

EMERGENZA E DIRITTI FONDAMENTALI *.

UNA RIFLESSIONE COMPARATA A PARTIRE DALLA PANDEMIA COVID-19 IN ITALIA E IN SPAGNA.

di Viviana Di Capua**

Sommario. 1. Premessa. – 2. L'emergenza nella Costituzione italiana e il *peso* degli avvenimenti storici. – 3. La gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia e le conseguenze sull'esercizio dei diritti fondamentali. – 3.1. (*segue*) La Corte costituzionale *scrimina* la gestione nazionale dell'emergenza Covid-19: l'architettura debole della sentenza n. 198/2021. – 4. La disciplina costituzionale e ordinaria dell'emergenza in Spagna: *estado de alarma, estado de excepción, estado de sitio*. – 4.1. (*segue*) Sospensione o limitazione dei diritti fondamentali: sintesi di un dibattito mai sopito. – 5. Il ricorso alla procedura di *estado de alarma* per fronteggiare l'emergenza Covid-19 in Spagna: limitazione o sospensione dei diritti fondamentali? – 5.1. (*segue*) La dichiarazione di incostituzionalità degli *estados de alarma* e delle relative proroghe da parte del *Tribunal Constitucional*. – 6. Riflessioni finali.

56

1. Premessa.

L'attenzione della dottrina al tema dell'emergenza è derivata, in larga parte, dalla forte suggestione esercitata da un fenomeno che, per quanto astrattamente prevedibile, è risultato complesso da inquadrare in base ai consueti canoni di classificazione e sistematizzazione utilizzati dalla scienza giuridica¹. Ma va anche considerato che l'esperienza pare registrare

* *Sottoposto a referaggio*. Il saggio prende spunto dalla relazione presentata al Seminario di diritto comparato dell'associazione «Gruppo di Pisa» su «Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato», organizzato dall'Università degli Studi di Brescia e svoltosi, il 25 marzo 2022, in modalità telematica, i cui atti sono confluiti nel quaderno monografico abbinato al fascicolo 3/2022 de «La Rivista Gruppo di Pisa». Sono sinceramente grata al Prof. Vincenzo Coccozza per le preziose osservazioni sulla versione iniziale dello scritto, di cui, naturalmente, rimango l'unica responsabile per eventuali errori ed omissioni. Sono altresì riconoscente al pregevole lavoro svolto dal revisore anonimo, che ha contribuito a migliorare lo scritto dal punto di vista sostanziale e formale.

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Per un'ampia e approfondita analisi del fenomeno, si vedano, tra i tanti, S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, I, ora in G. Zanobini (a cura di), *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, ristampa 1990, p. 287 ss.; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1986; A. Pizzorusso, *Emergenza, stato di*, in *Enc. sc. soc.*, III, Roma, Treccani, 1993, p. 551 ss.; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988; L. Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 479 ss.; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, p. 645 ss.; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2008; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2010; M.A. Cabiddu, *Necessità ed*

un progressivo ampliamento delle situazioni di emergenza considerate dagli ordinamenti costituzionali, quali le minacce all'integrità dello Stato (guerre e invasioni) e all'ordine pubblico (rivoluzioni e disordini interni), le calamità naturali², alcune forme particolari di criminalità organizzata radicate in alcuni territori³ e anche l'esigenza di ristabilire la sicurezza della vita economica della nazione. Inoltre, in tempi più recenti, si è assistito al processo di *globalizzazione* delle emergenze, ovvero al verificarsi di eventi eccezionali e imprevedibili le cui cause e soluzioni trascendono l'ambito nazionale, come la stessa pandemia Covid-19.

Il dibattito teorico sui poteri di emergenza si è concentrato, da un lato, sulla necessità di fronteggiare le situazioni eccezionali, assicurando la salvaguardia dello Stato di diritto, dall'altro, sulla ricerca all'interno delle Carte costituzionali di alcuni principi necessari ad evitare che l'esercizio dei poteri in deroga potesse insinuarsi nell'ordinario funzionamento del sistema costituzionale, intaccando in maniera permanente i meccanismi di tutela dei diritti fondamentali e l'ordine costituzionale delle competenze normative⁴. Un rischio da scongiurare valorizzando il pensiero di chi, autorevolmente, avvertiva che doveva essere la fonte costituzionale a conferire un fondamento legale ai casi di *rottura* della Costituzione⁵. D'altra parte, la storia, soprattutto quella più recente, ha dimostrato che le più gravi violazioni dei diritti umani tendono a verificarsi proprio nei contesti emergenziali,

emergenza ai confini dell'ordinamento, in *Amministrare*, 2010, p. 167 ss.; A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; L. D'Andrea, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, p. 305 ss.; G. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

² Il riferimento più immediato è all'*estado de alarma*, previsto dall'art. 116 della Costituzione spagnola, che, come si vedrà, può essere dichiarato anche per fronteggiare emergenze naturali (art. 4, Ley Orgánica n. 4/1981).

³ F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 513 ss. e p. 515 ss.

⁴ Già S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., p. 357, notava come l'emergenza comportasse una «materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove». Cosicché – proseguiva l'Autore – «se la libertà individuale resta diminuita, sospesa, non protetta, ciò non è la conseguenza immediata di alcun diritto subiettivo dello Stato, ma del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che esso pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli».

⁵ C. Mortati, *Note sul rapporto tra Costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini*, n. 2/1973, p. 511 ss.

avverando l'affermazione che la Commissione di Venezia aveva fatto in occasione della pubblicazione del rapporto sui poteri di emergenza risalente al 1995⁶.

La *costituzionalizzazione* dell'emergenza, ovvero la tendenza a ricondurre l'emergenza all'interno di limiti e procedure regolate, più o meno dettagliatamente, dalle Carte costituzionali, insieme all'esigenza di disciplinare con apposite norme le relazioni tra Parlamento, Presidente della Repubblica e Governo, è un esito comune nell'evoluzione degli ordinamenti. Così, sempre più frequentemente le Costituzioni sottopongono l'esercizio dei poteri di emergenza a limiti sostanziali, con particolare riferimento al rispetto dei diritti fondamentali e alla predisposizione delle garanzie che devono, comunque, sussistere anche nelle situazioni di crisi.

La scelta di dedicare alla disciplina dell'emergenza uno spazio, più o meno ampio, all'interno della Carta costituzionale è di natura politica, in collegamento con l'esperienza storica. Vi sono, così, Costituzioni che non contengono una disciplina puntuale sull'emergenza e sugli stati emergenziali, ma solo singole disposizioni applicabili nei casi di guerra o di altra emergenza pubblica⁷.

⁶ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Emergency Powers*, CDL-STD(1995) 012, in *Science and technique of democracy*, No. 12.

⁷ Ad esempio, negli Stati Uniti non è previsto un regime legale specifico per le situazioni di emergenza. A livello federale, la Costituzione e la legislazione federale consentono al Presidente, in determinate circostanze, di autorizzare l'uso delle truppe federali per controllare la violenza domestica, reprimere le insurrezioni e far rispettare la legge federale. Tali leggi, tuttavia, non autorizzano l'Esecutivo a sospendere o interferire con il normale funzionamento degli altri rami del Governo federale (Congresso e Magistratura), né a consentire deroghe ai diritti fondamentali. Infatti, con una sola eccezione (il diritto di *habeas corpus*, che il Congresso può sospendere temporaneamente quando lo richiama l'incolumità pubblica), i diritti costituzionali restano sempre in vigore. A livello statale e locale, esiste un'ampia varietà di disposizioni che consentono ai Governatori statali, ai Sindaci di città e ai dirigenti nazionali di intraprendere azioni di emergenza. Queste norme si basano sul potere generale di polizia riservato dalla Costituzione agli Stati federati. Se non irragionevole o arbitrario, uno Stato federato può limitare o sospendere i diritti fondamentali se è necessario per proteggere la salute e la sicurezza pubblica in caso di emergenza. In Austria, se la Camera bassa del Parlamento (*Nationalrat*) non è riunita oppure non può riunirsi in tempo o se è impedita dall'agire da circostanze al di fuori del suo controllo, per evitare danni irreparabili alla comunità, il Presidente federale può, su raccomandazione del Governo federale, e sotto responsabilità congiunta, adottare le misure necessarie attraverso ordinanze provvisorie che modificano la legge. Il Governo federale deve presentare la sua raccomandazione con il consenso della Sottocommissione permanente, nominata dalla Commissione principale del Parlamento. Tale ordinanza richiede la controfirma del Governo federale. Tali ordinanze devono essere presentate dal Governo federale al *Nationalrat* senza indugio. Entro quattro settimane dalla presentazione, il *Nationalrat* deve votare una legge federale con il contenuto dell'ordinanza e con effetto sostitutivo della stessa oppure approvare una risoluzione che richiama l'immediata invalidazione dell'ordinanza. Inoltre, alcune leggi ordinarie austriache conferiscono all'esecutivo il potere di adottare misure in tempi di crisi economica o di scarsità per garantire le forniture necessarie. In Danimarca, il Governo può emanare atti temporanei quando i membri del Parlamento non possono essere riuniti e le circostanze sono estremamente urgenti. Tuttavia, tali atti non devono essere in contrasto con la Costituzione e devono essere sottoposti all'approvazione del Parlamento nella prima assemblea possibile.

Il contributo che si svilupperà nelle pagine seguenti intende verificare se una disciplina costituzionale puntuale dell'emergenza si sia mostrata più idonea ad evitare il pericolo di abusi e di gravi compressioni dei diritti fondamentali causate dalle misure adottate allo scopo di superare la crisi. È sembrato, in proposito, utile osservare la gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia e in Spagna. La Costituzione italiana non contiene una disciplina espressamente dedicata all'emergenza, che viene considerata solo in via generica e marginale. Quella spagnola, invece, contempla diversi stati emergenziali, compiutamente disciplinati nei presupposti, nei procedimenti e nella durata da una legge organica. Quest'ultima è un atto-fonte del Parlamento, assunto con un procedimento aggravato rispetto all'iter ordinario della legge (ad esempio, maggioranze qualificate e/o pareri di organi di giustizia costituzionale), in materie che riguardano i pubblici poteri, disciplinate nei limiti e secondo i principi stabiliti dalla Costituzione e quantomeno resistenti all'abrogazione da parte della legge ordinaria nell'ipotesi in cui insista sulla stessa materia⁸

2. L'emergenza nella Costituzione italiana e il peso degli avvenimenti storici.

La dottrina si è interrogata, in occasione dell'emergenza Covid-19, sull'ammissibilità di un'interpretazione estensiva dell'art. 78 Cost., e cioè sulla possibilità di applicare le regole procedurali previste per la guerra anche alle altre situazioni di emergenza.

Come è noto, la Costituzione italiana fa riferimento solo allo stato di guerra, disciplinato dall'art. 78. Superando la tradizione monarchica, che riservava al Capo dello Stato il potere di dichiarare e di deliberare lo stato di guerra, la Costituzione distingue il momento della

Nel Lussemburgo, sebbene non esista una disciplina dell'emergenza in quanto tale, in tempi di crisi economica e sociale il legislatore ha approvato atti di abilitazione (*habilitations législatives*) che autorizzano l'esecutivo a regolamentare alcune aree che non sono considerate di dominio esclusivo delle leggi. In tali situazioni l'esecutivo stesso può emanare decreti-legge invocando lo stato di necessità come condizione di validità di tali decreti.

⁸ Così L. Pegoraro e A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 170-171, i quali precisano che, nonostante le "profonde differenze tra i vari ordinamenti", tuttavia, «[l]'esistenza di caratteristiche comuni consente [...] di distinguere le leggi organiche da fonti, parimenti denominate, che difettano dei requisiti indicati, come le leggi organiche menzionate da alcune costituzioni ottocentesche, che non si segnalavano per la particolare collocazione nel sistema delle fonti, bensì solo per il modo sistematico – organico, appunto – di trattare una determinata materia, oppure per l'argomento disciplinato (gli organi dello Stato), o le leggi definite 'organiche' previste da alcune vigenti costituzioni, non munite delle medesime caratteristiche or ora indicate. Viceversa, se vi sia definizione costituzionale di un ambito materiale e aggravamento delle procedure di adozione, è possibile predicare l'esistenza di leggi organiche anche in ordinamenti che non adottano tale *nomen iuris*'».

formazione della volontà (deliberazione) da quello della sua estrinsecazione (dichiarazione), attribuendoli, rispettivamente, alle Camere e al Presidente della Repubblica. Infatti, dopo aver affermato, all'art. 78, che le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari, precisa, al successivo art. 87, che spetta al Presidente della Repubblica dichiarare lo stato di guerra deliberato dalle Camere⁹. Inoltre, la portata garantistica della disposizione emerge nella parte in cui è compito delle Camere delimitare le facoltà del Governo attraverso il conferimento dei (soli) *poteri necessari* a fronteggiare la situazione.

La dichiarazione dello stato di guerra produce rilevanti conseguenze sull'assetto costituzionale dei poteri: innanzitutto, può essere disposta la proroga delle Camere, al fine di non esporre il Paese a destabilizzazioni politiche (art. 60, c. 2, Cost.); inoltre, può essere radicata la giurisdizione penale dei tribunali militari (art. 103, c. 3, Cost. e art. 111, c. 4, Cost.); infine, il conferimento al Governo dei poteri necessari (ivi compreso quello di emanare ordinanze o bandi militari in deroga all'ordinamento vigente) determina una *de-costituzionalizzazione* delle norme in materia di rapporti intersoggettivi e interorganici, la cui disciplina è interamente rimessa alla legge ordinaria, la quale può, in questo caso, attribuire nuove competenze (anche normative) al Governo o ad alcuni dei suoi organi (i comandanti militari)¹⁰.

