

2.2021

Percorsi costituzionali

## Covid e Corti Covid and Courts

Tommaso Edoardo Frosini  
Il diritto come vaccino

Pasquale Costanzo  
Lara Trucco

La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l'infezione da Covid-19

Anna M. Lecis Cocco Ortu

Il consiglio costituzionale francese di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela (effettiva) dello stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti

Andrea Gatti

Per un'emergenza "ragionevole": l'opera mitigante della giurisprudenza tedesca sulle decisioni degli esecutivi

Ulrike Haider-Quercia

Nuovi criteri di accesso e differenziati rapporti tra legge e regolamento nella giurisprudenza Covid-19 della Corte costituzionale austriaca

Silvia Romboli  
Covid e Corti: gli interventi del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di "Stati di emergenza"

Connor Casey  
Business as Usual? Irish Courts, the Constitution, and Covid-19

Tamás Szabados  
The Covid-19 Pandemic and Eu State Aid Law - the first Decisions of the General Court

Chiara Giustiniani  
Fernanda G. Nicola  
Expert Opinion of Deadly Game? The Free Exercise of Religion Jurisprudence of the U.S. Supreme Court during the COVID-19 Pandemic

Marco Félix Jobim  
Elton Somensi de Oliveira  
The decision of the Federal Supreme Court in the ADPF No. 709: COVID 19 and the indigenous community

Irene Spigno  
La garanzia dei diritti umani nella giurisprudenza costituzionale messicana ai tempi del Covid-19

Lucia Scaffardi  
Domande di giustizia originate dalla pandemia da Covid-19

Giuseppe de Vergottini  
La Costituzione e il ritorno della guerra

Maria A. Stefanelli  
PMI, mercato digitale e regolazione giuridica: la dimensione internazionale

Edoardo C. Raffiotta  
L'erompere dell'intelligenza artificiale per lo sviluppo della pubblica amministrazione e dei servizi al cittadino

Otto Gierke  
Il diritto dello Stato di Laband e la scienza giuridica tedesca

Percorsi costituzionali

2.2021 Covid e Corti - Covid e Courts

## 2.2021 Covid e Corti Covid and Courts



Percorsi costituzionali

fMC

Fondazione Magna Carta

# Percorsi costituzionali

## 2.2021



**Jovene editore**

**Direttore**

Giuseppe de Vergottini

**Condirettore**

Tommaso Edoardo Frosini

**Comitato di Direzione**

Luca Antonini, Carla Bassu, Giuseppina Giuliana Carboni, Ginevra Cerrina Feroni  
Antonio D'Aloia, Elena D'Orlando, Felice Giuffrè, Susanna Mancini  
Claudio Martinelli, Luca Mezzetti, Giuseppe Morbidelli, Ida Nicotra  
Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Giovanni Pitruzella, Giulio Maria Salerno  
Fiammetta Salmoni, Lucia Scaffardi, Maria Alessandra Stefanelli  
Arianna Vendaschi, Lorenza Violini, Niccolò Zanon

**Comitato Internazionale**

Alessandro Amaya (Argentina), Francisco Balaguer Callejon (Spagna)  
Armin von Bogdandy (Germania), David Capitant (Francia), Selin Esen (Turchia)  
Marcelo Figueiredo (Brasile), Anna Gamper (Austria), Yasuo Hasebe (Giappone)  
Chris Himsworth (Scozia), Peter Hilpold (Austria), Peter Leyland (Inghilterra)  
Otto Pfersmann (Francia), Calogero Pizzolo (Argentina), Michel Rosenfeld (USA)  
Dominique Rousseau (Francia), Pedro Tenorio (Spagna)

**Comitato di Redazione**

Ulrike Haider-Quercia (capo redattore), Francesco Biagi, Chiara D'Alessandro  
Luigi Ferraro, Elena Ferioli, Justin O. Frosini, Claudia Marchese, Andrea Pin  
Francesca Polacchini, Edoardo Raffiotta, Silvia Sassi, Serena Sileoni

**Amministrazione e pubblicità**

JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87  
website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

**Condizioni di abbonamento:** € 70,00

**Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:**

**a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520  
indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;

**b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: [www.jovene.it](http://www.jovene.it).

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo  
se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore  
su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

I contributi pubblicati su questo fascicolo sono soggetti a valutazione  
da parte di un comitato di referee.

**ISSN 1974-1928**

**Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 17 del 25 marzo 2014**

Finito di stampare nel luglio 2022 - Grafica Elettronica - Napoli

# INDICE

2.2021

## *Covid e Corti*

### EDITORIALE

TOMMASO EDOARDO FROSINI, *Il diritto come vaccino* ..... p. 193

### SAGGI

- PASQUALE COSTANZO - LARA TRUCCO, *La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l'infezione da Covid-19* ..... » 207
- ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU, *Il consiglio costituzionale francese di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela (effettiva) dello stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti* ..... » 229
- ANDREA GATTI, *Per un'emergenza "ragionevole": l'opera mitigante della giurisprudenza tedesca sulle decisioni degli esecutivi. Un confronto con l'Italia* ..... » 257
- ULRIKE HAIDER-QUERCIA, *Nuovi criteri di accesso e differenziati rapporti tra legge e regolamento nella giurisprudenza Covid-19 della Corte costituzionale austriaca* ..... » 287
- SILVIA ROMBOLI, *Covid e Corti: gli interventi del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di "Stati di emergenza"* ..... » 305
- CONNOR CASEY, *Business as usual? Irish Courts, the Constitution, and Covid-19* ..... » 337
- TAMÁS SZABADOS, *The Covid-19 Pandemic and Eu State Aid Law - the first Decisions of the General Court* ..... » 367
- CHIARA GIUSTINIANI - FERNANDA G. NICOLA, *Expert Opinion of Deadly Game? The Free Exercise of Religion Jurisprudence of the U.S. Supreme Court during the COVID-19 Pandemic* ..... » 387
- MARCO FÉLIX JOBIM - ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA, *The decision of the Federal Supreme Court in the ADPF No. 709: COVID 19 and the indigenous community* ..... » 407
- IRENE SPIGNO, *La garanzia dei diritti umani nella giurisprudenza costituzionale messicana ai tempi del Covid-19* ..... » 425

LUCIA SCAFFARDI, <i>Domande di giustizia originate dalla pandemia da Covid-19</i> .....	p. 451
---	--------

## OSSERVATORIO

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, <i>La Costituzione e il ritorno della guerra</i> ...	» 473
MARIA ALESSANDRA STEFANELLI, <i>PMI, mercato digitale e regolazione giuridica: la dimensione internazionale</i> .....	» 495
EDOARDO C. RAFFIOTTA, <i>L'erompere dell'intelligenza artificiale per lo sviluppo della pubblica amministrazione e dei servizi al cittadino</i> .....	» 513

## PASSATO E PRESENTE

OTTO GIERKE, <i>Il diritto dello Stato di Laband e la scienza giuridica tedesca</i> .....	» 539
<i>Postfazione</i> di Clemente Forte .....	» 605
<i>Elenco collaboratori</i> .....	» 609

# EDITORIALE



TOMMASO EDOARDO FROSINI

## IL DIRITTO COME VACCINO

1. Di fronte ad una pandemia come quella da Covid-19, che affligge il mondo da ormai due anni, molte certezze sembrano vacillare, scosse dalla potenza di un *virus* che ha travolto e stravolto non solo i sistemi sanitari nazionali ma anche il sistema economico, il vivere sociale, financo a colpire il funzionamento delle istituzioni. Le misure adottate per fronteggiare la situazione, tra cui emergono con tutta evidenza una certa compressione delle libertà personali, il ricorso a misure emergenziali e, nell'ultimo anno, l'obbligatorietà – più o meno mediata – dei trattamenti vaccinali hanno alimentato un intenso e complesso dibattito, che ha coinvolto molte delle “certezze costituzionali” sulle quali si basa da sempre il vivere civile e democratico degli Stati moderni.

Ed è allora proprio dinnanzi alla urgenza di vitali quanto delicate reazioni che la riflessione, anche giuridica, deve farsi profonda e acuta: se l'individuazione di soluzioni puntuali e rapide si è rivelata decisiva e doverosa da parte di ogni attore in campo, anche il ruolo del giurista non si è certo dimostrato secondario. Il mondo del diritto, infatti, è stato molto spesso destinatario di pressanti interrogativi provenienti tanto dalla politica quanto dalla società civile, bisognosi di individuare risposte certe e chiare volte a preservare dallo stravolgimento pandemico almeno la *rule of law* e la democraticità stessa dei nostri ordinamenti. Molti e articolati sono stati i pressanti quesiti sollevati: come le istituzioni debbono comportarsi di fronte a una situazione emergenziale prolungata e rispetto alla quale è complesso, se non impossibile, delineare un limpido sviluppo temporale? Quali limiti possono essere posti e quali orizzonti giuridico-legislativi necessitano di essere affrontati? Esistono soluzioni normative adatte ed efficaci in singole realtà o possono essere rinvenute scelte e strategie applicabili anche ad altri ordinamenti, chiamati ad affrontare simili sfide? E fino a che punto è legittimo vietare, obbligare o permettere? Quale bilanciamento può essere ravvisato tra tu-

tela della salute della collettività, libertà del singolo, esigenze produttive e di tenuta del tessuto economico-sociale? E ancora, quale deve essere il rapporto tra potere esecutivo e Parlamenti o ancora tra centro e periferia, nella comune lotta alla pandemia?

2. La parte monografica di questo numero di *Percorsi Costituzionali* si pone, concretamente, questi sfidanti interrogativi. E lo fa con la consueta visione prospettica dettata dall'analisi comparata, frutto dell'esperienza di valenti studiosi che ben conoscono – e in molti casi vivono – ordinamenti diversi, che li fanno dunque contemperare e leggere alla luce della situazione in essere, e che sono così in grado di ipotizzare possibili sviluppi, così da non lasciare inevase questioni che non possono attendere. Certo, il continuo e rapido mutare della situazione sanitaria, l'avvicinarsi di scoperte scientifiche capaci di dare speranza dinnanzi al susseguirsi di insidiose mutazioni del *virus* e di nuove emergenze sanitarie, sociali ed economiche, rende il lavoro di ricerca e confronto quanto mai arduo. Come se ci trovassimo in un laboratorio clinico, alle prese con l'incalzante richiesta di nuovi vaccini pronti a sconfiggere l'ennesima variante, anche l'operatore del diritto deve continuamente aggiornare e implementare il suo lavoro, così da rendere efficace il suo personale “vaccino”, quello utile ad evitare effetti fallaci e perfino letali per il “corpo democratico”.

Fuor di metafora, siamo di fronte ad una stagione stra-ordinaria, ovvero fuori da una ordinarietà che rischia tristemente di essere per lungo tempo la consuetudine. E proprio per queste ragioni andare ad analizzare le scelte normative che sono state adottate, a diverse latitudini, è ben più – in questo caso – di un approfondimento comparato. Non si tratta di evocare o ipotizzare un globalismo costituzionale atto a gestire l'emergenza in modo univoco. Già sul piano politico e sanitario, purtroppo, si è visto in questi mesi come la chimera universalistica sia prodromica, piuttosto, ad alimentare egoistici individualismi nazionalistici. Si tratta piuttosto di un vero e proprio “viaggio” in alcuni tra i Paesi più colpiti dal Covid-19 con l'obiettivo di analizzare come questi ordinamenti abbiano inteso interpretare il momento, la situazione e l'esigenza di fronte ad un fatto tanto nuovo quanto sconvolgente anche sul piano giuridico. Un “viaggio” compiuto con uno specifico e fondamentale mezzo: quello delle Corti; ovvero attraverso la lettura delle decisioni prese dalle

Corti nazionali e sovranazionali in materia di stato d'emergenza così come di tutela dei diritti, rispetto delle minoranze o situazioni sanitarie particolari, si va a comporre un articolato mosaico di scelte, talvolta dai toni forti, che diventa il pannello visuale di una giurisprudenza innovata dai tempi dell'attualità, ma sempre innervata dei valori e delle norme costituzionali, nella perenne ricerca di equilibrio tra esigenze di sicurezza, scelte collettive e libertà individuali.

Ecco allora che Austria, Brasile, Francia, Germania, Irlanda, Messico, Spagna, Stati Uniti d'America e, naturalmente, Italia sono i nove Paesi presi in esame, unitamente alla rilevante analisi della prima giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE.

3. Ed è così che Ulrike Haider-Quercia ha approfondito la giurisprudenza del *Verfassungsgerichtshof* sulla normativa di contrasto al Covid-19; una giurisprudenza, questa, che segna un passaggio fondamentale nell'evoluzione del sistema austriaco di tutela giurisdizionale dei diritti, con effetti non solo temporanei ma destinati a perdurare, innovando in maniera permanente soprattutto il meccanismo di accesso diretto alla Corte, nonché fornendo importanti delucidazioni quanto al rapporto tra fonti. La peculiare e complessa situazione brasiliana ha invece portato Marco Felix Jobim e Elton Somensi de Oliveira ad esaminare l'intervento della Corte Suprema brasiliana con specifico riferimento alla tutela delle popolazioni indigene, particolarmente vulnerabili e drammaticamente colpite dalla pandemia. Andrea Gatti ha analizzato la copiosa giurisprudenza delle Corti, statali e federali, tedesche, sottolineando il ruolo centrale svolto dai giudici che si sono ampiamente pronunciati tanto sulla adeguatezza delle basi giuridiche impiegate per l'esercizio del potere normativo quanto sul "costante e tenace" controllo relativo all'adeguatezza, necessità e "minor sacrificio" delle misure adottate dai Governi dei *Länder* e dello Stato federale. Connor Casey ha invece svolto una disamina critica dell'approccio delle Corti irlandesi, rilevando come queste non abbiano assunto una posizione deferente rispetto alle decisioni politiche poste in essere dal potere legislativo ed esecutivo, neppure nei casi in cui i ricorsi volti a stabilire l'illegittimità costituzionale delle misure restrittive della libertà personale sono stati rigettati. L'analisi della risposta messicana all'emergenza pandemica, svolta da Irene Spigno, ha sottolineato come, pur dinnanzi a un preoccupante limitato intervento del

legislatore e del Governo federale, che ha solo debolmente posto in essere misure di contrasto alla espansione del *virus*, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione abbia avuto modo di esprimersi con talune rilevanti pronunce, accompagnate da interventi ancor più determinanti delle Corti degli Stati federati, chiamate a dirimere questioni di legittimità delle disposizioni statali di lotta alla pandemia. Nello studio elaborato da Silvia Romboli, invece, la – per certi versi – “schizofrenica” giurisprudenza della Corti spagnole viene analizzata ponendo particolare rilievo alle decisioni, talune ancora attese, del Tribunale costituzionale, chiamato a pronunciarsi soprattutto sui limiti applicativi degli stati di emergenza previsti nel testo costituzionale spagnolo. Il ruolo della giurisprudenza francese per la garanzia dei diritti fondamentali in tempi di emergenza è stato analizzato da Anna Maria Lecis Cocco Ortu che ha messo in rilievo come il Consiglio costituzionale abbia esercitato – specialmente in una prima fase – in maniera piuttosto restrittiva la propria funzione di controllo. L’analisi proposta da Chiara Giustiniani e Fernanda Nicola, pur concentrandosi sulla giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d’America in materia di libertà religiosa, pone in evidenza l’impatto della pandemia sui più svariati diritti fondamentali e, ancora una volta, il ruolo complesso e delicato di “mediazione” e “controllo” ricoperto dalle Corti. Il contributo di Pasquale Costanzo e Lara Trucco pone attenzione alla dimensione interna, analizzando non solo le soluzioni processuali e procedurali poste in essere dalla Corte costituzionale dinnanzi alle criticità “concrete” provocate dall’emergenza pandemica, ma anche le più rilevanti pronunce e i profili maggiormente delicati affrontati dai giudici della Consulta. Il fondamentale livello sovranazionale è stato infine affrontato da Tamas Szabados mediante la disamina della giurisprudenza del Tribunale della Corte di giustizia dell’UE che si è più volte pronunciato in relazione alla conformità al diritto dell’UE degli aiuti di Stato garantiti alle compagnie aeree, così decidendo su di un profilo determinante quanto complesso, ovvero quello delle risposte statali alla crisi economica, diretto riflesso di quella sanitaria.

4. A tutti loro va il mio personale ringraziamento e quello del Comitato scientifico, italiano ed internazionale, per il lavoro svolto che costituisce un quadro prezioso di ragguardevole importanza

per capire, avvicinandone la lettura, le scelte giurisprudenziali e, attraverso di esse, quelle normative, intraprese alle diverse latitudini, in ordinamenti, europei ed extra-europei, di estremo interesse, pur nella loro disomogeneità di soluzioni e approcci. Di fronte a un dibattito troppe volte ridotto a individualistica ambizione mediatica, soffermarsi compiutamente sui fatti, attraverso la lettura ponderata delle sentenze delle Corti, dà il senso pieno della pubblicistica giuridica. Benché il rapido susseguirsi di misure, atti legislativi e conseguenti interventi giurisprudenziali richiedano continui aggiornamenti che mal si conciliano con le tempistiche proprie della pubblicazione di opere composite come quella di cui si parla e dei consueti – e, almeno questi, non emergenziali – momenti di referaggio, le analisi presentate nei contributi di questo numero della *Rivista* rappresentano nondimeno un primo necessario momento di riflessione sul ruolo delle Corti e sulla tenuta dei valori costituzionali in epoche di stravolgimenti socio-economici e sanitari; l'esame proposto, che si riferisce primariamente alla fase "iniziale", che dal dilagare della pandemia nei primi mesi del 2020 ha portato alla primavera del 2021, quando ancora le campagne vaccinali, i primi effetti e i dibattiti quanto alla obbligatorietà di tale – reiterato – trattamento sanitario ancora non si erano affermati nel discorso politico e giuridico.

Non sappiamo quando il *virus* sarà definitivamente sconfitto o se dovremo ancora a lungo convivere con queste nuove forme di "normalizzazione dell'emergenza", per impiegare un termine già in passato coniato con riferimento a una altrettanto insidiosa minaccia quale quella del terrorismo internazionale.

Ciò che però è indubitabile ed emerge con forza da tutti i contributi presentati in questo numero della *Rivista*, è quanto a fianco dell'eccezionale lavoro di medici, personale sanitario, volontari e ricercatori, per far fronte alla pandemia in modo efficace servano anche regole chiare sia nella forma sia nella sostanza, adeguate alla sfida eccezionale che stiamo vivendo, unitamente a un attento controllo dei giudici, chiamati a scongiurare l'inverarsi di altrettanto insidiose – e forse meno evidenti e "calcolabili" – derive capaci di creare una rischiosa "emergenza costituzionale". La saggezza del giurista diventa dunque quel "vaccino" ulteriore, volto a indicare la giusta strada. Nel complesso percorso di affermazione di questo particolare "vaccino" e difesa, una volta di più, la comparazione tra

esperienze e ordinamenti diversi diviene strumento in grado di abbreviare il tempo e la misura per determinare la strada e riflettere sui passi da intraprendere, nella comune battaglia per un diritto e una giustizia equa e rispettosa tanto degli interessi collettivi quanto delle libertà individuali, nonché del corretto funzionamento delle istituzioni in delicati contesti emergenziali.

TOMMASO EDOARDO FROSINI

## THE LAW AS A VACCINE

1. The Covid-19 pandemic – now two years old – has undermined many of our certainties, which have been shaken by the power of a virus that has threatened to overwhelm not only national health services but also economies and social cohabitation, and even to threaten the proper functioning of our institutions. The action taken in order to deal with the situation, which included evident restrictions on personal freedoms, recourse to emergency regulations and, during the last year, the – more or less direct – vaccine mandates have fuelled an intense and complex debate, which has swept away many of the “constitutional certainties” on which civil and democratic cohabitation has long been based in modern states.

Debate, including legal debate, must focus in particular detail precisely on the urgency of those vital yet also delicate responses: although the identification of detailed and rapid solutions has been decisive, and in fact necessary, for all players involved, so too the role of the lawyer has by no means been secondary. In fact, lawyers have on many occasions been posed important questions both by politicians and civil society, which need to receive certain and clear answers in order to spare at least the rule of law and the democratic nature of our legal systems from being overturned by the pandemic. These pressing questions have been characterised both by their high number as well as their detail. How should institutions behave when confronted with an extended emergency situation for which the identification of a clear timescale is complex if not impossible? What limits can be imposed and what legal and legislative horizons need to be engaged with? Are there any normative solutions that are suitable and effective within the context of individual systems, or can choices and strategies be transposed from one system to another, when having to deal with similar challenges? And to what extent is it legitimate to prohibit, to oblige or to permit?

What balance needs to be struck between protecting public health, individual freedoms, economic activity and the maintenance of the socio-economic fabric? Finally, what sort of relationship should there be between the executive and parliaments, or between core and periphery, in the common fight against the pandemic?

2. The monograph part of this issue of *Percorsi Costituzionali* engages specifically with these challenging questions. It does so with the customary forward-looking vision of a comparative analysis, drawing on the experience of capable scholars who are well acquainted with – and in many cases live within – different legal systems; as such, they are able to contextualise them and read them in the light of the current situation, and thus also to hypothesise potential developments, so as not to overlook questions that cannot be ignored. There is no doubt that the continuous rapidly changing health situation, the emergence of scientific discoveries that may be capable of giving some hope in response to each new variant of the virus, and to deal with new health, social and economic emergencies, makes the tasks of research and comparison more difficult than ever. It is as if we are living in a clinical laboratory, confronted with the relentless demand for new vaccines capable of defeating yet another variant. So too legal practitioners must continuously update and their work and deploy it in the field, as it were ensuring their own personal “vaccination” in order to avoid effects that might be insidious and even lethal for democracy.

Metaphors aside, we find ourselves living in extraordinary times, detached from any sense of the ordinary, sadly with the risk that this may become our “new normal” for some time to come. This is precisely why it is necessary to analyse the legal choices that have been made in various countries, and moreover – in this case – to engage in comparative study. It is not about evoking or hypothesising a constitutional globalism that is capable of managing the emergency in a uniform manner. Unfortunately, over the last months we have seen already on a political and health level how the illusory universalism has rather fuelled egoistic individualism and nationalist sentiment. This issue rather embarks upon a “journey” through some of the countries that have been most heavily affected by Covid-19 with a view to analysing how these legal systems have sought to interpret this recent period, the circumstances and their

needs in the face of a situation that is both new and disconcerting, also in legal terms. It is a “journey” that has been made using a specific, fundamental vehicle: that of the courts. It involves a reading of the decisions taken by national and supranational courts concerning the state of emergency as well as the protection of rights, the position of minorities and special health-related issues. A detailed mosaic has been created of the choices, which have in some cases been heavy-handed, thus providing an overview of innovative jurisprudence of the present day, which is still nonetheless rooted in constitutional values and norms, in a constant quest for the right balance between the demands of security, collective choices and individual freedoms.

Nine countries are examined, specifically Austria, Brazil, France, Germany, Ireland, Mexico, Spain, the United States of America and naturally Italy, alongside a relevant analysis of the initial case law from the EU Court of Justice.

3. Ulrike Haider Quercia studies the case law of the *Verfassungsgerichtshof* concerning the rules adopted to combat Covid-19; this case law marks a fundamental step in the evolution of the Austrian system of judicial protection for rights, the effects of which are not only temporary but are destined to remain, resulting in permanent changes above all in the mechanism for direct access to the Court, whilst also providing important clarifications as regards relations between different sources of law. The specific, complex situation in Brazil has led Marco Felix Jobim and Elton Somensi de Oliveira to examine the case law of the Brazilian Supreme Court with specific reference to the protection of indigenous peoples, who are particularly vulnerable and have been dramatically affected by the pandemic. Andrea Gatti analyses the copious body of case law of state and federal courts in Germany, stressing the central role played by the courts, which have ruled extensively both on the adequacy of the legal bases for the exercise of legal powers as well as the “constant and tenacious” review of the adequacy and necessity of, and the requirement of “least sacrifice” applicable in relation to, the measures adopted by the *Länder* governments as well as the federal government. Connor Casey carries out a critical examination of the approach of the Irish courts, noting how they have not adopted a stance of deference towards

political decisions made by the legislature and the executive, not even in cases in which applications seeking to establish the unconstitutionality of measures that impaired personal freedoms were rejected. In her analysis of Mexico's response to the pandemic emergency, Irene Spigno stresses that, even in the face of worryingly limited action by the legislature and the federal government, which took only minor action to combat the spread of the virus, the Supreme Court issued a number of important judgments, in parallel with even more decisive action by courts from the federal states, which had been called upon to resolve questions concerning the lawfulness of action taken by state governments to combat the pandemic. On the other hand, in her study Silvia Romboli analyses the – in some respects – “schizophrenic” case law of the Spanish courts, focusing in particular on the decisions (some of which have yet to be issued) of the Constitutional Court, ruling in particular on the practical limits to the state of emergency provided for in the text of the Spanish Constitution. The role of French jurisprudence for the guarantee of fundamental rights in times of emergency is analyzed by Anna Maria Lecis Cocco Ortu who put in importance that the *Conseil constitutionnel* has exercised – especially in a first phase – in a rather restrictive way the control of the Covid related legislation.

Whilst the analysis proposed by Chiara Giustiniani and Fernanda Nicola is centred on the case law of the Supreme Court of the United States of America on religious freedom, it highlights the impact of the pandemic on a wide range of fundamental rights and, once again, the complex and delicate role of “mediation” and “control” performed by the courts. The paper by Pasquale Costanzo and Lara Trucco considers this topic from a domestic, Italian perspective, analysing not only judicial and procedural solutions put in place by the Constitutional Court in response to the “specific” critical issues caused by the pandemic emergency, but also the most significant rulings and the most delicate aspects engaged with by the Constitutional Court. Finally, the supranational level, which is of fundamental importance, is addressed by Tamas Szabados in an examination of the case law of the General Court of the CJEU, which has ruled several times on the compliance with EU law of state aids provided to airlines, thereby ruling on a decisive yet at the same

time complex issue, namely state responses to the economic crisis triggered by the health crisis.

4. I would like to express my personal thanks to all of the authors as well as the Scientific Committee composed of Italian and international members for the work carried out, establishing a clear framework which has been of considerable importance in understanding, and reading more closely, the jurisprudential choices and through them the legislative choices made in various countries and legal systems, both within Europe and beyond, which are of major interest despite the disparate solutions and approaches adopted. The debate has far too often been motivated merely by a personal desire for media exposure therefore public law scholarship is given proper meaning only through a considered reading of court rulings. The rapid adoption of new measures and legislation and the resulting case law calls for constant updating. This of course is difficult to reconcile with the timeframe for the review publication of a collection of papers like this. That said the papers presented in this issue of our journal constitute an initial reflection on the role of the courts and the resilience of our constitutional values during a period of socio-economic and health-related upheaval. The examination proposed refers primarily to the “initial” phase starting from the outbreak of the pandemic during the first few months of 2020 until the Spring of 2021, when vaccination campaigns and their initial effects as well as debates concerning requirements of – repeated – vaccination had not yet become established within political and legal discourse.

We do not know when the virus will be definitively defeated or whether we will have to learn to live with these new forms of “emergency normalisation”, to use a phrase coined in the past in relation to the equally insidious threat of international terrorism.

However, what is undoubtedly clear from all of the papers herein is that – alongside the exceptional work performed by doctors, healthcare professionals, volunteers and researchers in order to combat the pandemic effectively – we also need rules that are both formally and substantively clear, that meet with the exceptional challenge we are currently living through, and also that there must be close scrutiny of the courts when called upon to prevent the emergence of equally insidious – and perhaps less evident and

“calculable” – distortions liable to give rise to a risky “constitutional emergency”. As such, the wisdom of lawyers becomes an additional “vaccine” that can help us to find the right way forward. As part of the overall process of establishing this particular “vaccine”, once against a comparison between different experiences and legal systems becomes an essential instrument for reducing the time and action necessary in order to identify the way forward and to reflect on what action should be taken. This is part of a shared struggle for fairness within law and justice in a manner that respects both collective interests as well as individual freedoms, whilst also ensuring the proper operation of institutions within delicate emergency situations.

# SAGGI



PASQUALE COSTANZO - LARA TRUCCO

## LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE ITALIANA SI VACCINA CONTRO L'INFEZIONE DA COVID-19

SOMMARIO: 1. Premessa (il Covid-19 e la giustizia costituzionale in Europa e forse anche altrove). – 2. La Corte costituzionale ed il processo emergenziale (ora e quale futuro?). – 3. (*Segue*) Il processo costituzionale (aggiornato) sotto la spinta dell'emergenza. – 4. Il processo non solo costituzionale aggiornato sotto la spinta dell'emergenza. – 5. (*Segue*) ...la partecipazione alle udienze penali da remoto. – 6. La Consulta dinnanzi al sistema delle fonti del diritto. – 7. Corte, Governo e Regioni nella crisi pandemica. La profilassi internazionale. – 8. (*Segue*) La sospensione "in via emergenziale" di una legge regionale. – 9. Conclusioni.

### 1. *Premessa (il Covid-19 e la giustizia costituzionale in Europa e forse anche altrove)*

Analogamente, ma non troppo, all'emergenza creata dalla crisi finanziaria del 2008<sup>1</sup>, quella generata dalla pandemia da Covid-19 ha messo in tensione, nel quadro di un più generale subbuglio ordinamentale<sup>2</sup>, anche le Corti supreme e le Corti costituzionali, a loro volta in buona compagnia con tutti i plessi giurisdizionali<sup>3</sup>. Su tale profilo, un'importante attenzione è stata focalizzata, anche in chiave comparata, al fine di enuclearne costanti e differenze<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Ancora efficace la "narrazione" contenuta in M. Draghi, *Un sistema con più regole, più capitale, meno debito, più trasparenza*, Audizione tenuta al Senato il 21 ottobre 2008.

<sup>2</sup> V., particolarmente, il ponderoso studio curato da S. Staiano, *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Napoli, 2021. Per la fase iniziale della crisi, v. gli interventi effettuati al convegno organizzato il 25 aprile 2020 da Unitelma, *Covid-19: quali ricadute dell'emergenza in atto?* (reperibili nel relativo sito web).

<sup>3</sup> Può essere utile in proposito il documento del Consultative Council Of European Prosecutors (CCPE), *The role of prosecutors in emergency situations, in particular when facing a pandemic*, del 19 novembre 2020 (al sito del Consiglio d'Europa).

<sup>4</sup> V. *Management of the judiciary - compilation of comments and comments by country*, a cura dell'European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (al sito del Consiglio d'Europa).

Restando, tuttavia, sul piano interno, scopo di queste sintetiche osservazioni è quello di tentare una prima visione organica del modo di atteggiarsi della nostra Corte costituzionale di fronte al drammatico fenomeno pandemico, vuoi sul piano più propriamente della giustizia costituzionale, vuoi su quello dell’impatto che la giurisprudenza costituzionale ha subito laddove sollecitata attraverso le varie strade dell’accesso alla Corte stessa.

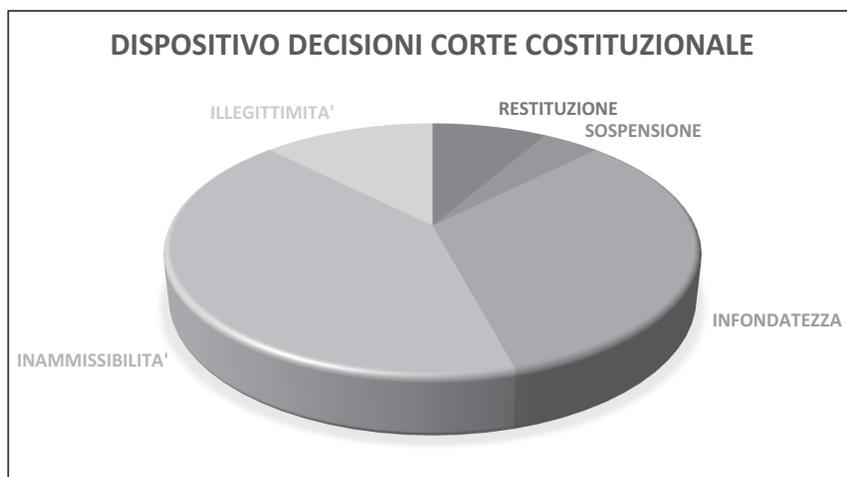
Trattandosi, peraltro, di una delibazione iniziale, la ricerca è consapevolmente effettuata su un campione temporalmente limitato (fino all’11 maggio 2021), scontando in anticipo che migliori approfondimenti ed aggiustamenti potranno provenire dalla futura attività a cui la Corte non mancherà certamente di essere viepiù chiamata.

Il turbinoso avvicinarsi ed accavallarsi di norme, sovente di deroga e/o proroga, dovuto alla necessità ineluttabile di (in)seguire l’andamento della pandemia, contrastandone, al contempo, la diffusione, è stata all’origine di dubbi interpretativi ed applicativi di non trascurabile momento, riflettendosi sulla scelta degli strumenti normativi (legge, decreto-legge, d.p.c.m.), sulla loro efficacia (limitata o generalizzata), anche nei rapporti con gli enti territoriali (e sul relativo riparto di competenze), e sulle stesse tecniche di impiego (si sono avuti casi di decreti legge abrogati con salvezza degli effetti prima ancora del maturare dei termini di decadenza per mancata conversione).

Ciò che rileva, tuttavia, è comunque, al momento, una certa accondiscendenza del giudice costituzionale sull’operato del legislatore, nella consapevolezza della singolarità e gravità della situazione in cui si è trovato ad operare, dato il necessario reperimento di “un ragionevole punto di sintesi tra il contenimento del contagio e la garanzia dei diritti”, nonché della esigenza di “calibrare” le diverse risposte normative, “sulla base dell’andamento della diffusione del contagio” (sent. n. 96 del 2021). Di qui la netta prevalenza dell’impiego di pronunce processuali o comunque di segno negativo (specie se si escludono i giudizi in via principale) rispetto all’acoglimento delle questioni portate alla sua attenzione, che, come vedremo, sta al momento caratterizzando la giurisprudenza costituzionale “in materia” (v. grafico)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Si precisa che, con riguardo ai dispositivi plurimi, il grafico tiene conto delle varie questioni definite dalla Corte costituzionale; inoltre, manifesta inammissibilità e



## 2. *La Corte costituzionale ed il processo emergenziale (ora e quale futuro?)*

Sul piano processuale, ancor prima delle regole procedurali, il funzionamento della Consulta è stato messo in fibrillazione dalle difficoltà di svolgere tutte le attività basate sulla compresenza, necessaria o facoltativa, delle parti, e dei componenti dello stesso collegio giudicante. Difficoltà, com'è noto, derivante dalle cautele messe in atto per limitare gli spostamenti ed i congressi di persone strumentalmente alla limitazione dell'ulteriore propagazione del virus.

La Corte, del resto, non ha tardato a prenderne atto, cercando di predisporre i rimedi meglio visti nel meritorio intento di non paralizzare l'operato di un organo essenziale per il mantenimento della legalità costituzionale, tanto più in una contingenza già di per sé critica per la tenuta dei meccanismi democratici e la protezione delle libertà fondamentali.

Muovendosi, infatti, nel quadro del d.l. 8 marzo 2020, n. 11<sup>6</sup>, di cui, peraltro, espressamente afferma di voler riprendere "lo spirito", il primo intervento della Corte del 9 marzo 2021 ha provveduto, tra le altre misure, al rinvio a nuovo ruolo delle cause fissate per le

manifesta infondatezza sono state ricondotte, rispettivamente, ad inammissibilità ed infondatezza.

<sup>6</sup> Recante misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemio-  
logica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudi-  
ziaria, e poi abrogato dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.

udienze pubbliche del mese di marzo 2020, facendo salve solo le attività non richiedenti alcuna forma di pubblicità in presenza.

