

La tutela dei diritti e delle libertà fondamentali alla prova della pandemia da Covid-19: alcuni spunti comparati a partire dai casi italiano e spagnolo*

di Chiara Cerbone

Abstract: The contribution aims to analyze the limitation of fundamental rights and freedoms as realized in Italy and Spain during the Covid-19 pandemic. To this end, after a brief methodological premise and the analysis of the two emergency models, some reflections will be made both on the exercise of the regulatory function and on the role of the Italian Constitutional Court and the Spanish *Tribunal Constitucional* during the pandemic emergency. The aim of the contribution is to verify whether it is possible to provide better protection for fundamental rights and freedoms during emergency phenomena. Enhancing the principles that guide emergency management rather than changing the legal framework seems a desirable solution.

Keywords: states of emergency; limitation and suspension of fundamental rights; rule of law; Covid-19 emergency; Italy; Spain.

2711

1. La limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali nello Stato democratico durante gli eventi emergenziali: una premessa

Una delle principali caratteristiche delle Costituzioni europee adottate a partire dal Secondo dopoguerra è la presenza di un sistema di garanzie a tutela dei diritti delle libertà fondamentali dalle limitazioni e sospensioni che avevano caratterizzato alcune delle esperienze democratiche tra il primo ed il secondo conflitto mondiale. Tra queste, il tristemente noto caso della «*sospensione dell'efficacia*» di alcuni diritti fondamentali nella Repubblica di Weimar. Secondo il dettato dell'art. 48¹ della sua Costituzione era infatti

* 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 M. Carducci, *La Costituzione di Weimar (1919)* in G. Cerrina Feroni, T. E. Frosini, A. Torre (a cura di), *Codice delle Costituzioni, Vol. 1 - Belgio, Danimarca, Germania, Italia, Spagna, Svizzera, USA e Weimar*, G. Giappichelli ed., Torino, 2009, p. 464 e ss., art. 48: «Se un *Land* non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del *Reich*, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata. Il presidente può adottare le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire

rimessa al Presidente - oltretutto ai governi dei *Land* nel caso in cui il pericolo avesse avuto portata geograficamente limitata - la facoltà di sospendere in tutto o in parte l'efficacia dei diritti e delle libertà fondamentali previsti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 che sancivano, rispettivamente, la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, la segretezza delle comunicazioni, il diritto di riunione, il diritto di associazione, la libertà d'espressione ed infine il diritto di proprietà.

La sospensione di taluni diritti contenuta nel cd. *Reichstagsbrandverordnung*² aveva rappresentato un eclatante caso di *sbilanciato bilanciamento* tra differenti esigenze: il potere conservativo dell'ordine e della sicurezza pubblica esercitato dal custode della Costituzione aveva esposto lo Stato al rischio di una dittatura³. Dittatura che si sarebbe instaurata di lì a poco.

Al fine di escludere tale rischio, le Costituzioni europee del Secondo dopoguerra - così come le Carte internazionali⁴ adottate in quegli anni -

con la forza armata. *A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153* (corsivo proprio). Di tutte le misure adottate ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al *Reichstag*. Le misure stesse devono essere revocate se il *Reichstag* lo richieda. Nel caso di urgente necessità, il governo di un *Land* può adottare nel proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Esse vanno revocate se lo richiedono il presidente del *Reich* o il *Reichstag*. Norme più particolari saranno dettate con legge del *Reich*».

² Con il termine *Reichstagsbrandverordnung* si indica il decreto del Presidente del Reich per la protezione del Popolo e dello Stato (in lingua originale "*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*") adottato a seguito dell'incendio del *Reichstag* del 27 febbraio 1933. L'art. 1 di tale decreto prevedeva la *sospensione dell'efficacia* di tutti i diritti e le libertà fondamentali passibili di sospensione *ex art.* 48 della Costituzione di Weimar. È possibile consultare il testo del *Reichstagsbrandverordnung* (in lingua originale), al seguente [indirizzo](#) (consultato il 2 luglio 2023).

³ Seppur l'avvento del Terzo Reich - instauratosi tra il gennaio ed il marzo del 1933 grazie all'adozione dei decreti presidenziali *Reichstagsbrandverordnung* del 27 febbraio del 1933 e *Ermächtigungsgesetz* del 24 marzo 1933 - non può imputarsi alle previsioni contenute all'art. 48 della Costituzione della Repubblica di Weimar occorre segnalare che, come sostenuto da autorevole dottrina, quest'ultimo fu ancillare all'affermazione del regime totalitario nazionalsocialista per una serie di ragioni connesse all'architettura costituzionale della Repubblica di Weimar. Difatti, «un'interpretazione estensiva dei poteri di ordinanza dell'art. 48, intesi non come uno strumento di difesa della Costituzione ma come un canale permanente, di fatto trasferito nelle mani dell'esecutivo, per l'adozione di una legislazione provvisoria, ed insieme la circostanza che presidente e cancelliere fossero espressione di un blocco conservatore che non aveva mai dismesso un atteggiamento di ostilità verso il nuovo ordinamento costituzionale, determinarono il progressivo svuotamento della Costituzione» e di conseguenza spianarono la strada al Terzo Reich. Si v. P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e "paradigma"*, in Rivista AIC, n. 2/2014, p. 15.

⁴ Con particolare riferimento al contesto europeo, si consulti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 che prevede un catalogo di diritti fondamentali che gli stati aderenti si impegnano a riconoscere e tutelare tra cui il diritto alla vita, la libertà di pensiero coscienza e religione, la libertà d'espressione, la libertà di riunione ed infine la libertà di circolazione; diritti e libertà che ad oggi trovano cittadinanza nella totalità delle Costituzioni dei paesi aderenti e che, *ex art.* 15 della Convenzione, possono essere derogati dalle parti contraenti - fatti salvi i diritti inderogabili di cui agli art. 2, 3 e 4 §

vivono nel tentativo, riuscito, di distaccarsi dal precedente *weimariano* e si fondano sulla garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali il cui esercizio può essere limitato o sospeso solo nei casi espressamente previsti da norme di rango costituzionale e nel rispetto dei principi di temporaneità, ragionevolezza e proporzionalità, caposaldi del bilanciamento da operarsi non soltanto durante la gestione ordinaria dello Stato ma soprattutto nei casi di *necessità ed urgenza*.

Per tali Costituzioni, i diritti e le libertà fondamentali rappresentano «il fondamento di giustificazione dell'esistenza dello Stato, accreditati di un rango a cui corrisponde la più alta garanzia giuridica apprestata dall'ordinamento statale, quella, appunto, che ne impone il rispetto assoluto, da parte di ogni autorità pubblica, oltre che di ogni individuo o ente, pubblico e privato»⁵, in qualunque frangente della vita dello Stato, compresi i momenti in cui quest'ultimo si trova a fronteggiare eventi che mettono alla prova la sua tenuta o finanche la sua esistenza⁶.

A tali momenti⁷ è dedicata la riflessione che segue che si propone di analizzare, in particolare, le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali così come realizzatesi negli ordinamenti italiano e spagnolo durante l'emergenza pandemica da Covid-19.

Nella prima parte del contributo si analizzeranno – mediante un esercizio di micro-comparazione sincronica⁸ – i due modelli di *costituzione*

1 e 7 - solo in caso di «guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», previa comunicazione al Segretario generale del Consiglio d'Europa. È possibile consultare il testo della Convenzione al seguente [indirizzo](#) (consultato il 2 luglio 2023).

⁵ V. Baldini, *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico-dogmatica all'esperienza*, in V. Baldini, *Cos'è un diritto fondamentale? Atti del convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa"*, Cassino 10 e 11 giugno 2016, p. 6.

⁶ V. Piergigli, *Potere e stato d'emergenza*, in M. Cartabia, M. Ruotolo, *Enciclopedia del Diritto, I Tematici, Potere e Costituzione*, Giuffrè Ed., 2023, p. 619 e ss. in cui l'A. evidenzia che, oltre alla definizione di modelli di Costituzione dell'emergenza, «in linea generale [...] le costituzioni definiscono gli aspetti organizzativi e funzionali in caso di instaurazione di un ordinamento di eccezione, fermo restando il rispetto di alcuni principi di fondo e vincoli procedurali. Si pensi alle clausole che attengono al funzionamento degli organi costituzionali e alle possibili alterazioni dell'assetto istituzionale, al regime delle libertà e all'introduzione di eventuali restrizioni o sospensioni, al divieto di modificare la costituzione in pendenza di uno stato di crisi, che può interessare aree circoscritte o l'intero territorio nazionale, ma deve in ogni caso essere temporaneo».

⁷ Per una riflessione su cosa sia un'emergenza che tenga conto anche delle vicende emergenziali provocate dal diffondersi del virus SARS-Cov-2, si v. T. Groppi, *Emergenza vs normalità: una dicotomia inevitabile?* in *Rivista il Mulino*, consultabile al seguente [link](#) (consultato il 2 luglio 2023).

⁸ G. De Vergottini, *Comparazione e diritto costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2019, p. 2 e ss.; G. Boggetti, *L'oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Editori Laterza, p. 10 e ss.

dell'emergenza⁹ che, secondo la classificazione¹⁰ cui si aderisce, si collocano agli antipodi: mentre la Costituzione italiana, prevendendo la sola ipotesi bellica, rappresenta un *unicum* nel panorama giuridico europeo, la Costituzione spagnola si annovera tra i modelli che delimitano in modo più accurato il perimetro d'esercizio dei poteri emergenziali.

La definizione dei due modelli permetterà la collocazione, entro le due cornici ordinamentali, sia del profluvio di atti adottati dai due governi durante il corso della parabola emergenziale che di alcune delle sentenze pronunciate dalla Corte costituzionale italiana e dal *Tribunal Constitucional* spagnolo di particolare interesse.

Nella seconda parte, la comparazione tra l'*ossimoricamente* definito (modello) non modello italiano¹¹ ed il modello razionalizzato a tutele parallele¹² spagnolo sarà funzionale alla costruzione della tesi si cercherà di sostenere nelle conclusioni secondo la quale - come dimostra la prassi emergenziale affermata durante l'emergenza pandemica - nessun modello regolatorio può garantire *ex ante* che, al sopraggiungere di un evento emergenziale, sia ottimamente garantita la tutela dei diritti e delle libertà

⁹ Per un'analisi comparata dei due modelli, si v. D. Baldoni, S. Gherardi, *Due modelli costituzionali per governare l'emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus*, in *DPCE online*, 2020/2, pp. 1591- 1612.