Il ricorso allo stato di guerra è ammissibile unicamente nel caso di guerra a scopo difensivo, come emerge chiaramente dal combinato disposto degli articoli 11 e 52 Cost., dove si afferma, rispettivamente, il ripudio della guerra come strumento di offesa e il dovere di ogni cittadino di difendere la Patria¹¹.

Nonostante vi siano state posizioni favorevoli¹², l'orientamento attualmente dominante propende per la soluzione negativa, attribuendo “una portata di criterio generale al

⁹ Per una compiuta analisi della disposizione, G. Ferrari, *Guerra (stato di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970; G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, il Mulino 2004.

¹⁰ R. Manfellotti, *Diritto pubblico*, II ed., Torino, Giappichelli, 2021, pp. 536-537, il quale precisa che «l'eccezionalità della fattispecie che si esamina impone di ammetterne l'efficacia derogatoria rispetto alle norme costituzionali sono ove espressamente prevista, restando nelle altre ipotesi soggetta al rigido rispetto della disciplina della Carta fondamentale, e, particolarmente, delle norme che riconoscono i diritti della persona».

¹¹ Per un'ampia disamina della disciplina della guerra nella Costituzione, anche attraverso l'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente in sede di stesura degli artt. 11 e 52 Cost., si rinvia al recente contributo di G. Marazzita, “*Guerra vietata, legittima e necessaria*”, in *Federalismi.it*, n. 22/2022, p. 52 ss.

¹² G. Motzo, (voce) *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 250 ss. e p. 259; C. Fresa, *Provvisoria con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, Cedam, 1981, p. 118.

principio garantistico emergente dall'art. 78 Cost., inteso nel duplice senso per cui, da un lato, compete al Parlamento regolare le modalità di intervento dell'esecutivo e autorizzare i poteri necessari e, dall'altro, deve considerarsi esclusa la competenza del Governo di esercitare pieni poteri"¹³.

V'è da dire al riguardo, che la scelta dell'Assemblea costituente di non introdurre nel testo costituzionale altre disposizioni, oltre all'art. 78, dedicate agli stati di eccezione scaturiti dal condizionamento esercitato dall'esperienza della Costituzione di Weimar¹⁴, e dunque, dal timore che una regolazione puntuale potesse legittimare comportamenti arbitrari dell'esecutivo¹⁵.

La Costituzione italiana contiene, però, una disciplina generale per fronteggiare le situazioni emergenziali diverse dalla guerra, e cioè, l'esercizio provvisorio della funzione legislativa da parte del Governo, al verificarsi di «casi straordinari di necessità e di urgenza», con i decreti-legge. Tali atti, definiti dall'art. 77, c. 2, Cost. «provvedimenti provvisori con forza di legge», che il Governo, assumendosene la piena responsabilità, deve il giorno stesso dell'adozione presentare alle Camere «che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni», sono destinati tuttavia a perdere efficacia *ex tunc* qualora non convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (c. 3)¹⁶.

Nonostante l'uso sempre più massivo della decretazione d'urgenza senza rispettare i

¹³ G. Rolla, *Profilo costituzionali dell'emergenza*, cit., p. 12. In senso conforme, P. Grasso, *I problemi giuridici dello "stato d'assedio" nell'ordinamento italiano*, Pavia, Tipografia del libro, 1959, p. 130 ss.; Id., *Figure di stato d'assedio negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, in *Il Politico*, n. 2/1959 2, p. 327 ss.; B. Cherchi, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 1108 ss., p. 1121.

¹⁴ L'art. 48 della Costituzione di Weimar attribuiva un potere (pressoché illimitato) al Presidente del *Reich*, che poteva adottare «le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi [fossero stati] turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata». A tale scopo poteva sospendere in tutto o in parte l'efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114 (libertà personale), 115 (inviolabilità del domicilio), 117 (segretezza della corrispondenza), 118 (libertà di opinione), 123 (libertà di riunione), 124 (libertà di associazione) e 153 (diritto di proprietà). Le misure adottate dovevano essere tempestivamente comunicate al *Reichstag* e potevano essere revocate, qualora il *Reichstag* lo avesse richiesto. L'applicazione di questa norma aveva spianato la strada alla dittatura nazista.

¹⁵ Per una dettagliata ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente, si veda B. Cherchi, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, cit., p. 1121 ss.

¹⁶ Sul decreto-legge imprescindibile il riferimento a C. Esposito, (voce) *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 831 ss. ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 183 ss.; C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. agg. a cura di Francesco Crisafulli, Milano, Giuffrè, 1993, p. 89 ss.

presupposti fissati in Costituzione (tant'è che sarebbe appropriato parlare di abuso)¹⁷, lo strumento ha dimostrato l'idoneità, nel corso degli anni per fronteggiare, con immediatezza e rapidità, situazioni che, per loro natura (si pensi, ad esempio, ai terremoti e, in generale, alle calamità naturali), non avrebbero *tollerato* l'attesa necessaria per l'approvazione della legge ordinaria. Le garanzie fissate in Costituzione, consistenti nella *supervisione* delle Camere durante il procedimento di formazione e di conversione, nella provvisorietà degli effetti e nel sindacato della Corte costituzionale, senza tuttavia menzione dei diritti fondamentali, che possono essere sospesi o limitati durante le situazioni emergenziali, hanno mostrato dei limiti.

È vero che la provvisorietà degli effetti del decreto-legge (che rimane in vigore solo sessanta giorni se non interviene la legge di conversione) dovrebbe costituire una garanzia contro il pericolo di eventuali abusi, ma, come si vedrà nel prosieguo, la pandemia Covid-19 ha dimostrato quanto possano divenire fragili, nei contesti emergenziali, le garanzie che assistono in Costituzione i diritti fondamentali, anche a causa dell'assenza di una disciplina organica dell'emergenza e dell'ampia discrezionalità attribuita agli organi di indirizzo politico nell'esercizio dei poteri necessitati e che, inevitabilmente, sfugge al sindacato giurisdizionale.

3. La gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia e le conseguenze sull'esercizio dei diritti fondamentali.

In Italia, fin dall'inizio della crisi, il Governo ha fondato i suoi interventi su un sistema normativo costruito *ad hoc* con una sequenza decreto-legge e decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.), per supportare con una base di livello legislativo una serie di misure restrittive di gran parte dei diritti fondamentali assistiti da garanzie

¹⁷ Emblematico il pensiero espresso da S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005, Torino, Giappichelli, 2006, p. 649 ss., che, a proposito dell'uso massivo del decreto-legge da parte del Governo, parla di una "emergenza stabilizzata".

costituzionali e, al contempo, mantenere quella flessibilità resa necessaria dall'imprevedibilità del corso degli eventi¹⁸.

In particolare, il primo atto della filiera normativa, costituito dal d.l. n. 6/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 13/2020, ha conferito alle autorità competenti il potere di adottare misure precauzionali per contenere il contagio e alleggerire così la pressione sul sistema sanitario nazionale, in grave sofferenza a causa dell'elevato numero di malati. Il decreto ha posto le basi normative per la costruzione di due sistemi paralleli di provvedimenti differenziati su base territoriale, costituiti, da un lato, dai d.P.C.M. e da una lunga serie di atti di vario genere dei singoli Ministri (ordinanze, decreti, circolari, direttive, ecc.) e dalle ordinanze di Protezione Civile, dall'altro, da una pluralità di ordinanze, chiarimenti e decreti dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci, emanati allo scopo di fronteggiare le criticità sorte nei rispettivi territori¹⁹.

¹⁸ Sulla gestione dell'emergenza Covid-19 e sulle sue implicazioni giuridiche, si vedano i contributi di S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 531 ss.; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, *ivi*, 558 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *ivi*, n. 2/2020, p. 109 ss.; A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw J.*, n. 2/2020; R. Manfrellotti, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, p. 226 ss.; G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fascicolo speciale, p. 351 ss.; M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, p. 282 ss.; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 18 marzo 2020; U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna, 25 marzo 2020; V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 20 maggio 2020; Id., *Rule of Law and Pandemic. The Italian Strategy for Managing Covid-19 Epidemiological Emergency*, in *The Lawyer Quarterly*, n. 2/2021, p. 217 ss.; V. Di Capua e I. Forgiione, *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2020, p. 330 ss.; D. Vese, *Managing the Pandemic. The Italian Strategy for Fighting Covid-19 and the Challenge of Sharing Administrative Powers*, in *Eur. J. Risk Reg.*, September n. 11/2020, p. 1 ss., disponibile all'indirizzo web <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk>; i lavori monografici di U. De Siervo, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, Mucchi, 2021, e di I.A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; i contributi pubblicati nel volume AIC, *Annuario 2020, Emergenza, Costituzionalismo e diritti fondamentali*, Atti del XXXV Convegno annuale - 4 dicembre 2020, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, nel volume A. Cassatella, S. Dalla Bontà e E. Mattevi (a cura di), *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione*, Atti del Convegno, Trento, 10 giugno 2021, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, e nel volume C. Capolupo, R. Manfrellotti (a cura di), *Emergenza pandemica. Disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali: un primo bilancio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

¹⁹ A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, p. 518 ss., qui p. 518, parla, in proposito, di "bulimica produzione normativa alla quale quotidianamente concorrono tutti i livelli istituzionali di governo".

Le «autorità competenti» potevano adottare, nelle aree infette, «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», scegliendo tra quelle elencate dal decreto, e in quelle non ancora interessate dal contagio, anche misure «ulteriori» rispetto a quelle indicate.

Sotto il profilo procedurale, entrambe le misure dovevano essere adottate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, sentito il Ministro dell'Interno, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e degli altri Ministri competenti per materia. Qualora la misura avesse interessato il territorio di una sola Regione o di alcune specifiche Regioni, era richiesta la consultazione dei Presidenti delle regioni competenti; qualora invece avesse riguardato l'intero territorio nazionale, del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni.

La norma in esame ha così costituito la base legale per l'adozione di una sequenza di d.P.C.M. con cui sono state disposte misure, di intensità progressivamente crescente, incidenti su diversi diritti e libertà costituzionali, inizialmente con efficacia territoriale circoscritta e, successivamente, estese all'intero territorio nazionale.

In attuazione del d.l. n. 6/2020 sono stati emanati, tra gli altri, i d.P.C.M. 8 marzo 2020 e 9 marzo 2020 (c.d. #IoRestoaCasa), che hanno disposto la limitazione della libertà di circolazione delle persone fisiche, consentendone gli spostamenti solo in casi specifici e tassativi («comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute»), dapprima, nella regione Lombardia e in alcune province di Reggio Emilia, delle Marche, del Piemonte e del Veneto, e successivamente nell'intero territorio nazionale.

La disposizione più problematica è costituita dall'attribuzione al Ministro della Salute, al Presidente della Regione e al Sindaco del potere di adottare le misure precauzionali «nelle more» dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nei casi estrema necessità ed urgenza²⁰.

²⁰ Per una compiuta disamina delle criticità del decreto, cfr. L.A. Mazarroli, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cee il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper – 23 marzo 2020, p. 13 del documento online; G. De Giorgi Cezzi, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, p. 221 del documento online; G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *www.sistemapenale.it*, al quale si rinvia per l'analisi delle ricadute sui processi penali di una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione richiamata.

Nella vigenza del decreto, è stato aperto un varco a un profluvio di ordinanze regionali e comunali che, nel tentativo di fronteggiare le criticità emerse nei rispettivi territori, si erano intrecciate e sovrapposte ai provvedimenti nazionali, compromettendo la strategia unitaria di gestione della crisi e generando disordine, caos e incertezza nella normativa emergenziale²¹.

La scelta di creare un nuovo ordinamento per fronteggiare la pandemia ha inaugurato un metodo inedito e precario di usare le fonti del diritto e le decisioni amministrative, composto di atti controversi e dagli effetti imponderabili, soprattutto per l'esercizio e la garanzia dei diritti fondamentali²². L'uso disinvolto dello strumento del d.P.C.M., soprattutto nella prima fase dell'emergenza, ha comportato, sostanzialmente e per lungo tempo, una posizione di assoluta centralità dell'esecutivo, e, in particolare, del Presidente del Consiglio dei Ministri, a scapito delle regole ordinamentali sulle fonti del diritto (soprattutto con riguardo al riparto di competenze tra Stato e Regioni), nonché del corretto rapporto e della necessaria interlocuzione tra il potere esecutivo e il Parlamento²³.

La conseguenza più immediata è stata la rottura del rapporto di collaborazione instaurato fino a poco prima tra lo Stato e le Regioni per l'attuazione dei provvedimenti adottati dal Dipartimento della protezione civile e del Ministro della Salute²⁴, oltre ad una violazione delle riserve di legge poste dalla Costituzione a presidio dei diritti fondamentali.

L'adozione del successivo d.l. n. 19/2020, che ha coinciso con la terza fase, ha costituito un tentativo di rimediare almeno in parte ai “veri e propri sfregi costituzionali della prima fase dell'emergenza”²⁵, attraverso la tipizzazione delle misure applicabili, in tutto o in

²¹ Il profilo è nitidamente colto da E. Carloni, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, in *laCostituzione.info*.

