBl II 511/2021* (art. 7, art. 18).

²³ “Art. 7 (1) Entrare e circolare nell'area clienti di (...) 4. strutture culturali per ottenere servizi da strutture culturali è vietato”.

²⁴ “Art. 18 (1) Questo regolamento non si applica (...) 7. per le riunioni per la pratica di un culto religioso”.

²⁵

https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_V_312_2021_vom_30._Juni_2022.pdf

virtù del principio d'uguaglianza, giudicandosi, conseguentemente, come illegali le apposite misure del regolamento.

Anche qui si vede l'applicazione indiretta delle norme costituzionali di garanzie dei diritti fondamentali. Un aspetto interessante della sentenza è infatti quello legato alla considerazione per cui certi diritti possono essere intesi come prioritari e quindi fuori di ogni regola di limitazione – salvo che non ci siano altre ragioni per limitarli – come il diritto di manifestazione. Ad essere posta in discussione è stata in questa ipotesi in particolare la giustificazione costituzionale di una limitazione della libertà artistica quale disciplinata dall'art. 17a della legge fondamentale di Stato sui diritti generali dei cittadini, introdotto in questa legge costituzionale del 1867 nel 1982, laddove si “La creazione artistica, la trasmissione dell'arte e il suo insegnamento sono liberi”. Come è evidente, questa disposizione non risulta limitata da alcuna riserva di legge cosicché il diritto ivi sembrerebbe garantito in modo assoluto. “Assoluto” vuol dire che né il legislatore, né un'autorità amministrativa può limitare questo diritto e tuttavia non vuol dire che la creazione, la trasmissione o l'insegnamento artistico può anche non rispettare le leggi generali dello stato. L'argomentazione della Corte si muove su questa ben ritenendosi che se la creazione non può essere limitata, la protezione della salute si configura comunque come uno scopo legittimo²⁶. Si vede qui l'estrema difficoltà di delimitare un diritto in teoria non limitabile rispetto ad altri che invece sono soggetti a limitazioni come il diritto di libertà di riunione. Giacché la trasmissione dell'arte si realizza spesso tramite assembramenti – concerti, rappresentazioni teatrali ecc. – la Corte deve per forza ammettere una relazione di priorità tra diritti che non ha mai veramente teorizzata e che applica in modo implicito d'un lato verso la libertà di manifestazione, dall'altro lato verso libertà artistica.

4.4 L'obbligo di portare una mascherina

Due problemi sono stati oggetti di particolare discussione durante la pandemia: l'obbligo di portare una mascherina e l'obbligo di vaccinazione. Nel primo caso, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'obbligo della mascherina nelle scuole era giustificata e proporzionata²⁷.

Secondo l'art. 4a, secondo comma del “Regolamento del Ministro federale dell'istruzione, della scienza e della ricerca sulla gestione delle conseguenze della COVID-19 nel sistema scolastico per l'anno scolastico 2020/21 (Regolamento COVID-19 2020/21 - C-SchVO 2020/21)²⁸, “ Tutte le persone che si trovano all'interno dell'edificio scolastico devono indossare – nelle scuole elementari e medie solo al di fuori delle aule e delle sale per

²⁶ Sentenza cit. p. 21. “L'oggetto del divieto di accesso alle strutture culturali ai sensi dell'art. 7 comma 1 n. 4 del quinto regolamento COVID-19-NotMV e del divieto di assembramenti diversi da quelli menzionati nell'art. 14 del quinto regolamento COVID-19-NotMV non è quindi, ancora una volta, l'attività artistica in quanto tale, ma le misure generali per impedire gli assembramenti di persone (sottolineato dall'autore)”.

²⁷ Sentenza della Corte costituzionale austriaca V 155/2021-8 del 23 settembre 2021: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_V_155_2021_vom_23._September_2021.pdf

²⁸ Gazzetta ufficiale federale austriaca BGBl II 384/2020, modificata secondo BGBl II 179/2021.

gruppi - almeno un dispositivo di protezione meccanico aderente che copra la bocca e il naso, a meno che non siano obbligate a indossare una mascherina di livello superiore”.

Anche qui siamo in presenza di un ricorso individuale diretto, introdotto da un’allieva di scuola media direttamente colpita da tale normativa. La ricorrente impugna la disposizione del regolamento invocando il fatto di essersi sottoposta al test di controllo e sostenendo che l’obbligo si configurava come contrario al principio d’uguaglianza e all’art. 8 della CEDU che in Austria vale come norma di rango costituzionale.