Ma la sensazione di dover provvedere con iniziative di lungo periodo è evidente laddove si manifesta, nel medesimo atto, l'intenzione di "predisporre nuove modalità di trattazione delle udienze, sfruttando le opportunità offerte dalla tecnologia, per assicurare il pieno svolgimento delle proprie funzioni": avvertendosi, dunque, sia l'urgenza di mantenere integro il proprio ruolo istituzionale nonostante le difficoltà pandemiche, sia, a livello generale, l'esigenza di un aggiornamento del rito secondo quanto consentito dal progresso informatico, nella linea già tracciata per i giudizi comuni dal c.d. processo telematico.

Anche gli orari di cancelleria sono stati adeguati il 12 marzo e, in pari data, è stata ammessa la PEC, ma solo, si badi, per gli adempimenti endoprocessuali e non per gli atti di promovimento di giudizi, così che notifiche, comunicazioni e depositi di tali atti sono rimasti conformati dalle regole ordinarie. Un'esclusione, questa, i cui motivi sono probabilmente da ricercarsi in un desiderio di coerenza con quanto statuito nella precedente sent. n. 200 del 2019, per cui *"Attesa la specialità dei giudizi innanzi a questa Corte, la modalità della notifica mediante PEC non può, allo stato, ritenersi compatibile – né è stata sin qui mai utilizzata – per la notifica dei ricorsi in via principale o per conflitto di attribuzione. Ration per cui non opera, a tal fine, il rinvio dinamico disposto dall'art. 22, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) alle «norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale» – e ora a quelle del codice del processo amministrativo, approvato dall'art. 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo) – nel contesto delle quali la notifica a mezzo PEC è consentita"* anche se – ci pare – il dubbio dell'inadeguatezza, almeno contingente, di tale esclusione è parsa emergere dalla riserva di adottare ulteriori provvedimenti ed eventualmente di valutare l'applicabilità ai procedimenti di sua competenza delle disposizioni in materia di giustizia amministrativa contenute nell'art. 3 del predetto d.l. n. 11 del 2020. E ciò sulla base della propria autonomia regolamentare e tenuto conto della specificità dei procedimenti che si svolgono innanzi ad essa, ma anche –

non tanto perspicuamente – nei limiti di compatibilità con le regole processuali del giudizio costituzionale, ai sensi dell'art. 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87, le quali, più che conformare l'autonomia regolamentare della Corte, dovrebbero esse stesse essere conformate da tale autonomia<sup>7</sup>.

L'apparentemente inesorabile e accelerato incalzare della diffusione del virus con gli esiti drammatici a tutti noti ha messo, però, la Corte, pochi giorni dopo, il 23 marzo, dinnanzi alla necessità, motivata dall'intento di operare in spirito di leale collaborazione con le altre istituzioni repubblicane (vale a dire, se bene intendiamo, di non esibire un qualche solipsismo nel far fronte alla pandemia), di abbandonare la regolamentazione degli adempimenti (ritenuta, peraltro, ancora sufficientemente adeguata) e di affrontare il cuore del suo stesso processo, ossia la trattazione della causa: di conseguenza la trattazione da remoto è stata introdotta per la partecipazione dei giudici alle camere di consiglio e per ogni altra riunione della Corte e dei suoi giudici o organi interni, avuto riguardo evidentemente alla salvaguardia della salute di tutto il personale della Corte; prevedendosi, invece, per le udienze pubbliche, un articolato sistema, il cui comune denominatore è risultato proprio l'esclusione della trattazione da remoto: ossia, in linea di principio, il rinvio delle cause a nuovo ruolo per l'intero periodo dell'emergenza ed il loro svolgimento anche in udienze supplementari da fissare appena possibile; la decisione, qualora tutte le parti ne facessero richiesta senza discussione orale, sulla base degli atti depositati e di brevi note aggiuntive; e persino la trattazione immediata in udienza pubblica dei casi di eccezionale gravità e urgenza, sia pure nel rispetto delle esigenze di sicurezza e di prevenzione.

### 3. *(Segue) Il processo costituzionale (aggiornato) sotto la spinta dell'emergenza*

L'esperienza avviatasi per circa un mese sulla base di questo nuovo quadro regolamentare ha deposto, però, per la successiva

---

<sup>7</sup> In senso variamente critico nei confronti della sent. n. 200 del 2019, v. F. Corvaja, *La notifica a mezzo PEC nei giudizi in via d'azione: un'esclusione che non convince del tutto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2/2020; e D. Nocilla, *Notificazioni, processo telematico, norme integrative*, nell'*Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 6 aprile 2021.

estensione del modulo da remoto anche alle cause destinate all'udienza pubblica, divenuta così, il 20 aprile, un'ipotesi alternativa a quella puramente scritta già prevista, qualora almeno una delle parti del giudizio ne avesse fatto richiesta, secondo modalità operative che sarebbero state comunicate alle parti stesse<sup>8</sup>. Ha condotto a tale risultato evidentemente il rischio a cui sono sembrati ormai esposti, da un lato, "la continuità e il tempestivo esercizio della funzione di giustizia costituzionale", e, dall'altro, il "pieno rispetto del contraddittorio". Peraltro, la possibilità di un'udienza pubblica in piena regola, o meglio, con le modalità "all'uopo stabilite" non è sparita dall'orizzonte processuale della Corte, continuando a sussistere per eventuali questioni di eccezionale gravità e urgenza.

Purtroppo, la sensazione che il tepore dell'estate e le misure già prese potessero aver attenuato i rischi indotti dal virus, ha toccato anche la Corte costituzionale, che l'8 giugno allargava le maglie delle misure contenitive fino ad allora adottate, consentendo che il pubblico, nel numero massimo di 24 persone, potesse tornare ad assistere alla trattazione delle cause fissate in udienza pubblica nel rispetto delle misure di prevenzione sanitaria vigenti. Un qualche ritorno all'antico si realizzava, poi, il 23 giugno, addirittura con la riammissione in presenza di giudici e avvocati, sia pure anche qui con le appena citate cautele, e tenendo fermi, per vero, sia il numero massimo di presenti già stabilito e la possibilità che la partecipazione dei giudici alle camere di consiglio avvenisse da remoto (valutata probabilmente la maggiore esposizione, in questo caso, al rischio dei componenti del collegio)<sup>9</sup>.

Una maggiore e migliore articolazione delle misure antipandemiche, suggerita dall'esperienza processuale e più ampiamente dal contesto generale dell'evoluzione dell'infezione da Covid-19, si ritrova, invece, contenuta nel provvedimento del 6 ottobre, che ha ammesso, per la prima volta, il collegamento da remoto per le udienze pubbliche a vantaggio delle parti e dei giudici, anche singolarmente considerati, pur se subordinato alla certificata impossibilità a recarsi presso la Corte per ragioni legate all'emergenza epidemiologica e previa autorizzazione del Presidente. Requisito, quest'ultimo, ritenuto all'evidenza defatigante e prontamente soppresso

---

<sup>8</sup> V. M. Troisi, *Il processo costituzionale nella fase dell'emergenza: tra omologazione necessaria e rivendicazione della propria autonomia*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)) del 10 giugno 2020.

il 30 ottobre successivo, prevedendosi adesso la facoltà della partecipazione da remoto a semplice richiesta dell'interessato.

Il numero delle persone ammesse in presenza è sceso, in tale occasione, a 20 per rimanere tale sino al 16 marzo 2021, quando la virulenza delle ondate pandemiche ha imposto il ritorno al generalizzato divieto per il pubblico di partecipare in presenza alle udienze. Si è proceduto, tuttavia, ad una sorta di compensazione quanto meno a favore della stampa, per cui il presidente della Corte avrebbe potuto disporre, dietro apposita richiesta, la diretta *streaming* della trattazione di una o più cause, che è venuta così ad aggiungersi alla pubblicazione successiva delle registrazioni nel sito internet istituzionale della Corte costituzionale.

Al di là, poi, della pura vicenda che ha visto la Corte omologarsi volentieri, quanto a cautele, al più generale *trend* imposto dal Governo al Paese, va rilevato senz'altro l'intento di dare continuità al suo alto magistero non esitando a ricorrere a tecnologie mai sperimentate, anche per assicurare, nel contempo e al possibile, il valore della pubblicità del processo. Non può, inoltre, non notarsi come la pandemia abbia costretto la Corte ad abbandonare eventuali esitazioni a conformare, per quanto di ragione, telematicamente il suo processo, colmando un ritardo rispetto ad altre giurisdizioni che, se da un lato, poteva spiegarsi con la non creduta impellenza di attrezzare procedure tutto sommato sobrie con scarsi termini e adempimenti per di più incentrati in un unico grado di giudizio, dall'altro, non rendevano ragione ad un organo che pionieristicamente aveva fatto ricorso alla tecnologia informatica per agevolare il suo funzionamento<sup>10</sup>.

Un'ulteriore notazione riguarda il fatto che non sorprendentemente l'emergenza anche in seno alla Corte è parsa privilegiare almeno formalmente l'organo di vertice, ossia il Presidente, anche

---

<sup>9</sup> In questo contesto, inusitadamente, la Corte esaminava in piena estate, data l'urgenza, i quattro ricorsi, originati dall'imminente consultazione referendaria sulla riduzione del numero dei parlamentari, decisi con le ordinanze nn. 195, 196, 197 e 198 del 2020.

<sup>10</sup> Ossia il Sistema Giuridico Informatico Costituzionale, presentato alla stampa il 26 ottobre 1989 e basato su una rete informatica mirata sia alla gestione integrata delle procedure giudiziarie, sia all'interconnessione con banche dati esterne di rilievo costituzionale. Peraltro, già con la sent. n. 75 del 2019, la Corte era sembrata incline a riconoscere i vantaggi del processo telematico: in merito, tra gli altri, v. C. Punzi, *I limiti di orario nelle notificazioni eseguite con modalità telematiche*, in *Giur. cost.*, 2019, 919.

nella produzione regolamentare: praticamente tutti i provvedimenti adottati, a cui, evidentemente, si è inteso riconoscere valore derogatorio o integrativo della regolamentazione vigente, risultano, infatti, non come un deliberato collegiale della Corte, secondo quanto previsto dall'art. 5-*bis*, comma 2, n. 1, del Regolamento generale, che, a sua volta, attua il disposto dell'art. 22, comma 2, della l. n. 87 del 1953, che imputa il potere regolamentare in questione alla Corte nel suo complesso, ma come una decisione del solo Presidente, sia pure acquisito il "parere" conforme del collegio.

4. *Il processo non solo costituzionale aggiornato sotto la spinta dell'emergenza*

Che, peraltro, la pandemia abbia spinto nel senso della "verticalizzazione" dell'organizzazione giudiziaria è dato di vederlo anche da quegli interventi legislativi concernenti i processi civili e penali con cui è stata attribuita ai capi degli uffici giudiziari l'adozione di misure organizzative volte a contenere l'afflusso del pubblico, ma anche di carattere più sostanziale, relative alla trattazione degli affari giudiziari, tra cui il rinvio delle udienze penali.

Dinamica che ha finito per innescare un qualche attrito tra gli stessi magistrati, giunto sino alla stessa Consulta. Ci si riferisce, nello specifico, alla vicenda che ha visto un giudice di pace promuovere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti di un Tribunale ordinario, in persona del Presidente facente funzioni, all'indomani di due provvedimenti con cui questi aveva disposto la sospensione di alcune udienze (penali) senza informare né coinvolgere i giudici di pace della giurisdizione penale, in violazione, secondo il ricorrente, dei principi di leale collaborazione e di buon andamento amministrativo, nonché del riparto di competenze ed a più generale detrimento dell'indipendenza della magistratura di pace. Caso che, per vero, la Corte non ha faticato a dichiarare inammissibile, rimarcando l'«ontologica differenza» tra atto meramente illegittimo e atto costituzionalmente invasivo, e deducendo la "palese" estraneità di oggetto e *petitum* del ricorso dal «rigoroso perimetro entro il quale può svolgersi il giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato» (ord. n. 19 del 2021).

Tornando alle misure organizzative la cui adozione, come testé si è detto, è stata rimessa ai capi degli uffici giudiziari per contra-

stare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria si contano la possibilità di far svolgere le udienze civili non necessitanti della presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto (individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia) e lo scambio e deposito in telematico di note scritte contenenti istanze e conclusioni. Inoltre, è stata consentita la (successiva) adozione fuori udienza dei provvedimenti dei giudici medesimi, fermo in ogni caso l'obbligo di svolgimento dell'udienza con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Ancora, nei procedimenti civili e penali non sospesi, è stata prevista la possibilità di assumere le deliberazioni collegiali in camera di consiglio mediante collegamenti da remoto, con la specificazione che il luogo da cui si fossero collegati i magistrati avrebbe dovuto essere considerato "camera di consiglio" a tutti gli effetti di legge. Rendendosi con ciò possibile, anche qui (v. *supra*, ai §§2 e 3) lo svolgimento delle udienze, su istanza ed a precise condizioni, mediante collegamenti audiovisivi a distanza.

Nell'ambito, dunque, delle udienze da remoto (almeno quelle che non richiedano la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice) nel corso del processo civile la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla previsione dell'obbligo della presenza del giudice nel proprio ufficio giudiziario (ord. n. 269 del 2020). Previsione che, peraltro, è intervenuta con riguardo ai soli processi civili dopo che l'originaria formulazione della norma nulla diceva circa il luogo in cui dovesse trovarsi effettivamente il giudice per accedere all'applicativo attraverso cui svolgere l'udienza.

Ebbene, da un siffatto obbligo, secondo i Tribunali di Mantova e Pavia sarebbe discesa una disparità di trattamento tra le diverse giurisdizioni, tanto più grave in ragione dei rischi di contagio a cui i (soli) magistrati civili sarebbero stati esposti, nei propri spostamenti, prima ancora che sul luogo di lavoro. Inoltre, è stata lamentata l'irragionevolezza derivante dalla sostanziale inutilità della previsione normativa, data comunque la possibilità tecnica di accedere alla propria "stanza virtuale" a prescindere dal luogo fisico di effettiva ubicazione del magistrato. Ed è stata rimarcata altresì l'inadeguatezza delle dotazioni informatiche degli uffici giudiziari coi

relativi rischi di *crash* a cui i sistemi informatici sarebbero stati sottoposti ove tutti i magistrati avessero utilizzato contemporaneamente la Rete, data l'impossibilità di sostenere l'elevato flusso di dati proveniente dai vari uffici.

Ad ogni modo, della questione si è fatto carico il legislatore all'indomani della sollevazione della questione, tornando sui suoi passi. Di qui, dunque, la pronuncia della Corte, nel senso della manifesta inammissibilità delle questioni relative a quanto già applicato, in tutti quei casi in cui i difensori avevano già partecipato da remoto alle udienze ed invece la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per un nuovo esame della perdurante sussistenza della rilevanza della questione.

##### 5. *(Segue) ...la partecipazione alle udienze penali da remoto*

Con riguardo allo svolgimento delle udienze da remoto anche nell'ambito del processo penale sono emerse questioni arrivate sino alla Corte. Rilevandovi una situazione per certi versi speculare, con la predilezione, cioè, della "presenza" nell'ambito del processo penale ed invece della "distanza" in quello civile. A conferma della migliore adattabilità al processo telematico dei giudizi di legittimità rispetto a processi in cui è maggiormente avvertita l'esigenza del congresso fisico e dell'oralità tra i difensori.

Guardandosi al puro versante procedurale, senz'altro interessante è stata la questione sollevata dal Tribunale ordinario di Spoleto, che ha lamentato un «aperto contrasto» (con gli artt. 70 e 77 Cost.) della norma contenuta in uno dei vari decreti-legge recanti delle misure urgenti di contrasto alla pandemia (dipoi convertito, con modificazioni, in legge) che prevedeva che «la modalità ordinaria di partecipazione all'udienza penale fosse quella "in presenza"». Previsione con cui il legislatore aveva sostanzialmente ribaltato quanto contenuto nella legge di conversione di un altro decreto-legge (di poco precedente e, combinazione, la cui legge di conversione era stata adottata lo stesso giorno dell'entrata in vigore del decreto-legge indubbiato), che invece aveva previsto quale modalità ordinaria di svolgimento del processo penale l'accesso e la partecipazione "a distanza" (sent. n. 96 del 2021). Nello specifico, il giudice rimettente aveva ritenuto che la norma censurata – là dove prevede che le disposizioni relative allo svolgimento delle udienze pe-

nali mediante collegamento telematico non si applicano, salvo consenso delle parti, alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti – avrebbe, in sostanza, ripristinato quella “in presenza” come modalità ordinaria di svolgimento delle suddette udienze.

Il giudice costituzionale (si noti, nel conferire comunque rilievo al fatto che la disposizione censurata fosse stata convertita dal Parlamento senza modifiche) ha avuto anche qui buon gioco nell’adottare una decisione processuale, dal momento che la questione era stata sollevata dopo che l’udienza di discussione finale si era già svolta con la presenza fisica delle parti; là dove, invece, il requisito della “rilevanza” avrebbe voluto che il giudice interpellasse le parti in ordine all’eventualità che l’udienza potesse svolgersi tramite collegamento telematico in un momento antecedente l’udienza stessa (evitando, peraltro, così gli stessi rischi di contagio che la norma mirava a scongiurare).

Mantenendo la nostra attenzione sulle modalità di svolgimento del processo a distanza a cui si è fatto ricorso anche in ambito penale all’interno della strategia di prevenzione al rischio di diffusione del Covid-19, va ricordata anche la questione portata alla Corte, in cui era stata lamentata l’impossibilità per i detenuti e gli internati sottoposti al regime speciale (*ex art. 41-bis*), a differenza dei detenuti in regime ordinario, di svolgere colloqui con i congiunti o con altre persone mediante collegamenti audiovisivi e strumenti tecnologicamente avanzati negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni. Anche in questo caso sarebbe stato interessante vedere definita la questione nel merito (specie con riguardo alla compatibilità della previsione in rapporto alle peculiarità dei singoli casi e particolarmente al diritto al rispetto alla vita familiare)<sup>11</sup>, se il giudice *a quo* non fosse stato «palesamente» privo di qualsiasi competenza nella materia rispetto alla quale aveva sollevato la questione, per cui la pronuncia non è potuta che essere di inammissibilità (sent. n. 57 del 2021).

---

<sup>11</sup> Al proposito, è significativa quella giurisprudenza della Corte di cassazione che non ammette distinzioni di sorta tra i diversi “tipi” di detenuti, parendo anzi avallare l’idea della necessità, in situazioni particolari, in cui non sia possibile svolgere colloqui in presenza, di garantire comunque l’effettività del diritto al colloquio ai detenuti (in regime di “41-bis”), anche tramite il ricorso alla telematica (v., ad es., Corte cass., sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819; *contra*, Id., 22 marzo 2019, n. 16557).

Sul piano penale sostanziale, tra le questioni indubbiamente più controverse (finanche, in seno allo stesso collegio, com'era emerso a seguito del dissenso reso pubblico dal giudice relatore, sulla decisione adottata ed il suo conseguente avvicendamento per la redazione della sentenza<sup>12</sup>) vi è stata quella concernente il decorso della prescrizione e dei termini di durata massima delle misure cautelari personali, contestualmente alle previsioni, in via generale ed obbligatoria, di rinvii d'ufficio delle udienze e della sospensione dei termini per il compimento di atti nell'ambito dei procedimenti civili e penali, determinate in ragione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 (sent. n. 278 del 2020)<sup>13</sup>. I dubbi di illegittimità costituzionale hanno riguardato i procedimenti penali in atto, di accertamento di fatti commessi antecedentemente all'entrata in vigore della norma, intravedendosi di essa il contrasto con

<sup>12</sup> Cfr., al riguardo, G. Santalucia, *La sospensione della prescrizione dei reati in tempi di pandemia. La Corte costituzionale promuove la legislazione dell'emergenza*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)) dell'11 gennaio 2021.

<sup>13</sup> Parla di «questione indubbiamente complessa» e «che poneva seri problemi di equilibrio tra esigenze contrapposte», dimostrando di condividere le argomentazioni del giudice costituzionale G.L. Gatta, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sistema Penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)) del 26 dicembre 2020. Analogamente, reputa gli argomenti sostenuti dalla Consulta «molto persuasivi» G. Santalucia, *La sospensione della prescrizione dei reati in tempi di pandemia*, cit. Maggiormente articolata è poi la posizione di chi offre una lettura della decisione «secondo tre diversi “livelli di plausibilità”»: un livello di piena e totale condivisione, concernente l'esito a cui essa approda e la forte (ri)affermazione della natura sostanziale della prescrizione; un livello di divisibilità parziale, relativo alla parte in cui si affronta il tema della ratio della prescrizione; ed infine un terzo livello «dove si collocano l'impostazione di fondo e le argomentazioni utilizzate a sostegno della soluzione adottata», considerato quello maggiormente opinabile della pronuncia (cfr. R. Bartoli, *Con una finta la consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, in *sistemapenale.it* dell'8 febbraio 2021). Vi è anche chi nella decisione in questione vede una «linea mediana» tra l'ipotesi di una conferma della rigida irretroattività «declamata ma non perseguita», ed una «processualizzazione» della sospensione della prescrizione (così D. Martire, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)) del 4 maggio 2021, 186). Decisamente critica è, invece, l'approccio di coloro i quali ritengono che vi sia stato un «aggiramento implicito» delle premesse (relative all'inderogabilità del principio di legalità nella sua declinazione di irretroattività) del ragionamento della Corte (cfr., in tal senso, G. Casavecchia, *Irretroattività in malam partem e sospensione della prescrizione causa Covid-19*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)) del 1° giugno 2021, 301.

il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, in ragione dell'allungamento del termine di prescrizione del reato determinato dalla nuova normativa.

Rimarcato l'ampio margine di discrezionalità del legislatore riguardo alla concreta determinazione della durata del tempo di prescrizione dei reati, «censurabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato», la Corte ha invece deciso per l'infondatezza della questione, acconsentendo così alla possibilità che l'interruzione e la sospensione del decorso del tempo di prescrizione dei reati risentano sia pur «indirettamente» del regime processuale (secondo, del resto, una applicazione in senso stretto della regola "*tempus regit actum*"), con la conseguenza di una sostanziale imprevedibilità *ex ante* dell'esatto termine finale in cui tali istituti si compiono ed operano, senza dunque poter svolgere una proiezione retroattiva.

Un'altra questione portata alla Corte, qui addirittura a più riprese, essendo intervenuta, nel frattempo, una restituzione degli atti al giudice *a quo* (ord. n. 185 del 2020) ha riguardato la previsione contenuta nel c.d. "decreto antiscarcerazioni", dell'obbligo del magistrato o del tribunale di sorveglianza, una volta concessi la detenzione domiciliare o il differimento della pena per motivi legati alla pandemia dei condannati e degli internati per una serie di gravi reati, di procedere alla valutazione della permanenza di tali motivi entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento, e successivamente a cadenza mensile (previa l'acquisizione del parere delle competenti procure antimafia e di una serie di informazioni da parte dell'amministrazione penitenziaria e dell'amministrazione sanitaria). Dopodiché, in esito ad una siffatta (ri)valutazione, il giudice avrebbe potuto revocare la misura già concessa, con provvedimento immediatamente esecutivo. Ciò che più precisamente si è lamentato nell'occasione, è stata la mancanza, nell'ambito della procedura, di «spazi di adeguato formale coinvolgimento della difesa tecnica dell'interessato», a cui non sarebbe dato accesso ai pareri e alla documentazione acquisita dal magistrato di sorveglianza e che pertanto sarebbe tenuta all'oscuro degli elementi essenziali, acquisiti durante l'istruttoria, sui quali l'autorità giudiziaria formerebbe il proprio convincimento sulla possibilità di una revoca della misura extramuraria in essere. Di qui, secondo il magistrato di sorveglianza di Spoleto, la «carenza assoluta di contraddittorio rispetto

alla parte pubblica» nella fase di rivalutazione dell'originario provvedimento di concessione<sup>14</sup>.

La Corte, avallato l'intento del legislatore di verificare a cadenze temporali ravvicinate durante l'intero corso della misura disposta, la perdurante attualità del bilanciamento tra le imprescindibili esigenze di salvaguardia della salute del detenuto e le altrettanto pressanti ragioni di tutela della sicurezza pubblica derivanti dalla speciale pericolosità sociale dei destinatari della misura sottoposti ad un siffatto speciale regime penitenziario (*ex art. 41-bis ordin. penit.*), si è pronunciata per l'infondatezza della questione (sent. n. 245 del 2020), in ragione, in ultima analisi, della sostanziale "neutralità" dell'eventuale revoca del provvedimento di concessione del beneficio da parte del magistrato sul condannato, e sui suoi diritti: specie in considerazione del fatto che gli *standard* di tutela della salute e la tutela stessa del fondamentale diritto di difesa non sarebbero stati compromessi dalla norma indubbiata, stante «l'identica condizione nella quale si trovava al momento della originaria decisione interinale del magistrato sull'istanza di applicazione provvisoria della misura»<sup>15</sup>.

## 6. *La Consulta dinanzi al sistema delle fonti del diritto*

Le osservazioni appena opportunamente introducono, ci pare, ai profili messi in tensione dal virus (anche) come si è accennato in apertura, sul piano dell'assetto delle fonti del diritto per far fronte all'emergenza.

Tra le questioni maggiormente controverse sorte durante le prime fasi di *lockdown*, di cui ha dato prova una triade di pronunce della Corte costituzionale, vi è stata la scelta e quindi l'impiego

<sup>14</sup> Cfr., per una prima lettura della decisione, E. Andolfatto, *Un'ordinanza interlocutoria della Consulta sul "decreto antiscarcerazioni"*, in *Sistema Penale* ([www.sistema-penale.it](http://www.sistema-penale.it)) del 1° agosto 2021; evidenzia la tensione a cui è stata «spesso» sottoposta la tutela dei diritti fondamentali dalla normativa *sub iudice* in materia penale M. Gialuz, *Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c'è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione*, in *Sistema Penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)) del 5 giugno 2020.

<sup>15</sup> Cfr., in senso critico rispetto alla pronuncia, F. Della Casa, *Decreto "antiscarcerazioni". Corte cost. n. 245 del 2020: una declaratoria di infondatezza non sempre atenta alle argomentazioni dei giudici a quibus*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)) del 14 gennaio 2021.

della strumentazione normativa (spec. decreti-legge e d.p.c.m.) a disposizione (cfr. *infra*). Le prime due decisioni “sorelle” (e, cioè, l’ord. n. 66 del 2021 e l’ord. n. 67 del 2021), sono intervenute nell’ambito di due conflitti interorganici originati, entrambi, da ricorsi di deputati, lamentandosi la violazione delle norme sulla produzione legislativa causata dall’adozione massiccia di decreti ministeriali e soprattutto dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.) per fronteggiare l’emergenza epidemiologica.

Una tale sostanziale rinuncia del Parlamento e la correlativa dislocazione dell’esercizio della funzione regolatoria in capo all’Esecutivo, con la messa in opera di «una attività compulsiva avente il *nomen iuris* di “regolamento”, ma il contenuto di “legge” vera e propria», secondo i ricorrenti sarebbe stata all’origine di un vero e proprio «sovertimento dell’ordine costituzionale». Anche se poi all’origine del conflitto vi è stata la considerazione dell’impatto negativo che una tale dinamica avrebbe avuto sulle prerogative stesse dei singoli parlamentari (specialmente di opposizione), i quali si sarebbero trovati impossibilitati ad intervenire sulle singole misure concretamente coercitive, non potendo farsi partecipi, tra l’altro, del dibattito parlamentare. Ebbene, La Corte è stata *tranchante* nel dichiarare l’inammissibilità dei ricorsi, in quanto mentre non vi sarebbe stata alcuna negazione o menomazione delle prerogative dei singoli parlamentari (che, anzi, avevano partecipato al confronto in aula, esercitando concretamente le proprie funzioni costituzionali), della distorsione degli strumenti normativi si sarebbe semmai dovuta lamentare più propriamente l’intera Camera di appartenenza dei deputati ricorrenti, posto che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere (art. 70 Cost.). Là dove «decidendo di non decidere nel merito», secondo parte della dottrina essa «almeno per il momento», avrebbe inteso preservare la stabilità di un sistema già ampiamente sotto stress da tutti i punti di vista<sup>16</sup>.

Un profilo che merita senz’altro di essere richiamato, sebbene parimenti non sia stato affrontato nel merito dal giudice costituzionale, ma che potrebbe rilevare in futuro, ha riguardato la lamentata violazione da parte dei medesimi ricorrenti di tutti «i diritti fonda-

---

<sup>16</sup> Così, condividendo l’assunto, J. Ferracuti, *La gestione dell’emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) dell’11 maggio 2021, 387.

mentali costituzionalmente garantiti», in ragione della sostanziale «quarantena» di «tutti i cittadini italiani sani» e la più generale «chiusura dell'intero paese» a cui l'Esecutivo avrebbe costretto. Di qui il richiamo dell'obbligo di rimanere nelle mura domestiche; della chiusura delle attività commerciali e delle università e scuole di ogni ordine e grado; nonché dell'obbligo «generalizzato» di soggiacere a plurimi trattamenti sanitari invasivi come mascherine, tamponi, e termoscanner «in assenza di consenso o in carenza rilevante di consenso», nonché di quello di restare chiusi nelle proprie abitazioni indipendentemente dal proprio stato di salute e dal rischio concreto di contagiare ed essere infettati,

Sul versante dei diritti politici, un cenno va fatto ad un profilo particolarmente problematico emerso durante il *lockdown*, e cioè l'impossibilità di recarsi al voto, ed il rinvio dei vari appuntamenti elettorali e referendari che, invece che nella primavera, sono stati svolti nell'autunno, in corrispondenza di un generale miglioramento della situazione. Tale profilo, che aveva portato tra l'altro a ragionare sulla necessaria dotazione di strumenti di voto "a distanza", si è presentato davanti alla Corte nella particolare declinazione della raccolta delle sottoscrizioni a sostegno delle varie candidature. Oggetto del contendere è stata qui la disposta riduzione del numero minimo di sottoscrizioni ad un terzo, essendo stata una associazione politica nell'ambito di un conflitto interorganico a lamentare il «cattivo utilizzo» del potere legislativo da parte di Camera e Senato, in ragione della mancata previsione (anche) in favore dei partiti politici già presenti in Parlamento, di una vera e propria esenzione dal suddetto obbligo. Tuttavia, la vicenda si è risolta con una pronuncia di inammissibilità del conflitto sotto il profilo soggettivo, avendo la Corte confermato il proprio orientamento contrario al riconoscimento della loro legittimazione quali poteri dello Stato, senza entrare dunque nel merito delle altre questioni portate alla sua attenzione.

#### 7. *Corte, Governo e Regioni nella crisi pandemica. La profilassi internazionale*

Giunti a questo punto, va osservato come il giudice delle leggi avesse già avuto occasione di chiarire taluni dubbi di costituzionalità che gli erano stati prospettati sulla strumentazione normativa emergenziale, con specifica attenzione ai rapporti tra Stato e Re-

gioni (sent. n. 37 del 2021)<sup>17</sup>. La Corte aveva allora rimarcato l'«ovvietà» del fatto che ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione avrebbe avuto ripercussioni sulla capacità di trasmissione della malattia (anche) oltre le frontiere nazionali e tra Stati «confinanti o meno», data la portata «globale» di «un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari». Di qui, dunque, l'importanza ed imprescindibilità dell'adozione ed attuazione delle misure di profilassi internazionale e la collocazione della relativa potestà legislativa tra quelle di esclusiva competenza dello Stato (*ex art. 117, c. 2, lett. q)* della Costituzione)<sup>18</sup>. così da garantirsi la vigenza di norme omogenee su tutto il territorio nazionale, e l'«uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»; benché, poi, la Corte abbia ritenuto comunque necessario garantire il coinvolgimento delle strutture regionali dotate di attribuzioni sanitarie e di protezione civile e l'impiego delle relative energie e risorse, non escludendo nemmeno la possibilità «di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Offre una approfondita lettura della decisione in questione vedendovi «la punta dell'iceberg del contrasto che, con l'inizio della pandemia, sta interessando i rapporti tra Stato e regioni» M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)* del 26 aprile 2021, 1 e ss.

<sup>18</sup> Cfr., *amplius*, sul punto R. Nigro, *La sentenza della corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti Regionali (www.dirittiregionali.it)* del 5 giugno 2021, 423 e ss.

<sup>19</sup> Non si dice convinta dell'automatismo per il quale ogni intervento volto ad intensificare o ad alleggerire le misure anti-Covid dovrebbe necessariamente ridondare nell'esportazione del virus oltre confine Morana, ritenendo che una cosa sia, infatti, richiamare la sussistenza di una responsabilità internazionale dello Stato nell'evitare la diffusione del contagio, o constatare la facile trasmissibilità internazionale della malattia; altra cosa, invece, asserire che per scongiurare le potenziali ed eventuali ricadute al di là delle frontiere l'unico possibile livello di intervento sia quello statale (così 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 (www.forumcostituzionale.it)* del 17 aprile 2021, 15). Dal canto suo, considera il percorso argomentativo che ha condotto la Corte ad affermare la competenza statale come «il frutto di alcune forzature interpretative del dettato costituzionale», attraverso le quali si sono dati alla materia esclusiva «profilassi internazionale» un significato ed una portata prima sconosciuti, G. Menegus, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali (www.forumcostituzionale.it)* del 13 maggio 2021, 101).

È in quest'ottica, pertanto, che vanno inquadrare alcune pronunce (talora, peraltro, solo indirettamente occasionate dall'evento pandemico) con cui è stata affermata la spettanza esclusiva al legislatore statale della relativa competenza. Ci si riferisce, in particolare, all'adozione di misure di proroga delle concessioni di servizi di trasporto pubblico locale (sent. n. 38 del 2021); alla disciplina delle gare per la (ri)attribuzione delle concessioni del gioco del bingo (sent. n. 49 del 2021), per le concessioni su beni demaniali marittimi e al rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati, pur sempre, dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 (sent. n. 222 del 2020).

Non ha trovato, invece, ingresso il conflitto di attribuzione tra enti promosso dal coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori, il quale, agendo «in via suppletiva dello Stato», aveva denunciato le «numerose» dichiarazioni «di segno opposto a quelle dello Stato» ed i successivi «comportamenti formali posti in essere» da alcune regioni (spec. Veneto e Lombardia), con riguardo alla riapertura delle attività produttive e commerciali, in violazione delle attribuzioni costituzionalmente riservate al legislatore statale; lamentandosi, altresì, il più generale rischio «di infrangere» «l'unità» dello Stato stesso (ord. n. 175 del 2020). Ora, al di là dell'esito di manifesta inammissibilità, essendo, il ricorso, stato presentato secondo la Corte a fini meramente consultivi e sulla base di motivazioni puramente congetturali, la vicenda risulta di sicuro interesse in quanto prova del «grave caos» nei rapporti fra Governo e Regioni originatosi nelle prime fasi di gestione dell'emergenza epidemiologica. Per non dire di come si sia allora palesato, forse per la prima volta così concretamente, la possibilità dell'innescò di quel «giudizio fantasma» che è il conflitto tra regioni, a causa delle importanti ricadute delle diverse scelte politiche – spec. di apertura/chiusura – compiute da enti territoriali confinanti<sup>20</sup>.

#### 8. *(Segue) La sospensione “in via emergenziale” di una legge regionale*

La crisi pandemica, con qualche paradosso, non solo ha dato origine ad una trama di regole affatto nuove, che, peraltro, non

<sup>20</sup> Cfr., per un commento a prima lettura, G. Menegatto, *Cronaca di un'iniziativa singolare, a margine di Corte cost., ord. n. 175/2020*, in *IUS in itinere* ([iusinitinere.it](http://iusinitinere.it)).

pare irragionevole ritenere come destinate a lasciare una forte impronta anche per gli auspicati tempi ordinari, ma ha offerto l'occasione della prima sperimentazione di un istituto processuale la cui disciplina era ormai vigente da circa un ventennio, ma che non aveva trovato, secondo la giurisprudenza costituzionale, ancora implementati di fatto i requisiti per farvi concreta attuazione<sup>21</sup>. Ci si riferisce alla facoltà riconosciuta alla Corte di sospendere l'efficacia di una legge impugnata dalla via principale anche senza sollecitazione della parte interessata.