²² U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 299 ss.; C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 2020, p. 5; R. Manfrellotti, *Introduzione*, in C. Capolupo e R. Manfrellotti (a cura di), *Emergenza pandemica*, cit., p. 7 ss., spec. p. 7, che rileva come l'emergenza pandemica abbia determinato “una vera e propria sospensione delle garanzie costituzionali”.

²³ C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, spec. pp. 138-139, il quale rileva come ciò sia uno dei sintomi paradigmatici del processo di perdita della centralità parlamentare e di crisi della rappresentanza politica.

²⁴ In questi termini, G. Coccozza, *Effetti riflessi dell'emergenza Covid-19: è impossibile la cooperazione tra i livelli di governo?*, in C. Capolupo e R. Manfrellotti (a cura di), *Emergenza pandemica*, cit., p. 201 ss., spec. p. 208, cui si rinvia anche per una disamina di alcuni episodi emblematici del conflitto tra Stato e Regioni durante l'emergenza.

²⁵ G. Silvestri, *Covid e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020, spec. p. 4; nello stesso senso, S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., p. 540, il quale rileva come il d.l. n. 19/2020 sia intervenuto “a rimuovere i più evidenti esiti di lesione del principio di legalità

parte, sul territorio nazionale per contenere il contagio e la definizione delle procedure per la relativa adozione. Il decreto è intervenuto a chiudere gli argini aperti ai poteri d'ordinanza, innanzitutto, riconoscendo alle Regioni uno spazio d'intervento in via d'urgenza solo al verificarsi di determinate condizioni²⁶ e, in secondo luogo, vietando ai Sindaci di adottare «ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali»²⁷ o eccedenti i limiti di cui al c. 1, valevoli per le ordinanze regionali (art. 3, c. 2), come peraltro già prescritto dall'abrogato art. 35, d.l. n. 9/2020.

Si noti, peraltro, che, mentre durante la vigenza del d.l. n. 6/2020, le ordinanze del Ministro della Salute sono state adottate d'intesa con i Presidenti delle Regioni interessate dal contagio, a partire dal d.l. n. 19/2020, il Governo ha scelto di sacrificare la collaborazione con le Regioni in una delle fasi più delicate della crisi, quando cioè il ruolo di tali enti avrebbe potuto rivelarsi rilevante e decisivo perché più prossimo al luogo dell'emergenza²⁸. In estrema sintesi, il d.l. n. 19/2020 ha costituito un'occasione mancata di delineare un assetto più organico dello stato di emergenza e di individuare un nucleo minimo di garanzie necessario a proteggere le libertà individuali e le responsabilità politiche connesse²⁹.

La forza centripeta impressa dal sistema normativo emergenziale è persistita anche nei decreti successivi, restringendo progressivamente lo spazio d'intervento delle Regioni e dei Comuni, che è rimasto circoscritto, rispettivamente, all'adozione di misure più restrittive della libertà di circolazione in specifiche aree solo in presenza di un aggravamento della situazione epidemiologica e nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità e alla chiusura temporanea di aree pubbliche o aperte al pubblico in cui

e delle riserve di legge a tutela dei diritti fondamentali implicati, a partire dalla libertà di circolazione ex art. 16 Cost., cui ha condotto il primo decreto-legge”.

²⁶ L'adozione di misure più restrittive rispetto a quelle in vigore può avvenire solo «nelle more» dell'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e con efficacia limitata sino a tale momento, nonché al ricorrere di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel [...] territorio [regionale] o in una parte di esso» ed esclusivamente nell'ambito delle attività di rispettiva competenza e senza incidere ulteriormente sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

²⁷ Si noti che le parole «e regionali» sono state aggiunte dalla l. n. 35/2020 in sede di conversione.

²⁸ E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 377 ss., spec. p. 392.

²⁹ G. Napolitano, *I poteri pubblici di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2020, p. 145 ss.

fosse impossibile assicurare il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale (art. 1, cc. 1, 3 e 9, d.l. n. 33/2020)³⁰.

3.1. (segue) La Corte costituzionale scrimina la gestione nazionale dell'emergenza Covid-19: l'architettura debole della sentenza n. 198/2021.

La legittimità costituzionale dell'architettura normativa realizzata per gestire l'emergenza Covid-19 è stata contestata davanti alla Consulta tramite ricorso per annullamento sollevato dal giudice di pace Frosinone, nell'ambito di un giudizio di opposizione di un cittadino contro la sanzione amministrativa inflittagli per aver violato le prescrizioni del d.P.C.M. 22 marzo 2020, in particolare, quella che vietava di allontanarsi dal territorio comunale senza giustificato motivo. L'oggetto della richiesta di annullamento era costituito da alcune disposizioni dei dd.ll. n. 6/2020 e 19/2020 per il tramite delle quali sarebbe stata compiuta una illegittima delega della funzione legislativa in materia di gestione dell'emergenza Covid-19. Tali norme avrebbero, infatti, conferito al Governo il potere di gestire la pandemia attraverso l'adozione di meri atti amministrativi (d.P.C.M.) in contrasto con il principio di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa e al di fuori dell'ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, ovvero lo stato di guerra disciplinato dall'art.78. La Corte costituzionale, con sentenza n. 198/2021, ha dichiarato il ricorso in parte inammissibile e in parte infondato³¹.

La decisione di inammissibilità scaturisce dall'estraneità delle disposizioni del d.l. n. 6/2020 dalla fattispecie oggetto del giudizio, poiché al tempo in cui si era verificata tali disposizioni erano già state abrogate dal successivo d.l. n. 19/2020, in attuazione del quale era stato emanato un d.P.C.M. sostitutivo.

Al contrario, la questione di incostituzionalità del d.l. n. 19/2020, nonostante superi il giudizio di rilevanza, viene dichiarata infondata nel merito. La Corte esclude l'asserita delega (illegittima) di potestà legislativa al Governo per la gestione dell'emergenza Covid-

³⁰ Sia consentito rinviare, sul punto, a V. Di Capua, *La regolazione del rischio di emergenza e la regolazione del «panico del rischio» nella pandemia Covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, p. 301 ss., spec. p. 317.

³¹ Corte cost., sentenza n. 198/2021. Per un commento alla pronuncia, si veda almeno 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 *Diritticomparati.it*, 10 gennaio 2022; A. Arcuri, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustiziainsieme.it*, 19 gennaio 2022.

19, poiché il contenuto dei d.P.C.M. sarebbe già definito a monte dai decreti-legge. In questo modo, i d.P.C.M. si configurerebbero come atti necessitati, emanati in attuazione di norme di livello legislativo che ne prefissano il contenuto, differenziandosi dal modello delle ordinanze necessitate, a contenuto libero. Inoltre, il d.l. n. 19/2020 non fa venir meno la responsabilità politica del Governo, introducendo l'obbligo di riferire periodicamente al Parlamento sulle misure adottate.

La decisione riprende integralmente il contenuto della sentenza n. 37/2021³², che aveva elaborato alcuni *principi-guida* cui lo Stato e le Regioni dovevano uniformarsi nella definizione delle strategiche di gestione dell'emergenza, sintetizzabili nel modo che segue: la gestione della pandemia rientra prevalentemente nella materia della profilassi internazionale, che l'art. 117, c. 2, lett. q), Cost. riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato; lo Stato e le Regioni possono collaborare esclusivamente nell'esercizio delle funzioni amministrative nel quadro, tuttavia, di decisioni politiche che solo lo Stato è legittimato ad adottare; la profilassi internazionale è una materia che

³² Corte cost., sentenza n. 37/2021, in *Giur. cost.*, 2021, 2, p. 429, intervenuta all'esito del giudizio instaurato a seguito dell'impugnazione da parte del Governo della legge regionale della Valle d'Aosta 9 dicembre 2021, n. 11, recante *Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza*, che, nel prevedere una serie di misure specifiche per il territorio regionale e derogatorie rispetto a quelle stabilite uniformemente a livello centrale, si era posta in contrasto con la disciplina costituzionale (per un commento alla decisione, si rinvia a V. Baldini, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale? Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, p. 415 ss.; M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2021, p. 329 ss.; R. Nigro, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti regionali*, n. 2/2021, p. 418 ss.; A. Poggi e G. Sobrino, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)* (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021), in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021, p. 25 ss.; D. Morana, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, p. 10 ss.; L. Cuocolo e F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021, p. 3 ss.). La sentenza era stata preceduta dall'ordinanza 14 gennaio 2021, n. 4, con la quale la Corte costituzionale, avvalendosi del suo potere inibitorio, aveva accolto la richiesta di sospensione cautelare formulata dal Governo nel ricorso in via principale, con un'ampia motivazione circa l'esistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Quanto al primo, la legge impugnata si sovrapponeva alla normativa statale in una materia, quella della profilassi internazionale, di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. q), Cost. e, in questo modo, le misure adottate per fronteggiare l'emergenza erano state considerate come misure di contenimento. Con riguardo al *periculum in mora*, la disciplina regionale era stata ritenuta suscettibile di arrecare un pregiudizio grave e irreparabile alla salute dei cittadini, poiché, avendo legittimato l'adozione di misure meno rigorose rispetto a quelle emanate dal Governo, avrebbe potuto accelerare la diffusione del contagio su tutto il territorio nazionale (sull'ordinanza, si veda il commento di R. Dickmann, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi* (*Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4*), in *Federalismi.it*, n. 4/2021, p. 122 ss.).

necessita di «uniformità anche nell’attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»³³; le Regioni non possono adottare una disciplina legislativa che, sovrapponendosi a quella emanata dallo Stato, provochi il rischio concreto e attuale di un aumento del contagio in ragione delle misure previste e consentite; ogni decisione in tale materia, per quanto circoscritta, sul piano degli effetti, all’ambito di competenza locale, è idonea a produrre «un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla», con la conseguenza che «omettere [...] di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali»³⁴.

Il primo profilo controverso della sentenza riguarda la particolare configurazione della profilassi internazionale, che finisce per diventare una sorta di clausola di supremazia implicita che, per un verso, determina l’attribuzione al solo legislatore nazionale del compito di delineare una strategia unitaria di gestione di emergenze pandemiche, per altro verso, marginalizza la *leale collaborazione* con il sistema regionale, limitando l’intervento delle autonomie alla sola fase di attuazione delle misure nazionali³⁵. Per questa via, la profilassi internazionale “diviene una sorta di pass par tout, un ‘bazooka’ nelle mani del potere centrale in grado di ‘spazzare via’, in caso di epidemie di dimensione globale, ogni ostacolo frapposto dalle autonomie regionali al perseguimento dell’obiettivo di contenimento del contagio»³⁶.

Il secondo profilo controverso riguarda la parte della decisione in cui si afferma che, quando la gravità e la peculiarità dell’emergenza lo richieda, il modello delle ordinanze contingibili e urgenti, regolato dal Codice di protezione civile, non costituisce l’unica attuazione del disegno costituzionale ma il legislatore nazionale ha il potere di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali idonee ad assicurarne una gestione più efficace. Quest’affermazione potrebbe trasformarsi in un pericoloso precedente,

³³ Corte cost., sentenza n. 37/2021, paragrafo 7 del considerato in diritto, con espresso rinvio a Corte cost., sentenza n. 5/2018.

³⁴ Corte cost., sentenza n. 37/2021, paragrafo 7.1. del considerato in diritto.

³⁵ Questo profilo è colto da M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, cit., p. 335 ss.; G. D’Ignazio, *I federalizing process europei nella democrazia d’emergenza – Riflessioni comparate a partire dai ‘primi’ 20 anni della riforma del titolo V della Costituzione italiana. Considerazioni conclusive*, in *DPCE online*, 2022, vol. 54, n. Sp., p. 689 ss. e p. 698.

³⁶ Così L. Cuocolo e F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, cit., p. 19.

legittimando operazioni di dubbia legittimità costituzionale, come quella realizzata per tramite del d.l. n. 6/2020 che aveva attribuito alle «autorità competenti» un potere di emergenza indefinito nei contenuti³⁷, autorizzandole ad adottare qualsiasi misura ritenuta idonea a prevenire il contagio, anche non compresa nell'elenco e in totale assenza di controllo democratico. In questo modo, la limitazione dei diritti fondamentali veniva realizzata dall'atto attuativo (d.P.C.M., ordinanze del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci), espressione di un potere discrezionale solo largamente determinato nei presupposti dalla normativa primaria³⁸. Tant'è che autorevole dottrina ha intravisto in questa tecnica una similitudine con l'istituto della delegificazione, nonostante l'esistenza di alcune peculiarità, costituite dalla natura non regolamentare degli atti autorizzati, dalla particolare astrattezza delle basi giuridiche (inidonee a circoscrivere efficacemente la discrezionalità amministrativa) e la rimessione pressoché totale agli atti autorizzati delle disposizioni di legge da sospendere o da derogare, con conseguente incidenza sui diritti della persona³⁹. Infatti, durante la vigenza del decreto-legge, alcuni dei più importanti diritti fondamentali sono stati ristretti al punto tale da essere sospesi, seppur temporaneamente, frantumando così le garanzie apprestate dalla Costituzione contro il pericolo di abusi⁴⁰. I giudici costituzionali, peraltro, avrebbero potuto soffermarsi sulla questione cruciale dell'intensità dei limiti all'esercizio dei diritti fondamentali imposti dal

³⁷ Carattere rilevato da A. Bartolini, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in *Giustiziainsieme.it*, 23 aprile 2020, il quale lo definisce, appunto, un "potere atipico".