¹⁰ Quanto alla classificazione di modelli di gestione dell'emergenza e di costituzione dell'emergenza, si v. O. Gross, F. Ní Aoláin, *Law in times of crisis. Emergency powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; per una definizione dei modelli di Costituzione dell'emergenza nell'ambito dell'Unione Europea, si veda la classificazione offerta da A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 300 e ss. ove l'A. definisce il modello italiano come "non modello" mentre il modello francese come "a clausola generale", il modello tedesco come "ad intensità crescente" ed infine il modello spagnolo come "a livelli paralleli". Del medesimo Autore e su questa rivista, A. Vidaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, n. 2/2020 - Saggi, pp. 1453-1489 ove l'A. sottopone ad uno *stress test* della pandemia i due modelli già teorizzati nella sua precedente opera; si v. infine V. Piergigli, *Potere e stato di emergenza*, op. cit., § 10., p. 619 e ss.

¹¹ A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre?*, op. cit., p. 330 e ss., § 6.4. Il "non modello": l'esempio italiano. La definizione dell'approccio giuridico costituzionale dell'emergenza in Italia come "non modello" si deve a A. Vidaschi e deriva dall'analisi comparata delle tendenze che hanno interessato le Costituzioni del Secondo dopoguerra che l'A. opera con la volontà di costruire una "griglia di confronto utile per studiare le varieghe scelte politico-giuridiche sottese all'istaurazione e alla gestione dell'emergenza" (p. 267). In particolare, l'Italia si classifica come "non modello" in quanto non codifica, nella propria Costituzione, l'emergenza se non l'*extrema ratio* rappresentata dalla guerra. Un precedente di tale orientamento politico-giuridico si rinviene nelle costituzioni ottocentesche le quali, come ricostruito dall'A., deliberatamente non definiscono i regimi emergenziali. La definizione (modello) "non modello" si presta comunque ad una lettura "classificatoria" e che ammetta dunque la comparazione con gli altri modelli dall'A. individuati. A supporto di tale interpretazione, nell'ambito di una più ampia riflessione giuspubblicistica, si v. E. A. Imparato, *Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta online, 22 giugno 2020, p. 8 e ss. nelle quali l'A. riflette sull'assenza di una normativa emergenziale in costituzione - salvo che l'ipotesi bellica - analizzandone le ragioni storico-politiche.

¹² Cfr. nota 7, A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre?*, p. 317 e ss., § 6.2.1.3 Il modello razionalizzato: la variante spagnola.

fondamentali. Di conseguenza, imbrigliare l'emergenza entro le maglie più o meno strette della Costituzione non assicura una maggiore tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Nelle brevi note conclusive saranno dunque vagliate soluzioni alternative alla regolamentazione costituzionale dell'emergenza, che guardino al dettato costituzionale non soltanto dalla prospettiva regolatoria ma che valorizzino maggiormente i principi che orientano l'attività dei pubblici poteri durante i fenomeni emergenziali.

2. Il sistema di tutele a garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali sancito dalle Costituzioni italiana e spagnola

La lettura delle disposizioni che la Costituzione italiana dedica all'emergenza restituisce tutte le preoccupazioni del Costituente del 1946¹³ il quale, onde evitare il rischio di un sovvertimento dell'ordine costituito mediante l'applicazione delle disposizioni dedicate all'emergenza, opta per uno scarno strumentario emergenziale¹⁴ composto dall'art. 78 Cost. che regola l'*extrema ratio* dallo stato di guerra e rimettendo, quanto alla gestione "ordinaria" dell'emergenza, allo strumento del decreto-legge previsto dall'art. 77 Cost.; uno strumento che, nella prassi applicativa, non ha seguito la traiettoria tracciata dal dettato costituzionale ma ha intrapreso un percorso alternativo, affermandosi come usuale mezzo di produzione normativa¹⁵.

L'elemento che accomuna le due previsioni è la dislocazione del potere *normalmente* attribuito ad altri organi costituzionali¹⁶ nelle mani dell'Esecutivo. In particolare, con lo strumento del decreto-legge si ammette che il Governo adotti, al fine di far fronte a casi *di straordinaria necessità ed urgenza*, atti aventi forza di legge immediatamente efficaci ed emanati dal Presidente della Repubblica cui farà seguito la conversione in legge ad opera

¹³ Per un'analisi del dibattito sull'introduzione dello stato d'eccezione e di una eventuale clausola emergenziale nel dettato costituzionale *si veda*, G. De Minico, *Costituzione Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene Editore, 2016, p. 34 e ss. nelle quali si da conto delle discussioni avvenute in sede di II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione dell'Assemblea costituente. Inoltre, diversi riferimenti all'introduzione dello stato di emergenza nella Costituzione italiana sono rinvenibili nei dibattiti delle sedute dell'Assemblea costituente ove si è discussa la definizione degli articoli che prevedono fattispecie di eccezionalità, quali, l'art. 60, 76, 77, 78, 120. Per la consultazione dei lavori preparatori riferiti a quest'ultimi si veda il portale web che la Camera dei deputati italiana dedica agli atti di ogni legislatura ed in particolare la sezione "Assemblea costituente" consultabile al seguente [indirizzo](#) (consultato il 2 settembre 2023).

¹⁴ F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2020, p. 35 e ss.

¹⁵ Per il patologico utilizzo del decreto-legge in barba alla prescrizione costituzionale che ne vedrebbe l'adozione solo "in casi di necessità ed urgenza", *si v.*, *ex multis*, G. Bernabei, *Riflessione critica sulla decretazione d'urgenza* in *federalismi.it*, fascicolo n. 21/2014.

¹⁶ G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993 p. 174 e ss. nelle quali l'A. nota come in tutte le Costituzioni siano previste fonti emergenziali, che al fine di sopperire alla fisiologica "lentezza" tipica degli organi parlamentari – "lentezza" che nel caso dell'emergenza non sarebbe sostenibile – rimettono la gestione emergenziale agli Esecutivi.

del Parlamento che ne evita la perdita d'efficacia *ab initio*. Nel caso dello stato di guerra, invece, dopo la deliberazione dello stato di guerra ad opera delle Camere – di seguito dichiarata, *ex art. 87 Cost.*, dal Presidente della Repubblica – si attribuiscono al Governo i poteri necessari¹⁷ per il superamento del pericolo bellico.

Nel novero di disposizioni emergenziali vi sono poi le norme di cui agli articoli 120, comma II e 126, comma I che disciplinano rispettivamente il potere sostitutivo¹⁸, che può essere esercitato dal Governo nel caso in cui le regioni e gli enti locali si trovino ad affrontare, tra le altre, situazioni di grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica e la previsione di scioglimento dei Consigli regionali (anche) per ragioni di sicurezza nazionale.

Infine, a completamento dell'analisi dello strumentario emergenziale italiano vi è una fonte meno risalente ma parimenti essenziale, il Codice della protezione civile, d.lgs. 1/2018¹⁹, il quale dedica il Capo IV alla gestione delle emergenze di rilievo nazionale e disciplina all'art. 24 la dichiarazione dello stato d'emergenza mentre agli articoli 5 e 25 demanda la gestione emergenziale alle ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri e degli organi di protezione civile²⁰ rimettendo tale potere (anche) ad altri organi competenti alla gestione decentrata del potere quali i Prefetti, i Presidenti di regione ed infine i Sindaci²¹.

Nessuna delle disposizioni finora richiamate e che costituiscono lo zoccolo duro del sistema emergenziale italiano si occupa di definire il perimetro delle limitazioni dei diritti e libertà fondamentali sia in regime di

¹⁷ L'espressione "poteri necessari" rimanda ai "pieni poteri" che trovano cittadinanza in molti degli ordinamenti europei e che vengono definiti in modo pregevole da G. Agamben, *Stato di eccezione, Homo Sacer, II, 1*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 12: «L'espressione «pieni poteri» (*plein pouvoirs*), con cui si caratterizza a volte lo stato di eccezione, si riferisce all'espansione dei poteri governamentali e, in particolare, al conferimento all'esecutivo del potere di emanare decreti aventi forza di legge. Esso deriva dalla nozione di *plenitudo potestatis*, elaborata in quel vero e proprio laboratorio della terminologia giuspubblicistica moderna che è stato il diritto canonico. Il presupposto è qui che lo stato di eccezione implichi un ritorno a uno stato originale pleromatico in cui la distinzione tra i diversi poteri (legislativo, esecutivo ecc.) non si è ancora prodotta. Come vedremo, lo stato di eccezione costituisce piuttosto uno stato kenomatico, un vuoto di diritto e l'idea di una distinzione e pienezza originaria del potere dev'essere considerata come un mitolo-gema giuridico, analogo all'idea di uno stato di natura (e non è un caso che sia stato proprio Schmitt a ricorrere a questo mitologema). In ogni caso, il termine «pieni poteri» definisce una delle possibili modalità di azione del potere esecutivo durante lo stato d'eccezione, ma non coincide con questo».

¹⁸ Per una sintetica analisi dell'art. 120 comma II e della sua attuazione durante l'emergenza da Covid-19, si v. V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Osservatorio emergenza Covid-19 - Federalismi.it*, p. 4 e ss.

¹⁹ Il Codice della protezione civile, d.lgs. n. 1/2018, è consultabile al seguente [indirizzo](#).

²⁰ R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto Pubblico*, Torino, G. Giappichelli Ed., 2017, pp. 412-413.

²¹ M. Tresca, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio Costituzionale, Associazione italiana dei Costituzionalisti*, fascicolo n. 3, 5 maggio 2020, pp. 200-213.

ordinarietà che di *straordinarietà*²² e dunque per comprendere quali siano gli organi abilitati ad effettuare tali limitazioni e attraverso quali modalità possono essere prodotte bisogna rimettersi alla lettura degli articoli che la Costituzione dedica ai singoli diritti e libertà fondamentali, i quali sono corredati da riserve di legge e/o di giurisdizione. In particolare - limitandosi all'analisi di alcuni dei diritti e delle libertà fondamentali che hanno subito una limitazione durante la pandemia da Covid-19 -, la libertà di circolazione e soggiorno, prevista dall'art. 16 della Costituzione può essere limitata solo per "motivi di sanità o di sicurezza" e solo con legge o atto avente forza di legge; parimenti, la libertà personale *ex* art. 13 Cost., può essere limitata solo mediante legge o atto avente forza di legge e previo atto motivato dell'autorità giudiziaria; infine, la libertà di riunione sancita dall'articolo 17 Cost. può esser limitata solo per comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica.