Con l'ordinanza n. 4 del 2021, infatti, la Corte ha sospeso l'efficacia della legge regionale della Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11, con cui si sarebbe inteso consentire talune attività sociali ed economiche, nel rispetto dei protocolli di sicurezza, ma anche in deroga a quanto contrariamente stabilito dalla normativa statale recante misure di contrasto alla pandemia da Covid-19.

Al di là delle questioni strettamente di merito, che non possono essere qui trattate, e di quelle più propriamente istituzionali generate dalla pandemia, non v'è dubbio che la decisione in parola sia destinata a costituire un *leading case* per aver legato un fatto, estremamente delicato e fino a qualche tempo fa anche difficilmente concepibile, come la sospensione di una legge ad un evento di una gravità tale da ritenerne (auspicabilmente) difficile la ripetibilità, come crediamo possa essere considerata la pandemia da Covid-19<sup>22</sup>. Di qui, ci pare, una configurazione giurisprudenziale dell'istituto della sospensione (pur se una rondine non fa primavera ...) molto rigorosa, anche guardandosi alla circostanza di avere la Corte cumulativamente motivato sulla base di due presupposti che la legge espone come chiaramente alternativi<sup>23</sup>. Peraltro, l'ordinanza

---

<sup>21</sup> Cfr. *amplius* al riguardo A. Lo Calzo, *La "parsimonia cautelare" della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)) del 4 maggio 2021, 189 e ss.

<sup>22</sup> Evidenzia i punti di contatto tra l'eccezionalità dell'evento pandemico e la strategia decisionale della Consulta, in partic., A. Conzutti, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) del 23 febbraio 2021, 252 e ss.

<sup>23</sup> Cfr., al riguardo, N. Miniscalco, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) del 29 marzo 2021, 225 e ss.; e E. Rossi, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)) del 6 aprile 2021, 164.

è risultata poi univocamente anticipatrice della soluzione di merito (avvenuta a poco meno di due mesi ad opera della già menzionata sent. n. 37 del 2021)<sup>24</sup>, statuendo già in senso positivo sulla sussistenza (come si è anticipato *supra*) di «una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia» ad emettere le misure contraddette dalla Regione, preso atto dell'«effetto a cascata» che sarebbe derivato dalla maggiore tolleranza del legislatore regionale rispetto alle misure di contenimento previste dallo Stato con un correlato aggravamento del rischio di diffusione del virus, a scapito non solo dell'interesse pubblico alla prevenzione dal contagio, ma anche e prima ancora di diritti fondamentali dei cittadini.

Dal che la conclusione per cui anche su questo versante la crisi pandemica ha costituito un rilevante fattore di avanzamento operativo della Corte, restando da chiedersi quanto, oltre alla pandemia, possa aver concorso a determinare la Corte stessa a questo suo primo esperimento la, tutto sommato circoscritta, efficacia del provvedimento (in un ambito solo regionale, anche di non rilevante incidenza territoriale e personale), ma restando, per converso, problematico che l'urgenza del provvedere impedisca, come la Corte tende ad accreditare, una più oculata, anche se non particolareggiata, selezione degli effetti ed autorizzi, pertanto, come nella specie, l'annichilimento temporaneo dell'intera legge al di là delle più analitiche richieste riferite alla parte.

(31 maggio 2021)

### *Abstract*

Gli effetti generati dalla crisi pandemica, in un quadro di generale subbuglio ordinamentale, non hanno mancato di influenzare i lavori della

<sup>24</sup> Annoteremo questa decisione (ma cfr. anche l'ord. n. 4 del 2021, cit.) tra quelle che hanno visto la Corte costituzionale assumere una «interpretazione finalisticamente restrittiva delle competenze regionali» B. Caravita, in *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)) del 21 aprile 2021, 2; cfr., in senso analogo, R. Dickmann, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)) del 10 febbraio 2021, 118 e ss.; A. Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, *ivi*, 7 aprile 2021, 309 e ss.; M. Rubechi, *Due "nuove" rondini... fanno primavera? Considerazioni su recenti tendenze del regionalismo italiano*, *ivi*, 7 aprile 2021, 254 e ss.; C. Caruso, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)) del 13 aprile 2021.

Corte costituzionale sotto un duplice profilo, procedurale e sostanziale. Sul piano processuale, la difficoltà di svolgere tutte le attività basate sulla presenza, ha posto la Consulta dinnanzi all'esigenza di predisporre nuove modalità di lavoro compatibili con le limitazioni imposte dalla pandemia. Sul piano sostanziale, la Corte si è trovata ad affrontare diverse questioni riguardanti l'assetto delle fonti del diritto messe in campo per far fronte all'emergenza. Attraverso l'analisi di questi due binari paralleli, il contributo si pone l'obiettivo di proporre una prima visione organica dell'approccio della Corte costituzionale al fenomeno pandemico e alle sue implicazioni costituzionali.

The effects generated by the pandemic crisis, within a framework of general legal turmoil, have not failed to influence the work of the Constitutional Court from both a procedural and substantive point of view. On a procedural level, the difficulty of carrying out all the activities based on presence, has placed the Court in front of the need to find new ways of working compatible with the limitations imposed by the pandemic. On a substantive level, the Court had to deal with various questions concerning the structure of the sources of law put in place to deal with the emergency. Through the analysis of these parallel tracks, the contribution aims to propose a first organic vision of the Constitutional Court' approach to the pandemic phenomenon and its constitutional implications.



ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU

IL CONSIGLIO COSTITUZIONALE FRANCESE  
DI FRONTE ALL'EMERGENZA SANITARIA,  
TRA TUTELA (EFFETTIVA) DELLO STATO DI DIRITTO  
E TUTELA (DISATTESA) DEI DIRITTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il modello “*lockdown*” e il rafforzamento dei poteri dell'Esecutivo. – 2. La risposta normativa alla pandemia: brevi cenni sulle misure emergenziali adottate. – 3. La prima fase della giurisprudenza sullo stato d'emergenza: una giurisprudenza timida a sostegno dell'Esecutivo. – *a*) La validazione della legge organica sulla sospensione dei termini di rinvio delle questioni incidentali e la sanabilità di un'incostituzionalità per vizio procedurale in nome delle “circostanze particolari”. – *b*) La validazione di un regime eccezionale *praeter constitutionem* e una prima timida difesa della libertà individuale. – *c*) Le prime QPC e il *self restraint* davanti alla domanda di tutela di diritti fondamentali. – 4. Le ultime pronunce del Consiglio costituzionale: una giurisprudenza più decisa, ma a garanzia dello Stato di diritto più che dei diritti. – 5. Qualche riflessione conclusiva su Covid e corti: i giudici dell'emergenza, tra stato di emergenza e Stato di diritto.

1. *Introduzione. Il modello “lockdown” e il rafforzamento dei poteri dell'Esecutivo*

Trecentotrentasette giorni di stato di emergenza, centotrenta giorni di confinamento della popolazione, centonovantotto giorni di coprifuoco, oltre sette mesi di chiusura di cinema, teatri e musei, di bar e ristoranti e di numerose altre attività: questo il bilancio più visibile delle restrizioni imposte sul territorio francese per il contenimento dell'epidemia di Covid-19, bilancio che costituisce peraltro solo la punta dell'iceberg rispetto al totale di misure adottate nel corso di oltre un anno di crisi sanitaria<sup>1</sup>, dal 17 marzo 2020 al 30 giugno 2021.

---

<sup>1</sup> Punta dell'iceberg, perché si tratta delle limitazioni più visibili, in quanto riguardanti l'insieme della popolazione, ma al di sotto delle quali si nasconde una base meno visibile e pertanto meno presente nel dibattito pubblico, che riguarda restrizioni

La Francia, così come l'Italia, fa dunque parte di quei paesi che hanno optato per il modello “*lockdown*”, secondo il quale la lotta all'epidemia (o, meglio, il tentativo di scongiurare il collasso del sistema sanitario messo sotto pressione dall'epidemia) non è stata fondata principalmente su raccomandazioni e appelli al senso civico e sul tracciamento delle persone positive al virus – tutte strategie comunque utilizzate in particolare nella fase estiva, seppur con scarso successo – ma sull'imposizione di divieti e di forti limitazioni delle libertà, corredate dalle relative sanzioni. E come in Italia, ma si tratta in realtà di una tendenza osservabile in tutti gli ordinamenti che si sono confrontati con la pandemia, seppur con forme e intensità diverse, questa risposta alla crisi sanitaria si è tradotta in un rafforzamento dei poteri dell'Esecutivo a discapito del ruolo del Parlamento.

Davanti a qualunque crisi – e gli esempi non sono mancati negli ultimi vent'anni – i tempi parlamentari del dibattito legislativo sono considerati come eccessivamente lunghi e pertanto incompatibili con l'esigenza di reagire e agire rapidamente dinanzi all'urgenza<sup>2</sup>. A questa generale constatazione si è aggiunta, durante la pandemia, una concreta difficoltà legata non solo ai tempi ma anche alle condizioni concrete di lavoro dei Parlamenti<sup>3</sup>. Tali circostanze hanno portato, in Francia, ad una netta predominanza dell'azione dell'Esecutivo durante la crisi sanitaria, con il Parlamento essenzialmente relegato ad una funzione di validazione e controllo. Nella forma di governo della Quinta Repubblica francese, peraltro, questa predominanza del potere esecutivo è già la conseguenza di

---

di libertà fondamentali a danno di alcune porzioni della popolazione, in alcuni casi peraltro già vessate da condizioni di marginalizzazione che si sono aggravate in periodo di crisi sanitaria. Tra queste, come vedremo, una delle più flagranti riguarda la restrizione della libertà individuale dei detenuti, sottoposti a proroghe automatiche della detenzione. Per le date di vigenza dello stato d'emergenza, si veda *infra* nota 28.

<sup>2</sup> A questa tendenza se ne accompagna spesso un'altra, che trova in Francia uno dei suoi parossismi, quella alla “presidenzializzazione”, ovvero al rafforzamento dell'organo monocratico all'interno dell'organo collegiale dell'esecutivo: A. Di Giovine, *Un modello di democrazia in linea con i tempi*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino (cur.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2007, 1 ss.

<sup>3</sup> Sulle modifiche all'organizzazione dei lavori delle assemblee francesi durante la crisi sanitaria si veda: E. Lemaire, *Le Parlement face au Covid 19 (1/2 e 2/2)*, *Jus Politicum*, 2 e 13 aprile 2020; per una panoramica comparata: I. Bar-Simon-Tov, *Parliamentary Activity and Legislative Oversight during the Coronavirus Pandemic. A Comparative Overview*, 22 marzo 2020, [www.researchgate.net/publication/340091555](http://www.researchgate.net/publication/340091555).

una razionalizzazione parlamentare piuttosto forte, per effetto della quale il Governo francese è dotato, anche in periodo “normale”, di numerosi ed efficaci strumenti di intervento normativo autonomo o di pressione sull’attività legislativa del Parlamento. In circostanze straordinarie, poi, la preminenza del ruolo dell’Esecutivo è rafforzata dalla possibilità di mettere in atto dei regimi di eccezione, cui è andato ad aggiungersi, come vedremo, un nuovo strumento normativo, costituito dallo stato d’emergenza sanitaria<sup>4</sup>.

Il Parlamento ha invero consentito e implicitamente sostenuto l’esercizio da parte del Governo di competenze straordinarie, accogliendo il tacito e condiviso appello all’unità nazionale per fronteggiare l’emergenza e astenendosi così dal mettere in discussione o anche solo dal rallentare, almeno in un primo momento, le strategie dell’Esecutivo<sup>5</sup>. Esso ha tuttavia preteso di vedersi attribuite delle funzioni di controllo, come contropartita dei poteri di decisione delegati al governo<sup>6</sup>: la legge sullo stato di emergenza sanitaria è infatti andata a rafforzare le competenze del Parlamento, istituendo, al di là dei normali poteri di informazione e di inchiesta, degli obblighi di informazione costante dei parlamentari sul fondamento e sulla portata delle misure adottate dal Governo e disponendo altresì un obbligo di autorizzazione per la proroga dello stato di emergenza sanitaria<sup>7</sup>. Tuttavia, spostandoci dal dettato normativo alla pratica, il bilancio della funzione di controllo parlamentare non è completamente soddisfacente, in ragione di una forte subordinazione della maggioranza parlamentare all’Esecutivo, che prende la forma sia di una sottomissione volontaria (in ragione del “fatto maggioritario”)<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Si veda *infra* par. 2.

<sup>5</sup> P. Monge, A. de Montis, *La lutte contre la crise sanitaire provoquée par la Covid-19: un repositionnement stratégique du Parlement au sein des institutions, Confluence des droits* *La revue*, 07/2020.

<sup>6</sup> Intesa in senso ampio, non solo come controllo dell’azione dell’Esecutivo in senso stretto, ma anche come controllo espletato in sede di esame e approvazione dei disegni di legge con cui il Governo chiede il conferimento di poteri normativi straordinari.

<sup>7</sup> Art. 2 della legge, istitutivo dell’art. L. 3131-13 del *Code de la santé publique*. Ai sensi dell’art. 22 della legge, inoltre, la durata delle commissioni d’inchiesta già create è estesa da 6 a 8 mesi, senza che tuttavia essa possa estendersi al di là del 30 settembre 2020.

<sup>8</sup> Uno dei tanti esempi di questa subordinazione del Parlamento al Governo (e indirettamente al Presidente) durante la crisi sanitaria è rappresentato dal voto della legge di proroga dello stato di emergenza sanitaria di novembre 2020: in quell’occasione, i deputati avevano deciso di non approvare la proroga fino al 16 febbraio ri-

che indotta (attraverso gli strumenti a disposizione dell'Esecutivo per interferire sull'organizzazione dell'attività parlamentare)<sup>9</sup>.

Sebbene il Parlamento sia dunque dotato di strumenti per controllare ed eventualmente limitare l'azione del governo nell'ambito dello stato di emergenza sanitaria, questi non appaiono tuttavia idonei o quanto meno sufficienti ad evitare che le misure governative di lotta all'epidemia possano comportare un'eccessiva compressione della tutela dei diritti e libertà<sup>10</sup>. In una tale configurazione, il "contrappeso" alle prerogative straordinarie dell'Esecutivo in tempi di crisi sanitaria riposa sul ruolo di garanzia delle diverse autorità giurisdizionali che, a vario titolo, sono chiamate a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa emergenziale rispetto alle esigenze di tutela dei diritti e delle libertà. Al fine di restituire un quadro significativo anche se non esaustivo del ruolo delle "corti" in Francia al tempo del Covid, il presente contributo intende soffermarsi sul ruolo del Consiglio costituzionale in qualità di garante dei diritti e delle libertà nella giurisprudenza in materia di stato di emergenza sanitario.

Il Consiglio costituzionale francese, adattando fin da subito l'organizzazione del processo alla crisi sanitaria<sup>11</sup>, ha potuto pronunciarsi sulle leggi emergenziali sia in via preventiva che in via incidentale. Ai sensi dell'articolo 61 della Costituzione, infatti, il Consiglio costituzionale controlla obbligatoriamente le leggi organiche

---

chiesta dal Governo e avevano votato un emendamento che fissava il termine al 14 dicembre. Tuttavia, dopo una chiamata all'ordine da parte del ministro della Salute seguita dalla richiesta di una seconda delibera da parte del Governo, i deputati della maggioranza avevano approvato l'emendamento del Governo che reintroduceva il termine del 16 febbraio. Più efficace si è rivelato invece il controllo esercitato dal Senato, la cui maggioranza è differente da quella che sostiene il Governo: si veda E. Lemaire, *Le Parlement face à la crise du Covid 19* (2/2), cit.

<sup>9</sup> Ad esempio, mediante le procedure accelerate. Anche qui, tuttavia, lo zelo della maggioranza parlamentare rende quasi superflui gli strumenti della razionalizzazione, dal momento che le leggi d'iniziativa governativa durante la crisi sono state approvate in termini assai più brevi di quelli previsti dalle procedure.

<sup>10</sup> Sul dibattito parlamentare e dottrinale sull'insufficienza di tali controlli, si veda in particolare A. Gelblat, L. Marguet, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états*, *La Revue des droits de l'homme*, ADL, 20 aprile 2020, e i riferimenti ivi citati.

<sup>11</sup> Sono stati previsti, da un lato, il trasferimento delle udienze pubbliche nella Grande sala del Consiglio, in modo da consentire il distanziamento sociale e, dall'altro, la possibilità per avvocati e parti di partecipare in presenza o tramite videoconferenza. Per un confronto con l'organizzazione dei lavori della Corte costituzionale italiana, si veda il contributo di P. Costanzo e L. Trucco in questa *Rivista*.

adottate dal Parlamento prima della loro promulgazione e può essere chiamato a controllare le leggi ordinarie, su ricorso delle autorità politiche abilitate. In virtù dell'articolo 61-1 introdotto con la revisione costituzionale del 2008, esso può essere altresì investito di questioni incidentali di costituzionalità sorte nell'ambito di un processo (denominate "questioni prioritarie di costituzionalità", di seguito anche QPC). A differenza di altre giurisdizioni costituzionali, l'organo francese è sottoposto a dei termini piuttosto brevi<sup>12</sup>, il che spiega perché l'ordinamento francese conti già un numero cospicuo di pronunce di costituzionalità sulle leggi adottate durante la crisi sanitaria (par. 3 e 4). Nell'impossibilità di analizzare integralmente le diverse pronunce emanate, l'obiettivo del contributo è di analizzare la capacità del giudice costituzionale francese di esercitare la propria funzione contromaggioritaria a garanzia dei diritti e delle libertà, senza tuttavia soffermarsi sui singoli profili trattati nelle differenti pronunce del Consiglio costituzionale<sup>13</sup>.

Prima di analizzare tale giurisprudenza, si darà brevemente conto del dato normativo e in particolare del discusso fondamento giuridico della risposta alla pandemia (par. 2). La giurisprudenza del Consiglio costituzionale sarà quindi esaminata distinguendo due fasi: una prima, dall'inizio della crisi sanitaria alla fine del 2020, durante la quale l'organo ha esercitato in maniera piuttosto timida la propria funzione di controllo, manifestando un certo sostegno delle scelte politiche dell'Esecutivo (par. 3), e una seconda, durante la prima metà del 2021<sup>14</sup>, nella quale l'istituzione si è maggiormente affrancata dalla deferenza nei confronti del Governo, assolvendo così la sua funzione contromaggioritaria a garanzia dei principi dello Stato di diritto, parzialmente vanificata però da un approccio di *self-restraint* protrattosi anche in questa seconda fase con riferimento alla tutela concreta dei diritti (par. 4). Si terminerà quindi con alcune riflessioni sul ruolo dei giudici in periodi di emergenza (par. 5).

<sup>12</sup> In sede di controllo preventivo, infatti, i *Sages* devono pronunciarsi entro il termine di un mese dalla richiesta, ridotto ad 8 giorni ove il Governo dichiara l'urgenza; in sede di controllo incidentale, di norma (ma si veda *infra*, par. 3 a), per una sospensione eccezionale di tali termini), il Consiglio della *rue Montpensier* dispone di un termine di 3 mesi dal rinvio ad opera della Corte di cassazione o del Consiglio di Stato.

<sup>13</sup> In particolare, non saranno analizzati i profili concernenti le relazioni tra i poteri, emerse in particolare nel controllo di costituzionalità sulle procedure parlamentari di adozione della legge e sui regolamenti parlamentari.

<sup>14</sup> Il contributo è aggiornato al 30 giugno 2021.

## 2. *La risposta normativa alla pandemia: brevi cenni sulle misure emergenziali adottate*

In un primo momento la Francia è sembrata sottovalutare l'impatto della crisi sanitaria causata dal Covid-19, nonostante la prossimità geografica con l'epicentro occidentale dell'epidemia, quella Lombardia che ospitava i primi focolai conclamati e nella quale già dalla fine di febbraio erano stati imposti i primi provvedimenti di isolamento. Fino alla prima metà di marzo, il Governo francese aveva continuato ad assicurare che il sistema sanitario sarebbe stato pronto ad assorbire l'onda d'urto della pandemia e che non vi sarebbero stati provvedimenti restrittivi analoghi a quelli che iniziavano ad essere adottati in Italia. Ancora il 12 marzo, pochi giorni prima delle elezioni municipali che si sarebbero tenute il 15 marzo su tutto il territorio francese, il Presidente Macron aveva preannunciato l'adozione di alcune misure di contenimento, invitando tuttavia la popolazione a rendersi alle urne con serenità<sup>15</sup>. Pochi giorni dopo, tuttavia, il cambio di rotta sarà tanto repentino quanto deciso: il 16 marzo, all'indomani delle elezioni che si sono tenute nonostante l'allerta per l'elevato numero di contagi, viene imposto un confinamento generale della popolazione con un decreto del Primo ministro, annunciato dal Presidente in un discorso alla Nazione<sup>16</sup>.

Tale decreto è formalmente emanato sulla base dell'articolo L. 3131-1 del *Code de la santé publique*, che conferisce al ministro della Salute il potere di imporre "nell'interesse della salute pubblica, ogni misura proporzionata ai rischi incorsi e appropriata alle circostanze temporali e locali, al fine di prevenire e limitare le conseguenze di tali rischi sulla salute della popolazione". Tuttavia, tale base giuridica non era ritenuta sufficiente ad attribuire al solo ministro della Salute il potere di imporre una misura così generale e restrittiva come un confinamento generale su tutto il territorio nazionale. E di fatti il decreto è adottato dal Primo ministro, previo rapporto del ministro della salute e del ministro dell'Interno, ed è altresì fondato sui presupposti di fatto delle "circostanze eccezio-

---

<sup>15</sup> Il video e il testo del discorso del Presidente sono disponibili all'indirizzo <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/12/adresse-aux-francais>.

<sup>16</sup> Decreto n. 2020-260 del 16 marzo 2020. Il discorso del Presidente è disponibile sul sito dell'Eliseo: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19>.

nali” e dell’“urgenza”, indicati tra i visa in testa al decreto<sup>17</sup>. Banalizzando il ragionamento, si potrebbe dire che nessuna di queste autorità aveva la piena competenza per adottare un provvedimento di tale portata, ma la “riunione delle loro competenze” ha in qualche modo potuto rafforzare, sulla base delle circostanze eccezionali, la legittimazione *politica* dell’atto, in assenza di una solida legittimazione giuridica, che poggiava su un fondamento piuttosto debole<sup>18</sup>.

Il vero fondamento giuridico della risposta normativa in questa prima fase, che ha visto l’adozione di restrizioni senza precedenti attraverso strumenti di natura regolamentare, riposava infatti su una giurisprudenza risalente, la cosiddetta “teoria delle circostanze eccezionali” elaborata dal Consiglio di Stato durante la Prima guerra mondiale, che permette agli atti amministrativi di derogare alla legge per ragioni legate a circostanze di eccezionale gravità<sup>19</sup>.

Come rilevato dallo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva, all’interno del parere emesso sul progetto di legge istitutivo dello stato di emergenza sanitaria depositato quasi contestualmente all’adozione del decreto, il fondamento del decreto era da considerarsi giuridicamente valido nell’urgenza, ma non avrebbe potuto giustificare l’ulteriore adozione delle misure necessarie per fronteggiare una crisi di tale portata<sup>20</sup>. È perciò con l’obiettivo di fornire

<sup>17</sup> Decreto n. 2020-260, cit.

<sup>18</sup> V. Sizaire, *Un colosse aux pieds d’argile. Les fondements juridiques fragiles de l’urgence sanitaire*, *La revue des droits de l’homme*, ADL, 29 mars 2020.

<sup>19</sup> La prima pronuncia nella quale il Consiglio di Stato ha elaborato tale teoria è la sentenza *CE 28 juin 1918, Heyriès*, che aveva considerato legali le misure disciplinari adottate nei confronti di alcuni funzionari pubblici nonostante la violazione delle ordinarie norme procedurali previste dalla legge. Il Consiglio di Stato aveva allora considerato che, in circostanze eccezionali – quali nel caso di specie la situazione di guerra – i poteri pubblici possono derogare alle regole ordinarie di forma e competenza in nome della continuità del servizio pubblico, sotto il controllo del giudice amministrativo, che dovrà verificare la necessità di tali atti in nome di un interesse generale e l’impossibilità per l’amministrazione di rispettare le procedure ordinarie a causa delle circostanze. Con un’altra decisione di qualche mese più tardi, il Consiglio di Stato ha poi applicato la stessa teoria per convalidare delle misure restrittive in materia di libertà di circolazione, ammettendo così che le circostanze eccezionali possano giustificare delle deroghe non solo alle regole di forma e competenza, ma anche a norme sostanziali a garanzia delle libertà: *CE, 28 février 1919, Dames Dol et Laurent*. Per una ricostruzione di tale giurisprudenza, si veda J. de Gliniasty, *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, LGDJ, 2017, 283 ss.

<sup>20</sup> Il progetto di legge è stato sottoposto il 17 marzo al Consiglio di Stato, che si è espresso il 18 marzo, rilevando che “Se la teoria delle circostanze eccezionali ha po-

una cornice legislativa a tali restrizioni che il 23 marzo è stata adottata la legge istitutiva dello stato di emergenza sanitaria<sup>21</sup>. Il duplice scopo di questa legge era così di dotare l'esecutivo di un fondamento giuridico esplicito per i successivi provvedimenti restrittivi, ma altresì di "sanare" i provvedimenti presi fino a quel momento, al punto che, secondo alcuni, il fondamento legislativo del confinamento è in realtà posteriore al decreto che l'ha proclamato<sup>22</sup>.

Lo stato di emergenza sanitaria così istituito è un regime d'eccezione che va ad aggiungersi al già ricco arsenale di regimi eccezionali previsti dall'ordinamento francese. In Francia, infatti, oltre ai regimi eccezionali previsti dalla Costituzione in caso di assedio<sup>23</sup> o di grave minaccia alla Nazione<sup>24</sup>, esiste una legislazione sullo stato di emergenza<sup>25</sup> anteriore alla Costituzione del 1958<sup>26</sup>. Sebbene, se-

---

tuto costituire il fondamento del decreto n. 2020-260 del 16 marzo 2020 [...], l'esistenza di una catastrofe sanitaria rende utile un regime specifico di stato di emergenza al fine di disporre di una cornice d'intervento chiara e organizzata".

<sup>21</sup> La legge n. 2020-290 del 23 marzo ha modificato o creato numerosi articoli all'interno del *Code de la santé publique*, andando a inserire in particolare un nuovo capitolo sull'"*état d'urgence sanitaire*" agli art. L3131-12 à L3131-20.

<sup>22</sup> Tra i tanti commenti in tal senso, si vedano: J. Andriantsimbazovina, *Les régimes de crises à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionnelles*, RDLF, chron. n. 20/2020; A. Bachert-Peretti, X. Magnon, A. Vidal-Naquet, T. Renoux, *État d'urgence sanitaire : traiter l'exception avec les outils de la normalité?*, RFDC, n. 124/2020, 905; J. Boudon, *De quelques problèmes juridiques et politiques dans les circonstances actuelles*, *Blog du Coronavirus du Club des juristes*, 3 avril 2020.

<sup>23</sup> L'art. 36 Cost. disciplina lo stato di assedio.

<sup>24</sup> L'art. 16 Cost. conferisce al Presidente della Repubblica dei poteri eccezionali in ambito regolamentare e legislativo, in deroga alla normale separazione dei poteri, in caso di "minaccia grave e immediata" alle "istituzioni della Repubblica, [al]l'indipendenza della nazione, [al]l'integrità del suo territorio o [al]l'esecuzione di obblighi internazionali", a condizione che "il funzionamento regolare dei poteri pubblici [sia] interrotto".

<sup>25</sup> La nozione di "stato di emergenza" francese non va confusa con lo "stato di emergenza" contemplato dall'ordinamento italiano e disciplinato dal codice della protezione civile. In Italia, infatti, la dichiarazione dello stato di emergenza consente sì di derogare ad alcune regole di diritto comune, ma allo scopo di semplificare l'adozione di misure di soccorso e di riparazione in caso di calamità naturali. In Francia, invece, lo stato di emergenza è nato proprio con un obiettivo securitario, allo scopo di conferire all'esecutivo poteri straordinari in materia di limitazione delle libertà, in deroga ai normali principi di proporzionalità e di separazione dei poteri (si veda: M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011, 99). La prima legge sullo stato di emergenza fu infatti adottata nel 1955 per contrastare le minacce all'ordine pubblico nell'ambito della crisi algerina, e da allora è stata riutilizzata e modificata a più riprese con questo scopo securitario, da ultimo all'indomani degli attentati del 13 novembre 2015.

<sup>26</sup> Legge n. 55-385 del 3 aprile 1955.

condo alcuni, tali cornici normative attribuissero già al Governo gli strumenti sufficienti per far fronte alla crisi sanitaria, è stato ritenuto opportuno prevedere un regime specifico, andando così a confermare la tendenza a legiferare sull'eccezione<sup>27</sup>.

A seguito della dichiarazione di stato di emergenza sanitaria, effettuata con decreto adottato in consiglio dei ministri<sup>28</sup>, il Primo ministro può imporre per decreto restrizioni della libertà di circolazione, della libertà d'impresa, della libertà di riunione, della libertà personale<sup>29</sup>. Inoltre, tramite l'articolo 11 della legge istitutiva dello stato di emergenza sanitaria, il Parlamento ha abilitato il Governo a legiferare tramite *ordonnance*<sup>30</sup> al fine di adottare ulteriori provvedimenti necessari per far fronte alla crisi<sup>31</sup>. Fra questi, saranno presi in considerazione i provvedimenti di riorganizzazione del processo e di adattamento della procedura penale e civile alla crisi sanitaria, che hanno dato luogo a un interessante contenzioso.

La legge sullo stato di emergenza sanitaria autorizza dunque il potere esecutivo a porre in essere, che sia sotto la forma di decreti o di *ordonnance*, restrizioni delle libertà in deroga al diritto co-

---

<sup>27</sup> P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, Blog *Mediapart*, 24 marzo 2020; S. Renard, *L'état d'urgence sanitaire: droit d'exception et exceptions au droit*, *RDLF*, chron. n. 13/2020.

<sup>28</sup> Ai sensi della legge del 23 marzo, lo stato d'emergenza è stato eccezionalmente proclamato la prima volta per due mesi, poi prorogato, con legge dell'11 maggio, per altri due mesi fino al 10 luglio. Il 9 luglio è stato sostituito da una legge che organizzava l'uscita dallo stato di emergenza sanitaria, ma che di fatto introduceva nel diritto comune molte delle misure emergenziali. Il 17 ottobre, a fronte dell'avanzare della "seconda ondata", è stato nuovamente dichiarato su tutto il territorio nazionale per la durata di un mese e prorogato una prima volta con legge del 14 novembre fino al 16 febbraio e, infine, con la legge del 15 febbraio che ne ha disposto un'ulteriore proroga fino al 31 maggio. Esso ha dunque formalmente preso fine il 31 maggio (eccetto in Guinea, dov'è ancora in vigore), ma un regime transitorio è stato disposto con legge del 2 giugno fino al 30 settembre. Per una lista dei provvedimenti adottati, si veda <https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A14016>.

<sup>29</sup> L'elenco delle misure che possono essere adottate è dettato all'articolo L. 3131-15 del *Code de la santé publique*.

<sup>30</sup> L'*ordonnance* prevista dall'art. 38 Cost. è una sorta di decreto legislativo, tramite il quale il Governo, previa abilitazione da parte del Parlamento, può adottare provvedimenti in materie di competenza legislativa, nel rispetto dei limiti temporali e sostanziali imposti dalla legge di abilitazione. Tali atti, in vigore dalla loro pubblicazione, decadono se un progetto di legge di ratifica non viene depositato entro i termini stabiliti dalla legge. Tuttavia, anche in assenza di ratifica da parte del Parlamento, l'*ordonnance* resta in vigore e può essere modificata solo tramite legge. Sul regime giuridico di tali atti, si veda *infra*, par. 3 c).

<sup>31</sup> Art. 11 della legge n. 2020-290 cit.

mune, che non sarebbero ammissibili in periodo normale. Tuttavia, tale deroga non potrebbe intendersi come l'attribuzione di una delega in bianco al Governo per la gestione della crisi, ed infatti le misure, benché emergenziali, devono rispettare il principio di proporzionalità sotto il controllo delle autorità giurisdizionali<sup>32</sup>. I paragrafi seguenti analizzeranno la giurisprudenza del Consiglio costituzionale, mettendo in luce la sua capacità oscillante e non completamente soddisfacente di assicurare tali garanzie.

3. *La prima fase della giurisprudenza sullo stato d'emergenza: una giurisprudenza timida a sostegno dell'Esecutivo*
  - a) *La validazione della legge organica sulla sospensione dei termini di rinvio delle questioni incidentali e la sanabilità di un'incostituzionalità per vizio procedurale in nome delle "circostanze particolari"*

Bisogna innanzitutto segnalare che, proprio per quel senso di unità nazionale davanti all'urgenza che aveva prodotto un consenso generale intorno alle prime misure governative, nessuna delle autorità politiche abilitate ad adire il giudice delle leggi<sup>33</sup> ha rinviato al Consiglio costituzionale la legge del 23 marzo istitutiva del nuovo regime di emergenza<sup>34</sup>.

Il Consiglio è stato però necessariamente chiamato a pronunciarsi sulla legge organica adottata lo stesso giorno<sup>35</sup>, avente ad oggetto la sospensione fino al 30 giugno 2020 dei termini di tre mesi previsti rispettivamente per il rinvio delle questioni prioritarie di

<sup>32</sup> Qui intesa in senso lato e al plurale, per ricomprendere le diverse autorità giurisdizionali che, a vario titolo, sono chiamate a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa emergenziale rispetto alle esigenze di tutela dei diritti e delle libertà. Su questo profilo si tornerà nelle riflessioni conclusive.

<sup>33</sup> Che, ai sensi dell'articolo 61 della Costituzione, sono: il Presidente della Repubblica, il Primo ministro, i Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato e 60 deputati o 60 senatori.

<sup>34</sup> Per una critica a tale scelta, tra gli altri, J.-P. Derosier, *Projet de loi d'urgence: que le Conseil constitutionnel soit saisi!*, *Libération*, 20 marzo 2020, il quale osserva che, richiedendo un controllo d'urgenza ai sensi dell'art. 61, si sarebbe ritardata la promulgazione della legge al massimo di 8 giorni.

<sup>35</sup> Le leggi organiche sono leggi a contenuto costituzionale necessario sottoposte ad un controllo di costituzionalità preventivo obbligatorio, ai sensi dell'articolo 61 c. 1. Con la dec. n. 2020-799 DC del 26 marzo, il *Conseil* si è pronunciato sulla legge organica n. 2020-365, che è stata quindi promulgata il 30 marzo.

costituzionalità da parte delle supreme giurisdizioni e per la decisione delle stesse da parte del giudice costituzionale<sup>36</sup>.

La decisione con cui i Saggi hanno dichiarato conforme alla costituzione tale legge ha suscitato aspre critiche, non solo perché essa sollevava forti dubbi di incostituzionalità<sup>37</sup>, ma anche perché la legge era stata adottata con un'evidente e conclamata violazione di regole costituzionali procedurali che imponevano un termine minimo tra il deposito e l'esame del disegno di legge.