³⁸ M. De Nes, *Emergenza CoViD-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw J.*, n. 1/2020, p. 315 ss., spec. pp. 318-319, osserva, al riguardo, che la norma di legge «si limita a indicare la finalità di prevenire la diffusione dell'epidemia, rimandando all'organo amministrativo ogni valutazione non solo sulle concrete misure da adottare, ma anche su quando queste non saranno più necessarie».

³⁹ R. Manfredi, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, cit., qui p. 231; in termini analoghi, A. Mangia, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, p. 143 ss., spec. p. 155, il quale osserva, in proposito, che «si è trattato di una figura nuova, che (di fatto) ha realizzato una temporanea delegificazione di larga parte dell'ordinamento, affidandone la disciplina alla determinazione dell'autorità amministrativa; e che tuttavia, rispetto alla figura della delegificazione – almeno per com'è descritta nell'art. 17, c. 2, l. 400/1988 – ha presentato la particolarità di non indicare esaustivamente le materie oggetto di intervento amministrativo; di non rispettare l'obbligo di preventiva determinazione delle norme generali regolatrici della materia; di non indicare espressamente le norme (di legge o di regolamento) la cui efficacia doveva ritenersi temporaneamente sospesa a seguito dell'emanazione di ciascuna ordinanza». Di diverso avviso, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 563 ss.; R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *ConsultaOnline*, 3/2020, p. 512 ss., spec. p. 522, secondo i quali la tecnica normativa descritta sarebbe configurabile come una sorta di "delega" dal decreto-legge agli atti amministrativi autorizzati.

⁴⁰ A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline.it*, n. 1/2020, p. 203 ss., qui p. 205; U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, p. 456 ss., spec. pp. 459-460.

potere di emergenza, considerata la mancanza di una disciplina costituzionale in materia analoga a quella che si trova nella Costituzione spagnola, di cui si dirà nel prosieguo.

4. La disciplina costituzionale e ordinaria dell'emergenza in Spagna: *estado de alarma, estado de excepción, estado de sitio*.

La Costituzione spagnola (d'ora in avanti, CE) contempla espressamente il diritto di eccezione⁴¹, prevedendo all'art. 116 tre stadi di «*anormalidad constitucional*»⁴², ovvero l'«*estado de alarma, l'estado de excepción e l'estado de sitio*», demandando alla Ley Orgánica n. 4/1981, de 1 de junio, la regolazione puntuale del contenuto, dei presupposti, delle competenze, delle limitazioni e dei procedimenti⁴³. Più in particolare, l'art. 1 della Ley Orgánica n. 4/1981 prevede il ricorso al diritto emergenziale «*cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes*».

Dal 1978, data in cui è stata promulgata la CE, l'*estado de excepción* e l'*estado de sitio* non sono mai stati dichiarati, al contrario dell'*estado de alarma* che, invece, è stato deliberato per ben due volte: la prima è avvenuta nel dicembre 2010 per reagire alla crisi del controllo del traffico aereo⁴⁴ e la seconda nel marzo 2020 per fronteggiare l'emergenza sanitaria Covid-19.

⁴¹ Che si configura come «*una garantía frente a las situaciones de crisis constitucional imprevistas, por la que se suspende la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades*»; così, J.M. Lafuente Balle, *Los estados de alarma, excepción y sitio* (I), in *Revista de Derecho Político*, núm 30, 1989, p. 23 ss., qui p. 25.

⁴² A. Carro Martínez, *Artículo 116. Situaciones de anormalidad constitucional*, in O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IX, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, p. 208 ss., p. 221.

⁴³ La collocazione sistematica della disciplina dei tre stati di emergenza all'interno nella legge organica risponde anche all'esigenza di apprestare strumenti diversi per situazioni differenti, attribuendo così al decisore politico la possibilità di predisporre, in base ad una valutazione di tipo qualitativo, la soluzione più adeguata per ciascuna delle circostanze emergenziali che dovessero effettivamente presentarsi. Così A. Aba Catoira, *El estado de alarma en España*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28/2011, p. 325 ss.

⁴⁴ Per un inquadramento storico-giuridico dei fatti occorsi, si rinvia a C. Vidal Prado, D. Delgado Ramos, *Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 92, 2011, p. 243 ss., spec. p. 244 ss.; I. Espín López, *Estado de alarma en el sistema constitucional español: Espacio aéreo*, in *Revista Acta Judicial*, n. 2/2018, p. 115 ss., spec. p. 122 ss.

La Ley Orgánica n. 4/1981 disciplina gli stati eccezionali secondo un ordine di gravità, sicché più grave è l'emergenza maggiori saranno le garanzie e i requisiti per la dichiarazione dello stato eccezionale⁴⁵.

L'art. 4, Ley Orgánica n. 4/1981 individua puntualmente le «*alteraciones graves de la normalidad*» che giustificano la dichiarazione dell'*estado de alarma* e che comprendono anche le crisi sanitarie come le epidemie e le situazioni di grave contagio⁴⁶. In questi casi, il Governo può, in forza del successivo art. 6, dichiarare l'*estado de alarma* con decreto adottato in seno al *Consejo de Ministros*, con la specifica indicazione dell'ambito territoriale, degli effetti e della sua durata, che in ogni caso non può eccedere i quindici giorni. Qualora l'emergenza riguardi tutto o parte di un territorio regionale, la dichiarazione può essere anche adottata su sollecitazione del Presidente della *Comunidad Autónoma* interessata.

Alla scadenza del termine, il Governo può sollecitare una proroga attraverso apposito *acuerdo* in *Consejo de Ministros*, previa autorizzazione del *Congreso de los Diputados*, che può anche modificare gli effetti e i limiti del primo decreto (che non è sottoposto alla previa discussione e autorizzazione parlamentare). Né la Costituzione né la Ley Orgánica n. 4/1981 hanno espressamente stabilito un limite di durata della proroga di *estado de alarma*, cosicché, in linea di principio, il *Congreso de los Diputados* può, di per sé o in risposta a ciò che è nell'interesse del Governo, stabilire il tempo di durata della proroga richiesta. La Ley Orgánica n. 4/1981 si premura solo di stabilire che la dichiarazione di *estado de alarma*, la prima proroga e le successive non possono protrarsi oltre quanto strettamente necessario per risolvere la situazione di crisi (art. 1, c. 2).

La dichiarazione di *estado de alarma*, in virtù dell'art. 55 CE, non può sospendere i diritti fondamentali, ma solo prevedere limitazioni all'esercizio degli stessi, attraverso le misure

⁴⁵ Così A. Aba Catoira, *El estado de alarma en España*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28/2011, p. 305 ss., spec. p. 324, secondo la quale «[s]on tres estados de crisis constitucional, enumerados de menor a mayor gravedad, pero que, en esencia, responden al mismo objetivo, responder a las situaciones de emergencia que se puedan producir poniendo en jaque al Estado».

⁴⁶ Si tratta delle situazioni elencate dall'art. 4, Ley Orgánica n. 4/1981, ovvero: a) catastrofi, calamità o disgrazie pubbliche, come terremoti, inondazioni, incendi urbani e forestali o incidenti su larga scala; b) crisi sanitarie, quali epidemie e gravi situazioni di contaminazione; c) paralisi dei servizi pubblici essenziali per la collettività, quando non sono garantite le disposizioni degli articoli ventotto, due e trentasette, due della Costituzione, concorre qualsiasi altra circostanza o situazione contenuta nel presente articolo; d) situazioni di penuria di prodotti essenziali.

Tali situazioni sono definite dalla dottrina politicamente neutrali; così V.P. Cruz Villalón, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de junio)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2/1981, p. 93 ss.

elencate dall'art. 11, Ley Orgánica n. 4/1981, ovvero: limitazione della circolazione o della permanenza delle persone o dei veicoli in determinati orari e luoghi, oppure prescrizione di determinati requisiti; requisizioni temporanee dei beni e imposizione di benefici personali obbligatori; occupazione temporanea di industrie, fabbriche, officine, aziende agricole o locali di qualsiasi natura, con la sola esclusione delle abitazioni private e previa segnalazione ai Ministeri interessati; limitazione o razionamento dell'uso dei servizi o dei consumi di beni essenziali; assicurare, attraverso ordini, l'approvvigionamento dei mercati e il funzionamento dei servizi dei centri di produzione dei beni essenziali. Nel caso di catastrofe o crisi sanitaria, l'autorità competente può integrare le misure elencate o adottarne nuove in conformità con le norme sulla tutela della salute o dell'ambiente (art. 12, Ley Orgánica n. 4/1981).

L'*estado de excepción*, previsto dal successivo art. 13, Ley Orgánica n. 4/1981 può essere dichiarato in tutte le occasioni in cui si verificano gravi perturbazioni dell'ordine pubblico. Sotto un profilo procedurale, la dichiarazione deve essere autorizzata dal *Congreso de los Diputados*, il cui controllo si estende anche al contenuto del decreto predisposto dal Governo. La durata non può superare trenta giorni, prorogabile di ulteriori trenta giorni al ricorrere dei seguenti requisiti: l'espressa determinazione degli effetti, attraverso l'indicazione dei diritti tra quelli elencati dall'art. 55 della Costituzione di cui si chiede la sospensione e delle misure adottate; l'ambito territoriale interessato; gli importi massimi delle sanzioni che l'autorità governativa è autorizzata a irrogare.

I provvedimenti che il Governo è autorizzato ad adottare sono: sequestrare tutti i tipi di armi, munizioni o sostanze esplosive; ordinare interventi nelle industrie o nelle imprese che causano o possono causare l'alterazione dell'ordine pubblico e sospendere temporaneamente la loro attività; dichiarare e disporre le misure necessarie per la sorveglianza e la protezione di edifici, impianti, servizi pubblici, opere oppure operazioni, ad eccezione delle abitazioni private; coordinare l'esercizio dei propri poteri con le *Comunidades Autónomas*, quando l'*estado de excepción* interessi, in tutto o in parte, l'ambito territoriale di una *Comunidad Autónoma* (articoli 24 ss. della Ley Orgánica 4/1981). In ogni caso, i provvedimenti che il Governo può adottare sono più numerosi di quelli indicati, dipendendo dai diritti fondamentali che, di volta in volta, vengono sospesi. Infine, l'*estado de sitio* è il più grave dei tre stati di eccezione e può essere dichiarato quando vi è una minaccia o un atto di forza contro la sovranità, il territorio, l'indipendenza

o l'ordinamento costituzionale della Spagna. L'art. 32, Ley Orgánica n. 4/1981 assiste la dichiarazione con garanzie procedurali e sostanziali rafforzate: innanzitutto, la proposta di dichiarazione presentata dal Governo deve ottenere l'autorizzazione del *Congreso de los Diputados*; inoltre, la dichiarazione, oltre a determinare l'estensione territoriale, le condizioni e la durata, può anche contenere la sospensione per un periodo di tempo determinato delle garanzie che l'art. 17 CE riconosce al detenuto, nonché l'individuazione dei reati che nel corso della sua vigenza saranno soggetti alla giurisdizione militare. Durante tutta la durata dell'*estado de sitio*, il Governo dirigerà la politica militare e di difesa.

Pur essendo funzionali a regolare situazioni emergenziali differenti, gli stati di eccezione hanno in comune alcuni requisiti indicati dal Capitolo I della Ley Orgánica n. 4/1981, e cioè: sono dichiarati quando si verificano circostanze straordinarie che rendono impossibile il mantenimento della normalità; impongono misure strettamente indispensabili per assicurare il ripristino alla normalità; la loro applicazione deve essere effettuata in modo proporzionato alle circostanze; la dichiarazione deve essere pubblicata immediatamente sulla Gazzetta Ufficiale dello Stato ed entra in vigore lo stesso giorno della pubblicazione; alla dichiarazione deve essere data la massima diffusione attraverso i mezzi di comunicazione pubblici e privati; è espressamente vietato lo scioglimento del *Congreso de los Diputados*⁴⁷.

4.1. (segue) Sospensione o limitazione dei diritti fondamentali: sintesi di un dibattito mai sopito.

L'art. 55, c. 1, CE prevede che solo la dichiarazione di *estado de excepción* e di *estado de sitio* possono comportare la sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali espressamente elencati dalla norma. Si tratta, in particolare, della libertà e della sicurezza personale (art. 17 CE) – con alcuni limiti nel caso di *estado de excepción* –, del diritto all'inviolabilità del domicilio (art. 18, c. 2, CE), del diritto al segreto delle comunicazioni

⁴⁷ F. Fernández Segado, *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978; Id., *La ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*, in *Revista de derecho político*, n. 11/1981, p. 83 ss., rileva che, in Spagna, gli stati di emergenza non alterano il normale funzionamento dei poteri costituzionali, né sospendono la decisione degli ordinari ricorsi processuali.