Nessuno dei sopracitati diritti si qualifica come "fondamentale". Qualificazione che la Costituzione italiana riserva al solo diritto alla salute, statuendo all'art. 32²³, comma I che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti». Circostanza non irrilevante rispetto al necessario bilanciamento tra diritti che gli Esecutivi – o, in generale, gli organi a cui le norme demandano la gestione emergenziale – operano al sopraggiungere di eventi emergenziali.

In definitiva, il (modello) non modello" italiano - in linea con la tendenza che accomuna le Costituzioni del II dopoguerra - pur non riferendosi espressamente alle varie declinazioni che può assumere l'emergenza, prevede una serie di garanzie all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali (anche) durante i fenomeni emergenziali confermando la tesi secondo cui, il silenzio costituzionale sugli stati d'emergenza non implica la mancata regolamentazione degli stessi.

Da premesse diametralmente opposte nascono le previsioni che la Costituzione spagnola del 1978 dedica agli *estados excepcionales*.

Le *Cortes Constituyentes*, poste dinanzi alla scelta di introdurre o meno misure emergenziali nella nuova Costituzione, optarono - potendosi invero

²² Il riferimento è qui ad autorevole dottrina, la quale definisce come "ordinarie" le limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali derivanti dalla mancata applicazione delle disposizioni previste dall'ordinamento in quanto tale applicazione metterebbe in pericolo la vita dello Stato e "straordinarie" le misure che prevedono l'applicazione di clausole derogatorie. Come preannunciato il modello italiano non prevedendo alcuna clausola d'emergenza esclude palesemente il secondo caso mentre demanda l'ordinaria limitazione dei diritti fondamentali agli articoli che si occupano di quest'ultimi. Per un'analisi dell'ordinarietà e straordinarietà delle limitazioni, *si v.* V. A. Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, The Hague, 1998, p. 49 e ss.

²³ Con riferimento alla Costituzione italiana è interessante leggere le pagine di Beniamino Caravita che durante le prime battute dell'emergenza Covid-19 proponeva una lettura "orientata" della Costituzione rispetto alle sfide derivanti dalla diffusione del nuovo e sconosciuto virus: B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, federalismi.it, n. 6/2020, pp. IV-X. Inoltre, sul bilanciamento tra l'art. 32 Cost. e gli altri diritti e libertà fondamentali durante l'emergenza da Covid-19, *si v.* F. Grandi, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere*, in *Costituzionalismo.it*, Saggi – Parte I, 17 maggio 2021.

giovare sia dei precedenti di alcune Costituzioni europee che della disposizione contenuta nella Costituzione della Seconda Repubblica del 1931²⁴ - per l'introduzione di diversi *estados excepcionales*²⁵. Le ragioni che orientarono tale scelta possono ricondursi ad alcuni degli eventi storico-politici che avevano interessato la Spagna nel corso del Novecento, tra cui la lunga dittatura franchista e gli episodi di terrorismo politico e secessionista²⁶.

La regolamentazione che ne deriva risponde però non soltanto alle premesse ragioni di ordine storico-politico ma finanche alla logica di quello che è stato opportunamente definito *derecho de excepción* secondo cui «se la Costituzione regola una determinata concezione della realtà sociale che si considera *normale*, è quando questa concezione si modifica che la Costituzione deve essere capace di rispondere al pericolo al fine di garantire ugualmente la sua efficacia potendo distinguere tra situazioni di normalità e situazioni di eccezionalità»²⁷.

Nell'insieme di norme che la *Constitución Española* - da ora *CE* - dedica alla gestione emergenziale si possono dunque rinvenire diverse matrici, evidenti a partire dalla lettura dall'art. 116²⁸ *CE* il quale, enunciando i tre *estados excepcionales* che possono essere dichiarati in occasione dei diversi eventi emergenziali, inaugura una nuova prospettiva di tutela politica della Costituzione ancorata al dettato costituzionale e alla legge organica cui, al comma 1, rimanda.

²⁴ La Costituzione della Seconda Repubblica Spagnola del 1931 prevedeva, all'art. 42, la disciplina dei casi di notoria ed imminente gravità: «Art. 42 – Los derechos y garantías consignados en los artículos 29, 31, 34, 38 y 39 podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad. Si las Cortes estuviesen reunidas, resolverán sobre la suspensión acordada por el Gobierno. Si estuviesen cerradas, el Gobierno deberá convocarlas para el mismo fin en el plazo máximo de ocho días. A falta de convocatoria se reunirán automáticamente al noveno día. Las Cortes no podrán ser disueltas antes de resolver mientras subsista la suspensión de garantías. Si estuvieran disueltas, el Gobierno dará inmediata cuenta a la Diputación Permanente establecida en el artículo 62, que resolverá con iguales atribuciones que las Cortes. El plazo de suspensión de garantías constitucionales no podrá exceder de treinta días. Cualquier prórroga necesitará acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente en su caso. Durante la suspensión regirá, para el territorio a que se aplique, la ley de Orden público. En ningún caso podrá el Gobierno extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio.»

²⁵ È possibile consultare i lavori delle Cortes Constituyentes spagnole sul portale web del Congreso de los diputados spagnolo al seguente [indirizzo](#) (consultato il 2 luglio 2023).

²⁶ Per un approfondimento sul tema, si veda I. M. Lo Presti, *L'esperienza spagnola: dal terrorismo interno alla minaccia globale. Strumenti di difesa di una democrazia "banco di prova"* in *Democrazia e Sicurezza - Democracy and Security Review*, anno VII, n. 1, 2017, pp. 136-174.

²⁷ P. Cruz Villalon, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 17.

²⁸ Per un'analisi degli stati d'eccezione nell'ordinamento spagnolo, si v. I. Torres Muro, *Los estados excepcionales*, in M. Rodríguez-Pinero y Bravo-Ferrer, M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, Conmemoración del XL aniversario de la Constitución, BOE, Fundación Wolters Kluwe, España, p. 630 e ss., consultabile al seguente [link](#).

La regolamentazione di quest'ultimi si trova infatti nelle norme della *Ley orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio n. 4/1981*²⁹ - da ora *LOAES* - che, fornendo una disciplina (organica) delle situazioni d'emergenza esordendo, "attiva" il diritto d'eccezione spagnolo.

La *LOAES* si apre con la previsione di disposizioni comuni ai tre *estados excepcionales* ed in particolare, statuisce, all'art. 1, uno dei cardini della disciplina emergenziale: il principio di proporzionalità. Secondo tale disposizione non potranno esser dichiarati stati d'emergenza se non nei casi in cui lo Stato si trovi a fronteggiare «circostanze straordinarie che rendono impossibile il mantenimento della normalità mediante i poteri ordinari delle Autorità competenti»³⁰ ed inoltre, gli atti che si renderanno necessari in ragione dell'emergenza dovranno essere adottati in misura proporzionale alle circostanze cui lo stato d'emergenza deve far fronte. Il dettato organico precisa poi che tali atti - in ogni caso impugnabili - non possono interrompere il normale funzionamento dei poteri costituzionali dello Stato ivi compreso l'esercizio dei diritti fondamentali così affermando, sin dal suo esordio, la maggiore attenzione verso la garanzia d'esercizio di quest'ultimi.

I successivi capitoli sono dedicati rispettivamente allo stato d'allarme, allo stato d'eccezione ed allo stato d'assedio con una particolare attenzione alla definizione delle ammissibili limitazioni o sospensioni³¹ dei diritti e delle libertà fondamentali.

²⁹ È possibile consultare il testo della *Ley orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio*, n. 4/1981 *de 1 junio* sul portale del [Bollettino Ufficiale dello Stato spagnolo](#). Per un'analisi della *LOAES* operata a pochi mesi dalla sua adozione, si v. P. Cruz Villalon, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional* - REDC, Vol. 1, Núm. 2, mayo-agosto 1981, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 93-128.

³⁰ L'art. 1 della *LOAES* dispone: «Si procederà alla dichiarazione degli stati di allarme, eccezione e assedio quando circostanze straordinarie renderanno impossibile il mantenimento della normalità mediante i poteri ordinari delle Autorità competenti. Le misure adottate dallo stato d'allarme, eccezione e assedio così come la durata degli stessi saranno in qualunque caso strettamente indispensabili per assicurare il ritorno alla normalità. La loro applicazione si realizzerà in forma proporzionale alle circostanze. Finita la vigenza degli stati di allarme, eccezione e assedio, decadranno tutti i poteri in materia sanzionatoria e per le azioni preventive si rimetterà alle autorità competenti, nonché le misure specifiche adottate in base agli stessi, ad eccezione di quelle che consistono in sanzioni. La dichiarazione degli stati di allarme, eccezione e assedio non interrompe il normale funzionamento dei poteri costituzionali dello Stato» (traduzione propria).

³¹ Occorre tracciare la differenza tra "limitazione" e "sospensione" di un diritto fondamentale. Con limitazione si intende la definizione di un perimetro entro il quale un diritto o una libertà fondamentale può essere esercitato e dunque nel caso di limitazione, l'esercizio di tale diritto o libertà non viene totalmente intaccato ma può comunque esercitarsi. Con il termine sospensione si indica, invece, l'interruzione temporanea dell'esercizio di un diritto o di una libertà fondamentale, comportando dunque uno svuotamento dello stesso durante il periodo di sospensione. Come rilevato dal *Tribunal Constitucional* in una delle sentenze che si analizzeranno nel corso della trattazione, *STC 148/2021 del 14 luglio*, i due termini vivono in un rapporto di *genus a species*: «una primera aproximación general permite apreciar que el concepto de «limitación» (o «restricción») es más amplio que el de «suspensión», como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada (FJ 3).», cfr. § 4.

Lo stato d'allarme³² – disciplinato dagli articoli da 4 a 12 della *LOAES* – disciplina circostanze politicamente neutrali derivanti da catastrofi naturali o cagionate dalle attività dell'uomo e/o dalle conseguenze delle stesse. Circostanze che mettono in pericolo l'incolumità fisica dei cittadini ma non lo Stato e che sono tassativamente previste dall'art. 4, comma 1 che ne prevede un elenco che comprende: a) catastrofi e calamità naturali; b) crisi sanitarie come epidemie e situazioni di grave contaminazione; c) paralisi dei servizi pubblici; d) scarsità di prodotti di prima necessità.