Quanto al primo aspetto, il Consiglio ha considerato che l'articolo unico della legge contestata “si limita a sospendere i termini” entro i quali le supreme giurisdizioni ordinaria e amministrativa e il Consiglio costituzionale dovranno pronunciarsi sulle questioni incidentali e pertanto “non rimette in discussione l'esercizio di tale ricorso né vieta che durante questo periodo sia pronunciata una decisione su una questione prioritaria di costituzionalità”<sup>38</sup>.

Nel merito, la decisione sorprende perché il Consiglio non si avventura nemmeno in un tentativo di controllo – se non della proporzionalità – quantomeno dell'utilità della limitazione di un diritto costituzionalmente garantito<sup>39</sup>. Com'è stato osservato, infatti, tale disposizione, seppur da taluni ritenuta rispondere ad una “necessità evidente, di cui nessuno può negare né l'utilità né l'urgenza”<sup>40</sup>, non sembra in realtà così incontestabilmente necessaria e urgente, in

---

<sup>36</sup> L'articolo unico della legge dispone che “i termini indicati agli art. 23-4, 23-5 e 23-10 [della] legge organica sul *Conseil constitutionnel* sono sospesi fino al 30 giugno 2020”. La legge organica che disciplina la procedura del controllo incidentale introdotto con la revisione del 2008, infatti, prevede, com'è noto, un doppio filtro per le QPC, la cui ricevibilità è valutata prima dal giudice del litigio e poi, entro un termine di tre mesi, dalla Cassazione o dal Consiglio di Stato che, se considerano la questione ricevibile, la rimettono al Consiglio costituzionale, il quale dovrà pronunciarsi a sua volta entro un termine di tre mesi.

<sup>37</sup> Una delle “contribuzioni esterne”, a firma del professor Paul Cassia, sollevava, tra gli altri, un profilo d'incostituzionalità che ci pare quanto meno degno di considerazione, che consiste nella violazione dell'art. 61-1 Cost., il quale dispone che le giurisdizioni supreme si pronuncino “entro un termine determinato”: si veda [www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2020799dc/2020799dc\\_contributions.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020799dc/2020799dc_contributions.pdf).

<sup>38</sup> Dec. n. 2020-799 DC, cit., par. 6.

<sup>39</sup> S. Benzina, *La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, *Blog Jus politicum*, 3 aprile 2020.

<sup>40</sup> Si vedano le osservazioni presentate al *Conseil* dal professor Didier Maus: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2020799dc/2020799dc\\_contributions.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020799dc/2020799dc_contributions.pdf).

quanto la sua dichiarazione di incostituzionalità avrebbe causato degli inconvenienti di trascurabile gravità<sup>41</sup>. Senza la sospensione dei termini per il rinvio delle questioni prioritarie di costituzionalità, infatti, il Consiglio avrebbe potuto rischiare, da un lato, di vedersi rimesse di diritto le questioni sulle quali le supreme giurisdizioni non si fossero pronunciate entro il termine loro impartito<sup>42</sup> e, dall'altro, di trovarsi investito di un numero di questioni tale da non riuscire egli stesso a rispettare il termine di tre mesi, circostanza che avrebbe certo causato un precedente spiacevole e dagli effetti non trascurabili, ma che di per sé non costituisce una violazione assorbita da alcun tipo di sanzione<sup>43</sup>. Appare allora legittimo il sospetto che tale provvedimento, ufficialmente ritenuto necessario per evitare un sovraccarico di lavoro per le supreme giurisdizioni in tempo di pandemia, fosse in realtà ufficiosamente volto ad evitare al Governo di vedere bocciate alcune delle misure da esso fortemente volute per far fronte alla crisi sanitaria e al Consiglio costituzionale l'imbarazzo di doversi pronunciare a caldo sulle misure emergenziali volute dal Governo<sup>44</sup>.

Al di là delle perplessità che può destare la validazione del contenuto della legge, come anticipato, ciò che non può essere passato sotto silenzio è la mancata constatazione di una evidente violazione della Costituzione nella procedura di adozione della legge, che non ha rispettato il termine minimo di quindici giorni tra deposito e esame del disegno di legge, imposto dall'articolo 46 per l'approvazione delle leggi organiche. Nonostante l'esame del dise-

---

<sup>41</sup> In tal senso: S. Benzina, *La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, cit.; J. Jeanneney, *La non-théorie des "circonstances particulières"*, *AJDA*, 2020, 843 ss.

<sup>42</sup> In virtù dell'articolo 23-7 della legge organica sul funzionamento del *Conseil constitutionnel*, infatti, le questioni sulle quali la Corte di cassazione o il Consiglio di Stato non si siano pronunciati sono automaticamente trasmesse al Consiglio costituzionale. Tale rischio è tuttavia da considerarsi più teorico che reale. Entrambe le giurisdizioni supreme si sono infatti impegnate a decidere comunque prontamente e entro i termini abituali: si veda *infra*, par. c).

<sup>43</sup> Esiste peraltro almeno un precedente di decisione resa oltre il termine, in ragione del rinvio di una questione pregiudiziale alla CGUE: dec. n. 2013-314 QPC del 14 giugno 2013.

<sup>44</sup> In tal senso si vedano le osservazioni di M. Kamal, *Le Conseil constitutionnel, esclave de la montre?*, *LPA*, 4 novembre 2020, n. 153, 8, la quale osserva che la stessa disposizione potrebbe però permettere altresì un miglior controllo delle misure emergenziali, grazie alla possibilità di rinviare le altre questione meno urgenti.

gno di legge sia iniziato in Senato il giorno successivo al suo deposito, il Consiglio costituzionale ha ritenuto di non dover censurare la legge per incostituzionalità della procedura “tenuto conto delle circostanze particolari del caso”<sup>45</sup>, senza che sia tuttavia precisato in cosa consistano queste circostanze particolari<sup>46</sup> e perché siano tali da giustificare una deroga a disposizioni costituzionali<sup>47</sup>.

Parte della dottrina è insorta contro quella che è stata definita un’inaccettabile violazione della Costituzione<sup>48</sup>, sia per il disposto della decisione, sia per la sua motivazione che, anche rispetto ai parametri non troppo soddisfacenti propri della giustizia costituzionale *à la française*<sup>49</sup>, appare estremamente carente<sup>50</sup>, col rischio che detta decisione possa costituire un pericoloso precedente a fondamento di future “sanatorie” di violazioni costituzionali. I primi commentatori della decisione avevano infatti rinvenuto nella decisione in questione la formulazione di una “teoria delle circostanze eccezionali” del controllo di costituzionalità analoga a quella soprarichiamata del Consiglio di Stato<sup>51</sup> e, sebbene l’istituzione si sia affrettata a negare tale interpretazione non senza manifestare un certo fastidio<sup>52</sup>, bisogna ri-

<sup>45</sup> Dec. n. 2020-799 DC, cit., par. 3.

<sup>46</sup> Sulla nozione di circostanze particolari nella giurisprudenza amministrativa: J.M. Pontier, *Les circonstances particulières*, AFDA, n. 19/2021, 1077.

<sup>47</sup> Cosa che invece si era premurato di fare il Consiglio di Stato nella giurisprudenza sulle circostanze eccezionali soprarichiamata: si veda *supra* nota 19.

<sup>48</sup> P. Cassia, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, Blog Médiapart, 27 marzo 2020 (tra l’altro autore di una “porte étroite”, oggi rinominata “contribuzione esterna”: si veda *supra*, nota 37; J.-E. Gicquel, *La loi organique Covid-19 et l’irrespect non sanctionné de la Constitution*, *La Gazette du Palais*, 7 aprile 2020, n. 14.

<sup>49</sup> Si vedano in particolare: D. Baranger, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Jus Politicum* n. 7/2012, 5; N. Belloubet, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel: justifier et réformer*, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 55-56, 2017/2-3, 5.

<sup>50</sup> J. Jeanneney, *La non-théorie des “circonstances particulières*, cit., 843.

<sup>51</sup> E. Benoit, *Naissance de la théorie des “circonstances particulières” en droit constitutionnel*, *AJDA*, 2020, 706; M. Charité, *La théorie des «circonstances particulières» dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *RDLF*, chron. n. 41/2020.

<sup>52</sup> Dapprima con un commento rilasciato da un non precisato membro dell’istituzione ad un giornalista (*Le Monde*, 30 marzo 2020), quindi con una dichiarazione del Presidente Laurent Fabius (*Pas d’éclipse des principes fondamentaux du droit*, *Le Figaro*, 17 aprile 2020). Sulla comunicazione del Consiglio costituzionale volta a precisare e orientare l’interpretazione delle sue decisioni, si veda M. Heitzmann-Patin, *La communication des décisions du Conseil constitutionnel français*, in P. Bourdon (cur.), *La communication des décisions du juge administratif*, Lexisnexis, 2020.

conoscere che la lettura della decisione permette molteplici interpretazioni e non consente di escludere che essa possa essere in futuro elevata a teoria giurisprudenziale, andando a costituire il fondamento di successive pronunce.

Vero è che il riferimento alla situazione specifica (“le circostanze particolari del caso”) sembra voler distinguere tale nozione sia dai presupposti previsti dai regimi d’eccezione già contemplati dall’ordinamento<sup>53</sup>, sia da qualunque altra circostanza particolare al di fuori del caso di specie, in modo da limitare l’ambito di applicazione futura di questo pericoloso precedente giurisprudenziale. Tuttavia, la vaghezza della formulazione e l’assenza di esplicite limitazioni temporali e sostanziali producono indubbiamente il rischio che, malgrado le (maldestre) precauzioni adottate per limitare la portata della decisione, “una breccia si sia aperta”, in quanto è stato ammesso che, in talune circostanze, la Costituzione possa essere impunemente violata<sup>54</sup>. Avallando esplicitamente una violazione della Costituzione, la decisione costituisce così essa stessa un *vulnus* costituzionale, tanto più deplorabile per il fatto che tale sforzo argomentativo appare inutile: se, infatti, il Consiglio avesse censurato la legge per mancato rispetto del termine di quindici giorni imposto dall’art. 46 della Costituzione, la stessa legge sarebbe stata riapprovata quindici giorni più tardi, senza arrecare un grande danno all’agenda dei lavori delle supreme giurisdizioni. Com’è stato osservato, invece, piuttosto che prendere il rischio di dover esaminare qualche QPC in più, il Consiglio costituzionale ha preferito ignorare la violazione di un termine imposto dalla Costituzione<sup>55</sup>.

b) *La validazione di un regime eccezionale praeter constitutionem e una prima timida difesa della libertà individuale*

In occasione dell’approvazione della legge di proroga dello stato di emergenza, i parlamentari hanno abbandonato la posizione

<sup>53</sup> I regimi eccezionali previsti dagli art. 16 e 36 Cost., dalla legge sullo stato di emergenza del 1955 e dalla giurisprudenza amministrativa sulle circostanze eccezionali: si veda *supra* par. 2.

<sup>54</sup> J.-B. Jacquin, *Coronavirus: L'état d'urgence sanitaire ouvre des brèches dans l'État de droit*, *Le Monde*, 28 marzo 2020; M. Carpentier, *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel?*, cit.; V. Champeil-Desplats, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020*, *La Revue des droits de l'homme*, ADL, 13 aprile 2020.

<sup>55</sup> V. Champeil-Desplats, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit.

di autolimitazione delle proprie funzioni di controllo nella quale si erano ritirati sotto il peso del senso di unità nazionale e hanno sottoposto la legge al vaglio del consiglio costituzionale<sup>56</sup>. Con la decisione n. 2020-800 dell'11 maggio 2020, il Consiglio costituzionale si è quindi potuto pronunciare per la prima volta sulla legislazione istitutiva dello stato di emergenza sanitaria.

Due aspetti della pronuncia meritano particolare attenzione. Da un lato, il Consiglio costituzionale conferma la conformità rispetto al quadro costituzionale di un regime eccezionale istituito tramite legge ordinaria. Dall'altro, pur convalidando la maggior parte delle disposizioni, il Consiglio si erge timidamente a difensore della libertà individuale dichiarando incostituzionali alcune disposizioni e formulando alcune riserve di interpretazione<sup>57</sup>.

Quanto alla costituzionalità di una legislazione sullo stato di emergenza, il Consiglio rileva laconicamente che il legislatore è competente per adottare un regime eccezionale restrittivo dei diritti e delle libertà tramite legge ordinaria, purché venga assicurata la giusta conciliazione tra l'obiettivo di rango costituzionale perseguito, nel caso di specie la protezione della salute, e i diritti costituzionali oggetto di restrizione. Si tratta di un'affermazione di principio che riprende la conclusione cui la giurisprudenza costituzionale era già pervenuta con riferimento alla legge istitutiva dello stato di emergenza "securitaria" previsto dalla legge del 1955, controllata in occasione della proroga dello stato di emergenza dichiarato in

---

<sup>56</sup> Adito rispettivamente da più di 60 deputati, più di 60 senatori e dal Presidente del Senato, i cui atti di promovimento adeguatamente motivati sulla base di sospetti di incostituzionalità sono andati ad aggiungersi a quello del Presidente della Repubblica, fondato invece su una duplice volontà: di strategia politica, per mostrare il proprio impegno al fine di assicurare, in qualità di garante della Costituzione, che le misure di lotta alla pandemia non si traducano in incostituzionali violazioni dei diritti e delle libertà; di richiesta di un "brevetto di costituzionalità" per una legislazione problematica, secondo una strategia inaugurata in maniera inedita nel 2015, con il rinvio della legge sull'*intelligence*, e riproposta nel 2019, con il rinvio della legge in materia di ordine pubblico durante le manifestazioni.

<sup>57</sup> Si tratta di una tecnica decisionale che può essere assimilata alle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale italiana, in quanto permette al *Conseil constitutionnel* di orientare l'interpretazione delle disposizioni legislative considerate conformi alla Costituzione a condizione che esse siano interpretate nel senso indicato. Su tale tecnica, il riferimento essenziale è al volume di T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, Economica-PUAM, Paris - Aix-en-Provence, 1997.

Nuova Caledonia, ad opera di una legge del 1985<sup>58</sup>. Come già nel 1985, dunque, il silenzio della Costituzione è stato interpretato come una tacita abilitazione, idonea a consentire che, in circostanze eccezionali, lo stato di eccezione venga posto in essere *praeter constitutionem*<sup>59</sup>.

Una volta chiarita l'ammissibilità, in linea di principio, di una legislazione di emergenza, il Consiglio passa quindi alla valutazione della portata delle misure che possono essere adottate ai sensi della legge in questione, che vanno a incidere sulle libertà di circolazione, di espressione e di riunione, di iniziativa economica e sul diritto alla tutela della vita privata. Senza cimentarsi in un vero e proprio controllo di proporzionalità, il giudice costituzionale si limita a rilevare, con riferimento alla quasi totalità delle misure previste, che tale "giusta conciliazione" è stata operata, in quanto il legislatore ha avuto premura di stabilire che le restrizioni devono essere proporzionate all'obiettivo perseguito e che spetta ai giudici valutare che tale proporzionalità sia rispettata<sup>60</sup>.

Più esplicito è il controllo di proporzionalità sulle misure di quarantena e isolamento che, laddove comportino un obbligo di permanenza nello stesso luogo per una durata superiore alle dodici ore giornaliere, devono essere considerate come privative della libertà<sup>61</sup>. Dopo aver ricordato che, ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione, la tutela della libertà individuale è garantita dall'autorità giudiziaria e che affinché tale garanzia sia assicurata il giudice ordinario deve potersi pronunciare su ogni privazione della libertà nel termine più breve possibile, il Consiglio costituzionale formula una riserva di interpretazione di portata additiva, disponendo che il prolungamento oltre 14 giorni delle misure di isolamento o quarantena che impongono una restrizione della libertà di durata supe-

<sup>58</sup> Dec. n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985.

<sup>59</sup> Tuttavia parte della dottrina si è mostrata critica verso l'omissione di una valutazione più attenta sul punto, imputabile anche ad una mancata contestazione debitamente argomentata della compatibilità di un nuovo regime di eccezione a quadro costituzionale costante: A. Bachert-Peretti *et al.*, *L'état d'urgence sanitaire*, cit.

<sup>60</sup> Egli dichiara tuttavia incostituzionali alcune disposizioni in materia di trattamento dei dati personali ai fini del tracciamento delle persone positive: dec. n. 2020-800 QPC dell'11 maggio 2020, par. 70.

<sup>61</sup> *Ibidem*, par. 33. Il controllo di proporzionalità delle restrizioni è quindi articolato negli 11 paragrafi seguenti.

riore a dodici ore giornaliere non possa essere disposto senza l'autorizzazione del giudice ordinario<sup>62</sup>.

Un controllo più approfondito è dedicato anche alle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali ai fini del tracciamento dei malati, che hanno fatto l'oggetto di una dichiarazione d'incostituzionalità parziale<sup>63</sup> e di alcune riserve interpretative. Tali riserve interpretative saranno riprese anche nella decisione sulla successiva legge di proroga dello stato di emergenza del 14 novembre 2020<sup>64</sup>, che per il resto convaliderà il contenuto della legge, effettuando un controllo ristretto analogo a quello sviluppato dal Consiglio su tutte le altre disposizioni della legge dell'11 maggio. In entrambi i casi, infatti, il Consiglio esercita – eccetto per le limitazioni della libertà individuale e della tutela della vita privata – un controllo ristretto dell'errore manifesto, che porta esclusivamente sui presupposti di fatto adottati dal legislatore per giustificare l'adozione della legge, al fine di valutare se, senza sostituire la propria valutazione a quella del legislatore, quest'ultima non appaia “manifestamente inadeguata”.

Anche ove non vi sia esplicita menzione delle “circostanze particolari” che varrebbero a giustificare l'approccio di *self restraint* da parte del giudice costituzionale, tale approccio appare comunque fondato sulle circostanze di fatto legate alla pandemia, prese in considerazione esplicitamente<sup>65</sup> o implicitamente nell'ambito del controllo dell'errore manifesto e dell'obiettivo perseguito dal legislatore<sup>66</sup>. Come accennato, il controllo ristretto cede tuttavia il passo ad un controllo più pieno in materia di libertà individuale, anche se come vedremo, l'imperativo della tutela giurisdizionale della libertà individuale non varrà ad accordarle una tutela adeguata in altre pronunce.

<sup>62</sup> *Ibidem*, par. 46.

<sup>63</sup> Sul trasferimento dei dati personali a degli organismi sociali, ritenuto non necessario ai fini della lotta all'epidemia, par. 70.

<sup>64</sup> Dec. n. 2020-808 DC.

<sup>65</sup> Come nella decisione n. 808 del 14 novembre, dove il Consiglio sottolinea che le misure legislative sono fondate su un presupposto di fatto (“l'esistenza di una catastrofe sanitaria”) e sulla sua “prevedibile persistenza”, secondo una previsione “corroborata dai pareri [...] del comitato scientifico” (par. 6).

<sup>66</sup> Come nella dec. n. 800 dell'11 maggio. In questo senso, A. Pena, *La liberté individuelle face au Covid-19, LPA*, 1 Dic. 2020, n° 155, p. 8; V. Goesel-Le Bihan, *La décision n° 2020-808 DC et le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur, AJDA*, n. 42/2020, 239.

c) *Le prime QPC e il self restraint davanti alla domanda di tutela di diritti fondamentali*

Come si ricorderà, uno dei primi provvedimenti voluti dal Governo per far fronte alla crisi sanitaria prevedeva la sospensione dei termini per il rinvio delle questioni prioritarie di costituzionalità. Tuttavia, gli obiettivi perseguiti da tale provvedimento sono stati parzialmente vanificati dall'attitudine delle supreme giurisdizioni ordinaria e amministrativa, che hanno comunque voluto assicurare un esame rapido delle questioni sottoposte al loro filtraggio<sup>67</sup>. In questa prima fase, il Consiglio è stato così chiamato a pronunciarsi su tre QPC, due delle quali in materia di riorganizzazione delle regole del processo e della detenzione, che faranno l'oggetto dell'analisi del presente paragrafo<sup>68</sup>.

Come accennato, una delle disposizioni della legge istitutiva dello stato di emergenza sanitaria portava sull'abilitazione del Governo ad adottare tramite *ordonnance* disposizioni di natura legislativa per adattare l'organizzazione e il funzionamento della giustizia alla crisi sanitaria, in particolare modificando le regole sulla partecipazione alle udienze mediante videoconferenza<sup>69</sup> e prevedendo la proroga dei termini di detenzione provvisoria<sup>70</sup>. Sul fondamento di tali disposizioni era stata adottata, il 25 marzo, l'*ordonnance* n. 2020-303, il cui articolo 16 prevedeva il prolungamento automatico delle detenzioni provvisorie che giungessero al termine durante lo stato di emergenza sanitaria. Quest'ultima disposizione aveva attirato le critiche della società civile e della dottrina<sup>71</sup>, tanto da essere

---

<sup>67</sup> Il Consiglio di Stato ha deciso in pochi giorni sulla trasmissione delle prime QPC rinviategli, decidendo nel senso del rigetto. La Corte di cassazione, si è espressamente impegnata, tramite un comunicato del 10 aprile, a decidere prontamente sulla trasmissione delle QPC <https://www.courdecassation.fr/IMG/Fiche%20%20-%20COVID19%20-%20Proc%C3%A9dure%20p%C3%A9nale.pdf>. Sebbene anch'essa abbia rigettato alcune questioni, ne ha altresì trasmesse rapidamente altre.

<sup>68</sup> La terza, la dec. n. 2020-869 QPC del 4 dicembre 2020 che dichiara la conformità alla Costituzione delle norme che prevedono l'applicabilità delle disposizioni dello stato di emergenza sanitaria in Nuova Caledonia, non farà l'oggetto delle presenti considerazioni.

<sup>69</sup> Art. 11, par. I, punto 2°, c) della legge n° 2020-290, cit.

<sup>70</sup> Art. 11, par. I, punto 2°, par. d) della legge n° 2020-290, cit.

<sup>71</sup> Che ha parlato di uno "Stato di diritto in quarantena": H. Pauliat, *Détention provisoire prolongée de plein droit: l'État de droit en quarantaine?*, JCP administration et Collectivités territoriales, n. 17/2020, 2129; nello stesso senso J.-B. Perrier, *La proro-*

modificata con la legge di proroga dello stato di emergenza dell'11 maggio<sup>72</sup>. Tuttavia, poche settimane di applicazione sono bastate perché le prime QPC fossero sollevate. Di fatti, il 26 maggio, la Cassazione ha rinviato al Consiglio costituzionale una QPC avente ad oggetto non l'articolo 16 dell'*ordonnance* – considerata ancora un atto amministrativo nelle more del termine di ratifica<sup>73</sup> – ma la disposizione legislativa che ne costituiva il fondamento.

Ciò ha permesso al Consiglio di astenersi dal constatare l'incostruzionalità di tale disciplina<sup>74</sup>, rilevando che le disposizioni oggetto della QPC non violano di per sé la Costituzione in quanto l'eventuale violazione che viene contestata non sarebbe causata dalla legge di abilitazione – che non prevede di per sé la proroga automatica della detenzione provvisoria e non esclude l'intervento dell'autorità giurisdizionale – ma semmai dalle disposizioni dell'ordinanza adottata sulla base di tale abilitazione.

Con tale pronuncia pilatesca, il Consiglio riesce così, senza dover fare espressamente appello alla ragion di Stato o alle circostanze eccezionali, a evitare di pronunciarsi su una disposizione che costituisce un'evidente violazione di uno dei principi fondatori dello Stato di diritto, quella garanzia giurisdizionale della libertà dagli arresti che trova la sua radice nell'*habeas corpus*. Tuttavia, con un lungo *obiter dictum* sul valore delle *ordonnance*<sup>75</sup>, si arroga la competenza a controllare le disposizioni di valore legislativo contenute in ordinanze non ratificate, lasciando così uno spiraglio aperto a future questioni incidentali aventi ad oggetto le disposizioni dell'ordinanza. Questa soluzione processuale permette pertanto ai *Sages* di mantenere ferma la loro posizione sull'indefettibilità, anche in periodo di emergenza, delle garanzie giurisdizionali della libertà indi-

---

*gation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit*, Dalloz actualité, 9 aprile 2020.

<sup>72</sup> Legge n. 2020-546 cit.

<sup>73</sup> Sui dibattiti intorno alla natura e al valore delle *ordonnance*, si veda J. Padovani, *Ordre ou désordre dans la nature juridique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution?*, *Blog Droit administratif*, 2 giugno 2020.

<sup>74</sup> Dec. n. 2020-851/852 QPC del 3 luglio 2020.

<sup>75</sup> Che ha attirato l'attenzione della dottrina più del merito della decisione, tanto più che la pronuncia interviene in piena "guerra dei giudici sulle *ordonnance*" (T. Carrère, *La guerre des ordonnances aura-t-elle lieu?*, *Blog Jus politicum*, 8 giugno 2020). Tra i numerosi commenti, si veda: A. Levade, *Ordonnance et loi d'habilitation. Le Conseil constitutionnel étend son empire*, *La Semaine juridique. Édition générale*, 27 luglio 2020, n. 30, 1404.

viduale, limitandosi però a difendere timidamente tali garanzie da un punto di vista teorico e astratto più che concreto.

Il “contesto sanitario particolare” è invece espressamente invocato per giustificare e convalidare una deroga in materia di garanzie processuali in un’altra decisione, stavolta nell’ambito del processo civile<sup>76</sup>. Rigettando i profili di incostituzionalità delle norme che permettono la tenuta dell’udienza in videoconferenza senza il consenso delle parti, il Consiglio, al termine di una sorta di controllo di proporzionalità in forma embrionale, decide infatti che “tenuto conto del contesto sanitario particolare”, le disposizioni contestate non privano il diritto a un processo equo e il diritto di difesa delle loro garanzie.

Il *self restraint* manifestato dal giudice costituzionale francese in questa prima fase non è pertanto da imputarsi soltanto alla sua tradizionale deferenza nei confronti del potere politico, ma anche ad una volontà di non scontrarsi con esso in una fase di emergenza, rischiando di vanificare le politiche di lotta all’epidemia. Di fatti, senza pervenire ad un vero approccio attivista, il Consiglio riuscirà a dar prova di maggiore indipendenza nella seconda fase, quando la garanzia costituzionale dei diritti non costituirà più un ostacolo all’attuazione delle misure anticrisi.

#### 4. *Le ultime pronunce del Consiglio costituzionale: una giurisprudenza più decisa, ma a garanzia dello Stato di diritto più che dei diritti*

Negli ultimi mesi, a partire da gennaio 2021, il Consiglio costituzionale ha pronunciato alcune importanti dichiarazioni di incostituzionalità, andando ad affermare che certe garanzie a tutela del giusto processo e della libertà individuale non possono essere sacrificate nemmeno sull’altare dello stato di emergenza. Tuttavia, pronunciandosi su questioni non più di attualità e limitando l’efficacia delle proprie pronunce al futuro, egli si è mostrato in grado di difendere il principio della previsione di tali garanzie, ma non i diritti concretamente lesi.

Con due decisioni di gennaio 2021, seguite da una terza pronuncia del 4 giugno 2021, il Consiglio costituzionale ha infatti cen-

<sup>76</sup> Dec. n. 2020-866 QPC del 19 novembre 2020, avente ad oggetto stavolta le disposizioni dell’*ordonnance*.

surato diverse disposizioni delle *ordonnance* in materia di adattamento del procedimento penale alla crisi sanitaria. Con la prima decisione, il *Conseil* ha dichiarato incostituzionale l'impiego della videoconferenza nei procedimenti penali senza il consenso delle parti<sup>77</sup>. Con la decisione del 29 gennaio, poi, il Consiglio è tornato a esprimersi sulla medesima *ordonnance*, dichiarando stavolta incostituzionale la proroga automatica delle misure di detenzione provvisoria durante il confinamento<sup>78</sup>.

Tuttavia, in entrambi i casi, il giudice costituzionale ha escluso l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità, che non ha potuto dunque applicarsi ai procedimenti in corso<sup>79</sup>.

Per mettere in luce la posizione del giudice costituzionale in merito alla proroga automatica delle detenzioni, un confronto con la decisione del 3 luglio 2020 soprarichiamata<sup>80</sup> si impone. Adito in merito alla questione di costituzionalità della proroga automatica delle detenzioni quando essa trovava ancora applicazione, il Consiglio si era nascosto dietro un argomento formale per non pronunciare nemmeno una riserva di interpretazione, che sarebbe valsa quanto meno a imporre un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni impugnate (e, di conseguenza, anche delle norme dell'*ordonnance* adottate sul loro fondamento)<sup>81</sup>. Investito nuovamente della questione quando oramai le eventuali proro-

---

<sup>77</sup> Dec. n. 2020-872-QPC del 15 gennaio 2021. Si trattava, inoltre, della prima dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni incluse in *ordonnance* non ratificate, dopo il *revirement* giurisprudenziale di maggio 2020 con il quale il giudice costituzionale si è dichiarato competente per controllare la costituzionalità di tali atti. Qualche giorno prima della consegna del presente lavoro, il Consiglio si è pronunciato su una disposizione di analogo tenore, contenuta in un'*ordonnance* del 18 novembre 2020, dichiarando anch'essa incostituzionale senza efficacia retroattiva: dec. n. 2021-911/919 QPC del 4 giugno 2021.

<sup>78</sup> Dec. n. 2020-878-879 QPC del 29 gennaio 2021.

<sup>79</sup> Si noterà tra l'altro che, dopo il Consiglio costituzionale, anche il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 440037 del 5 marzo 2021, si è pronunciato sulla conformità agli obblighi internazionali delle stesse disposizioni, dichiarandole contrarie alla Cedu. Tuttavia, per quanto riguarda l'efficacia retroattiva della propria pronuncia, il Consiglio di Stato ha rinviato la decisione, chiedendo alle parti e all'amministrazione di presentare le proprie osservazioni sulle conseguenze di un annullamento *ex tunc* del fondamento delle misure già adottate.

<sup>80</sup> Dec. n. 2020-851/852 QPC citata *supra* par. 3 c).

<sup>81</sup> Le riserve di interpretazione godono infatti dell'autorità del giudicato e dell'efficacia *erga omnes*, tanto più che sono oramai sistematicamente menzionate nel dispositivo e non solo nei motivi della decisione.

ghe erano per lo più cessate, il Consiglio entra invece nel merito della questione e, effettuando un pieno controllo di proporzionalità delle disposizioni dell'*ordonnance*, le dichiara incostituzionali perché comportanti una violazione sproporzionata della libertà individuale. Tuttavia, considerando che “la rimessa in discussione delle misure prese sul fondamento delle disposizioni dichiarate contrarie alla Costituzione [...] avrebbe delle conseguenze manifestamente eccessive”<sup>82</sup>, decide di non attribuire efficacia retroattiva alla dichiarazione d'incostituzionalità, impedendo pertanto la contestazione delle proroghe eventualmente adottate in violazione della Costituzione.

Il risultato di tale approccio è che viene pienamente garantito il principio dell'infedeltà delle garanzie costituzionali della libertà individuale, dal momento che la violazione della Costituzione è sanzionata, ma non vi è alcun *effet utile* per le vittime delle violazioni.

Tale approccio risulta tanto più criticabile se si pensa, lo ricordiamo, che si trattava di una disposizione abrogata dopo meno di due mesi dalla sua entrata in vigore e la cui portata incostituzionale era stata peraltro attenuata in sede di applicazione grazie ad un'interpretazione della Cassazione convenzionalmente orientata<sup>83</sup>. Ora, se davanti al rischio di creare una lacuna che priverebbe l'ordinamento di uno strumento necessario alla prevenzione e repressione di reati, l'interesse generale alla garanzia dell'ordine pubblico può senz'altro essere invocato, nel caso di specie invece, davanti alle pochissime misure la cui esecuzione era quasi completamente esaurita, l'unico interesse generale confliggente sembra essere quello di proteggere lo Stato dalle responsabilità e dalle eventuali ripercussioni economiche derivanti dall'applicazione di misure incostituzionali di privazione della libertà.

La decisione assolve così la funzione, più che di strumento di garanzia dei diritti, di messaggio al potere politico (e nel caso di specie al Governo, autore della disposizione) su quelli che sono i li-

---

<sup>82</sup> Si tratta di una formula impiegata in maniera ricorrente nelle pronunce in materia di procedura penale, a partire dalla prima storica decisione sull'incostituzionalità della disciplina della *garde à vue* (dec. n. 2010-14/22 QPC).

<sup>83</sup> Come sarà meglio illustrato *infra*, nella decisione con cui la Cassazione ha sollevato la QPC, essa ha altresì dichiarato le disposizioni sulla proroga automatica della detenzioni non conformi alla CEDU nella parte in cui non consentono l'intervento dell'autorità giudiziaria nel più breve termine.

miti al suo potere di deroga ai principi dello Stato di diritto in situazione emergenziale.

In definitiva, è vero che, quando è in gioco la madre di tutte le libertà – la libertà individuale – il Consiglio costituzionale abbandona la sua zona di *comfort* del controllo ristretto per addentrarsi in quella da esso meno battuta di un effettivo controllo di proporzionalità. Tuttavia, tramite una gestione attenta e opportunistica degli effetti temporali delle proprie decisioni<sup>84</sup>, egli si mostra in grado di ergersi a garante di un principio fondamentale dello Stato di diritto e di sanzionarne le violazioni, senza però accordare una tutela effettiva ai diritti concretamente lesi.

##### 5. *Qualche riflessione conclusiva su Covid e corti: i giudici dell'emergenza, tra stato di emergenza e Stato di diritto*

A proposito del ruolo dei giudici nelle situazioni di emergenza, Stephen Breyer, citando Lord Atkin, ricordava che “*Amid the clash of arms, the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace*”<sup>85</sup>. E affinché le leggi non tacciano nemmeno in periodi eccezionali, una delle condizioni della garanzia dello Stato di diritto è che “i giudici abbiano gli strumenti” per farle parlare, conciliando la garanzia dei diritti e delle libertà con l’interesse generale alla pubblica sicurezza<sup>86</sup>. Con riferimento all’ordinamento francese, a fronte di anni di applicazione di legislazioni eccezionali e di regimi di emergenza nell’ambito della lotta al terrorismo prima e alla crisi sanitaria poi, una delle questioni al centro del dibattito porta su quale sia l’autorità giurisdizionale garante dei diritti in periodo eccezionale. Uno degli effetti dei regimi di emergenza, che accordano alle autorità di polizia amministrativa ampi poteri di limitazioni delle libertà, normalmente riservati a provvedimenti giudiziari, è infatti quello di attribuire al giudice amministrativo il controllo di tali misure, limitando l’intervento del giudice ordinario al controllo delle sole misure private

<sup>84</sup> Sul punto, si veda D. Rousseau, *Le Conseil constitutionnel, maître des horloges*, NCCC, n. 54/2017, 7.

<sup>85</sup> Questa citazione, già impiegata in alcune sue *dissenting opinion*, è stata ripresa dal giudice Breyer in un articolo pubblicato da *The Atlantic*, all’interno del dossier *Is democracy dying?*, *The Atlantic*, ottobre 2018.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

della libertà personale, interpretata secondo una nozione restrittiva che coincide con la libertà dagli arresti<sup>87</sup>. Se, secondo alcuni, le garanzie giurisdizionali dello Stato di diritto in periodo di emergenza sono sufficientemente incarnate dai giudici costituzionale e amministrativo<sup>88</sup>, altri denunciano invece la marginalizzazione del giudice ordinario durante lo stato di emergenza, che andrebbe a discapito di una tutela concreta ed efficace dei diritti lesi dai poteri pubblici in nome dell'interesse generale<sup>89</sup>.

La giurisprudenza costituzionale e amministrativa sulla crisi sanitaria invita, in proposito, ad un bilancio con luci e ombre: i meccanismi di controllo hanno funzionato e, malgrado un andamento oscillante e delle conclusioni nel merito non sempre condivisibili<sup>90</sup>, hanno permesso di garantire, almeno formalmente, il rispetto dei principi dello Stato di diritto. Tuttavia, passando dalla prospettiva della garanzia astratta dei principi a quella della difesa concreta dei diritti, essi si sono mostrati alquanto carenti.