(art. 18, c. 3, CE), della libertà di circolazione e soggiorno (art. 19), del diritto alla libertà di espressione, alla produzione e creazione letteraria, artistica, scientifica e tecnica (art. 20 c. 1, lett. *a*) e *d*), e c. 5, CE) e al sequestro di pubblicazioni, registrazioni o altri mezzi di informazione (art. 20, c. 5, CE), dei diritti di assemblea e manifestazione (art. 21 CE), del diritto di sciopero (art. 28, c. 2), del diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di adottare misure collettive di conflitto (art. 37, c. 2, CE). Da ciò si desume che la sospensione dei diritti e delle libertà è esclusa nel caso di dichiarazione di *estado de alarma* che, invece, può solo limitarli.

La *ratio* della norma è, chiaramente, evitare che, durante l'*estado de alarma* che possano essere sospesi diritti e libertà fondamentali da parte dell'autorità pubblica senza alcun controllo parlamentare antecedente.

La dottrina si è per lungo tempo concentrata sul significato giuridico della sospensione e della limitazione di un diritto fondamentale.

In generale, il concetto di limite di un diritto o di una libertà fondamentale va riferito ad una riduzione imposta dall'esterno al contenuto del diritto o della libertà oggetto di riconoscimento costituzionale attraverso l'esclusione della tutela di alcuni presupposti in virtù di un'espressa autorizzazione della Costituzione⁴⁸. Questa definizione di limite comprende tre elementi: il carattere esteriore del limite, la sua proiezione sull'oggetto del diritto fondamentale e la necessità che sia la Costituzione a conferire all'autorità pubblica il potere di limitare i diritti fondamentali. Alcuni autori distinguono tra limiti esterni e limiti interni: mentre i primi vengono individuati direttamente dal potere pubblico autorizzato dalla Costituzione, i secondi, invece, sono espressamente previsti dalla Costituzione o derivano da norme di pari rango costituzionale⁴⁹.

⁴⁸ I. de Otto y Pardo, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, in L. Martín Retortillo, I. de Otto y Pardo (a cura di), *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 95 ss.

Si veda altresì sul tema L.A. Petit Guerra, *La categoría del «contenido esencial» para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación*, in *Revista de Derecho*, n. 15/2017, p. 215 ss.; A. Oehling de los Reyes, *El artículo 53 de la Constitución Española de 1978: Esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales*, in *Revista de Derecho Político*, n. 100/2017, p. 1099 ss.

⁴⁹ I. Villaverde Menéndez, *Los límites de los derechos fundamentales*, in F.J. Bastida, I. Villaverde, P. Requejo, M.A. Presno, B. Aláez e I.F. Sarasola, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 106 ss., spec. p. 106.

Le limitazioni si manifestano con restrizioni rivolte ai titolari del diritto fondamentale che si limita riguardanti il contenuto o l'oggetto, che viene comunque garantito⁵⁰.

La sospensione, invece, consiste in una forma più intensa di restrizioni del fascio di facoltà derivanti dal riconoscimento di un diritto fondamentale. Essa richiede una dichiarazione formale che la preveda espressamente e comporta la perdita delle garanzie costituzionali che assistono il diritto fondamentale.

Alcuni autori ritengono che la sospensione prevista dall'art. 55 CE determini una *de-costituzionalizzazione* dei diritti fondamentali, poiché il potere pubblico può regolarli fino al punto di eliminarli del tutto con l'unico limite che questa operazione sia funzionale a superare un *estado de excepción* o un *estado de sitio* legittimamente dichiarato⁵¹. Ciò comporta che le autorità pubbliche non possano comportarsi come se il diritto sospeso non esistesse, poiché «sono solo abilitate a sostituire temporaneamente il loro consueto regime giuridico con un altro che non debba rispettarne il contenuto essenziale»⁵² all'unico scopo di superare la situazione di anormalità.

Il *Tribunal Constitucional* ha ormai da tempo chiarito che vi sono due modi per definire il contenuto essenziale di un diritto fondamentale. Secondo una prima accezione, il contenuto essenziale di un diritto fondamentale si identifica con quelle «facoltà o possibilità di azione necessarie affinché il diritto sia riconoscibile come pertinente al tipo descritto e senza le quali esso cessa di appartenere a quel tipo e deve essere incluso in un altro, per così dire, di diversa natura»⁵³. Secondo un'altra accezione, il contenuto essenziale del diritto fondamentale si riferisce «a quella parte del contenuto del diritto che è assolutamente necessaria affinché gli interessi giuridicamente tutelabili, che danno vita al diritto, siano reali, concreti ed effettivamente tutelati»⁵⁴. La lesione del contenuto essenziale si verifica, dunque, quando il diritto è soggetto a limitazioni tali da renderlo non esercitabile o privarlo della necessaria tutela.

Le accezioni proposte sono complementari, e non antitetiche.

⁵⁰ Ad esempio, quanto contenuto nell'art. 29, c. 1, CE, dove si richiama la legge per stabilire la forma e i requisiti per l'esercizio del diritto di petizione: «*Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley*».

⁵¹ P. Requejo Rodríguez, *La suspensión de los derechos fundamentales*, F.J. Bastida, I. Villaverde, P. Requejo, M.A. Presno, B. Aláez e I.F. Sarasola, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, cit., pp. 198-199.

⁵² P. Requejo Rodríguez, op. ult. cit., p. 113.

⁵³ Tribunal Constitucional, sentenza 11/1982, de 29 de marzo, traduzione nostra.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, sentenza 11/1982, traduzione nostra.

La sentenza costituzionale è utile per chiarire, in definitiva, il significato giuridico della sospensione prevista dall'art. 55 CE, che si identifica, pertanto, con la temporanea cessazione dell'efficacia della norma che garantisce il diritto fondamentale e che consegue ad una espressa dichiarazione che prevede tale effetto (e non all'intensità delle limitazioni che possono essere imposte all'esercizio del diritto stesso)⁵⁵. Quando il diritto fondamentale è sospeso, il suo regime giuridico non è quello regolare e ordinario garantito dal precetto costituzionale, essendo la norma costituzionale temporaneamente priva di effettività, ma quello diverso previsto dalla Ley Orgánica n. 4/1981.

Per questo motivo, la distinzione tra la sospensione e la limitazione non si basa sull'intensità o sulla generalità delle restrizioni imposte al diritto fondamentale ma sulla sostituzione del regime di garanzia costituzionale previsto per quel diritto, che si verifica solo nella prima.

5. Il ricorso alla procedura di *estado de alarma* per fronteggiare l'emergenza Covid-19 in Spagna: limitazione o sospensione dei diritti fondamentali?

Analogamente a quanto accaduto in Italia, il rapido aggravarsi della situazione epidemiologica ha spinto il Governo a dichiarare l'*estado de alarma* costituzionale, in luogo dell'applicazione della normativa ordinaria in materia sanitaria e di protezione civile, per fronteggiare l'emergenza Covid-19⁵⁶.

Con *Real Decreto* n. 463/2020, del 14 marzo, il *Consejo de Ministros* ha dichiarato l'*estado de alarma* che ha conferito al Governo il ruolo di autorità competente per la gestione dell'emergenza sull'intero territorio nazionale in conformità all'art. 7, Ley Orgánica n. 4/1981.

Sotto un profilo organizzativo, la dichiarazione di *estado de alarma* ha determinato un accentramento dei poteri in capo al Governo e al suo Presidente, sotto la cui direzione sono stati posti i Ministri della Difesa, degli Interni, dei Trasporti e della Sanità, quali autorità delegate dal Governo competenti ad adottare, nelle aree di rispettiva competenza, le

⁵⁵ Tribunal Constitucional, sentencia 71/1994, de 3 de marzo.

⁵⁶ Condivisibile l'opinione di V. Faggiani, *Los estados de excepción ante los nuevos desafíos: hacia una sistematización en perspectiva multinivel*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020, p. 19 ss., qui p. 22, secondo la quale l'emergenza Covid-19 ha contribuito a ridefinire il concetto di «excepcionalidad».

risoluzioni, le ordinanze e le istruzioni interpretative necessarie per promuovere la tutela della salute e la sicurezza pubblica nella fase più critica dell'emergenza nazionale⁵⁷. Il Ministro della Sanità è stato identificato come l'autorità competente in via residuale in tutte le aree non ricadenti in quelle indicate, acquisendo, così, un ruolo da protagonista nella gestione della crisi (art. 4).

Lo scopo del provvedimento, reso esplicito nella motivazione, era proteggere la salute dei cittadini, contenere il contagio e rafforzare il sistema sanitario nazionale. Le misure adottate sono definite come essenziali per fronteggiare l'emergenza, proporzionate alla sua estrema gravità e, dunque, non dovrebbero comportare una sospensione dei diritti fondamentali in conformità all'art. 55, c. 1, CE. Innanzitutto, veniva limitata la libertà di circolazione e soggiorno, consentita solo nei casi elencati: acquisto di prodotti alimentari, farmaceutici e di prima necessità; assistenza a centri, servizi e strutture sanitarie; recarsi sul posto di lavoro per svolgere la propria prestazione lavorativa, professionale o aziendale; ritorno al luogo di residenza abituale; assistenza e cura di anziani, minori, persone a carico, persone con disabilità o persone particolarmente vulnerabili; viaggio presso enti finanziari e assicurativi; per causa di forza maggiore o situazione di necessità; ogni altra attività di analoga natura che deve essere svolta individualmente, se non per accompagnare persone con disabilità o per altro giustificato motivo (art. 7). Venivano, poi, disposte una serie di altre misure funzionali a gestire la situazione di grave crisi: requisizioni temporanee di beni e prestazioni personali obbligatorie; sospensione delle attività didattiche, in presenza, in tutte le scuole di ogni ordine e grado, compresa l'istruzione universitaria; sospensione delle attività commerciali, culturali, ricreative, di ospitalità e ristorazione con conseguente chiusura al pubblico degli esercizi commerciali al dettaglio e di numerosi locali, con esclusione di quelli preposti alla somministrazione dei beni di prima necessità; distanziamento sociale nei locali pubblici o aperti al pubblico; restrizioni per l'ingresso nei luoghi di culto e per la partecipazione a cerimonie civili e religiose inclusi i funerali. La violazione delle prescrizioni o la resistenza all'autorità comportava l'applicazione di sanzioni da irrogare conformemente al codice penale, alle leggi in materia di sicurezza dei cittadini, di protezione civile e di salute pubblica.

⁵⁷ L. Frosina, *Il "prolungato" stato di allarme per la gestione dell'emergenza Coronavirus. La eccezionalità tra proporzionalità e identità costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2020, p. 3 del documento online.

L'intensità delle limitazioni alla libertà di circolazione imposte dal decreto ha dato vita a un serrato dibattito in dottrina sul confine tra sospensione e limitazione dei diritti fondamentali, e dunque, sulla stessa legittimità costituzionale del ricorso alla procedura di *estado de alarma*.

Alcuni hanno sostenuto che la misura del *confinamiento* equivallesse a tutti gli effetti ad una sospensione della libertà di circolazione, e non già ad una mera limitazione dello stesso⁵⁸, con la conseguenza che, per risultare costituzionalmente legittima, avrebbe dovuto essere preceduta dalla dichiarazione di *estado de excepción*⁵⁹. Seguendo questo orientamento, altri hanno rilevato che l'*estado de alarma* dichiarato e prorogato sarebbe stato, in realtà, un *estado de excepción* materiale o di fatto⁶⁰, se non addirittura un "*estado de excepción encubierto*"⁶¹, cioè sotto copertura o nascosto.

Secondo altri, invece, le limitazioni alla libertà di circolazione erano proporzionate alla situazione di necessità e, soprattutto, perfettamente compatibili con il regime giuridico previsto per l'*estado de alarma*. Sebbene, infatti, il decreto e le proroghe successive avessero disposto limitazioni piuttosto stringenti alla libertà di circolazione e ad altri diritti garantiti dalla CE, tuttavia, prevedevano un numero tale di eccezioni ai divieti generali, che le misure in questione potevano in ogni caso ritenersi proporzionate ed evitare di sfociare nella (non consentita) sospensione dei diritti fondamentali⁶². In virtù di un'interpretazione letterale dell'art. 4, lett. b), Ley Orgánica n. 4/1981, l'*estado de alarma* è funzionale a gestire «crisi sanitarie, quali epidemie e gravi situazioni di inquinamento», tra le quali

⁵⁸ M. Aragón Reyes, R. Canosa Usera, A. Carmona Contreras, P. Cruz Villalón, C. Garrido López, M.A. Presno Linera, T. de la Quadra-Salcedo e Fernández del Castillo, *Encuesta sobre el Derecho de excepción*, in *Teoría Y Realidad Constitucional*, n. 48/2022, p. 15 ss., spec. pp. 72-73; M. Aragón Reyes, *Hay que tomarse la Constitución en serio*, in *El País*, 10 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html.

⁵⁹ C.A. Amoedo-Souto, *Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, spec. p. 66; P. Garrido López, *La naturaleza bifronte de estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46/2020, spec. p. 384.

⁶⁰ Così F.J. Díaz Revorio, *A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales*, in *Almacén de Derecho*, 9 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web: <https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales>.

⁶¹ D. Amelang López, *¿Estado de alarma o estado de excepción encubierto?*, in *Público*, 29 marzo 2020, disponibile all'indirizzo web <https://blogs.publico.es/red-juridica/2020/03/29/estado-alarma-excepcion/>; similmente, A. Arroyo Gil, *¿Estado de alarma o estado de excepción?*, in *Agenda Pública*, 12 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web <https://agendapublica.es/estado-de-alarma-o-estado-de-excepcion/>.