L'organo deputato alla dichiarazione dell'*estado de alarma*, ex art. 116, c. 2 *CE*, è il Governo che con l'adozione di un decreto del Consiglio dei ministri determina l'ambito territoriale di applicazione delle disposizioni d'emergenza, la durata – che ex art. 116, c. 2 *CE* non può essere superiore ai quindici giorni successivi all'adizione del decreto stesso salvo autorizzazione alla proroga concessa per i successivi quindici giorni dalla camera bassa del Parlamento spagnolo, il *Congreso de los diputados* – ed infine gli effetti della sua vigenza sulla vita democratica dello Stato.

Dalla lettura degli articoli da 6 a 10 della *LOAES* emerge che è il Governo l'autorità competente a gestire l'emergenza mentre al Parlamento spetta il controllo politico degli atti governativi.

Altro carattere precipuo dello stato d'allarme è l'ammissione di misure limitative dei diritti e delle libertà fondamentali costituzionalmente previsti e che comportino: a) la limitazione o condizionamento della circolazione o permanenza di persone e veicoli in determinati luoghi e a determinati orari; b) la requisizione temporanea di beni e obbligatorietà di alcune prestazioni; c) l'occupazione transitoria di industrie e fabbriche di concerto con i Ministeri competenti con eccezione del domicilio privato; d) la limitazioni dell'uso di beni e servizi di prima necessità; e) l'imposizione di ordini al fine di garantire produzione e dunque approvvigionamento dei beni di cui alla lettera d).

Guardando agli altri *estados excepcionales* si giunge al capitolo III della *LOAES* – articoli da 13 a 31 – dedicato all'*estado de excepción* che potrà essere dichiarato quando «il libero esercizio dei diritti e delle libertà dei cittadini, il normale funzionamento delle istituzioni democratiche e dei servizi pubblici essenziali per la comunità o qualunque altro aspetto di ordine pubblico risultino gravemente alterati tanto che l'esercizio dei poteri ordinari è insufficiente a ristabilire l'ordine e mantenerlo». A differenza dell'*estado de alarma*, l'*estado de excepción* si caratterizza per la sua portata squisitamente politica, di attacco alle istituzioni democratiche e ai diritti e alle libertà dei cittadini. Per tale motivo trova una più penetrante regolazione nella *LOAES* che, quanto al meccanismo di dichiarazione e di successiva gestione prevede la partecipazione concorrente di Governo e *Congreso de los diputados*. Lo stato d'eccezione non potrà essere dichiarato dall'Esecutivo ma dovrà esser autorizzato dal Congresso che delibererà, sulla richiesta governativa, a maggioranza semplice. Gli estremi della richiesta d'autorizzazione a dichiarare lo stato d'eccezione sono tassativamente elencati dall'art. 13 della *LOAES* che prevede vi sia: a) la determinazione degli effetti che si

³² Per un'analisi dell'*estado de alarma* nel contesto del derecho de excepción spagnolo, si v. A. Aba Cotoira, *El Estado de Alarma en España*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n. 28, 2011, pp. 305-334.

produrranno con la dichiarazione dello stato d'eccezione con espressa menzione – in ossequio a quanto previsto dall'art. 55 CE – dei diritti di cui si chiede la temporanea sospensione; b) le misure da adottare rispetto alla sospensione che si sollecita; c) l'indicazione dell'ambito territoriale d'applicazione e della durata dell'eccezione (durata che non può esser superiore a trenta giorni rinnovabili, con deroga espressa del *Congreso*, ai successivi trenta giorni) ed infine d) il limite massimo delle sanzioni pecuniarie che possono essere comminate. Solo dopo aver ricevuto l'autorizzazione del *plenum*, il Governo potrà provvedere, tramite decreto, a dichiarare lo stato d'eccezione (art. 14 *LOAES*). I successivi articoli confermano la concorrenza di Congresso e Governo nell'eventuale modifica delle misure già adottate ed infine, gli articoli da 17 a 31 definiscono le modalità attraverso le quali le Autorità governative possono produrre una sospensione dei diritti e le libertà fondamentali costituzionalmente previsti.

Infine, l'*estado de sitio*³³, art. 32 - 36 *LOAES*, rappresenta la misura emergenziale a cui si può ricorrere solo nel caso in cui si sia prodotta (o si stia producendo) «un'insurrezione o un atto di forza contro la sovranità o l'indipendenza della Spagna, la sua integrità territoriale, l'ordinamento costituzionale»³⁴. La gravità assoluta dell'emergenza cui lo stato d'assedio è deputato a far fronte la si comprende da alcune caratteristiche del meccanismo di dichiarazione e gestione dello stesso. Il Governo, al fine di dichiararne la vigenza, deve conseguire l'autorizzazione del Congresso che, *ex art.* 116 comma 4, delibererà a maggioranza assoluta. Dopo la dichiarazione, si avrà una militarizzazione della situazione di *anormalità costituzionale*. È inoltre prevista la maggiore sospensione dei diritti e delle libertà contemplate dalla *LOAES*: alla sospensione dell'elenco tassativamente previsto dall'art. 55 CE si affianca la possibilità di sospendere le garanzie giuridiche dell'imputato. Infine, ulteriore differenza rispetto ai due stati emergenziali precedentemente analizzati sta nel fatto che non se ne preveda la durata: lo stato d'assedio perdurerà fino a che non potrà considerarsi sventata la minaccia sovversiva.

Accanto alle disposizioni a garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali previste dalla *LOAES* vi sono le norme di cui all'art. 55 CE e che confermano la particolare attenzione che il costituente spagnolo riserva ai diritti fondamentali³⁵ ammettendone la sospensione solo nel caso di

³³ Lo stato d'assedio presenta, nel contesto spagnolo, una serie di peculiarità storico-politico-costituzionali che hanno sollecitato il dibattito della dottrina storiografica così come della dottrina *giuspubblicistica*. Per un'analisi della prospettiva storico-costituzionale, si v. l'opera monografica di P. Cruz Villalon, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado* (1789-1878), CEPC, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980; del medesimo Autore, *cfr. nota 27, Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 107-128.

³⁴ Art. 32 *LOAES*.

³⁵ Il riferimento è agli articoli 17, 18 comma 2 e 3, articoli 19, 20 comma 1 a) e d) e 5, articoli 21, 28 comma 2 e articolo 37 comma 2 che sanciscono, rispettivamente, la libertà personale (art. 17 CE), l'inviolabilità del domicilio (art. 18 c. 2 CE) e la segretezza delle comunicazioni (art. 18 c. 3 CE), la libertà di circolazione (art. 19 CE), la libertà d'espressione (art. 20, c. 1, l. a CE) e d'informazione (art. 20, c. 1 l. d CE), la libertà sindacale (art. 28 CE) ed infine il diritto al lavoro (art. 38 CE).

dichiarazione di stato d'eccezione e assedio e specificando dunque che durante lo stato di allarme non è possibile sospendere tali diritti ma solo limitarli.

Infine, la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali è riconosciuta (anche) attraverso un sistema di riserve di legge che vengono previste dalla Costituzione spagnola sia nelle disposizioni dedicate ai singoli diritti e libertà personali – esemplificativo è il caso dell'art. 17 CE³⁶, comma I secondo cui nessuno può essere privato della propria libertà personale se non nei casi e nelle forme previste dalla legge – che dalla clausola generale³⁷ contenuta all'art. 53 c. 1 e 3, Capitolo IV rubricato "Delle garanzie delle libertà dei diritti fondamentali", che statuisce: «*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1.a)*».

A valle dell'analisi dei due modelli, possono definirsi alcuni elementi che accomunano o, viceversa, differenziano le due esperienze.

Tra gli elementi di contatto vi è senz'altro il ruolo da protagonista che assume il Governo durante l'emergenza. Il fisiologico accentramento dei poteri nelle mani degli Esecutivi limitatamente al periodo di vigenza dell'emergenza è caratteristica propria dei due ordinamenti. In secondo luogo, in entrambi i casi al Parlamento è riconosciuta la funzione di controllo politico e di garante della corretta esecuzione delle disposizioni emergenziali. Un controllo che viene affiancato dalle verifiche sulla legittimità costituzionale delle misure adottate che possono essere effettuate *ex post* dalla Corte costituzionale italiana e dal *Tribunal Constitucional* spagnolo. Infine, entrambi gli ordinamenti prevedono un sistema di riserve di legge che si pongono a tutela dell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali. Caratteristiche che accomunano non solo i sistemi italiani e spagnoli ma, come si anticipava, tutti gli stati sociali di democrazia pluralista nati dalle ceneri del II conflitto mondiale.

Ciò che invece differenzia i due sistemi - oltre alla cristallina differenza nelle modalità di regolamentazione dell'emergenza - è la previsione contenuta nella Costituzione spagnola di un organo deputato alla gestione

³⁶ Può essere interessante consultare la sinossi dell'art. 17 CE nella quale viene precisato il rapporto che intercorre tra riserve di legge espressamente previste dagli articoli riferiti a diritti e libertà fondamentali e la clausola generale prevista dall'art. 53 CE; *si v.* Congreso de los diputados, *Constitución española, Sinopsis artículo 17*, consultabile al seguente [indirizzo](#) (consultato il 2 luglio 2023).

³⁷ Come segnalato da autorevole dottrina, la clausola generale prevista all'art. 53 c. 1 CE rappresenta un'ulteriore affermazione dei uno dei capisaldi della limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali, il principio di proporzionalità, a cui è strettamente connesso in quanto qualunque misura che pregiudichi il contenuto essenziale dei diritti di cui al *Capítulo II* costituisce una violazione del principio di proporzionalità. *Ex multis*, L. Chano Regaña, *La limitación proporcionada de los derechos fundamentales: problemas constitucionales y aportes de la proporcionalidad*, in *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura 36/2020, p. 147 e ss.

emergenziale, la *Diputación permanente*³⁸, che opera in sostituzione del *Congreso de los diputados* nei casi nei quali quest'ultimo sia impossibilitato a provvedere alla gestione emergenziale.

Le disposizioni del *diritto costituzionale dell'emergenza* italiano e spagnolo fin qui analizzate non sempre hanno trovato applicazione durante l'emergenza pandemica da Covid-19 ed anzi talvolta si sono preferiti itinerari *alternativi* a quelli previsti dalle due Costituzioni. Di tali percorsi (e strumenti) si tratterà nel prossimo paragrafo avente ad oggetto la *prassi emergenziale* affermata nel biennio 2020-2022.