La giurisprudenza sulla proroga automatica delle detenzioni provvisorie, in particolare, sembra deporre in favore di chi sostiene che, a fronte dell'eccessiva accondiscendenza dei giudici ammini-

---

<sup>87</sup> Secondo la giurisprudenza costante del giudice amministrativo, la libertà individuale la cui garanzia è coperta dalla riserva di giurisdizione dell'art. 66 Cost. è concepita secondo una nozione restrittiva che la limita all'*habeas corpus*. Il Consiglio costituzionale, dopo aver adottato per anni un'interpretazione più ampia che includeva nella libertà individuale la libertà di circolazione e la tutela della vita privata, ha finito per allinearsi alla concezione del giudice amministrativo: si vedano, ad esempio, le decisioni n° 99-411 DC del 16 giugno 1999 e, sullo stato di emergenza sanitaria, n° 2020-800 DC cit., par. 30-44.

<sup>88</sup> Tra gli altri, C. Tukov, *L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle?*, *AJDA*, n. 17/2016, 936.

<sup>89</sup> M. Babonneu, *État d'urgence: l'autorité judiciaire «marginalisée», l'État de droit «menacé»*, *Dalloz actualité*, 18.1.2016; I. Boucobza, *Quel juge pour l'état d'urgence*, in S. Hennette-Vauchez (cur.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Paris, 2018, 75; A. Pena, *La liberté individuelle face au Covid-19*, cit.; A. Roblot-Troizier, *Assignations à résidence en état d'urgence*, *RFDA*, 2016, 123; P. Spinosi, *Comment concilier état d'urgence et État de droit?*, *La Semaine juridique*, n. 52, 2015, 2439. Si vedano in proposito le osservazioni dell'allora presidente della Corte di cassazione, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, che solleva pubblicamente la questione della marginalizzazione del giudice ordinario "nelle circostanze drammatiche che il paese attraversa": <https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/audience-de-debut-dannee-judiciaire-janvier-2016>.

<sup>90</sup> Con particolare riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che non ha potuto essere esaminata nel presente contributo, è stato osservato che esso "ha filtrato le zanzare, lasciando passare i cammelli": A. Pena, *La liberté individuelle*, cit.

strativo e costituzionale nei confronti del potere politico, l'autorità giudiziaria sia l'unico giudice capace di assicurare una tutela effettiva dei diritti in chiave contromaggioritaria anche in situazioni eccezionali. In quell'occasione, infatti, non solo la Cassazione aveva deciso di rinviare prontamente le QPC che portavano sulla presunta incostituzionalità della proroga automatica delle detenzioni, ma aveva altresì deciso di procedere ad un esame delle stesse disposizioni anche rispetto ai parametri convenzionali<sup>91</sup>, rilevando come le disposizioni oggetto della QPC fossero incompatibili con la CEDU laddove non consentissero un intervento dell'autorità giudiziaria nel più breve termine e che, in tutti i casi in cui un giudice non potesse pronunciarsi sulla proroga, la persona detenuta dovesse essere rimessa in libertà<sup>92</sup>.

È evidente il contrasto con la posizione del Consiglio costituzionale che, pur rilevando anch'esso una violazione da parte delle medesime norme, aveva ritenuto di non poter assicurare alle vittime di tale violazione una tutela effettiva, in nome di interessi generali confliggenti.

Il contenzioso sulla proroga delle detenzioni si rivela così paradigmatico di un generale approccio del giudice costituzionale in tempi di emergenza, già osservato durante lo stato di emergenza "securitario", e caratterizzato da una rimodulazione della giurisprudenza in due tempi: durante una prima fase di contingenza delle circostanze emergenziali, vi è un approccio di deferenza verso il potere esecutivo, a cui segue una seconda fase, successiva all'emergenza, caratterizzata da pronunce che vanno a sanzionare alcune disposizioni incostituzionali, ma con scarsi effetti concreti sulle situazioni giuridiche soggettive prodotte dall'applicazione delle stesse, in ragione del differimento degli effetti della pronuncia, ovvero a causa dell'intervento tardivo del *Conseil*, avvenuto quando oramai la norma aveva cessato di produrre i suoi effetti<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> In quell'occasione, poiché la persona che aveva sollevato le questioni d'incostituzionalità e di incompatibilità con la CEDU era detenuta, il giudizio non era stato sospeso nell'attesa dell'esito del controllo di costituzionalità, in deroga alla regola del carattere prioritario della questione di costituzionalità, così come previsto dalla legge organica sulla QPC con riferimento ai casi nei quali l'interessato è detenuto.

<sup>92</sup> Cass., sez. crim., dec. n. 974 e 977 del 26 maggio 2010. In merito, si veda H. Christodoulou, *Le juge judiciaire, seul garant de la liberté individuelle?*, *Dalloz actualité*, 29 maggio 2020.

<sup>93</sup> V. Champeil-Desplats, *L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel ou*

In sintesi, che sia per il tradizionale approccio di deferenza del *Conseil constitutionnel* verso il potere politico o per un senso di responsabilità in una situazione di emergenza, è innegabile che la giurisprudenza costituzionale francese, già non particolarmente audace in periodo normale, diventi una pallida versione di se stessa in periodo straordinario, dando prova di una vecchia tendenza ricorrentemente osservata in periodi di emergenza: la tendenza a far prevalere la ragion di Stato a fronte delle ragioni dello Stato di diritto in nome dell'“*évidente nécessité*”<sup>94</sup>.

Tale approccio non può che ritenersi tanto più inquietante in un momento in cui diviene sempre più difficile distinguere i periodi normali dai periodi eccezionali, per effetto di due tendenze distinte e al contempo convergenti: l'una, che porta a prorogare l'attuazione dei regimi di eccezione così da iscriverli in una continuità che mal si accompagna al loro carattere di necessità e urgenza; l'altra, che porta a trascrivere nel diritto comune gran parte delle misure dapprima introdotte come eccezionali, rendendole pertanto applicabili anche in periodo normale. Davanti a tale ipertrofia della normativa di emergenza, il giudice costituzionale francese – se vuole essere, o ambire ad essere, tale<sup>95</sup> – anziché fare un passo indietro, dovrebbe fare un passo avanti, a pena di abdicare al proprio ruolo di garante dei diritti e di ritrovarsi di nuovo relegato a quello di “cane da guardia dell'Esecutivo”, che aveva incarnato nella prima fase della Quinta Repubblica.

### *Abstract*

Il presente contributo intende analizzare la giurisprudenza costituzionale francese sulla legislazione eccezionale adottata durante il primo anno di pandemia (da marzo 2020 a giugno 2021), al fine di esaminare il ruolo del Consiglio costituzionale a garanzia dei diritti e delle libertà in tempi di emergenza. Tale analisi metterà in luce due fasi: una prima, du-

---

*quand l'État de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles*, in S. Hennette-Vauchez (cur.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, cit., 151 ss.

<sup>94</sup> F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, PUF, Paris, 2001, 117 ss.

<sup>95</sup> Ambizione espressa in più occasioni dal Presidente del Consiglio costituzionale Laurent Fabius: tra le altre, nel discorso pronunciato all'Eliseo il 5 gennaio 2017 e reperibile all'indirizzo <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/ceremonie-de-voeux-du-president-de-la-republique-au-conseil-constitutionnel-3>. Per una critica a tale qualificazione, T. Hochmann, *Et si le Conseil constitutionnel était une “Cour constitutionnelle de référence”*, RDLF, chron. n. 32/2019.

rante la quale l'organo ha esercitato in maniera piuttosto timida la propria funzione di controllo, e una seconda, nella quale l'istituzione si è maggiormente affrancata dalla deferenza nei confronti del Governo, assolvendo così la sua funzione contromaggioritaria a garanzia dello Stato di diritto, parzialmente vanificata però da un approccio di *self-restraint* nella tutela concreta dei diritti.

The article aims to analyze the French constitutional jurisprudence on emergency legislation during the first year of pandemic (March 2020-June 2021), in order to examine the role of the Constitutional Council in guaranteeing rights and freedoms in times of emergency. The analysis will highlight two phases: a first one, during which the body exercised its control function in a rather timid manner, and a second one, in which the institution partially abandoned its deference towards the Government. However, its counter-majority function in defense of the rule of law was partially thwarted by its persistent self-restraint approach in the concrete protection of rights.



ANDREA GATTI

PER UN'EMERGENZA "RAGIONEVOLE":  
L'OPERA MITIGANTE  
DELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA  
SULLE DECISIONI DEGLI ESECUTIVI.  
UN CONFRONTO CON L'ITALIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I parametri costituzionali e normativi alla base della risposta tedesca. – 3. Problemi legati alla separazione dei poteri e alla legittimità normativa degli atti dell'esecutivo. – 4. Gli interventi cautelari della giurisprudenza (soprattutto costituzionale) in materia di diritti fondamentali. I casi della libertà di riunione e di culto. – 4.1. Il divieto di spostamento. – 5. Tra interessi individuali e collettivi: la semplificazione della disciplina elettorale. – 6. Brevi riflessioni sul rapporto tra prassi tedesca e italiana. – 7. (*Segue*) I tribunali da luogo di *composizione* delle liti a luogo di *composizione* delle regole: la variabile della *ragionevolezza* tedesca e del *bilanciamento* italiano.

1. *Introduzione*

Con il graduale superamento dell'emergenza, anche la Germania inizia a fare i conti con ciò che ha rappresentato la pandemia da Covid-19 per il proprio ordinamento giuridico.

Se in Italia, dove si è scritto – e come si vede si continua a scrivere – molto, la dottrina resta uno dei maggiori presidi, seppur di carattere teorico, alle decise e quasi imperturbabili geometrie di DPCM e decreti-legge<sup>1</sup>, in Germania, al contrario<sup>2</sup>, il dibattito è

---

<sup>1</sup> Sul loro utilizzo, cfr. P. Costanzo e L. Trucco, *La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l'infezione da Covid-19*, in questo stesso numero della Rivista; E. C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021, 64 ss.; M. Cavino, *Comitato per la legislazione e DPCM: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2021, 401ss.

<sup>2</sup> I costituzionalisti tedeschi, pur con qualche significativa eccezione, hanno dedicato un'attenzione minore all'impatto della pandemia sul sistema giuridico e persino di quello costituzionale. Tra le voci più rilevanti si segnalano, in particolare, A. Thiele, *Rauswurf auf Zweitwohnung*, 22 marzo 2020 in *www.verfassungsblog.de*, in merito al-

stato portato avanti soprattutto attraverso l'opera dei tribunali, quelli amministrativi e quelli costituzionali, che hanno lavorato ininterrottamente e attivamente, fin dall'inizio della prima ondata, nel loro duplice scopo di garantire il rispetto della *rule of law* e dei diritti e delle libertà fondamentali.

Una stima di massima, ricavabile dal motore di ricerca del portale *Juris* e da quello del Tribunale costituzionale federale, ci mostra che dall'aprile 2020 al momento in cui si è chiuso questo scritto, sono circa 4900 le decisioni che hanno riguardato, più o meno direttamente, la situazione pandemica. Di queste decisioni, circa il 70% sono state emanate dai tribunali amministrativi di diverso grado e ben 102 dal Tribunale costituzionale federale (che pure aveva ricevuto alcune centinaia di ricorsi). La maggior parte di queste decisioni sono ormai prive di effetti dal momento che hanno avuto ad oggetto ricorsi cautelari contro misure temporanee a destinatario collettivo di lì a poco decadute o modificate oppure contro misure emesse *ad rem* (divieto di una particolare manifestazione, ecc.); tali pronunce, tuttavia, hanno contribuito a delineare un approccio sufficientemente omogeneo e coerente, le cui caratteristiche si tenterà di sistematizzare nel paragrafo finale dopo aver analizzato gli orientamenti più significativi.

Delle innumerevoli tematiche trattate, mi è parso opportuno condurre l'esame per tipologie di atti su cui vanno ad appuntarsi le pronunce, che si concentrano fondamentalmente su due aspetti: il primo, di carattere formale, fa riferimento al sistema delle fonti e in particolare alla legittimità normativa dei provvedimenti restrittivi (la loro "fonte di giustificazione", per parafrasare un'evocativa espressione tedesca) che, a parere di molti e almeno fino alla terza

---

l'illegittimità delle restrizioni imposte con atti normativi secondari. D. Murswiek, *Raus aus dem Ausnahmestand*, 31 marzo 2020, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), critico in merito all'istaurazione di quello che riteneva uno stato d'eccezione di fatto. K.F. Gärditz, F. Meinel, *Unbegrenzte Ermächtigung?*, su *FAZ*, 26 marzo 2020, reperibile su <https://www.faz.net/aktuell/politik/neues-infektionsschutzgesetz-unbegrenzte-ermaechtigung-16696509.html>, critici sull'autospogliazione delle prerogative da parte del Parlamento e, conseguentemente, la violazione del principio di legalità formale della gestione pandemica. H.M. Heinig, T. Kingreen, O. Leipsus, Ch. Möllers, U. Volkmann, H. Wißmann, *Why Constitution matters - Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise*, in *Juristen Zeitung*, n. 18/2020, 861-872, sul rapporto tra provvedimenti del potere esecutivo e diritti fondamentali. Una raccolta di altri contributi è reperibile nella sezione "paper" nella pagina dedicata alla Germania su [www.covidcomparative-law.it](http://www.covidcomparative-law.it).

modifica dell'*Infektionsschutzgesetz*, sarebbe stata carente. Il secondo aspetto riguarda, invece, le specifiche restrizioni ai diritti e alle libertà fondamentali e il loro temperamento di massima che è seguito all'intervento giurisprudenziale.

Tra questi non è stato possibile esaminare gli esiti dei ricorsi riguardanti l'obbligo di vaccinazione stabilito per il personale sanitario il 10 dicembre 2021 ed in vigore dal 16 marzo 2022; sebbene al momento in cui si scrive vi siano 74 ricorsi depositati presso il Tribunale costituzionale federale, non è ancora stata emessa alcuna decisione in merito.

Prima di procedere alla trattazione dei casi sembra però opportuno premettere alcune caratteristiche della risposta organizzativa, in particolari i profili legati alle previsioni emergenziali e al compito svolto dalla normazione primaria al riguardo. Non si tratteranno, invece, il contenuto della norma o dei provvedimenti amministrativi adottati: non vi sarebbe lo spazio e forse nemmeno una vera utilità per una disamina specifica, considerata la sostanziale omogeneità di risposta che ha caratterizzato tutti i Paesi europei.

## 2. *I parametri costituzionali e normativi alla base della risposta tedesca*

Giova innanzitutto rammentare che la gestione dell'emergenza con strumenti di carattere sub-costituzionale è stata per la Germania una via obbligata in mancanza della possibilità di attivare alcuna delle clausole costituzionali di emergenza<sup>3</sup>. Boccato come inopportuno qualsiasi intervento di modifica costituzionale promosso in coerenza dell'emergenza<sup>4</sup>, la Germania ha pertanto fondato giuridica-

<sup>3</sup> Tanto lo stato di tensione (art. 80a GG) quanto lo stato d'assedio (115a-115c GG), infatti, sono applicabili solo in caso di attacco militare esterno o di grave minaccia all'ordine liberal-democratico interno e dunque presuppongono condizioni non compatibili con il caso pandemico. Il c.d. *innerer Notstand* (emergenza interna) previsto all'art. 35 GG (*Aiuto reciproco Bund-Länder [in caso di disastro]*), che pur si adatterebbe al carattere "neutro" della minaccia in corso, si limita a disporre l'impiego della polizia federale o dell'esercito per supportare una catastrofe naturale accorsa in uno dei *Länder* e dunque non risponde alle esigenze poste dalla pandemia in corso.

<sup>4</sup> Alcuni costituzionalisti e politici, tra cui il Presidente del *Bundestag* Wolfgang Schäuble, avevano proposto di introdurre con modifica costituzionale una nuova clausola d'emergenza *ad hoc*. In una lettera ai membri del *Bundestag*, Schäuble affermava che il fine primario della modifica sarebbe stato quello di garantire in modo affidabile e costante il funzionamento dell'organo parlamentare su scala ridotta. L'abbassamento

mente la propria risposta alla crisi sanitaria su un semplice atto normativo primario, la c.d. legge per la prevenzione e il contrasto delle infezioni (*Infektionsschutzgesetz - IfSG*), approvata il 20 luglio 2000 e poi modificata molteplici volte nel corso dell'emergenza a partire dal 17 marzo 2020<sup>5</sup>. Tale legge opera allo stesso tempo come legge delega, volta a fondare il potere regolamentare dei *Länder* e come legge quadro, nella misura in cui individua le restrizioni adottabili nel rispetto del principio di riserva di legge. Emerge quindi una prima differenza rispetto al caso italiano in cui la mancanza di una fonte legislativa ha costretto la Corte costituzionale a una complicata operazione che ha distinto la catena di decreti-legge e DPCM "Covid-19" dai meccanismi di interlocuzione "ordinaria" tra fonti primarie e fonti secondarie o atti amministrativi<sup>6</sup>.

Un primo fondamentale aspetto di interesse per la nostra analisi investe proprio il riparto di competenze tra *Bund* e *Länder* perché individua i soggetti dotati dell'effettivo potere di governare la pandemia e gli atti – legislativi o amministrativo-regolamentari – adottabili. Ai sensi dell'art. 74, comma 1, n. 19 GG, l'adozione delle "misure contro le malattie dell'uomo e degli animali, infettive e pericolose per la collettività" rientra infatti tra le materie di legislazione concorrente, cioè tra quelle che possono essere regolate dai *Länder fin tanto che* non lo abbia fatto la Federazione oppure entro i limiti da questa definiti (art. 72 GG)<sup>7</sup>. In ossequio al principio di

---

del *quorum* di validità delle votazioni dal 50% al 25% dei presenti, già disposto a fine marzo, sarebbe stata infatti una misura insufficiente sul lungo periodo. Tra le proposte, c'era la creazione di un comitato d'emergenza composto da rappresentanti dei partiti. Non solo il timore di una possibile imperizia data dalla urgenza, ma anche gli stessi timori di abdicare al principio del divieto di mandato imperativo, hanno impedito alla discussione di concretizzarsi in una proposta di legge di revisione costituzionale. Sul dibattito cfr. S. Jürgensen, F. Orłowski, *Critique and Crisis: The German Struggle with Pandemic Control Measures and the State of Emergency*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>5</sup> Testo della legge, a seguito delle modifiche, consultabile su <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/>.

<sup>6</sup> Riconducendo così i DPCM "Covid-19" alla nozione di atto amministrativo necessitato: C. Cost. n. 198/2021 in risposta alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice di pace di Frosinone con ordinanza 23 dicembre 2020, iscritta al n. 27 del registro delle ordinanze del 2021. Cfr. A. Arcuri, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in [www.giustizianinseme.it](http://www.giustizianinseme.it), 2022.

<sup>7</sup> Così l'art. 72 GG: (1) Nell'ambito della competenza legislativa concorrente, i *Länder* hanno il potere di legiferare solo fino a quando e nella misura in cui la Federazione non abbia esercitato con una legge la propria competenza legislativa. (2) La

sussidiarietà e a quello del c.d. federalismo di esecuzione – che prevede che siano i *Länder* i responsabili della applicazione della legislazione federale (art. 83 GG) – è proprio sui *Länder* (e in misura minore sulle *Gemeinde*)<sup>8</sup> che si appunta la responsabilità di adottare misure regolamentari e amministrative<sup>9</sup>. A fronte di ciò, il *Bundestag* ha scelto comunque di ricentralizzare le competenze nelle mani dell'Esecutivo federale. Se infatti, il § 4 e il § 5, comma 6 *InfSG* prevede un generale obbligo di cooperazione di tutte le amministrazioni federali, dei *Länder* e di quelle locali ed individua una sorta di cabina di regia composta da tre organi a cui essa attribuisce i poteri regolamentari, ovvero il Governo federale (nella persona del Ministro federale della Salute), i Governi dei *Länder* (nelle persone dei rispettivi Ministri statali della salute) e il Robert Koch Institut (RKI)<sup>10</sup>, il § 5, comma 2, come riformulato dopo il marzo 2020, consente al Ministro federale della Salute non solo di prevalere con un proprio regolamento normativo (*Verordnung*) sui regolamenti dei

---

Federazione ha in questo ambito il diritto di legiferare quando e nella misura in cui la realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo complesso, rendano necessaria una disciplina legislativa federale. (3) Può essere stabilito con legge federale che una disciplina legislativa federale, della quale non sussista più la necessità ai sensi del comma 2, venga sostituita dalla legislazione dei *Länder*.

<sup>8</sup> All'interno di questa cornice hanno operato le ordinanze locali che sono andate nella direzione di inasprire o anticipare le misure già previste o consentite a livello statale: ad esempio, la città di Jena in Turingia introduceva già dal 7 aprile l'obbligo di mascherina, misura non impedita a livello statale ed anzi implementata in tutto il *Land* solo due settimane dopo.

<sup>9</sup> Questa scelta non stupisce nemmeno da un punto di vista di stretto riparto dell'organizzazione statale, se si pensa che, su un piano più generale, in ossequio al principio della ripartizione delle spese, «l'adempimento di un compito pubblico grava proprio sul livello istituzionale che ne ha la responsabilità amministrativa». Così T. Maunz, *Art. 104a*, in T. Maunz, G. Dürig (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2001, Rn. 4.

<sup>10</sup> Il RKI è un'autorità federale con funzioni di supporto scientifico ufficiale e di consulenza in materia di politiche della salute per il Governo federale. È al RKI che si deve la predisposizione nel 2012 del Piano anti-pandemia che ha guidato le profilassi di contenimento dell'epidemia. Nel piano, anch'esso modificato nel corso dell'emergenza il 4 marzo 2020, si riassumono i fondamenti giuridici, gli obiettivi in funzione dei rispettivi pericoli, le strutture e le relative competenze, le profilassi, le misure limitative della libertà in proporzione dello scopo e del pericolo, le risorse (materiali) disponibili e utilizzabili per arginare epidemie infettive che interessano l'intero territorio nazionale. Il testo è rinvenibile nel sito ufficiale del RKI, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Ergaenzung\\_Pandemieplan\\_Covid.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Ergaenzung_Pandemieplan_Covid.pdf?__blob=publicationFile).

*Länder*, ma, altresì, attraverso l'adozione di tale strumento, di discostarsi dal contenuto di fonti normative federale di rango primario<sup>11</sup>.

In questo caso, in una prospettiva comparatistica, riscontriamo una parziale continuità con l'esperienza italiana che, in riferimento ai rapporti e al riparto di competenze Stato-Regioni, ha ricondotto le misure adottate con DPCM alla materia di esclusiva competenza statale della "profilassi internazionale" (art. 117, co. 2 lett. *q*), e non alla "tutela della salute" (art. 117 co. 3, materia di competenza concorrente), ritagliando così per le Regioni un ruolo ancor più meramente esecutivo che quello previsto per i *Länder*<sup>12</sup>.

La gestione dell'emergenza in Germania è stata quindi riposta nelle mani del Governo federale per il generale coordinamento delle risposte<sup>13</sup> e nelle mani dei Governi dei *Länder* per l'adozione delle concrete misure di contrasto. Nella pratica il raccordo tra livelli territoriali di governo è stato impostato attraverso conferenze congiunte (altra grande differenza con il sistema italiano) ognuna delle quali ha prodotto risoluzioni di concerto sulle strategie di massima da adottare<sup>14</sup>. Queste misure hanno normalmente preso le forme di atti normativi secondari quali regolamenti normativi (*Verordnungen*) o atti amministrativi generali (*Allgemeinverfügungen*) di competenza dei *Länder*. Alcuni Stati, tra cui la Baviera e il Nordreno-Vestfalia, hanno infine emanato anche una propria legge sulla protezione dalle infezioni<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Si tratta, come è facile concludere, di uno spazio operativo eccezionale per il Ministero federale della Salute. La previsione, raramente utilizzata nella prassi, assume piuttosto la natura di una sorta di clausola di supremazia nell'eventualità di un contrasto tra *Bund* e *Länder*.

<sup>12</sup> Sulla questione si ricorda la prima sentenza della Corte costituzionale in tema di gestione pandemica, che ha riguardato appunto la ripartizione di competenza Stato-Regioni: sentenza n. 37 del 2021.

<sup>13</sup> Ai sensi del § 5 dell'*Infektionsschutzgesetz* "il Governo federale è chiamato ad adottare, tramite una disposizione amministrativa (*Verwaltungsvorschrift*) d'intesa con il *Bundesrat*, un piano per la reciproca informazione della Federazione e dei *Länder*".

<sup>14</sup> Al momento in cui si scrive sono 12 le conferenze *Bund/Länder* che si sono svolte, la maggior parte nei sei primi mesi di pandemia. In ciascuna di esse sono state definite le linee di intervento a medio termine che i *Länder* avrebbero dovuto adottare (misure di distanziamento sociale, attrezzature sanitarie per le strutture e per il personale, protezione specifica delle fasce deboli con assistenza domiciliare, tempistica per la riapertura delle scuole con priorità per gli ultimi anni, ecc.).

<sup>15</sup> *Bayerisches Infektionsschutzgesetz* (BayIfSG) del 25 marzo 2020, GVBl. S. 174, testo su <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayIfSG?AspxAutoDetectCookieSupport=1>; Per il Nordreno-Vestfalia *Infektionsschutz- und Befugnisgesetz - IfSBG-NRW* del 14 aprile 2020.

### 3. *Problemi legati alla separazione dei poteri e alla legittimità normativa degli atti dell'esecutivo*

Ciò premesso, osserviamo come un primo profilo di carattere ordinamentale che è stato posto all'attenzione delle corti (inizialmente quelle amministrative e poi anche al *Bundesverfassungsgericht*) sia proprio quello relativo all'adeguato fondamento giuridico delle misure amministrative adottate.

I dubbi – sollevati invero anche da una parte della dottrina costituzionalistica<sup>16</sup> – si concentravano soprattutto sulla adeguatezza dell'*Infektionsschutzgesetz* a costituire una sufficiente base giuridica per l'esercizio del potere normativo secondario. Il problema risiedeva nel fatto che la prima versione della legge sul contrasto alle infezioni non avrebbe rispettato i requisiti che l'ordinamento prevede per le leggi delega (gli *Ermächtigungsgesetze*, quale è appunto la legge sulle infezioni), in particolare sotto il principio della tassatività delle fattispecie che potevano essere regolate dal potere esecutivo, sia perché essa contemplava, almeno inizialmente, previsioni molto generali, sia perché le sue previsioni non sembravano concepite per dare vita a forme di *lockdown* generalizzato, ma sarebbero state finalizzate a regolare soltanto casi assai puntuali o focolai territorialmente circoscritti (disinfestazione di alcuni locali, sequestro di merce contaminata, costituzione di cordoni sanitari intorno a mezzi, edifici o quartieri, ecc.)<sup>17</sup>. Si tratta, peraltro, di un appunto molto simile a quello sollevato nel nostro Paese da una parte della dottrina e della giurisprudenza a proposito del combinato disposto degli articoli 7 e 24 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, che non avrebbero giustificato l'utilizzo su scala nazionale dei poteri connessi allo stato di emergenza<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. A. Klafki, A. Kreißling, *Fighting Covid 19 - Legal powers and risks: Germany*, 20 marzo 2020, in <http://www.verfassungsblog.de>. Così anche A. Edenharter, *Freiheitsrechte ade*, 19 marzo 2020, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>17</sup> Per A. Edenharter, *Freiheitsrechte ade*, cit., la norma avrebbe considerato solo casi temporanei «come l'ordine di non lasciare un aereo o una nave passeggeri, fino a quando non saranno state prese le misure necessarie per isolare le persone sospettate di essere infette. La natura "a breve termine" delle misure è sottolineata già nella formulazione stessa della norma ("fino a quando non saranno state attuate le necessarie misure protettive")»; ragion per cui, anche un coprifuoco generale di due settimane avrebbe oltrepassato il campo coperto dalla norma.

<sup>18</sup> Per quanto riguarda la dottrina, sulla dubbia costituzionalità del primo decreto-legge di supporto, cfr. I.M. Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche)*

Come affermato dalla costante giurisprudenza costituzionale tedesca, il trasferimento dei poteri a norma dell'art. 80 GG<sup>19</sup> «impedisce al Parlamento di spogliarsi della sua responsabilità quale organo legislativo», dal momento che la delega consente «la rottura del principio di monopolio del potere legislativo del *Bundestag* soltanto sotto nel rispetto del principio di preminenza della legge *ex art. 20 GG*»<sup>20</sup>. Sul punto è proprio la giurisprudenza costituzionale ad aver elaborato la c.d. *Wesentlichkeitstheorie* (la teoria dell'essenzialità)<sup>21</sup>, in base alla quale al legislatore non sono riservate le sole decisioni sulle materie coperte da riserva di legge, ma anche tutte quelle che coinvolgono aspetti *essenziali* (*wesentlich*, appunto) dell'ordinamento, tra cui vanno annoverate quelle che concernono i diritti fondamentali<sup>22</sup>.

---

*ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020; F. Clementi, *Quando l'emergenza restringe le libertà. Meglio un decreto legge che un Dpcm*, su *Il Sole24ore*, 13 marzo 2020; G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19 più aderente ai principi costituzionali e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre del d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *www.sistemapenale.it*, 26 marzo 2020. Per la giurisprudenza, si veda l'ordinanza del Tribunale di Roma, sezione VI civile, del 16 dicembre 2020 (R.G. 45986/2020) il d.lgs. 1/2018 non contiene, invero, alcun richiamo alle invocate (dal Governo) situazioni di “rischio sanitario”, né tanto meno ad “agenti virali”, contemplando la normativa, invece, tra gli eventi emergenziali di protezione civile soltanto “emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo” quali terremoti, alluvioni, ecc.

<sup>19</sup> Art. 80, comma 1 GG: “Il Governo federale, un ministro federale o i governi dei *Länder* possono essere delegati per legge a emanare ordinanze normative. Detta legge deve determinare il contenuto, lo scopo e la misura della delega concessa. Inoltre, nell'ordinanza normativa dovrà essere indicato il proprio fondamento giuridico. Se la legge prevede che la delega possa essere ulteriormente trasferita, sarà necessario un'ordinanza normativa per il trasferimento della delega stessa”.

<sup>20</sup> Così BVerfGE 78, 249 (del 1988). Sul rapporto tra delega e RVO e la impossibilità per un regolamento governativo di entrare in vigore prima che la legge di autorizzazione sia emanata, v. anche O. Kimminich, *Rechtsverordnung und Ermächtigungsnorm: möglichkeiten der vorherige Verkündung und des Nachschiebens der Rechtsgrundlage*, in AA.VV., *Recht im Staat (Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag)*, Ducker & Humblot, Berlin, 1972.

<sup>21</sup> Per un sunto sulla sua applicazione, cfr. R. Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens; Staatshaftungsrecht*, 18ma edizione, RS Verlag, 2015, 50 ss.; cfr. anche A. Uhle, *Verordnungsgeberische Entscheidungsmacht und parlamentarischer Kontrollvorbehalt*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n. 15, 2002, 17 ss.

<sup>22</sup> Su tali questioni l'intervento amministrativo può avvenire solo entro i confini tracciati dallo stesso legislatore parlamentare, dal momento che il Parlamento deve continuare a mantenere in ogni caso la titolarità dell'“essenza” della decisione. Cfr. BVerfGE 33,125; BVerfGE 34, 165; 55, BVerfGE 205, 226. Sui diritti fondamentali, v. le sentenze BVerfGE 83, 139 (142) e, più recentemente, nel 2003, BVerfG 108, 232

Sotto questo aspetto, la prima versione dell'*I/SG* rivelava una certa inadeguatezza nella misura in cui conteneva deleghe assai generali all'esecutivo: per molti mesi, infatti, il § 28 della legge ha previsto una generica possibilità di emanare "misure necessarie" per impedire il contagio, ha richiamato solo assai vagamente i casi e gli scopi che avrebbero permesso il valido esercizio del potere regolamentare (si pensi alla previsione secondo cui "l'autorità competente può obbligare le persone a non lasciare il luogo in cui si trovano, o solo a lasciarlo a determinate condizioni, o a non entrare in determinati luoghi"), rimandando ai successivi paragrafi per una sommaria e scarna ricognizione delle misure<sup>23</sup>.

Parte della giurisprudenza – già dall'aprile 2020, ma ancora più intensamente a partire dall'autunno dello stesso anno – iniziava a mettere in dubbio la capacità di tale normativa a rappresentare una base giuridica sufficiente per giustificare i massicci sconfinamenti sui diritti fondamentali che le misure comportavano. A mettere in dubbio il fondamento normativo delle misure statali fu da principio un'ordinanza del tribunale amministrativo del Baden-Württemberg nella quale i giudici, pur non accogliendo le motivazioni del ricorrente (proprietario di una palestra), avanzavano i primi dubbi sulla possibile violazione dell'art. 80 GG<sup>24</sup>. A stretto giro, anche la Corte di giustizia (*Gerichtshof*) bavarese, che aveva ad oggetto il divieto di apertura per gli esercizi commerciali con una superficie maggiore di 800 mq, ritenne che questo tipo di decisione – considerato anche il suo carattere non del tutto temporaneo – in realtà rientrasse tra quelle "essenziali" e perciò avrebbe dovuto essere oggetto di una specifica legge formale di livello federale<sup>25</sup>.

---

(312), sul velo islamico. L'"essenzialità" riguarda qui sia l'aspetto materiale (ovvero il contenuto dei temi oggetto di riserva), sia quello formale (nel senso che su tali temi essenziali il Parlamento deve poter mantenere il nucleo, l'essenza della decisione), lasciando ad altre fonti la specificazione della disciplina. Si consenta in proposito un rinvio a R. Tarchi, A. Gatti, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, spec. § 7 ss.

<sup>23</sup> Il § 29, comma 2, ad esempio, prevede che "chiunque sia soggetto a un controllo deve tollerare gli esami necessari da parte dei rappresentanti dell'autorità sanitaria e seguire le istruzioni dell'autorità sanitaria". Prevede poi quali diritti fondamentali possono essere limitati: "i diritti fondamentali dell'integrità fisica (articolo 2, paragrafo 2, frase 1 GG), della libertà della persona (articolo 2, paragrafo 2, frase 2 GG) e dell'inviolabilità del domicilio (articolo 13, paragrafo 1, GG) sono limitati a tale riguardo".

<sup>24</sup> VGH Baden-Württemberg, Beschluss del 9 aprile 2020 - 1 S 925/20, Rn. 37-43.

<sup>25</sup> GH Bayern, Beschluss del 27 aprile 2020 - 20 NE 20.793, Rn. 45. Non si deve dimenticare, poi, che una legge bavarese era già in vigore. Tuttavia, fondamento di

Posizione ribadita, in maniera ancora più autorevole, dalla Corte costituzionale del Saarland laddove annullava per violazione del diritto alla *privacy* un'ordinanza statale che stabiliva il tracciamento dei contatti per i ristoranti e per le funzioni religiose, ritenendo una tale operazione possibile solo sulla base di un atto normativo primario che determinasse in modo chiaro la portata, il contenuto e lo scopo della misura, attraverso una espressa specificazione nella legge delega dei casi, della possibile durata e dell'intensità della stessa. Fondamento che l'allora formulazione del § 28 IfSG non poteva fornire<sup>26</sup>.

La questione è stata poi ripresa dal tribunale amministrativo di Wuppertal che, nel marzo 2021, annullava una multa comminata per violazione del coprifuoco, sulla base del fatto che la (allora) formulazione del § 28 *IfSG* non contenesse nessuna esplicita disposizione in tal senso e in particolare che non specificasse casi, modi ed eccezioni che avrebbero consentito di circostanziare l'eventuale sanzione; pertanto, secondo i giudici, l'indiscriminata limitazione della libertà di circolazione delle persone disposta dal regolamento statale avrebbe violato l'art. 80 GG<sup>27</sup>. In buona sostanza queste ed altre decisioni<sup>28</sup> giudicavano illegittimi i divieti in quanto *ultra vires*.