La Corte costituzionale non condivide tuttavia queste argomentazioni. A suo avviso “In considerazione delle chiare e inequivocabili raccomandazioni scientifiche contenute nei fascicoli dell’ordinanza e della bassa intensità dell’intervento della misura” la norma regolamentare non è né incostituzionale, né illegale.

4.5 Il green pass e l’obbligo di vaccinazione

Nel corso dell’anno 2021 vengono prodotti i primi vaccini anti-covid e si adottano le certificazioni “green pass” al fine altresì di consentire la frequentazione di esercizi commerciali, ristoranti, caffè, al contempo condizionando la possibilità di viaggiare. In Austria, il regolamento del Ministro federale degli Affari sociali, della Sanità, delle Cure e della Protezione dei consumatori che adottava misure speciali di protezione contro la diffusione del COVID-19 (sesto regolamento sulle misure di protezione COVID-19), BGBl. II 537/2021, poi nella versione BGBl II 24/2022 definisce le condizioni di prove di vaccino e/o test e le apposite restrizioni o autorizzazioni.

Nella sentenza V 23/2022-25 del 29 aprile 2022²⁹, la Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi su un ricorso individuale contro le disposizioni di questo regolamento contenente un divieto d’accesso a certi negozi, ai ristoranti e caffè e altri luoghi pubblici qualora si trattasse di una persona non vaccinata e non guarita da Covid-19 purché non si trovi in una situazione tale da non poter essere vaccinata senza pericolo per la vita o la salute rispetto cui il regolamento conosceva delle eccezioni.

Anche in questo caso, il giudice ammette alla fine di un lungo ragionamento che la ricorrente si trova effettivamente in una situazione in cui è direttamente coinvolta dalle regole nella sua posizione giuridica e che non poteva accedere al controllo della legalità della norma impugnata per altra via senza esporsi alle sanzioni prevista dalla normativa.

La Corte, sotto il profilo sostanziale, sviluppa poi quanto già sostenuto nella sua consolidata giurisprudenza: la legge non è incostituzionale, il nuovo regolamento si basa su una ampia abilitazione e il ministro della Salute ha seguito tutte le ricerche scientifiche in vista della valutazione dello sviluppo della situazione pandemica finendo con il respingere ogni dubbio quanto alla conformità del regolamento tanto rispetto al principio di legalità quanto nei confronti dei diritti fondamentali, del principio d’uguaglianza o di libertà di movimento. La Corte insiste sul fatto che le valutazioni

29

https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_V_23_2022_vom_29._April_2022.pdf

effettuate dal Ministro della Salute si fondavano sulle conoscenze disponibili al momento in cui il regolamento era stato varato. Anche se ulteriori conoscenze avrebbero potuto modificare l'apprezzamento della situazione, il regolamento non sarebbe divenuto illegale al momento in cui il ricorso è stato avanzato.

4.6 Il breve destino del vaccino obbligatorio

Nel corso dei primi mesi del 2022, giacché la percentuale delle persone vaccinate si presentava troppo bassa per ridurre il tasso d'infezione, il governo federale decide di avanzare una iniziativa legislativa al fine di imporre un obbligo di vaccino anti-covid. Il Parlamento adotta così il 2 febbraio 2022 (pubblicata il 4 febbraio 2022) una legge che rende il vaccino obbligatorio per ogni residente di età superiore a 18 anni sul territorio austriaco (art. 1, primo comma)³⁰. Secondo la legge, il vaccino non deve essere somministrato per forza (art. 1, secondo comma) e si prevedono così diverse eccezioni (art. 3), riguardanti in particolare donne incinte o soggetti per cui il vaccino avrebbe potuto implicare un rischio per vita o salute nonché coloro che per 180 giorni risultavano guariti da una infezione al covid-19. Il vaccino è considerato valido allorché somministrato in più dosi secondo un protocollo da varare tramite regolamento (art. 4). Secondo l'art. 10, primo comma, la violazione dell'obbligo comporta, peraltro, una multa di 3600 Euro. Originariamente, la legge avrebbe dovuto perdere di validità il 31 gennaio 2024. Il ministro della Salute vara un primo regolamento di attuazione della legge il 7 febbraio 2022³¹.