3. La prassi emergenziale affermata in Italia e Spagna durante l'emergenza coronavirus e la legittimità delle limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali

La ricognizione di alcune caratteristiche comuni a tutte le modalità di produzione delle norme durante l'emergenza è attività prodromica all'analisi della prassi emergenziale affermata nei due ordinamenti durante la pandemia da Covid-19 e può essere effettuata tenendo conto di un'opportuna *tassonomia della distribuzione delle competenze nel modo di produzione normativa durante l'emergenza*³⁹. Secondo quest'ultima, le caratteristiche della produzione normativa emergenziale sono: «I. la combinazione di deleghe legislative o anche sub-legislative; II. l'attuazione in casi meramente indeterminati di "urgenza" (solo in qualche caso le condizioni sono più precise); III. lo spostamento di competenze dal legislatore verso organi amministrativi, da organi con competenze di emanare regolamenti verso organi chiamati alla concretizzazione particolare e individuale; IV. la limitazione di libertà al di fuori o al limite di quelle limitazioni previste in sede costituzionale o convenzionale; V. l'assenza di determinazione nella gerarchia delle norme»⁴⁰. A tali caratteristiche si affianca la presenza di un presupposto abilitante che si rinviene sempre nella «presenza di una circostanza in cui l'applicazione integrale delle norme comporterebbe un pericolo per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute pubblica o, talvolta, altri diritti individuali»⁴¹.

Presupposti e caratteristiche che è possibile riscontrare nella produzione normativa (e di conseguenza nella prassi emergenziale) italiana e spagnola durante l'emergenza pandemica che si analizzerà di seguito.

Il Governo italiano ha adottato le misure necessarie a far fronte all'emergenza – tra cui le misure limitative dei diritti e delle libertà fondamentali – mediante quattro diverse tipologie di atti: decreti-legge,

³⁸ Per una pregevole seppur risalente analisi del ruolo della *Diputación permanente* nell'ordinamento spagnolo, si v. I. de Alós Martín, *La Diputación Permanente en la Constitución española*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 18/1989, pp. 7-66.

³⁹ Il riferimento è qui a E. A. Imparato, O. Pfersmann, *L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*, in *Federalismi.it*, n.15/2023, p. 161-182.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 182.

⁴¹ V. Eboli, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Istituto di studi giuridici internazionali, Giuffrè Ed., Milano, 2010, p. 6.

decreti del Presidente del Consiglio dei ministri⁴² - da ora d.P.C.m. -, ordinanze (di diversa natura) e circolari⁴³.

La *catena normativa* avviata dal decreto-legge n. 6/2020 che all'art. 3 - successivamente abrogato e sostituito dall'art. 2 del d.l. 19/2020 - prevedeva una delega nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, il quale era stato abilitato a adottare, mediante proprio decreto, ogni atto l'emergenza richiedesse, compresa la limitazione dei diritti fondamentali laddove *necessitata* dall'emergenza. Delega che però non aveva assunto le forme previste dall'art. 25 del Codice della Protezione Civile in quanto, pur attribuendo la gestione emergenziale al Presidente del Consiglio dei ministri, il d.l. 6/2020 così come il successivo d.l. 19/2020, non prevedeva che quest'ultimo operasse in via indiretta e mediante ordinanze emanate dal Capo Dipartimento della Protezione Civile ma gli attribuiva il potere di provvedere all'emergenza mediante proprio decreto⁴⁴.

Circostanza quest'ultima che ha permesso l'affermazione, sin dalle prime battute dell'emergenza pandemica e per tutta la durata della stessa, di una nuova prassi emergenziale fondata da un lato sulla diade decreto-legge/d.P.C.m dall'altro su un *doppio binario normativo nella produzione del diritto*⁴⁵ che ha visto l'avvicinarsi di ordinanze della protezione civile ed ordinanze di necessità legittimate con decreto-legge.

Ed è mediante gli strumenti (inusuali) appena citati che si sono prodotte una serie di limitazioni all'esercizio di alcuni dei diritti e delle libertà fondamentali costituzionalmente garantiti. Limitazione che è stata oggetto della riflessione della dottrina *giuspubblicistica* la quale ha evidenziato una serie di criticità derivanti dalla forma delle limitazioni, Secondo alcuni⁴⁶, l'utilizzo dei d.P.C.m. - fonte regolamentare e non sottoposta al controllo di alcuno organo costituzionale - ha indebolito il

⁴² Per un'analisi dei d.P.C.m. in relazione al principio di legalità nella sua accezione sia formale che sostanziale, si v. D. Trabucco, Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale, in *Nomos, le attualità del diritto*, n. 2/2020, Problemi giuridici dell'emergenza coronavirus.

⁴³ Per una rassegna dei provvedimenti limitativi dei diritti e delle libertà fondamentali in Italia durante l'emergenza pandemica, si v. il portale web della Gazzetta ufficiale italiana nella sezione "Raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" al seguente [indirizzo web](#). Per una puntuale rassegna commentata, si v. A. Chiappetta, M. Cecili, *Diritti fondamentali ed emergenza: come la pandemia covid-19 ha influenzato l'ordinamento giuridico italiano*, in F. S. Marini, G. Scaccia, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2023, p. 23 e ss.

⁴⁴ P. Carnevale, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e Salute*, n. 1/2021, p. 42.

⁴⁵ S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 542 e ss.

⁴⁶ Alcune riflessioni critiche sul *test* che l'emergenza pandemica ha rappresentato per il sistema delle fonti si rinvencono in: U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020; M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC*, fascicolo 3/2020; G. Di Cosimo, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *Iacostituzione.info*, 22 aprile 2020, consultabile al seguente [indirizzo](#) (consultato il 10 luglio 2023).

sistema delle fonti⁴⁷ e dunque sarebbe stato più opportuno utilizzare lo strumento che la Costituzione prevede per i casi di necessità ed urgenza, il decreto-legge. Seppur tali doglianze appaiono fondate, appare altrettanto fondata – e qui si condivide – la ricostruzione operata da autorevole dottrina⁴⁸ che ha ritenuto non solo i d.P.C.m. fossero un idoneo strumento di gestione dell'emergenza ma che non vi fosse alcun rischio per la tenuta del sistema delle fonti in quanto i d.P.C.m. erano dotati della copertura costituzionale offerta dall'ombrello del decreto-legge n. 6/2020 e dei suoi successivi omologhi. Ricostruzione successivamente avallata anche dalla Corte costituzionale italiana che con la sentenza n. 198/2021 – che sarà oggetto di analisi del prossimo paragrafo – ha dichiarato la legittimità costituzionale della diade decreti-legge/d.P.C.m.

Analizzata la forma delle limitazioni, è opportuno ora interrogarsi sulla sostanza di quest'ultime.

La libertà di circolazione, la libertà di culto, la libertà di riunione ed infine i diritti e le libertà che, pur non direttamente limitati, hanno subito un'indiretta restrizione, sono stati limitati sulla base del bilanciamento operato dall'Esecutivo con il “fondamentale” diritto alla salute. Secondo alcuni⁴⁹, nella sostanza, non sempre tale bilanciamento è stato operato correttamente e spesso si è ritenuto il diritto alla salute (e alla vita) fosse dominante. Ciò a discapito di tutti gli altri diritti che di conseguenza hanno assunto una posizione recessiva.

Al fine di comprendere se effettivamente vi sia stata una tale preminenza del diritto alla salute ex art. 32 della Costituzione e rammentare il rapporto che deve intercorrere tra i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti, può essere utile richiamare il ragionamento logico-giuridico operato dalla Corte costituzionale italiana nelle sentenze n. 264/2012 e n. 83/2012 ove si afferma che «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (sent. n. 264/2012)» e dunque «se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che

⁴⁷ La dottrina ha lungamente dibattuto sulla forma e la sostanza dei d.P.C.m.; senza pretesa di esaustività si segnalano alcuni saggi che riflettono, con metodo critico, sul tema: A. Arcuri, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in *Federalismi.it*, 28, 2020; E. C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2, 2021; V. Di Porto, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021; P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020; S. Lieto, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022; M. Belletti, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale*, *Rivista AIC*, Fascicolo 3/2020, pp. 174-199.

⁴⁸ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, consultabile al seguente [link](#) (consultato il 10 luglio 2023).

⁴⁹ P. Carnevale, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e Salute*, n. 1/2021.

costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. [...]» (sent. n. 85 del 2013)⁵⁰ (corsivo dell'Autore).

Con l'ausilio del ragionamento della Consulta, può sostenersi che non vi sia stata una *illimitata espansione del diritto alla salute* in quanto, se così fosse, non sarebbe residuo alcuno spazio per l'esercizio degli altri diritti che invece hanno subito “solamente” una penetrante limitazione che tuttavia si ritiene essere ragionevole e proporzionale vista l'entità del pericolo che il *coronavirus* ha rappresentato per la salute e la vita dei cittadini italiani.

Venendo alla *prassi* affermata nell'ordinamento spagnolo⁵¹, al diffondersi della pandemia alla penisola iberica, il governo spagnolo⁵², ha dichiarato per due volte, mediante il *Real Decreto* n. 463/2020 de 14 marzo de 2020 e di seguito con il *Real Decreto* 926/2020 de 25 de octubre, l'*estado de alarma*.

La dichiarazione dello stato d'allarme è stata il presupposto per l'adozione di una serie restrizioni dei diritti e delle libertà fondamentali quali la libertà di circolazione, la libertà di culto, la libertà di riunione e manifestazione oltretutto, parimenti a quanto già notato con riferimento all'ordinamento italiano, di una serie di diritti e libertà a quest'ultimi connessi.

Pur in presenza un ampio catalogo di norme che in Costituzione e nella *LOAES* provvedessero a definire il perimetro di tali restrizioni, si sono prodotte alcune “distorsioni”.

In particolare, durante la prima ondata pandemica, il Governo ha provveduto alla limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali mediante il suddetto *Real Decreto* n. 463/2020 oltretutto con una serie di *Ordenes* delle autorità delegate da quest'ultimo - tra cui il Ministro della Salute - alla gestione emergenziale. Sebbene la forma di tali restrizioni fosse corretta, dapprima parte della dottrina spagnola⁵³ e poi il *Tribunal Constitucional* hanno sostenuto si fosse prodotta non già una limitazione ma una sospensione di taluni diritti e che dunque il governo avesse agito in barba alle disposizioni di cui all'art. 55 della *CE* che ammette tale sospensione solo nel caso di dichiarazione dell'*estado de excepción*⁵⁴.

Con riferimento alla seconda ondata pandemica, invece, la prassi emergenziale ha fatto registrare un'alterazione dei rapporti tra organi dello

⁵⁰ *Ibidem*, p. 45, nota 23.