---

questa era a sua volta l'*IfSG* federale che, secondo i giudici, scontava le due criticità esposte all'inizio del paragrafo, cioè l'estrema genericità delle sue previsioni e la natura di quest'ultime, concepite più per regolare focolai locali di infezione che per dare vita a forme di *lockdown* generalizzato

<sup>26</sup> *Verfassungsgerichtshof des Saarlandes*, Beschluss del 28 agosto 2020, Lv 15/20, spec. Rn. 84 ss. Così, molto mesi dopo, anche *Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt* del 26 marzo 2021 - *LVG 11/21*, secondo il quale molte previsioni dell'ottavo regolamento statale sul Covid-19 non erano sufficientemente legittimati dall'*InfSG*: in particolare il divieto di alloggio, il divieto di feste private, il divieto di viaggio.

<sup>27</sup> AG Wuppertal, sentenza del 29 marzo 2021 - 82 OWi-923 Js 192/21-2/21. Secondo la Corte, "il § 2 comma 1 e 2 CoronaSchVO si rivolge a tutti, ma il § 28 comma 1 e 2 IfSG [formulazione di allora] non contiene alcuna regolamentazione che stabilisca a quali condizioni le persone non a rischio – cioè le persone non infette – debbano sottostare alla disposizione. In caso di pandemia, le restrizioni per le persone che di fatto non rappresentano alcun pericolo sono certamente possibili secondo il diritto costituzionale, ma in considerazione della notevole ampiezza e profondità degli sconfinamenti nei diritti fondamentali in questione, richiedono che questo sia stabilito esplicitamente in un atto di legge formale" (Punto 2 della pronuncia).

<sup>28</sup> VG Hamburg, Beschluss del 10 novembre 2020, 13 E 4550/20, Rn. 13 ss., sulle chiusure degli esercizi. AG Dortmund, Urteil del 2 novembre 2020, 733 OWi - 127 Js 75/20, 64/20, Rn. 29 ss. Sul distanziamento sociale; AG Reutlingen, Beschluss del 9 dicembre 2020, 4 OWi 23 Js 16246/20, Rn. 4 ss.; AG Weimar, Urteil dell'11 gennaio 2021, 6 OWi - 523 Js 202518/20, Rn. 10 ss.; AG Ludwigsburg, Urteil del 29 gen-

Nel novembre 2020 nell'aprile 2021, raccogliendo gli inviti che provenivano dalla maggior parte<sup>29</sup> della giurisprudenza tedesca, il legislatore federale procedeva progressivamente a modificare per una terza e una quarta volta (da inizio pandemia) l'*InfSG*, in particolare il suo § 28, sotto quattro aspetti: si giungeva una più puntuale enumerazione delle misure adottabili attraverso la predisposizione di un ampio catalogo di provvedimenti standard, puntuali e tassativi (§ 28a)<sup>30</sup>, si disponeva un generale principio di uniformità a livello nazionale delle misure adottabili attraverso la creazione di soglie di contagio (§ 28b), si limitava la loro applicazione nel tempo e, infine si richiamava espressamente il necessario rispetto del bilanciamento tra provvedimenti restrittivi e diritti fondamentali (§ 28a, comma 5).

#### 4. *Gli interventi cautelari della giurisprudenza (soprattutto costituzionale) in materia di diritti fondamentali. I casi della libertà di riunione e di culto*

Che nell'adozione delle misure profilattiche il potere esecutivo abbia goduto (e forse goda tuttora) di un margine di apprezzamento significativo connesso all'incertezza della situazione di fatto

---

naio 2021, 7 OWi 170 Js 112950/20, Rn. 23 ss.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss del 5 febbraio 2021 - OVG 11 S 10/21 sul consumo di alcol negli spazi pubblici.

<sup>29</sup> A onor del vero, la giurisprudenza ha anche registrato voci di parziale dissenso dalla linea fin qui esposta: si prenda ad esempio l'ordinanza del 23 novembre 2020 della Corte amministrativa superiore (*Oberverwaltungsgericht*) dello Schleswig-Holstein, con la quale quest'ultima riconosceva la legittimità, da parte dell'amministrazione statale, di stabilire una restrizione all'alloggio per i non residenti nel *Land*. Con la *Verordnung* del 9 ottobre 2020, lo Schleswig-Holstein impediva il pernottamento nel suo territorio alle "persone che entrano da un'area ad alta concentrazione di abitanti". In precedenza, i viaggiatori provenienti da aree ad alto rischio dovevano sottoporsi invece ad una quarantena di 14 giorni (per molti un deterrente altrettanto efficace del divieto di alloggio). Secondo la Corte non ci sarebbe stato, in questo caso, alcuna violazione della riserva parlamentare e della "teoria dell'essenzialità", dal momento che il legislatore, riportando esempi standard e non esaustivi di possibili misure di protezione, avrebbe semplicemente esercitato le sue prerogative discrezionali nei limiti della sua azione esecutiva.

<sup>30</sup> Da questo elenco di misure adottabili possiamo qui menzionare alcuni contenuti a titolo esemplificativo: le restrizioni di uscita o di contatto in spazi privati e pubblici, l'obbligo un divieto a distanza negli spazi pubblici; l'obbligo di indossare una protezione naso-bocca; il divieto o la restrizione di apertura di strutture culturali o ricreative; il divieto o la restrizione di organizzare eventi ricreativi, culturali e simili; il divieto o la restrizione di tenere eventi sportivi; la chiusura di strutture per l'infanzia; il divieto o la restrizione del pernottamento da parte dei non residenti sul territorio; ecc.

può dirsi un *leitmotiv* condiviso da tutte le esperienze europee nella gestione della pandemia. Tuttavia, ciò che mi pare differenzi l'approccio tedesco dalla maggior parte delle esperienze europee è rappresentato dalla particolare attenzione dedicata alla legittimazione *pratica* di ogni misura, alla sua *comprensibilità* rispetto al criterio della ragionevolezza, a sua volta connesso al valore prescrittivo che è riconosciuto ai principi della Legge fondamentale<sup>31</sup>. Del rispetto nel concreto di queste esigenze si è fatta carico soprattutto la giurisprudenza in opposizione ad una impostazione del legislatore e della pubblica amministrazione, per loro natura più propensi a privilegiare sulla carta una gestione ispirata al principio di necessità e di ampia precauzione, sebbene – e questo va riconosciuto – molto spesso assicurando nella prassi una ampia tolleranza di fatto.

Fin dal marzo 2020 la giurisprudenza ha assunto una serie di decisioni che vanno in due direzioni; da una parte quella di confermare sostanzialmente la validità delle misure in astratto, dall'altra, quella di sottolineare la necessità di una loro applicazione ragionevole.

Tra i diritti fondamentali dei quali hanno lamentato la lesione i ricorsi d'urgenza ai tribunali amministrativi e i successivi *Verfassungsbeschwerde*, sono forse tre ad aver attratto maggiormente l'attenzione di tutti: la libertà di riunione, la libertà di culto (strettamente connessa alla prima) e la libertà di circolazione. Si analizzeranno adesso le prime due.

Fin dalla prima pronuncia del 15 aprile<sup>32</sup>, risalta come il Tribunale costituzionale federale abbia optato per un sindacato scrupoloso in merito alle ragioni addotte dall'amministrazione per negare le manifestazioni, in particolare quelle che avevano ad oggetto la protesta contro le misure anti-pandemia. Nello specifico, il caso traeva origine dal ricorso di un cittadino che si era vista negata l'autorizzazione a tenere una manifestazione contro le misure anti-pandemia a Gießen, in Assia. Nonostante l'organizzatore avesse assicurato il rispetto di tutte le misure di sicurezza personale (distanzia-

---

<sup>31</sup> *Ex multis*, VGH Mannheim, *Beschluss* del 5 febbraio 2021 - 1 S 321/21, Rn. 38.

<sup>32</sup> BVerfG, *Beschluss* della Prima Camera del Primo Senato - 1 BvR 828/20 del 15 aprile 2020. Una prima lettura della pronuncia in J. Fährmann, H. Aden, C. Artz, *Versammlungsfreiheit - auch in Krisenzeiten!*, 15 aprile 2020, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

mento, mascherine, numero massimo di partecipanti), l'amministrazione giudicava che la manifestazione avrebbe comportato un immediato pregiudizio per l'ordine e la salute pubblica. Secondo i giudici di Karlsruhe, tuttavia, «la decisione [di non ammettere la manifestazione] non è conforme al parametro dato dall'art. 8, comma 1 GG [libertà di riunione] anche per il fatto che essa, nella parte in cui valuta la compatibilità della riunione con il § 1 della ordinanza dell'Assia, non è stata assunta in seguito a un sufficiente apprezzamento delle circostanze concrete del caso di specie. [L'amministrazione] ha fatto quasi esclusivamente proprie argomentazioni valide per qualsiasi genere di riunione, vanificando così nella sostanza il proprio margine di apprezzamento» (§ 14 della ordinanza).

Due giorni dopo, in un caso analogo<sup>33</sup>, il Tribunale costituzionale ampliava ulteriormente i confini dell'esercizio del diritto di riunione, statuendo che «pur nell'ambito dell'esercizio discrezionale del potere (...) la decisione deve essere assunta in seguito a un adeguato apprezzamento delle circostanze concrete del caso di specie. Considerazioni di carattere generale, che potrebbero valere nei confronti di ogni riunione, non renderebbero giustizia alla libertà di scelta del decisore che deve sempre operare in conformità con il diritto fondamentale dell'individuo ai sensi dell'art. 8 GG» (§ 23 dell'ordinanza). E ancora: «ad esempio, ritenere semplicemente che per impedire il propagarsi del contagio non si possa autorizzare la riunione – motivazione, questa, valida per qualsiasi genere di riunione – significa svuotare di significato il contenuto della previsione» (§ 24 dell'ordinanza).

Questo iter argomentativo costituirà la traccia sulla cui base si fonderanno tutte le successive decisioni, sia quelle favorevoli ai ricorrenti che quelle che confermano i provvedimenti amministrativi di diniego. Anche queste ultime, infatti, hanno preso le mosse da considerazioni legate al concreto pericolo della specifica manifestazione oggetto di ricorso, delle modalità di svolgimento, dell'indice di contagio. In alcuni casi, a parere dei giudici, le manifestazioni non avrebbero potuto garantire il contenimento del numero dei

---

<sup>33</sup> BVerfG, *Beschluss* della Prima Camera del Primo Senato - 1 BvQ 37/20 del 17 aprile 2020. Si consenta il rinvio alla mia traduzione dell'ordinanza cautelare in oggetto nella scheda "Germania" del sito [www.comparativecovidlaw.it](http://www.comparativecovidlaw.it). Sulla stessa lunghezza, si veda anche la pronuncia del 1° maggio (BVerfG - 1 BvR 1005/20) su una manifestazione organizzata da un'associazione cittadina di Braunschweig (Bassa Sassonia).

partecipanti<sup>34</sup>, in altri gli organizzatori, sposando posizioni apertamente ostili nei confronti dell'uso dei dispositivi di protezione individuale e del distanziamento fisico, non avrebbero dato sufficiente affidabilità nel rispetto delle linee guida anti-contagio<sup>35</sup>.

La stessa attenzione ai criteri dell'adeguatezza, necessità e minor sacrificio vale anche per la nota ordinanza sulla libertà di esercizio del culto del 29 aprile 2020. Nello specifico si trattava della richiesta da parte di una moschea in Bassa Sassonia di tenere, dietro l'adozione di tutte le precauzioni del caso, la funzione religiosa del venerdì in periodo di Ramadan. In questo caso il Tribunale costituzionale federale, cassando la precedente sentenza dell'*Oberverwaltungsgericht* della Bassa Sassonia accoglieva la richiesta della comunità religiosa affermando come fosse «decisivo ai fini della valutazione [se permettere o no la funzione] il peso dell'interferenza con la libertà di credo associata al divieto, che è particolarmente grande per quanto riguarda la preghiera del venerdì in tempo di Ramadan, così come anche la possibilità di controllare efficacemente il rispetto delle condizioni e delle restrizioni, le condizioni dei locali, le dimensioni della comunità religiosa [che assiste alla funzione] e da ultimo, ma non meno importante, la valutazione anche della situazione pandemica del Land» (§ 16 dell'ordinanza)<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> BVerfG, *Beschluss* della Prima camera del Primo Senato - 1 BvR 1005/20 del 1 maggio 2020, impedendo una manifestazione per la Festa del Lavoro a Brema, affermava: «A causa del gran numero di aderenti dello spettro politico di sinistra che, anche secondo il parere del tribunale amministrativo, sono già presenti nell'area metropolitana a causa della festa del 1 maggio 2020 o che possono essere rapidamente mobilitati tramite i social media, c'è da aspettarsi il rischio di gigantesche dimostrazioni – che potrebbero diventare persino violente – e che aiuterebbero la propagazione del virus in modo incontrollato. In questa situazione, tracciare le catene di infezione è praticamente impossibile» (§ 5). Così anche in BVerfG, *Beschluss* della Prima Camera del Primo Senato - 1 BvR 1003/20, 1° maggio 2020, sempre in merito alle manifestazioni per la Festa del Lavoro, ma questa volta ad Amburgo: «Ci si può aspettare un gruppo significativamente più ampio di persone interessate a partecipare, che non accetterà una limitazione ufficiale del numero di partecipanti e si sottrarrà o si opporrà al controllo della polizia. Di conseguenza, il rispetto delle distanze minime richieste per la protezione dalle infezioni non potrebbe essere garantito. Di conseguenza, vi sarebbe il rischio che il virus si diffondesse ulteriormente e incontrollatamente» (§ 8).

<sup>35</sup> Cfr. OVG Sassonia, *Beschluss* dell'11 dicembre 2020 - 6 B 432/20 e la conseguente ordinanza del Bundesverfassungsgericht dello stesso giorno. V. anche VGH Baden-Württemberg, *Beschluss* del 18 dicembre 2020 - 1 S 4098/20.

<sup>36</sup> BVerfG *Beschluss* della Seconda Camera del Primo Senato - 1 BvQ 44/20 del 29 aprile 2020, testo su <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-028a.html>; per la traduzione italiana del comunicato

#### 4-1. *Il divieto di spostamento e i suoi corollari*

In merito alla limitazione della libertà di circolazione – e più nello specifico del divieto di spostamento (*Ausgangssperre*) – la risposta della giurisprudenza è stata oltremodo oscillante. Se da una parte si è riconosciuto senza particolari problemi che la portata dell'*InfSG* coprisse questo tipo di ipotesi<sup>37</sup>, dall'altra, però, le risultanze hanno preso direzioni anche molto differenti.

Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa, già da fine aprile alcuni tribunali dichiaravano che condizionare la libertà di spostamento all'esistenza di valide ragioni (*nur bei Vorliegen triftiger Gründe*) fosse del tutto sproporzionato se fosse già in vigore l'obbligo di distanziamento fisico<sup>38</sup>: la seconda previsione, infatti, avrebbe dovuto essere già di per sé sufficiente ad evitare la trasmissione del virus. Altre corti, sempre sulla base di un'applicazione costituzionalmente orientata del divieto, ne attenuavano l'impatto sulle libertà fondamentali, evidenziando come "in linea di principio, qualsiasi occasione fattuale che serva a soddisfare un bisogno

---

stampa, si v. <https://drive.google.com/file/d/1Wy7rerxbAMyGum7xXv4GltPBFFtEmYd/view?usp=sharing>. Il tribunale amministrativo della Bassa Sassonia aveva ritenuto il divieto necessario al contrasto del Covid-19. Il potenziale pericolo di riunione nelle moschee sarebbe stato maggiore rispetto a quello corso in un negozio perché le funzioni religiose sarebbero attività collettive e simultaneamente condivise (si noti l'*iter* logico-argomentativo seguito). Il tribunale costituzionale ritiene invece ragionevole che il rischio possa essere valutabile in modo diverso da come valutato dal Tribunale amministrativo. Come afferma la ricorrente, la valutazione del rischio infezione dipende dalle circostanze specifico del singolo caso, che vada tenuto conto delle dimensioni della struttura, dal modus con cui si procede alla funzione religiosa e dal numero di persone presenti. In virtù dell'importanza del diritto in oggetto (e dell'urgenza con cui questo specifico diritto deve essere tutelato – siamo infatti durante il Ramadan) non è giustificabile che l'ordinanza non preveda eccezioni in singoli casi nei quali, valutate adeguatamente le circostanze (se del caso anche con il coinvolgimento dell'autorità sanitaria locale), si possa evitare un rilevante aumento del rischio di infezione (*eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann*). La Corte richiama in motivazione le opzioni proposte dalla ricorrente per scongiurare il contagio: mascherine, indicazione sul pavimento dei posti di preghiera, nessun canto (solo l'imam guiderà la preghiera ad alta voce), ingresso individuale dei fedeli, ecc... La Corte conclude che solo valutando le circostanze specifiche che consentono l'esercizio del diritto in condizioni di sicurezza la libertà in parola non sarà eccessivamente compressa.

<sup>37</sup> Fu lo stesso ex presidente del Tribunale costituzionale federale, Hans-Jürgen Papier, in una intervista pubblicata sulla *Süddeutsche Zeitung* già a inizio aprile 2020, dichiarava – forse per prevenire un probabile profluvio di ricorsi – che considerava lecite, sotto un profilo formale, le restrizioni alla libertà di movimento poste in essere dai Governi dei *Länder*.

<sup>38</sup> VGH Saarland, *Beschluss* del 28 aprile 2020 - Az. Lv 7/20 eA.

concreto e che non sia inammissibile è idonea fin dall'inizio a costituire un "motivo valido" per uscire"<sup>39</sup>.

Un discorso parzialmente diverso vale per la questione del coprifuoco notturno, dove, pur con alcune eccezioni<sup>40</sup>, le Corti hanno quasi sempre avallato le decisioni delle autorità locali<sup>41</sup>, in particolare in quei casi in cui il "divieto di spostamento" era limitato agli *hotspot* della c.d. *movida*<sup>42</sup>. In tal senso si esprimeva anche il Tribunale costituzionale federale che motivava la conservazione del coprifuoco proprio sulla base del principio di precauzione: la sua eventuale sospensione in via cautelare avrebbe rischiato di portare più danni del suo mantenimento<sup>43</sup>, lasciando però esplicitamente evasa la questione sull'applicazione del coprifuoco anche nei confronti degli immuni.

Sul divieto di spostamento *tout court* il BVerfG ha, invece, avuto modo di ribadire il suo tipico modulo argomentativo incardinato sul principio di ragionevolezza già al principio della pandemia in due contestuali pronunce (12 maggio 2020) che seguivano il primo allentamento della misura deciso nella conferenza *Bund/Länder* del 15 aprile 2020.

Stando alle motivazioni del primo ricorso<sup>44</sup>, l'allentamento delle misure sul divieto di spostamento e il distanziamento sociale sarebbe stato illegittimo perché troppo permissivo: il ricorrente, infatti, un cittadino ultrasessantacinquenne (e dunque considerato "categoria fragile"), riteneva che lo Stato, allentando le misure, non proteggesse a sufficienza il suo diritto alla salute (art. 2 GG)<sup>45</sup>. A

<sup>39</sup> VGH München, *Beschluss* del 28 aprile 2020 - 20 NE 20.849, § 38.

<sup>40</sup> Oberverwaltungsgericht Niedersachsen, 2 aprile 2021 - Az.: 13 ME 166/21.

<sup>41</sup> VGH Bayern, *Beschluss* del 14 dicembre 2020 - 20 NE 20.2907 e successivo VerfGH Bayern, *Beschluss* del 17 dicembre 2020 - 110-VII-20.

<sup>42</sup> VGH Baden Württemberg, del 18 dicembre 2020 - 1 S 4028/20, 1 S 4041/20, 1 S 4061/20.

<sup>43</sup> BVerfG, *Beschlusse* 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 del 5 maggio 2021.

<sup>44</sup> Escludo dal novero il primo *Verfassungsbeschwerde* rigettato il 1° maggio 2020 per il mancato esaurimento dei rimedi giurisdizionali: BVerfG, *Beschluss* della Prima Camera del Primo Senato 1 BvR 996/20 del 1° maggio 2020, testo su [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rk20200501\\_1bvr099620.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rk20200501_1bvr099620.html), la ragione era il.

<sup>45</sup> BVerfG, *Beschluss* della Terza Camera del Primo Senato 1 BvR 1027/20 del 12 maggio 2020, testo su [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rk20200512\\_1bvr102720.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rk20200512_1bvr102720.html).

parere del secondo ricorrente<sup>46</sup>, al contrario, il grado di allentamento delle misure non sarebbe stato sufficientemente ampio per le categorie di persone non a rischio, che avrebbero dovuto godere di maggiori libertà rispetto alle persone a rischio<sup>47</sup>.

Il BVerfG rigettava i due ricorsi in forza del medesimo *reasoning* fondato sul triplice bilanciamento tra la tutela dell'interesse collettivo alla salute, la protezione dei soggetti deboli e il rispetto delle libertà fondamentali dei singoli. Vale forse la pena, al proposito, riportare parte delle motivazioni alla base del rigetto del secondo ricorso: «Indipendentemente dal fatto che non vi siano rischi per i giovani, la valutazione del ricorrente non tiene conto del fatto che le restrizioni per l'individuo sono anche destinate a proteggere i terzi. In questo contesto, lo stesso ricorrente sostiene che la strategia che preferisce, l'“immunizzazione” controllata delle persone di età inferiore ai sessant'anni [*i.e.* l'immunità di gregge] presenterebbe un rischio significativamente elevato di infezione anche per le persone a maggior rischio. Lo Stato ha il dovere di proteggere quest'ultimi dalle infezioni (...). Naturalmente, non tutte le restrizioni alla libertà possono essere giustificate dalla protezione dei diritti fondamentali dei terzi. Piuttosto, lo Stato deve sempre trovare un equilibrio tra la libertà di alcuni e le esigenze di protezione degli altri» (§ 7). E poco dopo: «la strategia di autoprotezione sostenuta dal ricorrente attraverso severe misure di quarantena per tutti coloro che hanno sessant'anni e più, non solo si confronterebbe con notevoli difficoltà pratiche (...) ma rischierebbe di isolare le persone più vulnerabili che sarebbero così costrette a ritirarsi completamente dalla vita nella comunità per un periodo di tempo» (§ 9).

A queste due pronunce ne sono seguite altre che sono andate nella stessa direzione<sup>48</sup>; da ognuna di esse emerge il pragmatismo

<sup>46</sup> BVerfG, *Beschluss* della Prima Camera del Primo Senato 1 BVQ 1021/20 del 13 maggio 2020, testo su [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rk20200513\\_1bvr102120.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rk20200513_1bvr102120.html).

<sup>47</sup> *Ivi*, § 3: «Secondo il ricorrente le misure adottate nei confronti del gruppo non a rischio della popolazione sono sproporzionate e arbitrarie. Per quelle parti della popolazione che hanno meno di 60 anni, il rischio derivante dal Coronavirus non è maggiore rispetto ai virus influenzali annuali. Le misure adottate non sono nemmeno necessarie per la protezione dei gruppi a rischio e per il personale ospedaliero, dal momento che ciò dipende dal fatto che siano questi gruppi ad aderire alle “misure di quarantena”», inoltre «nessuno potrebbe essere costretto a comportarsi in modo da proteggere solo la propria integrità fisica».

<sup>48</sup> Questo orientamento “compromissorio” di massima è stato confermato anche

dell'approccio giurisprudenziale tedesco, nella misura in cui questo, senza nascondersi dietro sofismi formalistici, non manca di declinare il principio solidaristico alla base del *Sozialstaat* in un'ottica liberale di massimo contenimento delle deroghe ai diritti fondamentali.

5. *Tra interessi individuali e collettivi: la semplificazione della disciplina elettorale*

Il distanziamento sociale non ha influito soltanto sulla sfera individuale di libertà e movimento, ma anche sull'associazionismo e sull'attività politica. Tralasciando le modifiche operate dai regolamenti interni delle maggiori istituzioni rappresentative, come quelle che, ad esempio, nel Bundestag hanno permesso per tutto il 2020 l'abbassamento al 25% del *quorum* di presenza dei deputati, garantendo il funzionamento dell'organo seppur su scala ridotta<sup>49</sup>, ciò che qui più interessa è analizzare l'impatto con i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini. In tal senso, giova ricordare che il perdurare della pandemia in Germania ha permesso una modifica della normativa elettorale al fine di facilitare la raccolta firme e la presentazione delle liste a livello dei *Länder*. Nel Baden-Württemberg, Berlino, Assia, Meclemburgo-Pomerania occidentale, Nordreno-Vestfalia, Renania-Palatinato, Sassonia-Anhalt e Turingia il *quorum* per la presentazione delle sottoscrizioni a sostegno delle liste è stato ridotto in misura diversa: dal 25% al 60%. Molte delle soluzioni adottate sono state poi "verificate" dalle rispettive corti costituzionali statali: quella del Nordreno-Vestfalia, ad esempio, ha giudicato costituzionalmente conforme l'abbassamento del *quorum* di raccolta firme al 60% e la proroga di undici giorni il termine per la presentazione delle liste per le elezioni comunali del 13 settembre

---

in pronunce molto più recenti, come BVerfG 1 BvR 881/21 (*et al.*) del 5 maggio 2021, cit.

<sup>49</sup> Cfr, per quanto riguarda il Bundestag, il § 126a del GO-BT (<https://dserver.bundestag.de/btd/19/181/1918126.pdf>). La validità della modifica ebbe una durata limitata nel tempo (dal 25 marzo fino al 30 settembre 2020). Altre modifiche extra-regolamentari sono state raggiunte dall'accordo tra il Presidente del Bundestag e la Conferenza dei capigruppo (10 marzo 2020). Tra di esse, l'annullamento di incontri istituzionali, delle missioni, l'estensione del tempo di voto ed altre profilassi in materia di distanziamento.

2021<sup>50</sup>. Così, anche la Corte costituzionale del Baden-Württemberg, sulla riduzione del 50%<sup>51</sup>. Di parere diverso, la Corte costituzionale del *Land* Berlino che invece ha giudicato eccessivo l'abbassamento del 50% del quorum per la presentazione delle firme, suggerendo un abbassamento del 20-30% come soglia massima<sup>52</sup>.

Giova ricordare che si tratta di una strada percorsa anche in Italia in due occasioni: per le elezioni regionali del 2020 e per le elezioni amministrative del 2021<sup>53</sup>.

Sulla base dei precedenti dei *Länder*, alcuni partiti e movimenti politici extra-parlamentari tentavano quindi di estendere la normativa anche a livello federale e a tal fine promuovevano due ricorsi (13 aprile e 22 luglio 2021) davanti al BVerfG per denunciare la mancata modifica delle disposizioni della legge elettorale federale (*Bundeswahlgesetz* - BWahlG)<sup>54</sup>. Ad oggi i partiti non rappresentati nel *Bundestag* da almeno 5 membri, ai sensi del § 20, comma 2 del BWahlG, per potersi presentare alle elezioni devono infatti raccogliere almeno 200 sottoscrizioni in ogni circoscrizione. L'intervento del *Bundestag* nel senso auspicato dai ricorrenti (sospensione o riduzione temporanea del *quorum* di firme) sarebbe dovuto andare nella direzione di ristabilire un'uguaglianza sostanziale tra i partiti in tema di competizione elettorale, sopperendo alle effettive difficoltà di svolgere la campagna elettorale *vis à vis*<sup>55</sup>. Non va dimenti-

<sup>50</sup> VerfGH NRW, *Beschluss* del 7. luglio 2020 - 88/20.

<sup>51</sup> VerfGH BW, *Urteil* del 9 novembre 2020 - 1 GR 101/20. In Baden- Württemberg richiede un numero di firme molto alto per la presentazione delle liste: almeno 10.500 elettori che equivale allo 0,13% del numero di votanti del *Land*. A titolo di esempio, la Renania-Palatinato e la Turingia richiedono in via ordinaria rispettivamente 20.80 e 1000 firme che corrispondono allo 0,07% e 0,06%.

<sup>52</sup> VerfGH Berlin, *Beschlüsse* del 17 marzo 2021 - VerfGH 4/21 e 20/21, 20 A/21.

<sup>53</sup> Mi riferisco al decreto-legge 5 marzo 2021, n. 25, convertito nella legge 3 maggio 2021, n. 58, recante "Disposizioni urgenti per il differimento di consultazioni elettorali, nonché per la semplificazione dei procedimenti elettorali e per la continuità di gestione delle università e delle istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica per l'anno 2021" e, in particolare, all'art. 2, comma 1, valido limitatamente alle elezioni amministrative che si svolgono nel 2021. E dell'art. 1-*bis* comma 2 del decreto-legge 20 aprile 2020 n. 26 con riferimento alle elezioni regionali del 2020.

<sup>54</sup> BVerfG, *Beschluss* del 13 aprile 2021 2 *BvE* 1/21, 2 *BvE* 3/21 e *Beschlüsse* del 22 luglio 2021 2 *BvC* 1/21, *et al.*

<sup>55</sup> §§ 17 ss. di BVerfG, *Beschluss* del 13 aprile 2021 2 *BvE* 1/21, 2 *BvE* 3/21. Finalità della proposta sarebbe stata quella di prevenire o ridurre il rischio contagio da Covid-19 e di garantire il pieno esercizio dei diritti civili e politici.

cato che tra i super-principi costituzionali che informano l'ordinamento tedesco, tra le altre definizioni conosciuto anche come *Parteienstaat*, rientra anche la libera e paritaria competizione tra partiti (*Chancengleichheit*), sancita all'articolo 21 comma 1 della Legge fondamentale<sup>56</sup>. Nell'ottica dei ricorrenti, l'inerzia del legislatore federale avrebbe qui rischiato di compromettere in modo sproporzionato il diritto alla partecipazione paritaria.

Al proposito, se il BVerfG, da una parte, ha mostrato di condividere le osservazioni dei ricorrenti sul fatto che le restrizioni e il distanziamento sociale legati alla pandemia comportino una messa in pericolo del diritto alla *par condicio* elettorale dei partiti non rappresentati nel *Bundestag* o in un *Landtag* – e dunque pongano i primi in una posizione di svantaggio rispetto ai secondi –, dall'altra parte, tuttavia, ha ritenuto che i ricorrenti avrebbero errato nel dedurre che da ciò un derivi un obbligo costituzionale del *Bundestag* a eliminare o ridurre temporaneamente il *quorum* delle sottoscrizioni ai sensi degli artt. 20, comma 2, e 27, comma 1, del BWahlG per le elezioni politiche del 2021<sup>57</sup>. Risulta chiaro dai richiami compiuti dal Tribunale costituzionale che la delicatezza della materia del diritto elettorale e, in particolare, la possibilità di intervenire “alterando” (*rectius*, manipolando) la fisiologica competizione tra i partiti debba essere intesa in senso restrittivo e formale, pena una pericolosa espansione della discrezionalità del legislatore che potrebbe finire per inficiare lo stesso principio di uguaglianza. Sulla base di queste premesse il Tribunale costituzionale rigettava i due ricorsi, motivando tale decisione con il fatto che i ricorrenti non avessero sufficientemente dimostrato in punto di fatto (*aus dem Sachvortrag*) la *necessità* di modificare l'impianto elettorale ordinario per la tutela del loro asserito diritto<sup>58</sup>. In altre parole, pur riconoscendo l'esistenza di uno svantaggio, non è sembrato ai giudici che

<sup>56</sup> Come ricorda la costante giurisprudenza del Tribunale, l'articolo 21, comma 1, frase 1 GG garantisce ai partiti politici non solo la libertà della loro costituzione e la possibilità di partecipare alla formazione della volontà politica, ma anche che questa partecipazione avvenga sulla base di pari diritti e pari opportunità (BVerfGE 135, 259 <285>, Rn. 48). Questo diritto si applica all'intera procedura elettorale, vale a dire non solo al processo elettorale stesso, ma anche alla preparazione dell'elezione.

<sup>57</sup> § 34 della pronuncia in oggetto.

<sup>58</sup> BVerfG, *Beschluss* del 13 aprile 2021 2 BvE 1/21, 2 BvE 3/21, § 25: «Die Verletzung des geltend gemachten verfassungsmäßigen Rechts muss sich aus dem Sachvortrag des Antragstellers als mögliche Rechtsfolge ergeben».

da ciò derivasse una violazione o una messa in pericolo diretta dei diritti costituzionali protetti dal sistema elettorale vigente<sup>59</sup>.

Da ciò possiamo ricavare che il principio di *Chancengleichheit* non è per forza di cose un principio assoluto e immodificabile, i partiti possono cioè essere soggetti a trattamenti differenziati se vi sono delle ragioni che lo giustificano<sup>60</sup>. È d'uopo ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale federale, la presenza di *quorum* (o altri tipi di sbarramenti) nella legge elettorale sono oggettivamente giustificati se e nella misura in cui servono a limitare la presenza di proposte elettorali "non serie", (vale a dire non sufficientemente supportate dall'elettorato) e quindi a prevenire il pericolo di frammentazione dei voti<sup>61</sup>, a preservare la stabilità del sistema di governo, l'efficienza degli organi di rappresentanza<sup>62</sup> e, infine, il corretto svolgimento delle elezioni<sup>63</sup>.

## 6. *Brevi riflessioni sul rapporto tra prassi tedesca e italiana*

Nel cercare di fare il punto sugli aspetti principali da un punto di vista giuridico che caratterizzano la gestione tedesca della pandemia e di confrontarli con l'esperienza italiana, possiamo seguire l'ordine di trattazione già impostato nel corso del contributo, separando l'approccio normativo da quello giurisprudenziale e distin-

<sup>59</sup> «È necessario, ma anche sufficiente, che la violazione o la messa in pericolo diretta dei suoi diritti costituzionali invocati dal ricorrente appaia possibile secondo i fatti presentati, tenendo conto degli standard elaborati dal Tribunale costituzionale federale (cfr. BVerfGE 134, 141, Rn. 161) (§25 della sentenza). E ancora: «i ricorrenti avrebbero dovuto dimostrare l'esistenza di un obbligo del legislatore di prendere provvedimenti malgrado l'esistenza di ampio margine d'azione in capo ad esso» (§ 32, lett. cc). E infine, «i ricorrenti avrebbero dovuto spiegare le ragioni per cui i suddetti interessi pubblici non erano idonei fin dall'inizio a giustificare costituzionalmente l'obbligo di firme a sostegno delle liste per la partecipazione alle elezioni dei partiti non rappresentati nei parlamenti» (§ 53).

<sup>60</sup> Per usare le parole del BVerfG nella pronuncia in oggetto, «[es] unterliegt aber keinem absoluten Differenzierungsverbot» (§§ 38).

<sup>61</sup> In tal senso BVerfGE 1, 208; 3, 19; 4, 375; 5, 77; 6, 60; 162; 71, 81; 82, 353; 111, 289, che riservano la competizione elettorale alle sole «ernsthafte Wahlvorschläge». Un altro interesse costituzionale che viene in essere, oltre alla salvaguardia del peso dei singoli voti, è anche l'intelligibilità e la chiarezza delle schede elettorali («l'esclusione delle candidature senza speranza ha lo scopo di evitare che le schede elettorali diventino confuse o ingombranti, rendendo così la valutazione eccessivamente difficile», § 40).

<sup>62</sup> BVerfGE 6, 84.

<sup>63</sup> BVerfGE 4, 375; 5, 77; 12, 10.

guendo, all'interno di quest'ultimo, le censure di ordine formale da quelle che attengono al contenuto delle misure.