La legge incontra nette opposizioni nell'opinione pubblica. Appena entrata in vigore, l'11 marzo 2022, il ministro della Salute emana - secondo l'abilitazione conferita dalla legge - un regolamento di "Non applicazione temporanea della legge sulle vaccinazioni obbligatorie COVID-19 e dell'ordinanza sull'obbligo di vaccinazione COVID-19"³². La legge stessa viene infine abrogata all'unanimità il 7 luglio 2022 (pubblicazione il 28 luglio 2022) dopo cinque mesi³³. Il ricorso contro l'obbligo è stato introdotto l'8

³⁰ Legge federale sulla vaccinazione obbligatoria contro il COVID-19 (Legge vaccinazione obbligatoria COVID-19 COVID-19-IG) Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBl. I Nr. 4/2022*

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBlA_2022_I_4/BGBlA_2022_I_4.pdf fsig

³¹ *Regolamento del Ministro federale degli affari sociali, della sanità, dell'assistenza e della previdenza sociale*

sull'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19 (COVID-19-IV) Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBl. II Nr. 52/2022*:

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBlA_2022_II_52/BGBlA_2022_II_52.pdf fsig

³² Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBl. II Nr. 103/2022*:

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBlA_2022_II_103/BGBlA_2022_II_103.pdf fsig

Con un altro regolamento Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBl. II 198/2022*, questa sospensione dell'obbligo sarà prolungata fino al 31 agosto 2022 - anche esso abrogato dalla legge che abroga generalmente l'obbligo.

³³ Legge federale che abroga la Legge sulla vaccinazione obbligatoria COVID 19, il regolamento sulla vaccinazione obbligatoria COVID 19 e il regolamento sulla non

febbraio 2022. Secondo la legge, le sanzioni previste nell'art. 10 avrebbero potuto essere applicate a partire dal 16 marzo, mentre secondo l'art. 19, secondo comma del regolamento di non applicazione della legge, le misure della legge non dovevano essere applicate ai fatti accaduti tra il 12 marzo e 31 maggio. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale sul Covid-19, l'unico caso di accoglimento di un ricorso individuale contro una legge formale riguarda proprio la legge sull'obbligo vaccinale³⁴ laddove tutti gli altri casi, inclusi quelli in questo lavoro precedentemente esaminati, sono stati proposti in virtù di ricorsi contro norme di rango regolamentare e non già legislative.

Il ricorso qui in esame è stato introdotto da una persona non vaccinata, persona che non poteva avvalersi di alcune delle eccezioni previste e per il quale l'obbligo di vaccinazione s'imponeva a partire dal 15 marzo in poi. Costui, pertanto, alla luce della normativa esaminata, non poteva sottrarsi dall'obbligo ed evitare le sanzioni se non ricorrendo a un cambio di residenza fuori dal territorio nazionale. Questa situazione si configura al momento dell'introduzione del ricorso (l'8 febbraio), malgrado il 15 marzo l'applicazione della legge sia stata poi sospesa. La Corte osserva pure, peraltro, che sebbene al momento della sentenza, il 23 giugno, non c'è una effettiva applicazione delle norme impugnate, la loro possibile applicazione rimane valida atteso che la legge viene formalmente abrogata solamente il 7 luglio.

La Corte, partendo dall'analisi dei profili legati all'ammissibilità del ricorso, apre il proprio ragionamento sostenendo che "La vaccinazione rappresenta una notevole interferenza nella sfera dell'integrità fisica, che, per tutelare il diritto all'autodeterminazione, richiede il consenso della persona interessata. L'obbligo di vaccinazione stabilito per legge è quindi da considerarsi un'interferenza particolarmente grave"³⁵. Secondo il giudice costituzionale, la gravità dell'interferenza con i diritti del ricorrente deve essere controbilanciata da giustificazioni invocate dal legislatore e dal ministro della Salute per i regolamenti d'applicazione: anche se il vaccino non conferisce una protezione totale, gli studi su cui si fondano le valutazioni del legislatore come anche del ministro evidenziano che la protezione si rivela importante in una situazione di crisi, mostrandosi migliore rispetto ad altri mezzi, forse meno invadenti, ma anche più deboli e di uso complementare come le mascherine. Ad avviso della Corte il test ha un valore solamente puntuale, ma non costituisce una protezione mentre la legge soprattutto obbliga il ministro di adattare in continuo il regolamento all'evoluzione della situazione e ai mezzi disponibili. Si osserva, su quest'ultimo punto, che in effetti è stato ben adempiuto quest'obbligo avendo il ministro disposto la sospensione dell'obbligo e quindi rispettato le

applicazione temporanea della Legge sulla vaccinazione obbligatoria COVID 19, il regolamento sulla vaccinazione obbligatoria COVID 19 e modifica la Legge sulle epidemie del 1950. Gazzetta ufficiale federale austriaca *BGBL. I Nr. 131/2022*:

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2022_I_131/BGBLA_2022_I_131.pdfsig

³⁴ Sentenza della Corte costituzionale austriaca *G 37/2022-22, V 173/2022-11* del 23 giugno 2022: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_G_37_2022_vom_23._Juni_2022.pdf

³⁵ Sentenza cit. p. 75

esigenze legislative che a loro volta osservano le esigenze della Costituzione, includendo l'art. 8 CEDU. Il ricorso viene perciò in ultimo respinto.