⁵¹ Per un'analisi della gestione emergenziale spagnola, si v. 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*, 2020/2, Saggi, pp. 1533-1563.

⁵² Una raccolta degli atti normativi adottati in Spagna durante ed in ragione dell'emergenza sanitaria è consultabile nella sezione Documentazione della rivista *Nomos*, le attualità nel diritto, fascicolo 1/2020. Si veda in particolare: L. Frosina, *Spagna Covid-19. Documentazione normativa*, *Nomos*, le attualità del diritto, fascicolo 1/2020.

⁵³ Già prima delle pronunce del *Tribunal Constitucional* spagnolo - che ha poi censurato diversi elementi dei dichiarati *estados de alarma* - alcuni costituzionalisti avevano sostenuto si fosse prodotta una sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali. *Ex multis*:

⁵⁴ La questione limitazione o sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali sarà oggetto del successivo paragrafo - a cui si rimanda - ove sarà analizzata la sentenza *STC 148/2021 de 14 de julio de 2021*.

Stato ed in particolare, da un lato i rapporti verticali tra centro e periferia hanno subito uno stravolgimento in ragione dell'affermarsi della cd. *cogobernanza*⁵⁵, dall'altro – seppur molto meno rilevante – tra gli organi di differenti poteri in ragione della delega all'autorizzazione o ratifica delle misure limitative dei diritti e delle libertà attribuita al potere giudiziario.

La previsione contenuta nel *Real Decreto* 926/2020 che attribuiva ai Presidenti delle Comunità Autonomiche la gestione emergenziale (e dunque la limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali ad opera di un organo del potere decentrato) ha fatto sì si affermasse un'ulteriore prassi emergenziale che ha visto quale protagonista della gestione emergenziale non più l'Esecutivo ma i Presidenti delle CCAA senza peraltro che tale potere sia previsto né in Costituzione né nella disposizione dedicata all'*estado de alarma* "territoriale", l'art. 7 della *LOAES*.

Quanto al secondo profilo, il 18 settembre 2020, il parlamento spagnolo operava – con la *Ley* 3/2020 *de 18 de septiembre* – una riforma dell'art. 10, comma 8 della *Ley* 29/1998, *de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* attribuendo alle *Salas del Contencioso-Administrativo* dei Tribunali Superiori di Giustizia, la competenza ad autorizzare o ratificare le misure adottate dalle autorità sanitarie autonome "in ambito distinto da quello statale". Tale modifica evidenziava due profili problematici: in primo luogo si affermava un meccanismo di "compartecipazione" del potere giudiziario all'adozione delle misure limitative, in secondo luogo si poneva la questione della coesistenza tra disposizioni espressione della normativa sanitaria – quali le autorizzazioni e le ratifiche dei Tribunali Superiori di Giustizia – e le norme dell'*estado de alarma*⁵⁶. Il TC, intervenuto sulla questione con la sentenza *STC* 70/2022 *de 2 de junio* 2022⁵⁷, ed afferma l'impossibilità di effettuare una interpretazione estensiva della potestà giurisdizionale *ex* art. 117 *CE*, commi 3 e 4; dunque non è costituzionalmente legittima l'attribuzione al potere giudiziario dell'autorizzazione o della ratifica delle misure limitative dei diritti e delle libertà fondamentali neppure nel caso in cui quest'ultima fosse operata a garanzia dei suddetti diritti.

Dall'analisi delle due *prassi* affermatesi negli ordinamenti italiano e spagnolo si nota una sostanziale differenza. Mentre nel caso dell'ordinamento italiano le maggiori riserve sono state evidenziate con riferimento alla forma delle limitazioni, per l'ordinamento spagnolo la problematicità delle misure adottate si è manifestata sia con riguardo al profilo formale – nonostante la previsione di cui all'art. 4 della *LOAES* comprendesse tra le fattispecie che ammettono il ricorso all'*estado de alarma* la pandemia – che sostanziale vista l'adozione di misure che, secondo

⁵⁵ Particolarmente critico rispetto all'attribuzione di competenze "emergenziali" alle CCAA è M. Aragón Reyes, «Epílogo», in P. Biglino Campos, J.F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020, p. 8 e ss.

⁵⁶ Per una lettura critica della riforma e dei suoi effetti, si v. C. Vidal Prado, *Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta dónde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?* in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 48/2021, pp. 265-296.

⁵⁷ È possibile consultare il testo della sentenza al seguente [link](#) (consultato il 20 settembre 2023).

l'interpretazione del TC, andando oltre il confine delle limitazioni hanno comportato una sospensione dell'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti.

4. Il ruolo della Corte costituzionale italiana e del Tribunal Constitucional spagnolo rispetto alle limitazioni (e sospensioni) dei diritti e delle libertà fondamentali prodotte durante l'emergenza da Covid-19

Molti degli atti restrittivi dell'esercizio dei diritti e libertà fondamentali adottati durante l'emergenza pandemica dai governi italiano e spagnolo sono stati oggetto del sindacato di costituzionalità⁵⁸. Attività quest'ultima che, in linea con le funzioni di garanzia e di necessaria mediazione giudiziaria⁵⁹ che le Alte rivestono, aveva già visto impegnata sia la Corte costituzionale italiana che il *Tribunal Constitucional* spagnolo⁶⁰ - da ora TC - in occasione degli eventi emergenziali che avevano interessato, in un passato più o meno remoto, i due Stati.

Ciò che trova immediato riscontro dall'analisi comparata⁶¹ delle pronunce derivanti dall'emergenza pandemica nei due contesti nazionali è la

⁵⁸ Per un'analisi del ruolo delle Corti in epoca covid, si v. il numero monografico che la rivista *Percorsi Costituzionali* dedica a "Covid e Corti", di cui si segnala, in particolare, il contributo di S. Romboli, *Covid e Corti: gli interventi del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di "Stati di emergenza"* in *Percorsi Costituzionali*, n. 2/2021, Fondazione Magna Carta, Napoli, Jovene ed., pp. 305-336.

⁵⁹ L. Scaffardi, *Domande di giustizia originate dalla pandemia da Covid-19*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 2/2021, Fondazione Magna Carta, Napoli, Jovene ed., p. 451 ove l'A. definisce il ruolo delle Corti durante l'emergenza pandemica come di "necessaria mediazione giudiziaria" delle decisioni normative e per il tramite di quest'ultima, di bilanciamento tra tutela del diritto alla salute e le esigenze dettate dall'emergenza.

⁶⁰ Il richiamo è qui alla sentenza n. 15/1982 adottata dalla Corte costituzionale italiana durante la stagione del "terrorismo politico" degli anni Settanta e Ottanta ove la Consulta dichiara la legittimità costituzionale delle misure emergenziali adottate al fine di garantire l'ordine pubblico e alla sentenza *STC 83/2016 de 28 de abril* avente ad oggetto la prima dichiarazione dell'*estado de alarma* avvenuta in occasione dello sciopero dei controllori di volo operanti su territorio spagnolo nel dicembre 2010. È necessario spendere alcune battute su quest'ultima. Nel dicembre del 2010 i controllori di volo spagnolo scioperarono contro le modifiche introdotte dalla nuova regolamentazione del contratto di lavoro di categoria che li avrebbe portati a lavorare per un monte ore eccedente il limite previsto dalla legge. Lo sciopero dei controllori di volo paralizzò il traffico aereo del paese, obbligando il governo spagnolo a dichiarare l'*estado de alarma* su tutto il territorio nazionale da un lato al fine di garantire l'esercizio della libertà di circolazione - fortemente limitata dallo sciopero - dall'altro al fine di garantire il ripristino del traffico aereo che impattava inoltre sulla viabilità aerea internazionale. Per un'analisi della prima dichiarazione dello stato di allarme in Spagna, si v. N. Perez Sola, *Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales* in A. Torres del Moral, *Constitución y democracia. Ayer y hoy*, Vol. 2, 2012, pp. 1539-1556.

⁶¹ Per una più ampia riflessione comparata sul ruolo delle Corti durante (e a seguito) dell'emergenza che tenga conto tanto degli aspetti organizzativi quanto degli aspetti processuali e di merito, si v. V. Piergigli, *Corti costituzionali e diritti ovvero l'onda lunga della risposta istituzionale all'emergenza sanitaria. Quali prospettive per il post-pandemia?*, in

carica evolutiva dell'azione dell'*Alto Tribunal* spagnolo il quale, distaccandosi della tendenza giurisprudenziale che caratterizza le Corti internazionali e costituzionali e che accomuna i «sempre cauti giudizi di costituzionalità sulle misure eccezionali derogatorie dell'ordine costituzionale e delle tutele dei diritti in presenza di circostanze eccezionali»⁶², ha adottato diverse sentenze di censura dei *Real decretos* emergenziali.

Nel contesto spagnolo, moltissimi sono stati infatti sia i *recursos*⁶³ che hanno interessato diversi segmenti della gestione pandemica tra cui: a) i presupposti abilitativi delle limitazioni dei diritti fondamentali mediante la dichiarazione dell'*estado de alarma* e, più in generale, la legittimità costituzionale delle restrizioni di tali diritti fondamentali; b) la dislocazione dei poteri emergenziali nelle mani di autorità delegate e più in generale i rapporti tra il centro e le Comunità Autonome e la modificazione delle leggi autonome in ragione della pandemia c) l'amministrazione della giustizia e la gestione del contenzioso soprattutto durante l'emergenza.

Limitando il campo d'azione alle sole pronunce aventi ad oggetto le limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali è necessario citare la *STC 148/2021, de 14 de julio* e *STC 183/2021, de 27 de octubre* che hanno avuto ad oggetto le due dichiarazioni dell'*estado de alarma* e le connesse vicende limitative (o *rectius* sospensive secondo il giudizio del TC) dei diritti fondamentali ed inoltre la *STC 168 del 2021⁶⁴ de 5 de octubre* che ha riguardato invece il diritto alla partecipazione politica dei deputati.

Un secondo filone giurisprudenziale ha avuto ad oggetto le limitazioni del diritto di riunione e manifestazione in vigenza del primo *estado de alarma* e avverso i divieti e le limitazioni imposte alla libertà di manifestazione su

DPCE online, 1/2023 – Sezione monografica: Diritto e pandemia tra rotture e continuità, pp. 697-730; per l'analisi del ruolo e delle pronunce del TC spagnolo, p. 717 e ss.

⁶² A. Buratti, *Tra regola ed eccezione. Le ragioni del costituzionalismo di fronte all'emergenza*, in F. S. Marini, G. Scaccia, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2023, p. 5.