In primo luogo, da un punto di vista normativo, la concreta risposta tedesca è stata portata avanti soprattutto attraverso l'utilizzo di strumenti normativi di rango secondario: regolamenti normativi e atti amministrativi generali emanati dagli esecutivi dei *Länder*. Questi provvedimenti, che hanno comportato una certa restrizione dei diritti e delle libertà fondamentali, hanno tratto il loro fondamento da un atto normativo primario orientato specificamente al contrasto di una crisi pandemica. Inoltre, abbiamo visto come questi provvedimenti siano stati coordinati nelle loro linee essenziali dalle conferenze Federazione/*Länder* e sistematizzati attraverso le continue modifiche all'*InfSG* che hanno garantito, a livello nazionale, una risposta armonica anche se volutamente non del tutto omogenea (sotto questo profilo si rimanda, per la comparazione con l'Italia, a quanto già osservato al § 2).

Su questa base la giurisprudenza tedesca è intervenuta approfondendo in modo particolare due aspetti, uno di rango formale e l'altro di carattere applicativo-contenutistico.

Sotto il profilo formale, quello cioè dell'adeguato fondamento giuridico delle misure, i dubbi si sono concentrati, almeno fino alle sue ultime modifiche, sulla adeguatezza dell'*InfSG* a costituire una adeguata base giuridica per l'esercizio del potere normativo secondario. Molte corti, infatti, come abbiamo visto, avevano denunciato l'inadeguatezza delle prime versioni della legge sul contrasto alle infezioni a "coprire" le svariate regolazioni a livello amministrativo, provocando di fatto la loro illegittimità per violazione del principio di tassatività. Si è dimostrato come la terza e la quarta modifica all'*InfSG* siano state provocate e "guidate" dalla opera ermeneutica della giurisprudenza.

Sotto il profilo sostanziale-applicativo abbiamo visto come il controllo sull'adeguatezza, sulla necessità e sul minor sacrificio delle misure abbia trovato un valido supporto nell'opera mitigante delle corti amministrative statali, di quelle costituzionali e del Tribunale costituzionale federale – chiamati in causa tramite vari ricorsi a cognizione sommaria e *Verfassungsbeschwerden* – ed abbia valorizzato confermato (o, meglio, confermato) il ruolo centrale che tutti i giudici tedeschi esercitano a garanzia dei diritti fondamentali sacralizzati nel *Grundgesetz*.

In linea generale, dal confronto con l'esperienza italiana risaltano alcuni profili di analogia, in particolare sotto l'aspetto del massiccio utilizzo da parte degli apparati di governo di strumenti normativi di rango secondario, ma ciò che distingue chiaramente la situazione tedesca dalla nostra è l'aspetto legato a queste forme di controllo istituzionale e diffuso della gestione politico-sanitaria dell'emergenza. L'accresciuta discrezionalità del legislatore e degli esecutivi, che ha caratterizzato tutte le risposte alla pandemia in Europa, si è accompagnata in Germania, diversamente che in Italia, ad un parallelo maggiore interventismo del potere giudiziario chiamato in causa da una molteplicità di ricorsi; in questo modo le corti tedesche hanno confermato il loro ruolo di coefficiente di equilibrio del sistema e di asse portante del funzionamento dello stato di diritto. Ed è appunto il "come" le corti tedesche sono intervenute che è forse l'espressione più emblematica di un approccio (che vedremo meglio nel paragrafo successivo) preordinato a influenzare il legislatore, fornendo risposte calibrate in relazione al duplice rispetto del principio solidaristico (artt. 20 e 28 GG) e delle libertà fondamentali (artt. 1-12 GG).

Non sarebbe corretto concludere che in Italia il vaglio dell'autorità giudiziaria sulle misure abbia lasciato il quadro giuridico intonso<sup>64</sup>, tuttavia, almeno in una prima fase, non può non notarsi che molte delle decisioni hanno riguardato più l'estensione delle facoltà all'interno del quadro emergenziale definito dai provvedimenti normativi e amministrativi esistenti o la semplice sospensione delle regole di procedura giudiziaria<sup>65</sup>, mentre assai rare sono state le pronunce che hanno riguardato i poteri d'emergenza in sé e le limitazioni delle libertà fondamentali che da essi sono derivati. Il

---

<sup>64</sup> Cfr., già nella prima fase pandemica, M. Massa, *A General and Constitutional Outline of Italy's Efforts Against COVID-19 - With the Best Face On*, in E. Hondius et al. (a cura di), *Coronavirus and the Law in Europe*, Online Intersentia, 2020.

<sup>65</sup> Cfr., in materia di immigrazione, Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza del 21 aprile 2020; Trib. Brescia, sez. immigrazione, ordinanza del 28 aprile 2020; sulla sospensione della prescrizione, Trib. Siena, ordinanza del 21 maggio 2020; sul diritto di difesa nel processo, Magistrato di sorveglianza di Spoleto, 26 maggio 2020. Cfr. per una ricognizione su alcune decisioni che hanno riguardato la modifica delle regole procedurali, v. G. Parodi, C. Locurto, R. Bardelle, *Urgent Measures to Contrast the COVID-19 Epidemic in Relation to Civil and Criminal Justice*, in E. Hondius et al. (a cura di), *Coronavirus and the Law in Europe*, Online Intersentia, 2020.

sindacato giurisdizionale in Italia è stato, anche nelle fasi successive, per lo più indulgente nei confronti delle scelte compiute dal Governo e dalle autonomie territoriali e, salvo rari casi, non ha mai messo in questione né le basi di legittimità dello stato d'emergenza, né i requisiti di necessità e urgenza richiesti dagli atti (normativi, regolamentari e amministrativi), né, tantomeno, la loro ragionevolezza/proporzionalità<sup>66</sup>. Diversamente dalle corti tedesche, le nostre sembrano essersi riconosciute più nel ruolo di garante della legalità formale all'interno di un quadro ordinamentale già dato che di garante dei principi alla base delle norme. A questo ruolo, le corti italiane – pur avendo a disposizione quasi tutti gli strumenti delle corti tedesche, con l'importante eccezione del ricorso diretto di costituzionalità – hanno in parte abdicato, almeno sotto il profilo del sindacato di legittimità degli atti di livello nazionale<sup>67</sup>. Laddove le corti siano state costrette a occuparsi della compatibilità delle misure con i diritti fondamentali a causa di eccezioni di incostituzionalità, esse hanno quasi sempre ritenuto le questioni non meritevoli di accoglimento, rimettendosi *in toto* alle valutazioni compiute dal legislatore italiano (*rectius*, l'esecutivo) in punto di bilanciamento<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Così concludono anche S. Civitarese Matteucci, A. Pioggia, G. Repetto, D. Tega, M. Pignataro, M. Celepija, *Italy: Legal Response to Covid-19*, in J. King, O.L.M Ferraz *et al.*, *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, OUP, 2021.

<sup>67</sup> Le eccezioni più significative sono state la ormai celebre ordinanza del giudice di pace di Frosinone che, pur tra le molte perplessità, ha certamente avuto il merito di portare la Corte costituzionale ad esporsi e a far luce sulla natura giuridica dei DPCM e, più in generale, sulla gestione pandemica. Similmente, si v. il caso di T.A.R. Lazio, sez. III-*quater*, 15 gennaio 2022, n. 419 che ha dichiarato illegittime le Linee guida promulgate dall'AIFA, mutate nella circolare del Ministero della Salute “*Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2*” aggiornata al 26 aprile 2021, nella parte in cui prevedono un lungo elenco delle terapie da non adottare, ponendosi così in contrasto con l'attività professionale come demandata al medico nei termini indicata dalla scienza e dalla deontologia professionale. Decisione sospesa dalla sentenza Cons. St., sez. III, 19 gennaio 2022, n. 207. Vi sono poi le due sentenze della Corte costituzionale già richiamate.

<sup>68</sup> Si pensi, al di là da ogni valutazione che può trarsi nel merito, a quanto stabilito dal Tribunale di Belluno con ordinanza del 6 maggio 2021: «La questione di legittimità costituzionale prospettata dalle reclamanti va ritenuta manifestamente infondata, dovendosi ritenere *prevalente*, sulla libertà di chi non intenda sottoporsi alla vaccinazione contro il Covid-19, il diritto alla salute dei soggetti fragili, che entrano in contatto con gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario in quanto bisognosi di cure, e, più in generale, il diritto alla salute della collettività, nell'ambito della perdurante emergenza sanitaria».

Un maggiore spazio di manovra, infatti, si è potuto registrare solo nei confronti di quei provvedimenti a livello locale o regionale che contrastavano, in senso più o meno restrittivo, con i provvedimenti nazionali: per tutti si può ricordare l'annullamento dell'ordinanza del sindaco di Messina che imponeva la registrazione come condizione per l'attraversamento dello Stretto<sup>69</sup> o, più recentemente, l'annullamento dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania che rinvia la ripresa della didattica in presenza<sup>70</sup>, senza contare le sospensioni o gli annullamenti in grado d'appello o di legittimità di decisioni giurisdizionali che dichiaravano la nullità di atti del Governo<sup>71</sup>.

7. *(Segue) I tribunali da luogo di composizione delle liti a luogo di composizione delle regole: la variabile della ragionevolezza tedesca e del bilanciamento italiano*

È adesso necessario provare a circoscrivere le ragioni alla base della differente risposta. Il caso tedesco dimostra come la possibilità di una risposta immediata o, comunque, rapida alle asserite violazioni dei diritti di libertà, anche in situazioni emergenziali, dipenda, in primo luogo e in larga parte, dagli strumenti processuali disponibili. L'attivazione dei ricorsi diretti al tribunale costituzionale e la tutela cautelare processuale amministrativa – invero soluzioni non eccezionali se si guarda al panorama comparato europeo<sup>72</sup> – ha consentito lo svolgimento di un controllo giurisdizionale pressoché immediato sulle decisioni dei soggetti politici e ha portato molto spesso ad una revisione in termini di proporzionalità e ragio-

<sup>69</sup> Cons. St., sez. I, n. 260/2020 del 7 aprile 2020. Ma anche T.A.R. Calabria, sez. I, dec. 9 maggio 2020, n. 841, che aveva ritenuto che il Presidente di una Regione non ha il potere di autorizzare il servizio all'aperto per i ristoranti quando la normativa nazionale autorizza solo il servizio di consegna.

<sup>70</sup> T.A.R. Napoli, sez. V, dec. 10 gennaio 2022, n. 19.

<sup>71</sup> Da ultimo la sospensione della sentenza del T.A.R. Lazio che annullava la circolare del Ministero della salute sulla gestione domiciliare dei malati di Covid-19: Cons. St., sez. III, dec. 19 gennaio 2022, n. 207.

<sup>72</sup> La prima soluzione è condivisa, tra i maggiori Paesi, anche da Austria e Spagna, la seconda dalla Francia. Sulla Spagna, cfr. S. Romboli, *Covid e Corti: gli interventi del tribunale costituzionale spagnolo in materia di "stati di emergenza"*, su questa stessa Rivista. Sulla Francia, A.M. Lecis Cocco Ortu, "Il Consiglio Costituzionale francese di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela (effettiva) dello stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti", sempre in questa Rivista.

nevolezza delle misure limitative adottate. È chiaro che la maggiore o minore propensione dei giudici ad intervenire dipenda, poi, anche da altri fattori (che traggono forza anche dalla cultura giuridica dominante): in questi due anni di emergenza epidemiologica le corti tedesche, diversamente da altre (quali quelle spagnole, italiane o austriache, ispirate ad un maggiore *self restraint*)<sup>73</sup>, si sono sempre percepite come il punto di ri-equilibrio del sistema: è un fatto che emerge dall'equilibrio anche "stilistico" delle numerosissime pronunce di questi anni, anche delle corti di merito<sup>74</sup>. In questo più incisivo monitoraggio delle corti tedesche giocano un ruolo cruciale le forme di interpretazione conforme al Grundgesetz in un ordinamento giuridico già di per sé "iper-costituzionalizzato" tedesco<sup>75</sup>. L'art. 19, comma 4 GG garantisce, poi, espressamente un diritto di accesso al giudice nei confronti di chiunque lamenti la violazione per via legislativa o amministrativa di un suo diritto fondamentale. Infine la discrezionalità tecnica del giudice nel ponderare gli argomenti dell'interpretazione è incoraggiata anche dall'assenza di specifiche regole esegetiche e interpretative.

Il punto di partenza del *reasoning* utilizzato dai giudici di ogni ordine e grado, come si è visto, è rappresentato dal principio di proporzionalità in senso lato (*alias* ragionevolezza); la legittimità delle misure, cioè, è stata vagliata soprattutto attraverso la valuta-

---

<sup>73</sup> Sull'Austria, si consenta un rinvio a A. Gatti, *L'emergenza Covid-19 in Germania e Austria: un bilancio comparato*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2020 (Quaderno n. 1, speciale monografico a cura di R. Tarchi, *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*).

<sup>74</sup> Si vedano le pronunce esaminate nei paragrafi precedenti, dove emerge senza ambiguità la funzione legittimante di controllo giudiziale del potere in capo ai giudici ("Ci sarà pure un giudice a Berlino..."). Una cultura giuridica più attenta al rispetto delle libertà fondamentali è da riconoscersi anche allo stesso legislatore. Per quanto non sia intenzione del presente scritto soffermarsi su speculazioni proprie della sociologia giuridica, mi pare che un segnale inequivoco in tal senso ci provenga dal differente grado di intensità delle restrizioni decise dal legislatore tedesco (federale e statale) che, anche nei periodi di più alto contagio, non ha mai eguagliato la durezza di quello italiano. Per una rassegna dei provvedimenti restrittivi tedeschi nella fase "acuta", R. Lehner *Rausegeben erlaubt! Aber bitte nicht liegen*, 27 marzo 2020, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>75</sup> Cfr. in proposito, J. Luther, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi a Roma il 6 novembre 2009, Milano, 2010, 199 ss. Ma anche V. Haak, *Normenkontrolle und Verfassungskonforme. Auslegung des Richters. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bonn, 1963.

zione del loro impatto in termini di adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto. Questo metodo è certamente determinato dalla natura sommaria e cautelare della stragrande maggioranza dei procedimenti in tempo di pandemia: le corti, prescindendo da una estesa disamina del merito, hanno piuttosto teso a basare la loro decisione su una valutazione di probabilità incardinata sul doppio requisito del *fumus boni iuris*, cioè sulla probabile esistenza del diritto che costituisse oggetto del processo a cognizione piena e sul *periculum in mora*<sup>76</sup>.

In questo modo l'elevata elasticità di giudizio di cui godono le corti rimane ancorata a un criterio costituzionalmente rilevante (la proporzionalità/ragionevolezza) e incardina il procedimento logico-argomentativo sul seguente interrogativo: quale decisione sarà più dannosa se in seguito si rivelerà errata? Questo è stato il principale criterio guida per ogni decisione cautelare in tema di Covid-19.

La standardizzazione dei criteri argomentativi non ha implicato tuttavia un'omogeneità delle decisioni. Tutto al contrario: pur salvaguardando la legittimità astratta delle previsioni, le singole decisioni di permettere o meno una manifestazione, aprire o meno un esercizio commerciale, autorizzare o meno un coprifuoco, istituire o meno l'obbligo di portare la mascherina in determinati luoghi e a determinate condizioni, hanno avuto esiti diversi a seconda del tempo, del luogo e delle circostanze dello specifico caso all'esame.

Ma in questo tentativo di sistematizzazione si trova anche il punto debole di questa operazione giurisprudenziale. Tanto per i giudici che hanno avallato le scelte del legislatore federale o degli esecutivi dei *Länder* quanto per quelli che le hanno cassate, l'argomento giustificativo utilizzato per avallare le proprie risultanze è quello della mancata soddisfazione dell'onere della prova in un senso o nell'altro (dei ricorrenti, se lo scopo è quello di respingere il ricorso, dell'amministrazione se, al contrario, non si vuole accoglierlo)<sup>77</sup>.

Si capisce come un uso così disinvolto e "mobile" di un prin-

---

<sup>76</sup> Si pensi alle decisioni del 5 e 20 maggio 2021, citate precedentemente, in cui il *BVerfG*, pur adombrando ancora dubbi su alcune previsioni dell'*InfSG*, respinse le corrispondenti richieste urgenti di sospensione dell'esecuzione, citando appunto gli svantaggi che ciò avrebbe potuto comportare nella lotta contro la pandemia.

<sup>77</sup> Si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla contraddittoria giurisprudenza sul coprifuoco notturno riportata al § 4.1.

cipio argomentativo che al contrario dovrebbe garantire schemi di ragionamento il più possibile coerenti, rischi di compromettere il principio di certezza del diritto in favore di un certo ampliamento della discrezionalità dell'organo giudicante<sup>78</sup>. Se è vero che in una situazione emergenziale le decisioni mutano con il mutare della situazione di fatto, allora può essere corretto – a determinate condizioni – privilegiare il contesto giustificativo, rispetto a schemi di argomentazione fissi. L'uso della ragionevolezza – che è l'approccio più mobile nell'attività giurisdizionale – è tra queste forme di controllo la più rilevante.

La ragionevolezza in Germania si differenzia profondamente, anche per le stesse corti amministrative, da quello delle corti italiane; mentre in Germania è essenzialmente un giudizio sulla finalità della legge (se questa è lecita o meno)<sup>79</sup>, in Italia è spesso confusa con il bilanciamento, il quale invece rappresenta solo il contesto che è da sempre preso in considerazione nelle sentenze dei giudici<sup>80</sup>. Come afferma da Marta Cartabia, il bilanciamento «molto si avvicina alla fase della proporzionalità in senso stretto, specie nei casi che riguardano i diritti fondamentali»<sup>81</sup>. Si capisce come i due

<sup>78</sup> V. Baldin, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), n. 2/2020, 597-607, parla di interpretazione politica (606).

<sup>79</sup> Più precisamente si tratta dello scrutinio sull'adeguatezza (*Geeignetheit*) dell'atto (normativo o amministrativo) al raggiungimento dello scopo, della legittimità di quest'ultimo (*Legitimer Zweck*) e della proporzionalità del mezzo impiegato, cioè in breve sulla correttezza tra mezzi e scopi. In tal senso si v. Ch. Bumke, A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, partic. 35 ss.; M. Jestaedt, O. Lepsius (a cura di), *Verhältnismäßigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015; E. Grabitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 98, 1973, 563-616. Si ricorda che la legge fondamentale non contiene alcuna esplicita menzione alla proporzionalità, tuttavia, il Tribunale costituzionale ha ritenuto che essa costituisca uno dei principi supremi dell'ordinamento e il massimo strumento con cui valutare la legittimità della legislazione che interferisca con i diritti fondamentali: *ex multis*, BVerfGE 19, 330; 20, 162 (186); 96, 44 (51); 115, 166 (197).

<sup>80</sup> Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992. In qualche modo la ragionevolezza dovrebbe implicare una gerarchia di valori che a loro volta dovrebbero rappresentare i margini del discorso, cioè le finalità e i limiti che devono essere tenuti in considerazione dal bilanciamento.

<sup>81</sup> M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana* - Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma 24-26 ottobre 2013, testo su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 6.

approcci divergano nella sostanza e come il primo (scrutinio non sulla proporzionalità in senso stretto, ma anche sulla adeguatezza e legittimità dell'atto al raggiungimento dello scopo) abbia dotato il giudice tedesco di un considerevole margine discrezionale nell'orientare le scelte del legislatore e dell'amministrazione in punto di misure emergenziali, pur senza mai esulare dal contenuto espresso della Legge fondamentale<sup>82</sup>. La ragionevolezza applicata dalle corti tedesche nei confronti delle misure emergenziali ha quindi superato lo stretto scrutinio di legittimità, aggiungendovi una sorta di giudizio complessivo di "razionalità minima" che doveva sorreggere ogni misura<sup>83</sup>.

L'importanza dell'argomento comparativo non riguarda qui la circolazione delle idee, ma le possibili soluzioni giuridiche di carattere ermeneutico, non necessariamente "di sistema", che, per riprendere una felice espressione, aiutano a «non cadere nel soggettivismo volontaristico» favorendo proprio la dialettica delle «formule operative»<sup>84</sup>.

### *Abstract*

La concreta risposta tedesca alla pandemia da Covid-19 è stata portata avanti soprattutto attraverso atti normativi secondari a loro volta adottati in forza di una legge formale (InfSG) specificamente pensata per il contrasto ad un evento pandemico. Ciò nonostante, la giurisprudenza è intervenuta numerose volte per censurare sia l'inadeguato fondamento giuridico delle misure che la loro specifica applicazione. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, si mostrerà come la giurisprudenza abbia costantemente vigilato sull'adeguatezza, necessità e minor sacrificio delle misure. Sul piano del ricorso alla comparazione, infine, ci si muoverà attraverso l'esame delle decisioni più significative delle corti italiane eviden-

<sup>82</sup> G. Perlingeri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10, 2019, online su [www.idibe.org](http://www.idibe.org), 36: «La ragionevolezza (...) non si risolve nella tecnica (...) della valutazione comparativa tra gli interessi, ma richiede l'interpretazione assiologicamente orientata di ogni disposizione o fatto giuridicamente rilevante, sì da perseguire una soluzione conforme al sistema giuridico di riferimento e ai suoi principi.

<sup>83</sup> Riprendendo le parole del BVerfG in una sua celebre sentenza: «la gravità dell'intervento, a fronte di una valutazione globale, non deve essere sproporzionata rispetto al peso delle ragioni che lo giustificano»: BVerfGE 118, 165 (195).

<sup>84</sup> G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Le Corti nazionali e il diritto comparato. Una premessa*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006, XIII.

ziando come i mezzi di impugnazione e l'ampio uso del principio di proporzionalità/ragionevolezza confermino una essenziale differenza rispetto al caso italiano: il ruolo centrale ricoperto dai giudici tedeschi di ogni ordine e grado nella gestione della pandemia e nella tutela dei diritti fondamentali.

The essay aims to investigate, in a comparative perspective, how the German judicial review process responses has operated under Covid-19 pandemic. The modifications and innovations implemented by the Courts in response to the Covid-19 legislative and administrative measures, will be specifically analysed under two main aspects: on the one hand, the correctness of the formal legal procedures followed by the lawmakers in order to adopt the necessary measures to face the crisis; on the other hand, the most significant case laws concerning fundamental rights restrictions, their legitimacy and their limits. The paper outlines the fundamental divergencies with the Italian's judicial review approach and concludes that the interventionist attitude of the German Courts – encouraged by some constitutional remedies as the wide deployment of the proportionality principle and by the *Verfassungsbeschwerde* – broadened the ability of the German judiciary to influence the decisions of the Lawmaker.

ULRIKE HAIDER-QUERCIA

NUOVI CRITERI DI ACCESSO  
E DIFFERENZIATI RAPPORTI TRA LEGGE  
E REGOLAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA COVID-19  
DELLA CORTE COSTITUZIONALE AUSTRIACA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'assiduità del sistema delle fonti nei momenti di crisi e la partecipazione del Parlamento all'esecuzione. – 3. I *leading cases* della prima ondata: l'adeguatezza della motivazione come principale criterio di legittimità dei regolamenti governativi. – 4. La novità procedurale: l'estensione dei criteri di ammissibilità del ricorso individuale diretto anche nel caso di norme non più in vigore. – 5. Panoramica delle successive *Erkenntnisse* della Corte. – 6. Riflessioni conclusive: gli effetti della giurisprudenza emergenziale.

1. *Introduzione*

Per l'analisi dell'impatto della pandemia causata da SARS-Cov-2 sui sistemi costituzionali risulta particolarmente interessante la giurisprudenza costituzionale<sup>1</sup>, e, sul tema, anche la situazione austriaca non fa eccezione: in più di 400 giudicati il *Verfassungsgerichtshof (VfGH)* ha elaborato – in tempi rapidissimi – la sua linea interpretativa della normativa emergenziale. La maggior parte delle questioni portate all'attenzione dei giudici costituzionali sono state sollevate con ricorsi individuali diretti poco dopo l'entrata in vigore della legge e dei regolamenti di contrasto al Covid-19.

La situazione austriaca risulta particolare non solo per la numerosità e celerità delle pronunce rese dai giudici costituzionali, ma anche per i parametri che la Corte ha fissato nelle prime pronunce e che hanno determinato i successivi interventi sia legislativi che giurisprudenziali. Così è stato in particolar modo specificato il rapporto tra legge e regolamento governativo di attuazione e la centra-

---

<sup>1</sup> Cfr. A. Gamper, intervento al Österreichischen Juristentag 2021, relazione sulla Costituzione di emergenza in corso di stampa.

lità che assume, per i periodi di crisi, l'obbligo di motivare adeguatamente le misure adottate con atto regolamentare.

L'altro aspetto significativo delle *Covid-Erkenntnisse* del VfGH, che avrà un effetto durevole anche oltre il periodo pandemico per il sistema di tutela dei diritti in Austria, concerne la procedura di accesso alla Corte costituzionale. Nella giurisprudenza sul diritto della pandemia, il VfGH ha modificato i criteri di legittimazione a sollevare un ricorso individuale diretto, ammettendo la sua competenza di pronunciarsi anche nei confronti di norme che non sono più in vigore – e che quindi non producono più effetti diretti nell'ordinamento – al momento della decisione della Corte. Come si vedrà nella trattazione che segue, anche questa innovazione procedurale è mossa prevalentemente da esigenze di tutela dello stato di diritto e solo secondariamente dalle finalità di tutela dei diritti e libertà individuali.

## 2. *L'assiduità del sistema delle fonti nei momenti di crisi e la partecipazione del Parlamento all'esecuzione*

Un primo dato importante è che in Austria, per far fronte all'emergenza pandemica, si è optato per procedere con strumenti legislativi ordinari, ritenendo non applicabile la normativa costituzionale dei poteri emergenziali e della sospensione dei diritti fondamentali<sup>2</sup>. Così, l'adozione della normativa *ad hoc* per adottare, in maniera eccezionale e temporanea, i provvedimenti governativi necessari per disporre un'ampia serie di restrizioni per la vita privata e professionale delle persone, è avvenuta secondo procedimenti legislativi ordinari, seppure con la specificità che la prima normativa adottata nel mese di marzo 2020 – la prima legge federale contenente misure provvisorie per contrastare la diffusione del Covid-19<sup>3</sup> (*COVID-19 Maßnahmenengesetz*) – è stata adottata con estrema rapidità e con una singolare compattezza tra le forze politiche rappresentate nei due rami del Parlamento<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> I poteri di decretazione d'urgenza presidenziali sono regolati dall'art. 18, 4° c. B-VG.

<sup>3</sup> Legge federale sulle misure transitorie per il contrasto alla diffusione del COVID-19 (*Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 - COVID-19-Maßnahmenengesetz*), BGBl. I, 12/2020.

<sup>4</sup> Si ricorda come la normativa per contrastare il COVID-19 è stata adottata in una seduta straordinaria tenuta in tempi rapidissimi domenica 15 marzo 2020 dal Con-

Il meccanismo scelto dalla dirigenza governativa fu quello di creare una normativa legislativa *ad hoc*<sup>5</sup> sulla cui base adottare singoli regolamenti governativi (ed in particolare del Ministro della salute) per applicare il grado di misura più adeguato rispetto agli interessi costituzionalmente protetti. Così il COVID-19 *Maßnahmengesetz* è stato completato da ulteriori atti legislativi e alcuni regolamenti governativi, tra cui il primo regolamento COVID-19-*Massnahmenverordnung* 96<sup>6</sup>, che dispone il divieto di accesso a luoghi di lavoro (*Betriebsstätten*), nonché il regolamento COVID-19-*Massnahmenverordnung* 98, che dispone il generale divieto di uscire dalla propria abitazione. I primi regolamenti sono stati integrati e sostituiti costantemente da regolamenti ulteriori, disponendo svariate misure, tra cui limiti alla mobilità e di accesso ai luoghi pubblici, l'organizzazione della didattica e le misure di sicurezza nelle scuole, l'obbligo di indossare mascherine, il divieto di uscire dalla propria abitazione e regole sugli assembramenti privati<sup>7</sup>.

---

siglio nazionale, abbreviando le normali procedure deliberative previste dai regolamenti parlamentari. Già il giorno successivo, e quindi in meno di 48 ore dalla presentazione del dettagliato disegno di legge presentato da alcuni deputati del partito maggiore della coalizione di Governo, tale normativa è stata votata anche dal Consiglio federale. Vedi F. Palermo, La gestione della crisi pandemica in Austria: regolarità costituzionale e qualche distonia politica, DPCE online, luglio 2020 e U. Haider-Quercia, L'attestato di salute del sistema consociativo austriaco nel Covid-19 e i nuovi paradigmi di tutela delle libertà fondamentali, in *Ambiente e diritto*, 3/2020.

<sup>5</sup> Si è scelto di non applicare la normativa esistente, risalente al 1950 contenuta nella legge federale sulla prevenzione alla lotta alle malattie trasmissibili (*Epidemiegesetz*), normativa creata nel periodo della pandemia dell'influenza spagnola nel 1913 e recepita dall'ordinamento democratico del secondo dopoguerra. Il motivo della deroga a tale normativa è stato che la stessa prevedeva la possibilità di chiusure puntuali di esercizi commerciali su provvedimento dei governatori dei distretti amministrativi, ma anche un meccanismo di risarcimento sull'intero mancato guadagno causato dalla chiusura autoritativamente imposta. Inoltre, consente ai Comuni ed alle autorità amministrative distrettuali (e non al Governo centrale) di adottare provvedimenti restrittivi per evitare la propagazione di epidemie. Il Governo ha utilizzato la legge sulle epidemie solamente nei primi giorni della pandemia, ed in particolare per la disposizione del divieto di assembramenti, ma anche per l'esecuzione delle decisioni governative da parte dei *Länder* e degli altri enti territoriali (*Bezirksverwaltungsbehörden*). Cfr. W. Heissenberger, *105 Jahre „Epidemiegesetz“ - Ein Gesetz im Wandel!*, in *Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht*, 2018, 163 ss.

<sup>6</sup> Regolamento del Ministro degli affari sociali e della salute e della tutela dei consumatori BGBl II 2020/96 betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 idF BGBl II 2020/151.

<sup>7</sup> Per una dettagliata panoramica e descrizione di tutti i regolamenti adottati sulla base della normativa del Covid 19 *Maßnahmengesetz* vedi R. Klaushofer, B. Kneih, R. Palmstorfer e H. Winner, *Unions- und verfassungsrechtliche Fragen der*

In seguito alle prime pronunce della Corte costituzionale intervenute a luglio 2020 (che saranno evidenziate nel paragrafo successivo)<sup>8</sup>, il COVID-19 *Maßnahmengesetz* è stato novellato per dirimere alcune imperfezioni di tecnica legislativa e di criticità in termini del principio dello stato di diritto (e soprattutto del principio di legalità)<sup>9</sup> fornendo, in particolare, definizioni e chiarimenti ed indicando specificatamente le misure applicabili per il contrasto alla pandemia che possono essere disposti con regolamento<sup>10</sup> (disposizioni sull'accesso nei luoghi di lavoro e nei luoghi commerciali, in luoghi specifici e pubblici nel loro insieme, disposizioni sull'utilizzo dei mezzi pubblici e disposizioni sull'uscita dalla propria abitazione<sup>11</sup>).

Dal novellato COVID-19 *Massnahmengesetz* emerge che il soggetto autorizzato<sup>12</sup> a disporre con regolamento può impiegare, in maniera flessibile secondo il quadro epidemiologico, gli strumenti elencati nella legge, fissando anche i parametri di valutazione per la gravità della situazione epidemiologica.

A rafforzamento del principio di legalità la legge contiene, inoltre, indicazioni precise in merito alla proporzionalità delle misure che devono essere disposte, così le disposizioni in merito all'accesso a determinati luoghi possono essere giustificate solamente nella misura in cui sono necessarie per impedire la proliferazione delle infezioni con Covid-19 e i relativi divieti possono essere disposti solamente se non sono sufficienti misure alternative con un impatto

---

*österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus (II). Mai bis Dezember 2020*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2021, 665 ss.

<sup>8</sup> Cfr. in particolare VfGH 14.7.2020, V 363/2020 ua; 14.7.2020, G 202/2020 ua, und 14.7.2020, V 411/2020.

<sup>9</sup> Cfr. R. Klaushofer, B. Kneihls, R. Palmstorfer, H. Winner, cit., 629 ss.

<sup>10</sup> Sulle origini dei requisiti di determinatezza della legge di autorizzazione come elemento necessario dello Stato amministrativo gerarchico nella giurisprudenza costituzionale, ed in particolare nella sentenza del VfGH VFSIlg 176/1923, fortemente influenzata dalle concezioni positivistiche di Hans Kelsen, si rinvia a M. Vasak, *Von den Genfer Protokollen zum Covid-19-Maßnahmengesetz*, Wien, 2021.

<sup>11</sup> Art. 1, 1° c. e artt. 3-5 legge federale COVID-19 *Massnahmengesetz*.

<sup>12</sup> In linea generale, il soggetto competente è il Ministro della salute e, nel caso in cui non esista un regolamento del Ministro competente e qualora fossero necessarie ulteriori misure, il Governatore (*Landeshauptmann*) in accordo con il Ministro della salute. Qualora non esistesse un regolamento del Ministro o del Governatore e nel caso in cui debbano essere adottate misure ulteriori, sono competenti le autorità amministrative circoscrizionali previo assenso del *Landeshauptmann* (Art. 7 legge federale COVID-19 *Massnahmengesetz*).

meno invasivo<sup>13</sup>. Viene, inoltre, stabilito che misure come il divieto di uscire possono essere disposte solamente se esse sono necessarie per evitare il crollo del sistema sanitario o una simile situazione<sup>14</sup>.

Queste specificazioni per l’emanazione dei regolamenti sono state completate da alcune previsioni procedurali *ad hoc*. Così è stato inserito nell’art. 10 della legge COVID-*Maßnahmengesetz* che il Ministro federale competente deve – ad eccezione unicamente di casi di estrema urgenza – sentire prima dell’emanazione di ogni nuovo regolamento la Commissione per il Coronavirus (*Corona-Kommission*)<sup>15</sup> composta da esperti e rappresentanti del *Bund* e dei *Länder*. Ad integrazione di ciò la legge dispone che per limitazioni particolarmente intense della sfera dei diritti fondamentali (come i divieti di accesso a determinati luoghi e il divieto di uscire dalla propria abitazione), prima dell’adozione del regolamento, deve essere ottenuto il consenso della Commissione permanente del Consiglio nazionale (*Hauptausschuss des Nationalrates*)<sup>16</sup>. Emerge dai materiali esplicativi della modifica della legge che l’obiettivo della previsione è quello di garantire la base di legittimazione democratica di tutte le misure adottate con regolamento che risultino particolarmente limitative dei diritti fondamentali<sup>17</sup>. Di conseguenza, viene specificato che, se l’atto governativo viene emanato in assenza del consenso parlamentare, esso è illegittimo.

Si può osservare come con tale integrazione legislativa si è cercato di dare una risposta al dibattito – sollevato nello stesso periodo anche in Germania<sup>18</sup> ed in Italia<sup>19</sup> – sulla funzione legislativa del

<sup>13</sup> Artt. 3 e 4 legge federale COVID-19 *Massnahmengesetz*.

<sup>14</sup> Art. 5, 1° c. legge federale COVID-19 *Massnahmengesetz*.

<sup>15</sup> Art. 10 legge federale COVID-19 *Massnahmengesetz*.

<sup>16</sup> Art. 11 legge federale COVID-19 *Massnahmengesetz*.

<sup>17</sup> Cfr. M. Vasek, *Von den Genfer Protokollen zum Covid-10-Maßnahmengesetz*, Wien, 2021, 91.