⁶² P. Garrido López, *La naturaleza bifronte de estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos*, cit., p. 395.

rientra certamente la pandemia Covid-19⁶³. Inoltre, le misure emergenziali sono funzionali a salvaguardare il diritto alla vita (art. 15 CE), la salute individuale e la salute pubblica (art. 43, cc. 1 e 2, CE), rispetto ai quali, applicando la tecnica del bilanciamento, la limitazione della libertà di circolazione, riunione, manifestazione e d'impresa risulta del tutto proporzionata, e anzi, necessaria⁶⁴.

Considerato il perdurare della grave crisi sanitaria, l'*estado de alarma* è stato prorogato, una prima volta, con *Real Decreto* n. 476/2020 del 27 marzo 2020, una seconda volta, con *Real Decreto* n. 487/2020, del 10 aprile 2020, emanato in seguito dell'autorizzazione parlamentare resa con *Resolución* del 9 aprile 2020, e una terza volta, con *Real Decreto* n. 492/2020, del 20 aprile 2020, adottato sempre in seguito all'autorizzazione parlamentare resa con *Resolución* del 22 aprile 2020. Le misure precauzionali sono state progressivamente allentate, è stato rafforzato il modello di *co-gobernanza* tra Stato e *Comunidades Autónomas*, di cui si dirà nel prosieguo, in una prospettiva di corresponsabilità tra centro e periferia, sono state ridotte le autorità delegate fino a farle coincidere con il solo Ministero della Sanità e, in ultimo, è stato riconosciuto ai Presidenti autonomici il potere di adottare, modificare, rimuovere le misure anti-contagio in qualità di autorità delegate a livello regionale, seppur in una logica di concertazione con lo Stato centrale.

Il ricorso alla decretazione d'urgenza è servito per fronteggiare le devastanti conseguenze economiche e sociali della pandemia. Tra le varie misure adottate: la concessione di plurime forme di sostegno economico alle famiglie e a categorie di soggetti vulnerabili; il divieto di sfratto degli inquilini per sei mesi dalla dichiarazione dell'*estado de alarma*; la previsione di forme di garanzia finanziaria per salvaguardare la liquidità delle piccole e medie imprese; alcune previsioni volte ad impedire il licenziamento per Covid-19 e ad assimilare i periodi di isolamento e contagio alle situazioni di infortunio sul lavoro; l'introduzione dello *smart working* come misura di flessibilità nel privato e nelle pubbliche amministrazioni; l'attivazione della cassa integrazione straordinaria e temporanea per tutta la durata dello stato di emergenza (c.d. *Expedientes de Regulación Temporal de Empleo*),

⁶³ M.L. Martínez Alarcón, *¿Es el estado de alarma en España un estado de excepción encubierto?*, in *The Conversation*, 2 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web: <https://theconversation.com/es-el-estado-de-alarma-en-espana-un-estado-de-excepcion-encubierto-135358>.

⁶⁴ A Arroyo Gil, *¿Estado de alarma o estado de excepción?*, in *Agenda Pública*, 12 aprile 2020, disponibile all'indirizzo web: <https://agendapublica.es/estado-de-alarma-o-estado-de-excepcion/>.

obbligando il datore di lavoro al reintegro del dipendente in cassa integrazione per almeno sei mesi una volta terminato il sostegno.

Con il progressivo miglioramento della situazione epidemiologica, il Governo ha predisposto un piano di graduale superamento delle restrizioni imposte con la dichiarazione dell'*estado de alarma* e delle successive proroghe, ovvero il *Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad*, approvato dal *Consejo de Ministros* il 28 aprile 2020⁶⁵.

Purtroppo, la seconda ondata autunnale ha spinto il Governo, anche su richiesta dei Presidenti autonomici, a dichiarare un secondo *estado de alarma* a livello nazionale con *Real Decreto* n. 926/2020 del 25 ottobre. Nonostante venissero prescritte misure meno severe rispetto al *confinamiento* generale imposto nella primavera dello stesso anno, il provvedimento conteneva limiti piuttosto rigorosi alla libertà di circolazione e di riunione, prevedendo, ad esempio, la possibilità di applicare la *cintura di protezione* ai comuni o alle aree territoriali delle *Comunidades Autónomas* e un *coprifuoco* generale dalle ore 23 alle ore 6. Inoltre, veniva confermato il modello della *co-gobernanza* attraverso l'attribuzione ai Presidenti autonomici del potere di adeguare le misure precauzionali alla gravità del rischio presente nei rispettivi territori.

L'*estado de alarma* è stato prorogato con *Real Decreto* n. 956/2020 del 3 novembre per un intero semestre, a seguito del voto parlamentare sulla *Resolución* del 29 ottobre, con la quale si è convenuto sull'opportunità di prevedere un termine più lungo in luogo delle ordinarie proroghe quindicinali⁶⁶.

5.1. (segue) La dichiarazione di incostituzionalità degli *estados de alarma* e delle relative proroghe da parte del *Tribunal Constitucional*.

Contro gli articoli 7, 9, 10 e 11, *Real Decreto* n. 463/2020, il *Grupo Parlamentario Vox de Congreso de los Diputados* ha proposto ricorso al *Tribunal Constitucional* per violazione

⁶⁵ Il *Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad* regolamentava un allentamento graduale, asimmetrico e coordinato delle misure anti-contagio, articolato in quattro *fasi* distinte a seconda dell'andamento dell'epidemia, della resilienza dei servizi sanitari e dell'implementazione delle misure di protezione collettiva in ciascuna provincia.

⁶⁶ Segnala il rischio concreto di attenuare il controllo parlamentare sullo stato di emergenza E. Herrera, *Un estado de alarma de seis meses: una medida legal pero con riesgo de no tener "contrapeso" parlamentario*, in *elDiario.es*, 26 ottobre 2020.

delle norme costituzionali e ordinarie sull'*estado de alarma*: i limiti imposti all'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali erano talmente stringenti da sfociare in una vera e propria sospensione degli stessi, sicché il Governo avrebbe dovuto ricorrere all'*estado de excepción* e richiedere sin dall'inizio l'autorizzazione del *Congreso de los Diputados*⁶⁷.

Si noti che la questione della giustiziabilità dei decreti di dichiarazione e proroga degli stati emergenziali costituzionali, oggetto di un vivace dibattito dottrinario⁶⁸, è stata risolta solo alcuni anni fa dal *Tribunal Constitucional*, con sentenza n. 83/2016, del 28 aprile, che ha posto un punto fermo sulla natura giuridica di tali atti. L'art. 3, c. 1, Ley Orgánica n. 4/1981 si limita, infatti, ad ammettere la tutela giurisdizionale contro gli atti e i provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione nel corso degli stati emergenziali, rimanendo, tuttavia, silente sul giudice competente e sui rimedi esperibili contro i decreti di dichiarazione e proroga. La ricerca di una soluzione è stata, peraltro, resa più difficoltosa dal fatto che il ricorso agli stati emergenziali è avvenuto, per la prima volta, solo nel 2010, con la dichiarazione dell'*estado de alarma* per reagire alla crisi del controllo del traffico aereo, cioè dopo quasi trent'anni dall'entrata in vigore della Ley Orgánica n. 4/1981. In quell'occasione, il *Tribunal Constitucional* chiarì che la decisione governativa che dichiara l'*estado de alarma* e l'atto di proroga adottato a seguito di autorizzazione parlamentare, non si limita a dichiarare (o prorogare) l'emergenza e a giustificarla sulla base di uno o più presupposti indicati dall'art. 4, Ley Orgánica n. 4/1981 ma, al contrario, ha una vera e propria portata normativa, potendo derogare, sospendere, modificare norme giuridiche e consentire l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi collegati⁶⁹. La forza di legge che a tali decreti va riconosciuta si fonda sul contenuto e sugli effetti dispiegati

⁶⁷ P. Cruz Villanón, *Entre proporcionalidad e identidad: Las claves de la excepcionalidad en el momento actual*, in *Revista española de Derecho constitucional europeo*, n. 27/2017; R. Serena Bosco, *La normativa emergenziale e la dichiarazione dell'estado de alarma del 14 marzo 2020 per la gestione della crisi sanitaria da Covid-19*, in P. Caretti, M. Morisi e G. Tarli Barbieri (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, Seminario di studi e ricerche parlamentari "Silvano Tosi", Ricerca 2021, luglio 2021, in *Osservatoriosullefonti.it*, Speciale - Tosi ricerca 2022 (2022), p. 454 ss., qui p. 461.

⁶⁸ Si vedano, tra i tanti, C. Garrido López, *El problema de la justiciabilidad de los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma*, in Id. (a cura di), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021, spec. p. 12; Id., *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 110/2017, p. 43 ss., spec. p. 65 ss.; J.M. Lafuente Balle, *Los estados de alarma, excepción y sitio* (II), in *Revista de Derecho Político*, n. 31/1990, p. 27 ss., p. 34; P. Cruz Villalón, *El nuevo derecho de excepción*, cit., pp. 115-116; U. Rusciano, *Natura e applicazione dell'estado de alarma nella Spagna democratica*, in P. Caretti, M. Morisi e G. Tarli Barbieri (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, cit., p. 481 ss., spec. p. 494 ss.

⁶⁹ Tribunal Constitucional, sentenza 83/2016, cit., fundamento jurídico 10, afferma che si tratta di un atto normativo che «establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara».

nell'ordinamento giuridico, poiché sostituiscono, durante l'emergenza, ad una legalità ordinaria una *legalità eccezionale*, integrando così il sistema delle fonti⁷⁰. Pertanto, essi possono essere impugnati davanti al *Tribunal Constitucional* con ricorso e domanda di incostituzionalità, fermo restando che contro gli atti e i provvedimenti amministrativi adottati in loro applicazione può essere presentato ricorso alla giurisdizione contenziosa, nonché, una volta esauriti i rimedi giurisdizionali ordinari, a quella costituzionale in amparo, quando considerati lesivi di diritti fondamentali⁷¹.

Ritornando all'emergenza Covid-19, con sentenza n. 148/2021, del 14 luglio, il *Tribunal Constitucional* ha accolto parzialmente il ricorso, dichiarando il *Real Decreto* n. 463/2020 incostituzionale e nullo. La motivazione, lunga e articolata, si snoda in passaggi che toccano alcune delle questioni più controverse del diritto emergenziale.

Un'ampia premessa è dedicata a chiarire la distinzione tra sospensione e limitazione di un diritto fondamentale. I giudici precisano, in via generale, che «il concetto di 'limitazione' (o 'restrizione') è più ampio di quello di 'sospensione', come genere e specie: ogni sospensione è una limitazione, ma non ogni limitazione implica una sospensione»; pertanto, la sospensione è «una limitazione (o restrizione) appositamente qualificata, secondo il linguaggio comune e giuridico». Con riguardo ai diritti fondamentali, la sospensione si configura come «una cessazione, seppur temporanea, dell'esercizio del diritto e delle garanzie (costituzionalmente o convenzionalmente) riconosciute per tutelarlo»; sospensione che, solo in determinati casi e nei confronti di determinati diritti, riceve una copertura costituzionale (art. 55, c. 1, CE). Al contrario, la limitazione ammette molte più forme, oltre alla sospensione. In sostanza, si può distinguere tra sospensione dei diritti fondamentali – consentita solo nei casi di *estado de excepción* e di *estado de sitio* – e loro eventuale limitazione straordinaria nell'*estado de alarma*. Mentre nel primo caso i diritti «non oppongono altra eventuale resistenza se non quella derivante dal necessario rispetto delle disposizioni di legge di cui all'art. 116, c. 1, CE, fermo restando, naturalmente, il rispetto del principio di proporzionalità da parte dei singoli atti di esecuzione dei provvedimenti autorizzati (art. 1, c. 2, della Ley Orgánica 4/1981), di fronte all'*estado de alarma*, invece, i diritti non possono essere sospesi ma solo limitati, anche in

⁷⁰ C. Garrido López, *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, cit., p. 65 ss.

⁷¹ C. Garrido López, *El problema de la justiciabilidad de los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma*, cit., p. 27.

modo straordinario, per effetto delle misure previste dalla Ley Orgánica 4/1981, sempre nel rispetto della proporzionalità». In conseguenza di ciò, sarà compito del giudice costituzionale verificare: la conformità alla legge del *Real Decreto* n. 463/2020 e delle sue proroghe; che le misure disposte con tali provvedimenti non implicino una (illegittima) sospensione dei diritti fondamentali; in caso di esito negativo, se le stesse misure siano proporzionali.