⁶³ S. Romboli, *Covid e Corti: gli interventi del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di "Stati di emergenza"*, cfr. nota 56, p. 307 e ss. in cui l'A., limitandosi al primo anno di emergenza, elenca (ed analizza) sei questioni di particolare interesse sulla quale il TC si era già pronunciato o era in procinto di pronunciarsi nel merito avendone ammesso i ricorsi.

⁶⁴ Per una lettura commentata delle sentenze *STC 148/2021*, *STC 183/2021* e *168/2021*, si v. I. Álvarez Vélez, *Alarma y pandemia: problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del tribunal constitucional. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. (BOE NUM. 182, de 31 de Julio de 2021); a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020. (BOE NUM. 282, de 25 DE NOVIEMBRE de 2021); y a la sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 9 de octubre, recurso de amparo núm. 2109-2020 (BOE NUM 268, de 9 de noviembre de 2021)* in *Revista de las Cortes Generales*, n° 111, Segundo semestre (2021), pp. 547-474; es., A. López Basaguren, *El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica. (SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021)*, in *REDC*, 2022/125; A. López Basaguren, *La doctrina jurídica ante la pandemia de la Covid-19: una respuesta académica solvente a un reto extraordinario*, in *REDC*, 2022/124, pp. 397-412; D. Delgado Ramos, *El Estado de Alarma ante el Tribunal Constitucional*, in *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)*, Vol. 16, No. 1, pp. 254-265.

cui il TC si è pronunciato dapprima con l'Auto n. 40 del 30 aprile del 2020 e poi con le più recenti sentenze *STC 84/2023* e *STC 88/2023*.

Parimenti meritevole di citazione sono poi la *STC 70/2022, de 2 de junio 2022* - con la quale l'*Alto Tribunal* spagnolo ha giudicato costituzionalmente illegittima la sopraccitata modifica dell'art. 10 comma 8 della *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* - ed infine, le sentenze che hanno avuto ad oggetto il diritto di difesa, l'amministrazione della giustizia durante la pandemia, la gestione della campagna vaccinale.

Appare opportuno analizzare talune sentenze a partire dalle *STC 148/2021* e *STC 183/2021* le quali hanno dichiarato l'incostituzionalità di alcune misure limitative contenute rispettivamente nel *Real decreto* n. 463/2020 del 14 marzo e nel *Real decreto* 926/2020 del 26 di ottobre.

La sentenza *STC 148/2021*, tra le più significative pronunce sull'*estado de alarma* da Covid-19 in Spagna, è stata adottata il 14 luglio del 2021 da una maggioranza risicata del *Tribunal Constitucional* e, oltre ad interessare la garanzia della libertà di circolazione, ha rappresentato una (seppur implicita) censura alla decisione del governo spagnolo di dichiarare l'*estado de alarma* piuttosto che l'*estado de excepción*.

Per comprendere la tesi sostenuta dai giudici spagnoli, occorre fare un passo indietro.

Nell'aprile del 2020, più di 50 deputati del gruppo parlamentare Vox avevano presentato ricorso avverso una serie di disposizioni contenute nel *Real Decreto* n. 463/2020 di dichiarazione dell'*estado de alarma*, nel *Real Decreto* n. 465/2020 di novellazione di quest'ultimo, ed infine nei *Real decretos* nn. 476/2020 del 27 marzo, 487/2020 del 10 aprile, e 492/2020 del 24 aprile, i quali avevano prorogato le misure limitative previste dai primi due *Real Decretos*.

Secondo la ricostruzione di VOX, con i suddetti atti si era prodotta una vera e propria sospensione e non già una mera limitazione di alcuni diritti e libertà fondamentali, tra cui la libertà di circolazione che, ex art. 7 del R.D. 463/2020 era stata svuotata del proprio contenuto essenziale. Di conseguenza, la compagine di estrema destra spagnola, pur non denunciando direttamente l'illegittimità costituzionale della dichiarazione dell'*estado de alarma*, sosteneva che le misure avrebbero dovuto essere adottate nell'ambito dell'*estado de excepción* che ex art. 55 CE ammette la sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali.

La maggioranza dell'*Alto Tribunal*, non prima di aver definito la distinzione tra *limitazione* e *sospensione*, accoglie parzialmente il ricorso e dichiara l'incostituzionalità del suddetto articolo 7 sostenendo che si sia prodotto lo svuotamento della libertà di circolazione prevista dall'art. 19 della CE e che tale svuotamento non può in alcun modo ricondursi nell'alveo delle limitazioni adottabili in vigenza dell'*estado de alarma* nonostante la previsione di cui all'art. 11 della LOAES - che ammette limitazioni "straordinarie" -; di conseguenza la scelta dell'Esecutivo sarebbe dovuta ricadere sull'*estado de excepción* che, come espressamente previsto dall'art. 55 CE e dagli articoli che la LOAES gli dedica e a differenze dell'*estado de alarma*, ammette tale la sospensione.

Non accoglie invece le doglianze aventi ad oggetto le altre misure della gestione pandemica, tra cui le limitazioni alle attività professionali ed imprenditoriali, la limitazione del diritto all'istruzione, e la limitazione della libertà religiosa. Misure che ritiene siano state legittimamente adottate in quanto ragionevoli e proporzionali.

Chiosa con l'affermazione di una "interpretazione integrativa delle disposizioni costituzionali" secondo la quale, nei casi di epidemia (che si ricorda essere tra le fattispecie abilitanti la dichiarazione dell'*estado de alarma* ex art. 4 della *LOAES*) ove sia necessaria una vera e propria sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali, è possibile dichiarare – nonostante il dettato organico – l'*estado de excepción* piuttosto che l'*estado de alarma*.

Come si anticipava, tale sentenza – oltre a rappresentare plasticamente una serie di problemi funzionali della giustizia costituzionale spagnola e che già da tempo la dottrina aveva evidenziato⁶⁵ – ha riprodotto in seno al *Tribunal Constitucional* il dibattito che, a partire dalla prima dichiarazione dell'*estado de alarma*, aveva tenuto impegnata la dottrina *giuspublicistica* spagnola⁶⁶ e che aveva avuto ad oggetto non soltanto la natura limitativa o sospensiva dei diritti fondamentali propria delle misure adottate ma anche l'opportunità di dichiarare l'*estado de excepción* piuttosto che l'*estado de alarma*.

Se da un lato la dottrina maggioritaria aveva sostenuto che fosse stato correttamente dichiarato l'*estado de alarma* e che le limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali, seppur penetranti, potevano ascrivere nel novero delle limitazioni proporzionali e ragionevoli visto il bilanciamento con il diritto alla salute e alla vita⁶⁷, i sostenitori dell'avvenuta sospensione – tesi minoritaria in dottrina⁶⁸ – sostenevano che la "riduzione" all'esercizio della libertà di circolazione era stata tanto penetrante da "annullare in radice" tale diritto e non permettere la qualificazione di quell'*arresto domiciliare della totalità degli spagnoli* che si era realizzato come mera limitazione.

La dialettica dottrinale sembra riprodursi anche nello schema di approvazione della sentenza che, come si anticipava è stata adottata con una maggioranza di 6 voti favorevoli e 5 contrari ed è stata accompagnata da altrettanti *votos particulares* che, oltre a far valere un'interpretazione della

⁶⁵ Per alcuni commenti critici sul ruolo (e sulla crisi) del TC, si v. P. Cruz Villalo, *Destripando al Tribunal Constitucional. El País*, 23-7-2021, consultabile al seguente [indirizzo](#) (consultato il 10 luglio 2023) e, del medesimo Autore, *El Tribunal Constitucional, ante el riesgo de la irrelevancia. El País*, 10-11-2021, consultabile al seguente [link](#).

⁶⁶ Riproduce gli estremi del dibattito segnalandone le diverse posizioni, E. Carmona Cuenca, *Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales, ¿limitación o suspensión?* in *Revista de Derecho Político*, N° 112, settembre-dicembre 2021, pp. 13-42, si v. in particolare p. 31. Si v., inoltre, R.L. Blanco Valdés, *La lucha contra el Covid- 19 y la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma de 2020 en España: sobre la limitación y la suspensión de los derechos fundamentales*, in *DPCE online*, vol. 54, numero speciale 2022, pp. 287-307.

⁶⁷ *Ex multis*, 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*, num 48, 2021, pp. 215-237;

⁶⁸ *Ex multis*, L. Otino Hueso, «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la Covid», in C. Garrido Lopez, (a cura di), *Excepcionalidad y Derecho: El estado de alarma en España*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, p. 161 e ss.

Costituzione diametralmente opposta a quella adottata dalla maggioranza, hanno evidenziato come il *Tribunal* avesse assunto il punto di vista della dottrina facendolo proprio dimenticando il suo ruolo di garante della Costituzione (ruolo che la Costituzione stessa gli attribuisce).

Seppur tale sentenza appare significativa, la sua portata è stata molto limitata dal fatto che sia stata pronunciata ad oltre un anno dalla dichiarazione censurata, quando ormai la vigenza del primo *estado de alarma* era cessata da mesi.

Passando all'analisi della *STC 183/2021 de 27 octubre*⁶⁹ - che riprende l'interpretazione limitazione/sospensione data dall'*Alto Tribunal* nella *STC 148/2021* - su ricorso presentato da più di cinquanta deputati del gruppo parlamentare VOX al *Congreso de los Diputados* avverso le misure contenute nel *Real decreto 926/2020* e nei *Real Decretos*⁷⁰ di proroga di quest'ultimo, il TC ne dichiara la parziale incostituzionalità.

Incostituzionalità che non coinvolge, come nel caso della *STC 148/2020*, le misure limitative dei diritti fondamentali - in particolare le limitazioni della *libertad de ambulatoria* durante le ore notturne, la limitazione della libertà di culto e della libertà di riunione si ritiene siano ragionevoli e proporzionali alla portata dell'emergenza - ma tra i punti censurati vi è la dislocazione dei poteri emergenziali nelle mani dei Presidenti delle Comunità Autonome quali "*autoridades competentes delegadas*" e l'autorizzazione alla proroga di sei mesi dell'*estado de alarma* prevista dalla Risoluzione del 29 di ottobre 2020 del *Congreso* (in cui si ordina la pubblicazione dell'*Acuerdo del Pleno* che prevede la proroga).