La decisione sull'ammissibilità del ricorso si presenta qui molto più aperta e favorevole rispetto alla tradizionale linea giurisprudenziale, generalmente più rigida, riguardante la possibilità d'impugnazione di disposizioni formalmente legislative introdotta direttamente da una persona secondo l'art. 140 della Costituzione federale. L'accoglimento del ricorso permette così alla Corte di sviluppare in modo sintetico la sua concezione relativa al bilanciamento e all'applicazione del principio di proporzionalità. Tanto nei casi di contestazione di norme regolamentari quanto nella messa in discussione di norme di rango formalmente legislative, il giudice costituzionale vede le intromissioni nella sfera dei diritti fondamentale totalmente controbilanciate dalle necessità e idoneità dei mezzi applicati per contrastare la pandemia. Il giudice non ricorre all'idea di un diritto di necessità ma consente comunque di derogare alla distribuzione costituzionale delle competenze. Finisce così con il ritenere che sebbene le intromissioni presentano un alto grado d'intensità, queste sono giustificate e proporzionate alla sfida incontrata dal legislatore come dal potere regolamentare.

Un'ultima nota degna di segnalazione riguarda il metodo scelto dal legislatore austriaco: l'abilitazione conferita al ministro della Salute ad adottare regolamenti non è quello semplice del principio di legalità, ma implica l'esigenza specifica di accordare l'emanazione dei regolamenti d'attuazione in accordo con la Commissione principale del Consiglio nazionale, la prima Camera del Parlamento. Così mentre in altri casi si usa piuttosto la tecnica della delega al potere esecutivo, il legislatore richiede in queste ipotesi una collaborazione con un organo parlamentare permanente che così diventa coproduttore della norma regolamentare.

5. Conclusioni

Nell'ordinamento austriaco non vige alcuna norma costituzionale d'emergenza propriamente detta, salvo il caso sinora mai realizzato delle ordinanze del Presidente federale in assenza o nella impossibilità di riunione del Parlamento. Le norme varate per affrontare la crisi sanitaria devono perciò rispettare strettamente la gerarchia delle norme, vale a dire quando è in gioco una restrizione di un diritto fondamentale, deve intervenire il legislatore nei limiti consentiti dalla Costituzione di cui fa parte come norma costituzionale interna anche la CEDU con i vari protocolli addizionali.

Questo principio è stato generalmente rispettato, mentre le deleghe al potere regolamentare sono state molte ampie e avrebbero potuto dare luogo ad un controllo più rigoroso. Si osserva allora che la Corte costituzionale, di solito estremamente severa quanto all'ammissibilità di ricorsi diretti contro norme di tipo regolamentari o addirittura legislative, è stata eccezionalmente generosa quanto al sindacato delle restrizioni di diritti fondamentali. In linea generale si rivela poi un atteggiamento che se si rivela piuttosto mite ed elastico laddove si applica la teoria di per sé già molto flessibile della proporzionalità e del bilanciamento per quasi ogni interferenza con un diritto costituzionalmente protetto, si mostra invece nel

caso della differenziazione dei divieti tramite regolamento molto più rigoroso. Invece di un rigido controllo delle restrizioni dei diritti viene introdotta una esigenza di giustificazione delle norme nei documenti preparatori tanto della legge quanto dei regolamenti. Finisce così per essere spostato il criterio di conformità verso un elemento certamente importante nella produzione normativa, ma non considerato come una esigenza a livello costituzionale. La norma legislativa deve essere giustificata rispetto alla Costituzione, non rispetto ad un discorso extra-legale di giustificazione preparatoria. Sul piano della giurisprudenza costituzionale si deve osservare in ultimo un uso sempre più esteso del principio indeterminato di proporzionalità e quindi una posizione accomodante rispetto alle richieste antinomiche grazie al ricorso alla più ampia discrezionalità del giudice che generalmente considera l'urgenza in conformità con la Costituzione, soffermandosi su pochi problemi di eccesso.

O. Pfersmann
École des Hautes Études en Sciences Sociales
Lier-FYT, Paris
otto.pfersmann@ehess.fr