Riguardo alla libertà di circolazione, di cui ci si occuperà, i giudici costituzionali rilevano che, in virtù dell'art. 19, c. 1, CE, essa può esplicarsi nelle «strade o spazi ad uso pubblico» a prescindere dalle finalità che solo il titolare del diritto può determinare e senza bisogno di motivare la sua presenza nei luoghi indicati. Tuttavia, questa facoltà viene soppressa dal provvedimento impugnato, che limita le finalità che possono giustificare la circolazione su strade o spazi pubblici e, addirittura, consente al Ministro dell'Interno di disporre la chiusura. La libertà di circolare passa da regola ad eccezione doppiamente condizionata: dalla sua finalità («solo [...] per svolgere» le attività indicate) e dalle sue circostanze («individualmente», sempre con eccezioni). In altri termini, il provvedimento «non delimita il diritto alla libera circolazione in un ambito minore (personale, spaziale, temporale), ma lo sospende in radice, in modo generale, per tutte le persone, e con qualsiasi mezzo». Pertanto, il diritto individuale di circolare liberamente viene sospeso e può essere esercitato solo quando ricorrono le circostanze previste dal decreto. In questo modo, «chiunque può essere costretto a giustificare la propria presenza su qualsiasi strada pubblica, e può essere sanzionato qualora la giustificazione non sia conforme alle disposizioni del decreto». Ciò configura «una restrizione di questo diritto che è, al tempo stesso, generale in termini di destinatari, e di altissima intensità in termini di contenuto, che senza dubbio supera le «limitazioni» che l'art. 11, lett. a), della Ley Orgánica 4/1981 consente all'*estado de alarma* («circolazione o permanenza [...] in determinati orari e luoghi)».

In conclusione, «quando la gravità e l'entità dell'epidemia rendono impossibile il normale esercizio dei diritti, impediscono il normale funzionamento delle istituzioni democratiche, saturano i servizi sanitari (al punto da temere per la loro capacità di affrontare la crisi) e non consentono il normale svolgimento di attività educative né di qualsiasi altra natura, è difficile sostenere che l'ordine pubblico costituzionale (in senso lato, comprendente non solo elementi politici, ma anche il normale sviluppo degli aspetti più elementari della vita

sociale ed economica) non sia influenzato». La grave alterazione dell'ordine pubblico «avrebbe consentito di dichiarare l'*estado de excepción* sulla base delle circostanze effettivamente esistenti, piuttosto che sulla causa primaria; legittimando così anche l'adozione di provvedimenti che comportino una [...] sospensione dei diritti qui considerati». Diversamente, «significherebbe accettare il fallimento dello Stato di diritto, ammanettato e incapace di trovare una risposta a situazioni di tale gravità»⁷².

Queste considerazioni fungono da base per la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 7, cc. 1, 3 e 5, del *Real Decreto* 463/2020.

La sentenza si preoccupa anche di chiarire le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità e nullità, precisando che: non sono passibili di riesame né i processi conclusi con sentenza passata in giudicato né le situazioni decise da atto amministrativo non più annullabile né eventuali altre situazioni giuridiche generate dall'applicazione dei precetti annullati, in ossequio ai principi di certezza del diritto e di uguaglianza sostanziale; il riesame potrà essere ammesso solo nei casi di processi penali o contenzioso-amministrativo (connesso a procedimenti sanzionatori) pendenti qualora dalla dichiarazione di nullità della norma applicata derivi una riduzione della pena o della sanzione oppure l'esclusione, l'esenzione o la limitazione della responsabilità, in virtù del principio di legalità penale; la dichiarazione di incostituzionalità non potrà in nessun caso dar luogo a responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione⁷³.

Le conclusioni del *Tribunal Constitucional* sono ribadite dalla successiva sentenza n. 183/2021, del 27 ottobre, con la quale sono state dichiarate l'incostituzionalità e la nullità parziale del *Real Decreto* n. 926/2020, del 25 ottobre, della delibera di autorizzazione alla proroga, emanata dall'Assemblea Plenaria del *Congreso de los Diputados* senza alcuna certezza sulle misure da applicare né sul loro periodo di validità, e *Real Decreto* n. 956/2020, che ne aveva recepito interamente il contenuto. Più nello specifico, le disposizioni contestate riguardavano: la designazione dei Presidenti delle *Comunidades*

⁷² Tribunal Constitucional, sentencia n. 148/2021, de 14 de julio, fundamento jurídico 11, traduzione nostra. Si vedano, in proposito, anche le riflessioni di J. Lozano Miralles, *Democracia de emergencia y crisis sanitaria: el caso español*, in *DPCE online*, 2022, vol. 54, n. Sp., p. 309 ss., p. 317, il quale efficacemente sintetizza che: «la inconstitucionalidad que se declara no deriva del contenido 'material' de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad se aceptan, sino del instrumento jurídico utilizado para la suspensión del derecho fundamental directamente concernido: la declaración del estado de alarma en vez del estado de excepción». In senso conforme, si veda altresì 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*, *ivi*, p. 288 ss., spec. p. 305.

⁷³ Tribunal Constitucional, sentencia n. 148/2021, cit., fundamento jurídico 11, lett. a), b) e c).

Autónomas e delle città con *estatuto de autonomía* quali autorità competenti delegate dal Governo per taluni effetti dell'*estado de alarma* e nei rispettivi ambiti territoriali; l'autorizzazione alla proroga di *estado de alarma*, disposta dall'Assemblea Plenaria del *Congreso de los Diputados* con delibera del 29 ottobre 2020; la proroga di *estado de alarma*; la violazione delle libertà di circolazione e di riunione, negli spazi pubblici e privati, e nei luoghi di culto.

Con riguardo all'ultima questione, i giudici hanno escluso che le disposizioni censurate avessero comportato una illegittima compressione dei diritti fondamentali dei ricorrenti. La tecnica argomentativa impiegata è analoga a quella già sperimentata dalla sentenza n. 148/2021, del 14 luglio, e ruota intorno alla verifica che i provvedimenti impugnati: siano conformi alla legge; se non comportino una sospensione del diritto fondamentale leso; e, infine, se le circostanze che ne hanno giustificato l'emanazione siano opportune, necessarie e proporzionate⁷⁴. Il principio di proporzionalità appare una ulteriore difesa rispetto a quella rappresentata norme della Costituzione e della Ley Orgánica n. 4/1981.

Quanto alla misura che dispone la limitazione della circolazione notturna delle persone, i giudici osservano che essa contiene una regola generale (divieto per le persone di circolare su strade o spazi ad uso pubblico dalle ore 23 alle ore 6, nel periodo compreso tra il 9 novembre, data in cui è entrato in vigore l'*estado de alarma*, e il 9 maggio 2021, data di cessazione della proroga) e una serie di eccezioni puntualmente elencate (ad esempio, acquisto di medicinali, prodotti sanitari e altri beni di prima necessità; assistenza sanitaria, ecc.). Il provvedimento è conforme agli articoli 11, lett. a) e 12, Ley Orgánica n. 4/1981, che danno copertura costituzionale alle misure limitative o restrittive della libertà di movimento o della permanenza delle persone «in determinati luoghi», in presenza di situazioni di carattere emergenziale. La misura contestata ha prescritto una (mera) limitazione della libertà di circolazione «per un determinato orario notturno della durata massima di sette ore [...] del totale giornaliero»⁷⁵, a differenza dell'art. 7 del *Real Decreto* 463/2020 che, invece, aveva introdotto una (illegittima) sospensione di tale libertà e che, per tale motivo, era stato dichiarato incostituzionale e nullo. Infine, la limitazione alla libertà di circolazione notturna supera anche il *test* di proporzionalità, essendo adeguata (rispetto all'obiettivo del *collasso* del sistema sanitario), necessaria (non essendo altri atti

⁷⁴ Tribunal Constitucional, sentencia n. 148/2021, fundamento jurídico 3.

⁷⁵ Tribunal Constitucional, sentencia n. 183/2021, de 27 de octubre, fundamento jurídico 2.

adottati dalle autorità per controllare l'evoluzione dell'epidemia risultati sufficienti) e proporzionale in senso stretto (poiché il divieto di circolazione era circoscritto in un arco temporale ridotto rispetto alla giornata complessiva, peraltro generalmente dedicato al riposo della maggioranza della popolazione).

La stessa tecnica argomentativa viene impiegata per il controllo secondo il *blocco di costituzionalità*⁷⁶ delle altre misure che avevano disposto la limitazione dell'ingresso e dell'uscita delle persone nei territori delle *Comunidades Autónomas* e la limitazione della libertà di riunione negli spazi pubblici e privati e nei luoghi di culto, che pure superano il vaglio di legittimità costituzionale.

Diverso esito ha, invece, il controllo di costituzionalità sulla proroga di *estado de alarma*, autorizzata dall'Assemblea Plenaria del *Congreso de los Diputados* con delibera del 29 ottobre 2020 e disposta dal Governo con *Real Decreto* n. 956/2020, che viene dichiarata incostituzionale e nulla. Si è visto in precedenza che né la Costituzione né la Ley Orgánica n. 4/1981 prevedano un limite di durata della proroga. Tuttavia, per espressa disposizione costituzionale, nei casi di proroga di *estado de alarma*, il *Congreso de los Diputados*, oltre ad essere investito del potere di autorizzazione (art. 6, c. 2, Ley Orgánica n. 4/1981)⁷⁷, deve esercitare un controllo rafforzato e qualificato sull'operato del Governo, cui spetterà attuare, caso per caso, le misure concordate e garantire così il più presto possibile il ritorno alla normalità. Come precisato dalla giurisprudenza costituzionale, una volta che l'autorizzazione è stata accordata dal *Congreso de los Diputados*, l'*estado de alarma*, di origine governativa, ottiene una base parlamentare, giacché spetta ad esso il potere di stabilire «l'ambito e le condizioni vigenti durante l'estensione», che includono la fissazione dei suoi «termini», cosicché il suo intervento, «pur essendo, in astratto, uno strumento di controllo politico del Governo, si configuri [...] non solo come un presupposto per disporre la proroga [...], ma anche quale elemento determinante della sua portata, condizioni e termini, o stabiliti direttamente dalla Camera stessa, o mediante espressa accettazione di

⁷⁶ La tecnica del controllo della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge condotto secondo il *blocco di costituzionalità*, tipico dei Paesi come la Francia e la Spagna, riguarda il modo in cui il giudice costituzionale, non essendo controllato da nessuno, si autolimita nell'esercizio della sua funzione, e cioè, l'individuazione dei testi e dei principi sui quali fondare le sue decisioni e la scelta dei criteri interpretativi di quegli stessi testi e principi. Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. L. Favoreu, *Costituzionalità delle leggi, controllo di*, in *Enc. sc. soc.*, 1992, disponibile all'indirizzo web www.treccani.it.

⁷⁷ Sulla qualificazione giuridica dell'autorizzazione alla stregua di atto dal "contenuto normativo o regolamentare», con rango o valore di legge, «espressione dell'esercizio di una competenza affidata al *Congreso* ex art. 116 CE al fine di tutelare [...] i diritti e le libertà dei cittadini», si veda Tribunal Constitucional, sentenza 83/2016, de 28 de abril de 2016, fundamento jurídico 9, traduzione nostra.

quelli proposti nella richiesta di proroga, ai quali dovrà necessariamente uniformarsi il decreto che la dichiara»⁷⁸. L'autorizzazione della proroga di *estado de alarma*, come, del resto, la sua dichiarazione, produce effetti giuridici rilevanti sui diritti e sulle libertà delle persone, che «si proiettano nella modificazione dell'esercizio dei poteri da parte dell'amministrazione e delle pubbliche autorità e nella fissazione di alcune limitazioni o restrizioni»⁷⁹. Più in particolare «l'esercizio e il godimento dei propri diritti da parte dei cittadini possono essere vincolati in modo straordinario dalla validità di questo stato di crisi [...], che può essere prorogato [...] solo se la rappresentanza nazionale lo delibera e lo avalla»⁸⁰. Queste motivazioni giustificano un controllo del *Congreso de los Diputados* piuttosto penetrante sulla richiesta di proroga di *estado de alarma* avanzata dal Governo. Nel concedere l'autorizzazione, sarà tenuto a motivare: innanzitutto, «sulla necessità di prolungare l'*estado de alarma* oltre il periodo stabilito dal Governo nella dichiarazione, a causa del concorso di circostanze che esso rappresenta e delle argomentazioni giustificative»⁸¹; in secondo luogo, «in merito alla fissazione del periodo di tempo che, prevedibilmente, riterrà indispensabile per ribaltare la situazione di grave anomalia che ha giustificato l'*estado de alarma* inizialmente dichiarato; il Governo potrà [...] proporre un termine di proroga che dovrà essere valutato dal *Congreso*, accogliendolo, modificandolo o addirittura stabilirlo *ex novo*, tenendo presente che tale durata debba essere sempre prevedibilmente indispensabile a far cessare l'alterazione»⁸²; in terzo luogo, «sull'adeguatezza delle misure da applicare nel periodo di proroga [...]; tali misure possono essere proposte dal Governo e accettate o pure modificate dal *Congreso*, oppure il *Congreso* stesso può stabilire le misure che ritiene necessarie e fissarne 'la portata e le condizioni'»⁸³; infine, «sulla prudenza che il Congresso deve osservare nel decidere la durata della proroga, in modo da poter svolgere efficacemente il controllo periodico sull'operato del Governo in rapporto alla situazione di crisi che deve affrontare»⁸⁴.

Il *principio di temporalità* degli stati di crisi, derivante dall'art. 1, cc. 2 e 3, Ley Orgánica n. 4/1981, comporta, innanzitutto, la determinazione iniziale della durata temporanea di

⁷⁸ Tribunal Constitucional, sentenza 83/2016, fundamento jurídico 8, traduzione nostra.

⁷⁹ Tribunal Constitucional, sentenza 83/2016, fundamento jurídico 8, traduzione nostra.

⁸⁰ Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, fundamento jurídico 8, lett. c), traduzione nostra.

⁸¹ Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, fundamento jurídico 8, lett. e), traduzione nostra.

⁸² Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, *ibidem*.

⁸³ Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, *ibidem*.