Quanto al primo profilo, il TC censura la delega a adottare le misure di limitazione dei diritti fondamentali in capo ai Presidenti delle Comunità Autonome in quanto gli ordini, le raccomandazioni e le disposizioni emanate da quest'ultimi sono sottratte al controllo del *Congreso* - controllo che *ex art. 116 CE* viene effettuato con cadenza quindicinale mediante l'autorizzazione alla proroga dell'*estado de alarma* che sottende una valutazione delle misure che il Governo ha adottato per fronteggiare l'emergenza. Valutazione che viene meno dinanzi alla delega ai Presidenti delle *CCAA*.

Quanto all'autorizzazione alla proroga, il TC non ne censura la durata ma ribadisce che l'illegittimità si radica nell'esclusione del controllo parlamentare per un periodo prolungato di tempo (sei mesi) senza la possibilità per il *Congreso* di verificare se le misure adottate siano o meno ragionevoli e proporzionali all'andamento dell'emergenza (controllo che comunque non sarebbe stato possibile vista la sopra citata delega). Infine, come nel caso della *STC 148/2021*, l'adozione della decisione non avviene all'unanimità ma sono presenti quattro voti particolari.

⁶⁹ È possibile consultare il testo della sentenza *STC 183/2021 de 27 octubre* al seguente [link](#); si v. inoltre S. M. Guardado, *Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021 de 27 de octubre* in *Reseñas de Jurisprudencia Constitucional* (Julio-Diciembre 2021), *Ars Iuris Salamanticensis*, vol. 10, Junio 2022, pp. 384-388, Ediciones Universidad de Salamanca.

⁷⁰ In tale occasione, sono state oggetto del sindacato di costituzionalità del TC le disposizioni contenute nei seguenti *Real Decretos* e *Resoluciones*: Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre 926/2020.

A corredo di tali sentenze, è necessario analizzare poi la STC 168/2021⁷¹, de 5 de octubre che decide sul *recurso de amparo* presentato da Don Santiago Abascal Conde (Presidente del partito politico Vox) e altri cinquantuno deputati del gruppo parlamentare Vox al *Congreso de los diputados* contro gli *Acuerdos de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 e 21 aprile 2020* che dichiarano, rispettivamente, la sospensione dei termini regolamentari per le iniziative parlamentari *en tramitación* e la successiva ripresa del computo. Secondo la lettura del TC – il quale aderisce alla ricostruzione di Vox – si è prodotta una lesione del diritto fondamentale alla partecipazione politica, espressamente previsto dall'art. 23 CE e dunque è stata dichiarata la nullità dei due sopraccitati *Acuerdos*.

Infine, venendo alle pronunce aventi ad oggetto la limitazione della libertà di riunione e manifestazione durante la pandemia⁷², il TC ha adottato dapprima un'ordinanza (ATC n. 40/2020 del 30 aprile 2020) e successivamente due sentenze a ridosso di poche settimane, STC 84/2023 de 5 julio de 2023⁷³ e STC 88/2023, de 18 de julio 2023⁷⁴.

Le tre pronunce si prestano ad una lettura congiunta. Nel caso dell'ordinanza di inammissibilità dell'aprile 2020, il TC riprendendo il ragionamento logico-giuridico che aveva effettuato nella precedente sentenza STC 83/2016 sostiene che – vista l'assenza, nel dettato costituzionale dell'art. 21 CE, di autorizzazione allo svolgimento di manifestazioni ed analizzato il bilanciamento operato dalle Autorità Autonomiche competenti dopo la comunicazione effettuata correttamente dal sindacato CUT (poi ricorrente) – non vi sia stata alcuna limitazione del suddetto diritto. Alle medesime conclusioni giunge poi dall'analisi delle questioni sollevate con i *recursos de amparo* promosso dall'organizzazione politica “La Falange (F.E)” e dall'organizzazione sindacale *Alternativa Sindical de Trabajadores* avverso la risoluzione del Ministero della Salute, *Delegación del Gobierno en Madrid de 27 de abril de 2020* con la quale si era proibita la celebrazione di diverse manifestazioni pubbliche organizzate per le date 1° e 2 maggio 2020. L'orientamento del TC, espresso nelle due sentenze, può sintetizzarsi con l'affermazione secondo cui “*en la grave situación de crisis sanitaria que estos datos describen, dada la inseguridad del conocimiento de la medicina sobre medios de prevención, contagio, diagnosis y tratamiento, la prohibición procuraba a la salud pública una alta satisfacción, incluso máxima. Este beneficio permite concluir que la medida restrictiva de la libertad de manifestación estaba justificada y era proporcional*” (STC 88/2023).

⁷¹ È possibile consultare il testo della STC 168/2021 – corredata dei *votos particulares* – al seguente [link](#) (consultato il 10 luglio 2023).

⁷² Per un quadro generale sulla portata di tali limitazioni, si v. J. M. Bilbao Ubillos, *La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia*, in P. Biglino Campos, F. Durán Alba, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

⁷³ Il testo della sentenza è consultabile al seguente [indirizzo](#) (consultato il 20 settembre 2023).

⁷⁴ È possibile consultare il testo della sentenza al seguente [link](#) (consultato il 20 settembre 2023).

Infine, passando all'analisi delle pronunce della Corte costituzionale italiana che hanno avuto ad oggetto la parabola emergenziale⁷⁵, pur non riguardando espressamente la limitazione dei diritti fondamentali, occorre analizzare il precipitato della sentenza n. 198/2021 sulle limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

Durante la prima ondata pandemica, il giudice di pace di Frosinone sollevava una questione di legittimità costituzionale in via incidentale sostenendo che la sanzione di 400 euro inflitta ad un cittadino per aver disatteso il divieto di uscire dalla propria abitazione senza giustificato motivo; divieto imposto da più disposizioni di quella sequela di atti amministrativi e normativi prodotti a partire dall'attribuzione dei poteri ordinatori attribuiti al Presidente del Consiglio dei Ministri dal d.l. n. 6/2020 e dal successivo 19/2020. Secondo la ricostruzione del giudice *a quo* la violazione del principio di tipicità delle fonti primarie del diritto che si era prodotta con la diade d.l./d.P.C.m avrebbe condotto alla nullità della sanzione inflitta al comune cittadino.

Seppur la tesi del giudice frusinate stride in punto di diritto ha avuto il merito di aver provocato l'adozione della sentenza n. 198/2021⁷⁶ che ha permesso alla Consulta – pronunciandosi sulla costituzionalità delle disposizioni di cui agli art. 1, 2 e 5 del d.l. 19/2020 – da un lato di definire la natura giuridica dei d.P.C.m riconducendoli all'alveo degli atti espressione del potere d'ordinanza, dunque rigettando la tesi che li riconduceva, invece, agli atti espressione del potere normativo dall'altro di dichiarare (implicitamente) la legittimità costituzionale della gestione emergenziale ad opera della diade d.l./d.P.C.m attraverso la valorizzazione del sistema di controlli, interlocuzioni e consulti che si era instaurato a partire dal d.l. 19/2020 e che vedeva quali protagonisti non solo Esecutivo e Parlamento ma finanche il Comitato tecnico-scientifico, facendo salve dunque tutte le misure limitative dell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali⁷⁷.

5. Brevi note conclusive

La *narrazione* della gestione dell'emergenza pandemica in Italia e Spagna con specifico riferimento alla limitazione dei diritti fondamentali ha fatto rilevare esiti simili pur partendo da differenti quadri normativi.

In entrambi gli ordinamenti si sono prodotte delle “*deviazioni*” rispetto al sistema delle fonti e/o una erronea applicazione delle norme - eclatante, come rilevato dal *Tribunal Constitucional*, l'*erronea* dichiarazione dell'*estado de alarma* invece dell'*estado de excepción* -.

⁷⁵ Per una disamina delle sentenze della Corte costituzionale aventi ad oggetto la gestione della pandemia, si v. N. Viceconte (a cura di) - *La gestione della pandemia di Covid-19 nella giurisprudenza costituzionale*, Corte costituzionale, Servizio studi, marzo 2023.

⁷⁶ È possibile consultare il testo della sentenza Corte Costituzionale, n. 198/2021 al seguente [indirizzo](#) (consultato il 20 settembre 2023)

⁷⁷ Per un commento, si v. M. Francaviglia, *Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Diritti comparati*, 10 gennaio 2022.

In entrambi gli ordinamenti, nonostante la copertura giuridica massima apprestata dalle norme e il corretto bilanciamento operato dai due Esecutivi oltreché dalle autorità delegate alla gestione emergenziale, vi è stata una penetrante limitazione all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

L'unica differenza riscontrabile riguarda l'orientamento adottato dei due organi al vertice della giustizia costituzionale, "conservativo" nel caso della Consulta, "innovativo" nel caso dell'*Alto* spagnolo.

Torna alla mente l'osservazione classicamente riferita alle clausole d'emergenza ma che si presta ad essere riferita, più in generale, alla gestione emergenziale: *difficilmente le norme riescono a regolare fattispecie sovente inafferrabili come quelle connesse all'emergenza*⁷⁸.

Stante l'impossibilità, per la legge, di riuscire a regolare un fenomeno tanto peculiare quanto impalpabile come la pandemia, bisogna interrogarsi su soluzioni alternative alla "mera" riforma dei due diritti costituzionali dell'emergenza.

Potrebbe allora prospettarsi una valorizzazione dei principi di cui si è trattato, seppur tangenzialmente, nel corso della presente riflessione e che orientano tutte le fasi della parabola emergenziale.

Il principio di proporzionalità, il principio di ragionevolezza – da affiancarsi alla necessaria temporaneità delle misure emergenziali – devono orientare sia l'attività degli Esecutivi a partire dalla dichiarazione dello stato d'emergenza, passando poi per la fase di produzione delle norme e/o atti regolamentari fino all'attività degli organi dagli Esecutivi delegati.

Oltre alla valorizzazione di tali principi nell'esercizio delle funzioni "esecutive", sarebbe auspicabile prevedere inoltre un maggiore controllo dei Parlamenti – vista la portata della delega legislativa attribuita agli Esecutivi – e onde evitare che le censure successive dei Tribunali Costituzionali possano censurare l'intera gestione emergenziale solo *ex post*.

Riflessioni che potrebbero essere utile ad affrontare i futuri (ed ormai poco eventuali) fenomeni emergenziali che saremmo costretti ad affrontare.

Chiara Cerbone
Dipartimento di Giurisprudenza Studi Politici e Internazionali
Università di Parma
chiara.cerbone@unipr.it

⁷⁸ *Ex multis*, L. Rossi, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano* – Rivista della giurisprudenza parlamentare, in *Arch. dir. pubbl.*, 1894, p. 262 e ss.