⁸⁴ Tribunal Constitucional, sentenza n. 148/2021, *ibidem*.

estado de alarma, in secondo luogo, la fissazione, da parte del *Congreso de los Diputados*, della durata massima della sua proroga nella delibera di autorizzazione, e infine, la riserva allo stesso organo del potere di riconsiderare la validità o, in generale, le condizioni iniziali o sopravvenute, qualora il Governo, ritenendo necessario il suo mantenimento, deve ottenere una nuova autorizzazione parlamentare. Nonostante non sia previsto un numero massimo di proroghe, la Ley Orgánica n. 4/1981 si premura, tuttavia, di stabilire che la dichiarazione di *estado de alarma*, la prima proroga e le successive non possono protrarsi oltre quanto strettamente necessario per risolvere la situazione di crisi.

Con riguardo al caso di specie, il *Congreso de los Diputados* aveva autorizzato, il 29 ottobre 2020, la proroga di *estado de alarma* dichiarato dal *Real Decreto* n. 926/2020 e ne aveva circoscritto l'efficacia al periodo compreso tra il 9 novembre 2020 e il 9 maggio 2021. La decisione di estendere la durata della proroga per un periodo di sei mesi riposava su un duplice ordine di motivazioni: da un lato, l'attuazione delle misure prescelte necessitava di un tempo utile per raggiungere l'obiettivo di ridurre i contagi; dall'altro, l'andamento dell'epidemia non consentiva di stabilire un periodo diverso, tenuto anche conto del probabile *picco* nel periodo invernale dovuto alla ridotta possibilità di svolgere attività negli spazi aperti. Il contenuto dell'autorizzazione era stato recepito dal successivo *Real Decreto* 956/2020. Applicando i principi poc'anzi esaminati, i giudici concludono per l'incostituzionalità e la nullità della proroga, giacché «non si può qualificare come ragionevole o fondata la fissazione di una durata di una proroga di sei mesi, che il *Congreso* ha stabilito senza alcuna certezza su quali misure sarebbero state applicate, quando sarebbero state applicate e per quanto tempo sarebbero state efficaci in alcune parti o su tutto il territorio nazionale interessato dall'*estado de alarma*»⁸⁵.

6. Riflessioni finali.

La pandemia Covid-19 ha inverato l'avvertimento fatto più di vent'anni orsono dalla Commissione di Venezia sulla possibilità concreta che nei contesti emergenziali si verificano gravi violazioni dei diritti umani. Per contenere il contagio e alleggerire la pressione sui sistemi sanitari in sofferenza a causa dell'elevato numero dei malati, i

⁸⁵ Tribunal Constitucional, sentencia n. 148/2021, *ibidem*.

Governi di tutto il mondo hanno adottato misure volte a limitare la libertà di circolazione e l'esercizio di altri diritti fondamentali, assistiti da garanzie costituzionali.

In Italia, l'emergenza è stata fronteggiata attraverso la creazione di un nuovo ordinamento, costituito, a monte, da decreti-legge e d.P.C.M., contornato da ordinanze e da decreti ministeriali e infittito, a valle, da ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci, che si sono, in parte, sovrapposte ai provvedimenti nazionali, ribadendo, inasprendo o allentando le misure. Un metodo inedito di usare le fonti del diritto che, da un lato, ha interrotto il rapporto di collaborazione tra Stato e Regioni instaurato fino a poco prima dalle ordinanze di protezione civile, dall'altro, ha prodotto effetti imponderabili sull'esercizio e sulla garanzia dei diritti fondamentali. In assenza di una disciplina costituzionale sull'emergenza, l'operazione eseguita dal legislatore è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale che, in ben due occasioni, ha affermato che, in presenza di un'emergenza grave e peculiare come la pandemia Covid-19, il modello delle ordinanze contingibili e urgenti, regolato dal Codice di protezione civile, non costituisce l'unica attuazione del disegno costituzionale ma il legislatore nazionale ha il potere di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti idonee ad assicurarne una gestione più efficace. La pronuncia è rimasta silente sulle limitazioni ai diritti fondamentali che, nei contesti emergenziali, non è infrequente che si trasformino in pericolose e illegittime sospensioni. È il caso della reiterazione delle ordinanze contingibili e urgenti, che si verifica quando alcuni giorni prima della scadenza del provvedimento ne viene emanato un altro con il medesimo contenuto motivando con il permanere dello stato di emergenza. Un'ipotesi tutt'altro che infrequente durante la pandemia Covid-19, soprattutto con riguardo alle ordinanze regionali limitative della libertà di circolazione che sono state spesso reiterate per prolungarne gli effetti per un tempo superiore di quello consentito dalla legge.

In Spagna, il Governo ha reagito alla pandemia Covid-19 avviando la procedura di *estado de alarma*, previsto dalla CE e dalla Ley Orgánica n. 4/1981 e caratterizzato da un controllo meno invasivo e costante del *Congreso de los Diputados*, con l'emanazione del *Real Decreto* 463/2020. Tuttavia, con sentenza n. 148/2021, del 14 luglio 2021, il *Tribunal Constitutional* ha dichiarato il *Real Decreto* 463/2020 incostituzionale e nullo. Il nodo centrale del ragionamento dei giudici ruota intorno all'intensità delle limitazioni imposte ai diritti fondamentali dalle misure disposte con la dichiarazione di *estado de alarma*, e quindi, alle conseguenze dei provvedimenti emergenziali sull'esercizio delle libertà e dei

diritti garantiti dalla Costituzione. In particolare, le restrizioni alla libertà di circolazione finivano per tradursi in una (illegittima) sospensione dell'esercizio di quel diritto, ammessa esclusivamente nei casi di *estado de excepción* e di *estado de sitio*, in ragione delle più ampie garanzie rappresentate da un controllo penetrante del Parlamento. In casi come questo, nonostante il ricorso al *estado de alarma* appaia, perlomeno astrattamente, adeguato allo scopo, poiché adatto a reagire a emergenze *naturali*, nei fatti, è necessario scegliere lo stato di eccezione in base alle conseguenze sui diritti fondamentali.

Le motivazioni della sentenza n. 148/2021 vengono interamente recepite dalla successiva pronuncia n. 183/2021, del 27 ottobre, che, da un lato, ritiene conformi al *blocco costituzionale* le misure limitative delle libertà di circolazione e di riunione, escludendo che comportino una (illegittima) sospensione, dall'altro, dichiara l'incostituzionalità e la nullità della proroga di *estado de alarma*, giacché non consente di sottoporre l'operato politico del Governo ad un controllo parlamentare periodico.

L'analisi svolta mostra chiaramente quanto una disciplina costituzionale dell'emergenza, che offra *copertura*, a condizioni ed entro limiti puntualmente definiti, agli interventi urgenti in forma non legislativa che comportano pericolose compressioni dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, non solo è più idonea a prevenire il pericolo di abusi ma è anche più efficace nel garantire un sindacato pieno sugli atti emergenziali che esulino da quei limiti⁸⁶. A tal proposito, in Italia, nella XVIII Legislatura è stata presentata, il 13 gennaio 2022, una proposta di legge costituzionale recante *Modifiche all'articolo 78 della Costituzione e altre disposizioni in materia di dichiarazione e disciplina dello stato di emergenza nazionale*, che attribuisce copertura costituzionale alla prassi normativa della

⁸⁶ Tra i sostenitori di una disciplina costituzionale dell'emergenza è possibile ricordare A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., p. 206; S. Prisco e F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, paper 24 marzo 2020, p. 6.

Sulla necessità di predisporre al più presto un'adeguata disciplina dei regolamenti della Camera e del Senato che consenta alle Assemblee di affiancare il Governo nel compito di direzione politica reso ancora più oneroso nei contesti emergenziali, si vedano, tra gli altri, S. Ceccanti, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 17 marzo 2020; S. Curreri, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et precati mundus?*, in *la Costituzione.info*, 11 marzo 2020; Id., *Voto a distanza in Parlamento: i precedenti non lo impediscono affatto*, 16 marzo 2020, *ivi*; P. Pasquino, *Il corona virus contro il Parlamento*, *ivi*, 17 marzo 2020; C. Fusaro, *Le Camere nell'emergenza della pandemia*, in *Progresso Europa Riforme*, *ivi*, 18 marzo 2020; M. Adinolfi, *Voto a distanza e modalità di presenza: una questione di principio*, *ivi*, 19 marzo 2020.

gestione della pandemia Covid-19⁸⁷. Il testo in preparazione modifica l'art. 78 Cost. nella parte in cui attribuisce alle Camere il potere di confermare, con deliberazione adottata a maggioranza dei due terzi dei presenti, entro cinque giorni, lo stato di emergenza nazionale dichiarato dal Governo con decreto-legge. Inoltre, una legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera disciplinerà lo stato di emergenza nel rispetto dei principi indicati da una legge costituzionale, che avrà il compito di definire: a) i presupposti e le modalità di dichiarazione dello stato di emergenza nazionale; b) la conferma e la durata dello stato di emergenza nazionale e le eventuali proroghe; c) le procedure di contestazione.

La formulazione normativa non brilla per chiarezza e linearità. Tuttavia, da un primo esame emerge la volontà politica, da un lato, di affidare la gestione dell'emergenza al decreto-legge per garantire una risposta repentina ad una situazione, per sua natura, imprevedibile e imprevedibile, dall'altro, di mantenere un controllo costante del Parlamento sull'operato dell'esecutivo per evitare pericolose compressioni dei diritti e delle libertà dei cittadini. Una legge costituzionale di futura emanazione dovrà indicare i principi fondamentali della disciplina dell'emergenza sul modello della legge organica spagnola.

La proposta di legge in discussione suscita, invero, alcuni dubbi: al di là della formulazione normativa poco chiara, ciò che lascia perplessi è la mancata individuazione e classificazione delle varie ipotesi di emergenza al pari della CE che, come si è visto, distingue gli stati emergenziali a seconda del livello di gravità dell'evento imprevisto, demandando alla legge organica la regolamentazione puntuale del contenuto, dei presupposti, delle competenze, delle limitazioni e dei procedimenti. Questa lacuna, da un lato, potrebbe rendere del tutto inefficace il – pur lodevole – tentativo di imbastire una disciplina costituzionale dell'emergenza, per evitare il ripetersi di gestioni analoghe a quelle della pandemia Covid-19, dall'altro, finirebbe con il generare una rottura dell'equilibrio di sistema desumibile dall'art. 77 Cost., che attribuisce al Governo il compito di individuare quei «casi di straordinaria necessità e di urgenza» da fronteggiare nell'immediato con decreto-legge e alle Camere quello di controllare la legittimità dell'operato dell'esecutivo. Vero è che il decreto-legge non sembra più offrire quelle garanzie iniziali se solo si considera l'uso che ne è stato fatto negli ultimi anni, per nulla

⁸⁷ Per un'analisi fortemente critica della riforma costituzionale in preparazione, si veda R. Manfrellotti, *Introduzione*, in C. Capolupo e R. Manfrellotti (a cura di), *Emergenza pandemica*, cit., p. 8.

contenuto entro i confini della gestione di eventi prettamente emergenziali. Tuttavia, non può tacersi il pericolo che una riforma costituzionale dell'emergenza in cui manchi l'individuazione degli stati emergenziali e che marginalizzi il ruolo del decreto-legge, non sia idonea ad evitare il pericolo di abusi nella garanzia dei diritti fondamentali anche nelle situazioni di grave crisi.

Abstract: La storia più recente ha dimostrato che le più gravi violazioni dei diritti umani tendono a verificarsi nei contesti emergenziali, avverando l'affermazione che la Commissione di Venezia aveva reso, quasi profeticamente, in occasione della pubblicazione del rapporto sui poteri di emergenza risalente al 1995. Per contenere il rischio, le Carte costituzionali hanno iniziato a *costituzionalizzare* l'emergenza, ovvero a sottoporre l'esercizio dei poteri di emergenza a limiti sostanziali, con particolare riferimento al rispetto dei diritti fondamentali e alla predisposizione delle garanzie che devono sussistere anche nelle situazioni di crisi.

Assumendo come prospettiva di osservazione l'Italia e la Spagna, il contributo che si svilupperà nelle pagine seguenti intende verificare se una disciplina costituzionale puntuale dell'emergenza si sia mostrata più idonea ad evitare il pericolo di abusi e di gravi compressioni dei diritti fondamentali causate dalle misure adottate allo scopo di contenere il contagio e superare la crisi.

Abstract: More recent history has shown that the most serious human rights violations tend to occur in emergency contexts, fulfilling the statement that the Venice Commission made, almost prophetically, when it published its report on emergency powers dating back to 1995.

To contain the risk, constitutional charters have begun to *constitutionalize* the emergency, that is, to subject the exercise of emergency powers to substantive limits, with reference to respect for fundamental rights and the provision of guarantees that must subsist even in crisis situations.

Taking Italy and Spain as the perspective of observation, the contribution that will be developed in the following pages intends to verify whether a punctual constitutional regulation of the emergency has been shown to be more suitable to avoid the danger of

abuses and serious compressions of fundamental rights caused by the measures adopted in order to contain the contagion and overcome the crisis.

Parole chiave: emergenza – poteri di emergenza – pandemia Covid-19 – diritti fondamentali – controllo di costituzionalità.

Key words: emergency – emergency powers – Covid-19 pandemic – fundamental rights – review by the constitutional judge.