<sup>18</sup> Cfr. H.M. Heinig, T. Kingreen, O. Lepsius, C. Möllers, U. Volkmann e H. Wißmann, *Why Constitution matters - Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Coronakrise*, in *Juristenzeitung*, 2020, 867 f.; C. Möllers, *Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus*, *verfassungsblog.de*; E. Buoso e C. Fraenkel-Haeberle, *La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali*, in *federalismi.it*, 24 giugno 2020; e J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania*, in *DPCE-online*, n. 2/2020, 1727 ss. Vedi anche il contributo di A. Gatti, *Per un'emergenza "ragionevole"*: l'opera mitigante della giurisprudenza tedesca sulle decisioni degli esecutivi in questo volume.

<sup>19</sup> Cfr. V. Lippolis, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *rivista AIC*, n. 1/2021 e F. Pastore, *Alcune brevi considerazioni sulle modalità più effi-*

Governo nella crisi pandemica e il ruolo ridotto del Parlamento<sup>20</sup>. In dottrina è stato, per contro, evidenziato come tale obbligo di richiedere il consenso parlamentare per specifici regolamenti costituisca una deroga alla rigida dicotomia tra determinazione parlamentare della legge ed emanazione esclusivamente governativa del regolamento<sup>21</sup>.

3. *I leading cases della prima ondata: l'adeguatezza della motivazione come principale criterio di legittimità dei regolamenti governativi*

Tra le numerose pronunce rese dal VfGH nell'ambito della legislazione di emergenza sono soprattutto le decisioni di luglio e ottobre 2020 a fornire elementi rilevanti anche per gli interventi successivi della Corte<sup>22</sup>. Da un punto di vista formale, si può constatare che le censure del VfGH riguardano prevalentemente i regolamenti esecutivi della legge federale contenente le misure di contrasto al Covid-19. In effetti, con le prime pronunce<sup>23</sup> il VfGH ha respinto le argomentazioni in termini di incompatibilità costituzionale apportate nei ricorsi avverso la legge federale, affermando la legittimità costituzionale di quest'ultima<sup>24</sup>, rilevando, tuttavia, delle irregolarità e una serie di eccessi nell'impiego del potere regolamentare di attuazione (specialmente di competenza del Ministro della Salute) rispetto alla base legislativa parlamentare.

Nell'attività di controllo della normativa emergenziale si manifesta la rilevanza che assume, anche sul piano pratico, la competenza

---

*caci per l'esercizio delle prerogative del Parlamento nell'ambito dell'emergenza Covid-19, in Democrazia e diritti sociali, fascicolo speciale: Pandemia, normazione dell'emergenza e modelli di intervento socio-economici, 2020, 281 ss. e F. Clementi, La pandemia e il simulacro del Parlamento: gerarchia delle fonti e verticalizzazione della politica nell'epoca del Covid-19, in A. Campi (cura), Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali, Soveria Mannelli, 2020, 93 ss.*

<sup>20</sup> Cfr. M. Fister, *Grundrechte in der Krise*, in *Anwaltliche Blätter*, 2020, 406 e A. Noll, *Corona-Krise: Der Verordnungsstaat*, in *Der Standard* del 25 marzo 2020.

<sup>21</sup> Cfr. M. Vasek, cit., 91. Sul concorso tra Parlamento e Governo nella funzione legislativa in Austria vedi A. Zei, *La funzione normativa tra Parlamento e Governo nella Repubblica federale austriaca*, Milano, 2004, spec. 109 ss.

<sup>22</sup> Cfr. C. Grabenwarter, *100 anni di Costituzione federale e giustizia costituzionale in Austria*, in corso di pubblicazione su *Percorsi costituzionali* n. 3/2021.

<sup>23</sup> In particolare si tratta delle tre sentenze VfGH 14.9. 2020, V411/2020.

<sup>24</sup> Cfr. VfGH 14.9.2020, V411/2020.

del VfGH per il controllo non solo delle leggi ma anche dei regolamenti (art. 139 B-VG), in quanto atti normativi di portata generale. Per un corretto inquadramento della linea interpretativa sviluppata dalla Corte bisogna ricordare come il parametro di valutazione nei confronti dei regolamenti sia costituito soprattutto dalla corrispondenza di essi con la legge ordinaria che li autorizza, insieme ad ulteriori condizioni di legittimità derivanti dal principio della determinatezza della legge autoritativa di base del regolamento<sup>25</sup>.

Così rientrano, nella prima ondata di pronunce del VfGH le tre sentenze emesse nel luglio 2020<sup>26</sup> con le quali il VfGH ha valutato la legittimità delle misure di restrizione che impedivano agli individui di uscire dalla propria abitazione, il divieto di accesso a molti luoghi commerciali e l'esclusione dell'applicazione del meccanismo di risarcimento previsto dal *Epidemiestgesetz*<sup>27</sup>. Nell'ambito delle prime *Erkenntnisse* i giudici costituzionali hanno rilevato una differenziazione irragionevole<sup>28</sup> nella scelta del regolamento ministeriale di autorizzare l'apertura dei mercati dell'edilizia e dei vivai, indipendentemente dalla loro estensione di spazio<sup>29</sup>.

Inoltre, è stata considerata illegittima la statuizione di un generale divieto di accesso ai luoghi pubblici, dato che l'autorizzazione legislativa avrebbe consentito solamente il divieto di accesso a determinati luoghi selezionati e specificati<sup>30</sup>. Con la statuizione regola-

<sup>25</sup> Tali criteri derivano dall'art. 18 della legge federale costituzionale del 1920 (*Bundes-Verfassungsgesetz, B-VG*) che stabilisce il principio di legalità.

<sup>26</sup> VfGH 14.7.2020, G202/2020, V408/2020, V411/2020, V396/2020, V398/2020, G197/2020, V395/2020. Per la risoluzione di tali casi, il VfGH si è riunito in una sessione straordinaria nel mese di luglio 2020 per fornire i primi chiarimenti sulle questioni sollevate da una settantina di ricorsi diretti.

<sup>27</sup> Già prima del mese di luglio il VfGH aveva deliberato su alcuni ricorsi nell'ambito della normative anti-covid, i quali tuttavia sono stati dichiarati inammissibili e rinviati senza una analisi materiale dei ricorsi. Cfr. VfGH 8.6.2020, V361/2020; 15.6.2020 V401/2020; 16.6. 2020, V432/2020; 14.7.2020, G180/2020; V355/2020.

<sup>28</sup> VfGH 14.7.2020, V 411/2020.

<sup>29</sup> Un ulteriore aspetto significativo è che il VfGH ha chiarito il rapporto tra la normativa contenuta nella legge *ad hoc* Covid-19 MG e la legge sulle malattie infettive. Così, il VfGH ha statuito che è compatibile con il dettato costituzionale che l'art. 4, 2° c. della legge COVID-19-MG esclude nell'ambito applicativo del regolamento ministeriale l'applicabilità del divieto di accesso agli esercizi commerciali previsto dalla legge federale *Epidemiestgesetz* e, di conseguenza, anche del relativo meccanismo di risarcimento (che in termini economici è più conveniente per i gestori dei servizi commerciali chiusi, in quanto viene quantificato nella effettiva perdita di guadagno e non in maniera proporzionale come invece previsto dal fondo Covid).

<sup>30</sup> VfGH 14.7.2020, V 363/2020.

mentare di un divieto generalizzato di uscire dalla propria abitazione, il ministro competente per l'emanazione del regolamento attuativo avrebbe ecceduto dai limiti posti dall'art. 2 della legge federale COVID-19-*Massnahmengesetz*, che consentivano la limitazione non in maniera generale, ma per luoghi determinati e specifici (*das Betreten von bestimmten Orten*)<sup>31</sup>.

L'aspetto particolarmente significativo e che fornisce importanti criteri per l'autorità che emette i regolamenti riguarda, invece, le ulteriori condizioni di legittimità regolamentare messi in evidenza dalla Corte. Al riguardo il VfGH ha sottolineato l'importanza di una esauriente motivazione a cui deve essere corredata l'emanazione dei regolamenti ministeriali che introducono misure fortemente limitative e incisive dei diritti fondamentali. Tale obbligo di motivazione deriverebbe, secondo il parere dei giudici costituzionali, anch'esso dal principio della determinatezza della norma legislativa<sup>32</sup>.

Le argomentazioni del VfGH appaiono particolarmente interessanti in quanto mettono su un piano differenziato il rapporto tra legge e atto amministrativo, rapporto nel quale l'attenzione della Corte sembra focalizzarsi soprattutto al criterio della esaustività della motivazione da parte del Ministro competente durante il procedimento di emanazione del regolamento. La dottrina non ha mancato di mettere in rilievo come con queste pronunce il VfGH abbia cercato di determinare in maniera differenziata per il periodo di crisi, e nell'ottica di un trasparente bilanciamento tra l'interesse generale della sicurezza sanitaria e i diritti fondamentali, il rapporto tra legge e regolamento, discostandosi dalla sua costante giurisprudenza<sup>33</sup>. Da un lato ha riconosciuto una discrezionalità relativamente ampia al potere regolamentare rispetto alla base legislativa

<sup>31</sup> Nella sua sentenza del 10 marzo 2021 (V 583/2020), per contro, ha considerato compatibile con l'autorizzazione legislativa dell'art. 2 della legge federale COVID-19-MG il regolamento del sindaco di Innsbruck del 21 marzo 2020, con il quale egli emanava un divieto di accesso al lungofiume Innpromenade e Sillpromenade, in quanto esso individuava esattamente il luogo interessato (insieme, inoltre, ad una motivazione adeguata sulla necessità della misura adottata. VfGH 10.3.2021, V 538/2020.

<sup>32</sup> Sul principio della determinatezza della legge e l'evoluzione nell'ordinamento costituzionale vedi T. Öhlinger, *Legalitätsprinzip und Europäische Integration. Zur Gesetzesbindung des Verwaltungshandelns aus der Sicht des EU-Beitritts*, in *Österreichische Parlamentarische Gesellschaft* (cura), *75 Jahre Bundesverfassung, Festschrift aus Anlaß des 75. Jahrestages der Beschlussfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz*, Wien, 1995, 633 ss.

<sup>33</sup> Cfr. R. Klaushofer, B. Kneiss, R. Palmstorfer e H. Winner, cit., 665.

per gestire in maniera adeguata le rispettive situazioni attinenti, ma chiede, dall'altro lato, anche una documentazione assai dettagliata ed approfondita delle ragioni per cui le misure sono state adottate concretamente. Con tale approccio il VfGH ha sviluppato una sua più risalente e secondaria giurisprudenza (VfSlg. 11.972/ 1989 e 17.161/2004) nella quale erano assenti riferimenti all'adeguata determinatezza della legge di autorizzazione, ma in cui si stabiliva che la misura disposta con regolamento – anche in assenza di una base normativa o costituzionale in tal senso – deve essere esaurientemente motivata<sup>34</sup>.

Un altro aspetto significativo deriva dal fatto che nella maggior parte dei casi decisi dalla Corte si trattava di regolamenti che, nel momento della pronuncia del VfGH, non erano più in vigore e avevano già perso la loro validità. La Corte, infatti, ha dovuto affrontare il problema che le misure regolamentari adottate avessero una validità temporale limitata, essendo state in vigore solo per alcune settimane tra i mesi di marzo ed aprile 2020. Quando, invece, il VfGH ha svolto la sua attività di controllo ai sensi dell'art. 139 B-VG, la maggior parte delle misure disposte con regolamento aveva già perso la sua validità. Il problema sorge in quanto tra i criteri per sollevare una questione davanti alla Corte costituzionale viene stabilito che la norma regolamentare incriminata debba ancora produrre effetti giuridici ed essere applicata nel caso concreto<sup>35</sup>.

Costituisce, pertanto, un profilo di assoluta novità e rilevanza anche per il futuro sviluppo della giustizia costituzionale che il VfGH, con le decisioni appena descritte e in evoluzione della sua pregressa (e secondaria) giurisprudenza, abbia modificato i criteri di ammissibilità del ricorso diretto, estendendo la sua competenza di controllo anche nei confronti di norme non più produttive di effetti, in quanto non più in vigore. In tale prospettiva il VfGH ha sta-

---

<sup>34</sup> La dottrina ha accolto con riserva tale atteggiamento interpretativo rilevando, in particolare, come con tale tecnica si riconoscerebbe un margine di discrezionalità più ampio all'intervento regolamentare e verrebbe invertito il rapporto tra legge e atto amministrativo, dato che nel nome di un obbligo di motivazione nei confronti delle misure disposte si rinuncerebbe alla verifica della compatibilità materiale con la base normativa. Cfr. Klaushofer, B. Kneihls, R. Palmstorfer e H. Winner, *Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2020, 761.

<sup>35</sup> Cfr. W. Berka, *Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts*, Wien, 2016, 381 s.

tuito che l'interesse legittimo del ricorrente ad ottenere una decisione in merito alla legittimità di una disposizione normativa può perdurare anche oltre il periodo limitato in cui tale disposizione è stata in vigore. Merita, quindi, una riflessione a parte l'aspetto innovativo introdotto in merito alla procedura di accesso alla Corte.

4. *La novità procedurale: l'estensione dei criteri di ammissibilità del ricorso individuale diretto anche nel caso di norme non più in vigore*

Tutte le questioni sulle quali il VfGH si è pronunciato sono state sollevate attraverso ricorsi individuali diretti (*Individualantrag*), disciplinati dall'art. 139, 1° c. B-VG<sup>36</sup>. Sulla base di tale norma, il VfGH è competente a decidere sulla legittimità di un regolamento su richiesta di un soggetto individuale che sostiene di essere leso direttamente in virtù dell'illegittimità dell'atto nei propri diritti, qualora il regolamento, in assenza di un provvedimento di un giudice o di un atto amministrativo individuale, sia direttamente efficace nei confronti del ricorrente. È tale la formulazione che descrive i criteri di ammissibilità del ricorso, e da ciò deriva che un ricorso individuale diretto sia ammissibile solamente se sussista una *lesione attuale, specifica e determinata* nella sfera giuridica del ricorrente (*unmittelbare Eingriffswirkung*) e se non esista uno strumento giuridico alternativo per far valere in modo ragionevole (*zumutbar*) l'illegittimità dell'atto normativo<sup>37</sup>.

Dato che le pronunce sui ricorsi avverso i regolamenti sono intervenute in un momento in cui molte delle misure impugnate non erano più in vigore, esse non potevano più avere un effetto sulla sfera giuridica della persona, venendo meno uno dei criteri ritenuti indispensabili dalla costante giurisprudenza della Corte per la legittimazione a ricorrere in via diretta. Di conseguenza, in passato il ricorso individuale veniva dichiarato ammissibile solamente nel caso

---

<sup>36</sup> Nel concreto, si tratta di imprese commerciali e persone private che sostenevano di aver subito la violazione di un loro diritto individuale e costituzionalmente protetto (in particolare la libertà di attività economica garantita dall'art. 6 della Legge fondamentale dello Stato sui diritti dei cittadini rappresentati nel *Reichsrat* del 1867, e il diritto alla libertà individuale).

<sup>37</sup> Cfr. E. D'Orlando, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. Mezzetti (cura), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 99 ss.

in cui la sfera giuridica dell'interessato risultasse essere concretamente pregiudicata<sup>38</sup>. La sussistenza di tale criterio richiede che la norma incriminata sia effettivamente in vigore. L'interesse ad agire deve pertanto sussistere non solamente nel momento in cui viene sollevato il ricorso, ma anche nel momento in cui esso viene sottoposto al controllo costituzionale<sup>39</sup>.

In considerazione di ciò e secondo i tradizionali parametri interpretativi, il VfGH avrebbe dovuto dichiarare inammissibili i ricorsi presentati avverso norme che nel momento della sua pronuncia avevano cessato la propria efficacia, in quanto esaurita la validità temporale<sup>40</sup>.

Il VfGH ha affrontato tale problema sviluppando la sua giurisprudenza sul tema dell'ammissibilità del ricorso individuale diretto<sup>41</sup>, riferendosi al quarto comma dell'art. 139 B-VG, che prevede che per realizzare la tutela giuridica richiesta la Corte, in determinate circostanze, è autorizzata a dichiarare se una legge, anche se non più in vigore, sia stata legittima o meno. La Costituzione non esclude tale ipotesi nei casi in cui la questione sia stata sollevata con ricorso individuale.

In merito alle disposizioni regolamentari incriminate, il VfGH ha indicato esplicitamente che le misure disposte "che costituiscono parti del sistema legislativo e regolamentare adottato per affrontare una situazione di crisi, la lotta alla pandemia causata da Covid-19 e i suoi effetti si caratterizzano dalla circostanza in cui il legislatore

---

<sup>38</sup> Cfr. H. Schäffer e B. Kneihls, in B. Kneihls e G. Lienbacher (cura), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*, Wien, 2017, Art. 140 B-VG.

<sup>39</sup> Cfr. tra le varie sentenze VfSlg 14.339/1995; 14.667/1996; 19.541/2011; cfr. Andreas Hauer, *Gerichtbarkeit des öffentlichen Rechts*, 2019, Rz 965, 1095 s.; si veda però anche VfSlg 12.227/1989, nella quale il VfGH considera sufficiente che la norma incriminata fosse in vigore nel momento dell'impugnazione. Il VfGH sostiene che non dovrà dipendere dallo svolgimento del procedimento davanti alla Corte se il ricorso di controllo di una legge conduce ad una pronuncia nella sostanza della questione. I ricorrenti non perderebbero la loro legittimazione a ricorrere se la norma da loro impugnata cessasse di essere in vigore durante il procedimento di controllo da essi iniziato.

<sup>40</sup> Tale criticità nel sistema di controllo delle norme è stato sollevato anche da parte della dottrina prima dell'intervento della Corte. Cfr. B. Kommenda, *Erste VfGH-Beschwerde drohen ins Leere zu geben*, in *Die Presse* del 27.4.2020. Su questa base, anche se non mancavano dubbi sulla loro costituzionalità e legittimità, l'allora cancelliere Kurz aveva rifiutato di ritoccare e rielaborare gli atti normativi elaborati in tempi rapidi all'inizio della crisi pandemica.

<sup>41</sup> VfSlg 16.581/2002; 10.820/1986; 15.888/2000; 19.849/2013; 11.196/1986; 16.245/2011.

abbia rilasciato autorizzazioni per l'amministrazione, che costituiscono la base per regolamenti contenenti precetti e divieti che limitano direttamente diritti (costituzionalmente garantiti), prevedendo delle sanzioni nel caso di inadempienza". La contingenza e lo scopo di tale sistema normativo esige una costante osservazione e adattamento delle misure, "che richiede un susseguirsi in tempi rapidi della permanenza e della modifica dei singoli regolamenti e disposizioni regolamentari"<sup>42</sup>.

In questo modo il VfGH si basa per le sue argomentazioni sul principio dello Stato di diritto, che trova la sua essenza nel fatto che tutti gli atti degli organi statali devono avere il proprio fondamento nella legge ed in ultimo nella Costituzione, costruzione – questa – gerarchica dell'ordinamento, che deve essere garantita attraverso il sistema di giustizia costituzionale<sup>43</sup>. Su questa premessa il VfGH ha affermato che il diritto di tutela giuridica del ricorrente, ed in particolare la verifica se la restrizione della sua sfera giuridica e dei diritti individuali sia avvenuta in maniera legittima e nel rispetto della Costituzione, può essere garantito (ed è ragionevole<sup>44</sup>) solamente attraverso un procedimento di controllo delle norme regolamentari ai sensi dell'art. 139, 1° c, n. 3 B-VG. Con questa interpretazione il VfGH deroga alla sua precedente giurisprudenza nella quale aveva negato l'esistenza di un interesse a ricorrere quando la norma incriminata abbia cessato di avere effetti per l'interessato. Il diritto di tutela giuridica va, quindi, oltre il breve periodo in cui la disposizione è stata in vigore e ciò comporta che, nel caso concreto, la sfera giuridica delle parti ricorrenti sia da considerarsi pregiudicata<sup>45</sup>.

##### 5. *Panoramica delle successive Erkenntnisse della Corte*

Sulla scia del rinnovato atteggiamento della Corte costituzionale di estendere la propria competenza di controllo anche a norme non più in vigore e di focalizzare il proprio controllo sullo spazio di

<sup>42</sup> Cfr. VfGH 14.7.2020, V 411/2020, Rz 37; VfGH 14.7.2020, V 363/2020, Rz 25; VfGH 14.7.2020, G 202/2020; V 408/2020, Rz 70.

<sup>43</sup> Cfr. sul punto ad esempio la giurisprudenza costante VfSlg. 11.196/1986, 16.245/2011.

<sup>44</sup> Cfr. VfGH 14.7.2020, V 411/2020, Rz 39; VfGH 14.7.2020, V 363/2020, Rz 27; VfGH 14.7.2020, G 2020/2020.

<sup>45</sup> Cfr. VfGH 14.7.2020, V 411/2020, Rz 39; VfGH 14.7.2020, V 363/2020, Rz 27; VfGH 14.7.2020, G 202/2020, V 408/2020 ea, Rz 73.

discrezionalità e sull'adeguata motivazione dell'intervento regolamentare, il *VfGH* ha continuato, nelle successive sessioni di settembre e dicembre 2020 e in quelle di marzo, luglio ed ottobre 2021, a risolvere ulteriori 330 ricorsi ad esso presentati.

I temi portati all'attenzione della Corte riguardavano i divieti di accesso nei locali commerciali<sup>46</sup>, ristoranti, autolavaggi, discoteche, spazi pubblici<sup>47</sup> e istituzioni culturali<sup>48</sup>, l'obbligo di indossare le mascherine (nei negozi<sup>49</sup>, scuole<sup>50</sup> e funivie)<sup>51</sup>, l'obbligo di vacci-

---

<sup>46</sup> Per contro, il *VfGH* ha rifiutato le eccezioni di mancata proporzionalità nei confronti dell'accesso a luoghi commerciali, in cui vengono erogati servizi di trattamento del corpo (tra cui ad esempio massaggi). Sulla base dell'allora situazione epidemiologica, la chiusura di tali luoghi commerciali sarebbe stata giustificata e proporzionata. Così anche nella sentenza con cui il *VfGH* ha deciso sul ricorso presentato da alcuni negozianti di cartoleria, i cui esercizi dovevano rimanere chiusi al pubblico durante il periodo di *lockdown* del mese di novembre 2020, ha respinto le eccezioni di violazione del principio di eguaglianza, in quanto risultava possibile per i clienti rifornirsi temporaneamente con prodotti di cartoleria attraverso esercizi on-line. Tale alternativa per il soddisfacimento del – seppur elevato – fabbisogno di carta dovuto al *homeoffice* e alla didattica a distanza è stato ragionevolmente considerato come accettabile per i clienti e non costituisce, pertanto, una limitazione sproporzionata del diritto all'attività commerciale e del diritto di proprietà privata.

<sup>47</sup> Sentenza V 582/2020 del 10 marzo 2021.

<sup>48</sup> Sentenza V 86/2021 del 6 ottobre 2021.

<sup>49</sup> Sentenza V 593/2020 del 24 giugno 2021 (per i negozi di cancelleria e cartolerie).

<sup>50</sup> Sentenza V 155/2021 del 21 settembre 2021.

<sup>51</sup> Una riflessione a parte merita il ragionamento della Corte sull'obbligo di indossare le mascherine nei luoghi commerciali aperti al pubblico e nelle scuole. Nel primo caso, ossia per l'obbligo di mascherina nei negozi, il *VfGH* nella sua prima sentenza in merito (V 587/2020) ha considerato l'illegittimità della relativa disposizione regolamentare che aveva stabilito tale obbligo nel mese di maggio 2020. Il ragionamento della Corte si basa sulla linea argomentativa di una adeguata argomentazione per la predisposizione delle misure, evidenziando che, nel caso di tale regolamento (versione originaria del regolamento di allentamento delle misure COVID-19-L (BGBl. II 197/2020), il Ministro della Salute non avesse fornito adeguata argomentazione alla necessità di introdurre l'obbligo di mascherina nei locali delle attività commerciali. Una simile illegittimità non è stata per contro individuata nella sentenza di giugno 2021 con la quale il *VfGH* ha respinto il ricorso del Tribunale amministrativo avverso l'obbligo di mascherina nei luoghi commerciali accessibili ai clienti che vigeva nel mese di settembre 2020 (V 35/2021). In tale occasione, il Ministro per gli affari sociali e la protezione dei consumatori aveva adeguatamente indicato le ragioni per la previsione di tale obbligo. È per tale motivazione che l'obbligo di mascherina non violerebbe la legge federale contenente le misure sul contrasto al COVID-19. Sulle questioni sollevate da alcuni genitori sull'obbligo di indossare la mascherina e di applicare altre disposizioni d'igiene nelle scuole vedi V 405/2020, G 272/2020, V 463/2020, V 436/2020.

nazione ai sensi della legge sulle malattie infettive, l'obbligo di presentare un test per la mobilità fuori dei confini del Tirolo<sup>52</sup>, l'insegnamento scolastico a turni<sup>53</sup> (che è stato applicato nella primavera 2021), la proroga del servizio civile obbligatorio<sup>54</sup>, il divieto di servire cibo nei servizi self-service dei rifugi sciistici<sup>55</sup> e l'obbligo di mantenere una determinata distanza tra i tavoli nei ristoranti<sup>56</sup>.

Nella soluzione di tali casi il *VfGH* continua ad applicare i criteri sviluppati nelle sentenze della “prima ondata” a non entra nel merito delle posizioni giuridiche individuali di volta in volta invocate, ma verifica che gli interventi regolamentari non fuoriescano dal margine di discrezionalità consentito dalla base legislativa, e che il Ministro competente abbia svolto un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza pandemica e i diritti pregiudicati attraverso una adeguata motivazione delle ragioni che giustificano l'adozione delle singole misure disposte con regolamento.

Pertanto, anche nelle sentenze decise da settembre 2020 in poi, i rilievi dei giudici costituzionali riguardano prevalentemente delle *Gesetzwidrigkeiten*, ovvero i profili di illegittimità legale delle norme regolamentari.

La Corte costituzionale si astiene, quindi, da valutazioni sui contenuti della normativa emergenziale, intervenendo solo in maniera marginale sulla compatibilità delle restrizioni con la disciplina dei diritti garantiti dalla Costituzione. Tra le pronunce in cui si afferma una ingiustificata lesione di un diritto costituzionalmente protetto rientra, ad esempio, il caso in cui è stata dichiarata, per mancanza di proporzionalità, l'illegittimità costituzionale della pre-

---

<sup>52</sup> V 87/2021 u.a. Zlen. del 24 giugno 2022. Conforme al dettato legislativo è stato, inoltre, l'obbligo di presentare i risultati negativi di un test Covid per l'uscita dal Tirolo, ovvero da alcuni distretti del Tirolo (tra cui Kufstein e Schwaz) nel marzo 2021. Ciò è stato messo in questione da alcuni soggetti individuali e dal Tribunale amministrativo del Tirolo. La limitazione del diritto alla mobilità è risultata proporzionata per una protezione della diffusione di alcune varianti del COVID-19 (varianti inglese e sudafricana), dato che il Ministro della Salute e le autorità distrettuali di Kufstein e Schwaz erano in tale momento in possesso di studi scientifici che dimostravano che non era escluso che persone dotate di anticorpi contro il Covid-19 potessero essere infettate nuovamente con tali varianti del virus, circostanza che rendeva ragionevole e proporzionato l'obbligo di test per i viaggi fuori dal *Land* (V 87/2021 u.a. Zlen del 24 giugno 2021).

<sup>53</sup> V 155/2021 del 23 settembre 2021.

<sup>54</sup> E 1262/2020.

<sup>55</sup> V 5/2021.

visione che aveva ammesso solamente un numero limitato di partecipanti ai funerali, consentendo un massimo di 50 persone<sup>57</sup>. Tale norma è entrata in vigore il 26 dicembre 2020 ed è stata in vigore per poche settimane, ma, nonostante la sua temporaneità, tale limitazione si configura come non proporzionata: l'ultimo saluto ad una persona cara non può essere ripetuto o sostituito, e non può essere bilanciato dall'obiettivo – seppur legittimo – di ridurre i contagi, circostanza per cui l'imposizione di un limite massimo di partecipanti ai funerali realizzerebbe una forte ed ingiustificata lesione del diritto alla vita privata (art. 8 CEDU).

Un'altra tipologia di sentenze interviene sul rapporto tra la legge federale Covid 19-*Massnahmengesetz* del 2020 e il meccanismo di risarcimento previsto dalla legge sulle malattie infettive del 1950<sup>58</sup>. Sulla questione il *VfGH* ha respinto<sup>59</sup> i ricorsi presentati da diversi imprenditori avverso i provvedimenti amministrativi con i quali erano state respinte le loro richieste di ottenere un risarcimento, nell'ambito della succitata legge, per il lucro cessante causato dalle limitazioni all'attività di ristorazione disposte nel 2020. Non sussisterebbe, secondo l'opinione della Corte, una base legislativa che giustifichi tale richiesta, in quanto l'art. 4, 2° c. della legge federale del 15 marzo 2020 prevede che non trovano applicazione le disposizioni della legge *Epidemiegesetz* 1950 relativamente alla chiusura degli esercizi commerciali se a tale scopo sia stato disposto un regolamento ai sensi della legge federale Covid 19 - *Massnahmengesetz*. Per tale ragione, la Corte non ha condiviso i dubbi sollevati dai ricorrenti in merito alla compatibilità del trattamento con il principio di eguaglianza, in quanto le misure disposte sulla base della legge federale COVID-19 *Massnahmengesetz* costituiscono la base per tutte

---

<sup>56</sup> Tale previsione ha cessato di avere effetti il 31 dicembre 2020. Il *VfGH* ha, inoltre, abolito una norma (che era ancora in vigore al momento della sua decisione) che riguardava l'obbligo di distanziamento di almeno un metro tra i tavoli nei ristoranti (§ 6 Abs. 1 und 4 COVID-19-Lockerungsverordnung (nunmehr COVID-19-Maßnahmenverordnung).

<sup>57</sup> V 2/2021 del 24 giugno 2021.

<sup>58</sup> Sul parallelismo tra le due normative contenute nella legge federale Covid-19 *Massnahmengesetz* e nella *Epidemiegesetz* e le conseguenze per i meccanismi risarcitori vedi C. Kopetzki, *Verkehrsbeschränkungen gem § 24 EpG vs COVID-19-MaßnahmenG - eine Parallelaktion?*, in *Recht der Medizin*, 2020, 84.

<sup>59</sup> Con decisioni E 3412/2020, E 3417/2020, E 3544/2020 del 26 novembre 2020.

le misure limitative disposte dai regolamenti ministeriali. Ad una simile valutazione di esclusione del meccanismo risarcitorio della legge sulle malattie infettive è giunta la Corte anche relativamente alla richiesta di un datore di lavoro di ottenere il rimborso dello stipendio erogato al lavoratore durante il periodo della quarantena, misura imposta dal regolamento Covid del 18 marzo 2020<sup>60</sup>.

Nel marzo 2021 il VfGH ha rilevato una violazione del principio di legalità di una norma contenuta nella legge sulle malattie infettive ed, in particolare, dell'art. 7, c. 1°, secondo il quale un soggetto affetto da una malattia infettiva e trasmissiva denunciabile debba essere fermato e isolato con provvedimento dell'autorità sanitaria, provvedimento amministrativo che deve essere sottoposto ad un controllo davanti al Tribunale circoscrizionale (*Bezirksgericht*). In tal caso, il VfGH ha accolto le istanze dei ricorrenti affermando che dalla norma non emerge quale sia l'oggetto di controllo e di conseguenza non è chiaro quale sia la concreta competenza del Tribunale. In particolare non è chiaro se il Tribunale debba pronunciarsi solamente sul provvedimento di isolamento dell'amministrazione circoscrizionale o anche sul fermo disposto. Non si comprende quali siano le relazioni del Tribunale circoscrizionale e del Tribunale amministrativo. Dato che tale mancanza di chiarezza si pone in palese contrasto con il principio di legalità, il VfGH ha dichiarato illegittimo l'art. 7, 1° c., seconda frase dell'*Epidemiegesetz*

#### 6. *Riflessioni conclusive: gli effetti della giurisprudenza emergenziale*

Dall'analisi delle Covid-*Erkenntnisse* emerge come il VfGH non abbia solamente attenuato lo *stress test* sul sistema parlamentare austriaco causato dalla pandemia, ma abbia inoltre specificato alcuni parametri per la tutela dello stato di diritto e dei diritti fondamentali in un periodo di crisi.

In particolare, è stato affermato come la crisi possa giustificare alcune limitazioni dei principi e diritti costituzionali, ma che – anche e soprattutto – in una situazione di emergenza rimangono inderogabili i principi del sistema democratico e dello stato di diritto. Sembra di poter affermare che i criteri di valutazione per la legittimità dei regolamenti del Governo vengano interpretati in maniera

<sup>60</sup> Sentenza E 4202/2020 del 2 marzo 2021.

particolarmente rigida, avendo il VfGH fornito nelle sue sentenze una serie di precisazioni sul rapporto di determinatezza tra fonte legislativa e fonte regolamentare, specialmente quando sono interessati in maniera incisiva i diritti fondamentali della persona. La Corte costituzionale austriaca, tuttavia, non sviluppa ulteriormente il principio della determinatezza della legge, e sembra voler sostituire la valutazione della corrispondenza tra misure adottate con regolamento al dettato normativo concentrando il suo controllo sulla verifica della giustificazione delle misure adottate con regolamento.

La giurisprudenza del VfGH sulla normativa emergenziale produce altresì alcuni effetti durevoli per il sistema parlamentare – si pensi al consenso necessario della Commissione principale del Consiglio nazionale ogniqualvolta la misura disposta abbia riflessi sulla sfera dei diritti fondamentali – ma anche in virtù dell’innovazione dei criteri per l’accesso diretto alla giustizia costituzionale. Sotto questo profilo è significativa non solo la rapidità con la quale il VfGH ha elaborato ed emesso le proprie pronunce, ma anche il fatto che con esse è stata colmata una lacuna nel sistema di tutela dello stato di diritto. È risultata del tutto inaspettata la modifica della giurisprudenza relativamente all’ammissibilità del ricorso individuale diretto, anche se tale mutato atteggiamento può essere accolto con favore, in quanto si evita che singole norme – che hanno validità temporale limitata dovuta al carattere emergenziale delle misure – possano essere sottratte al controllo da parte del VfGH. Dalla lettura delle sentenze non si evince, tuttavia, in che cosa sussista ora l’interesse di tutela giuridica del ricorrente individuale. Si può sicuramente escludere che l’intenzione della Corte costituzionale sia quella di avviare lo strumento di accesso verso un ricorso popolare (ammissibile anche indipendentemente dalla validità temporale e da un interesse effettivo ed individuale a ricorrere), ma che la rinnovata interpretazione del ricorso diretto sia mossa in primo luogo dall’esigenza di garantire anche nei momenti di crisi che tutti gli atti emessi dagli organi statali debbano essere legittimi e conformi alla Costituzione.

### *Abstract*

La giurisprudenza del *Verfassungsgerichtshof* sulla normativa di contrasto al COVID-19 segna un passaggio fondamentale nell’evoluzione del sistema austriaco di tutela giurisdizionale dei diritti, con effetti non solo

temporanei, ma destinati a perdurare, innovando in maniera permanente soprattutto il meccanismo di accesso diretto alla Corte. In effetti, per poter svolgere il controllo della normativa anti-Covid, il *VfGH* ha modificato, allentandoli, i criteri di ammissibilità del ricorso individuale diretto, modifica che consente al *VfGH* di valutare la compatibilità alla Costituzione anche di norme non più in vigore al momento della sua decisione. Per quanto riguarda il merito delle sentenze, si può osservare che la Corte costituzionale austriaca sembra astenersi da valutazioni sui contenuti della normativa emergenziale, intervenendo solo in maniera marginale e puntuale sulla compatibilità delle restrizioni dei diritti con la Costituzione. Gli aspetti centrali delle sue pronunce riguardano invece soprattutto i rapporti tra fonti e in particolare la legittimità democratica della normativa e la garanzia dello Stato di diritto all'interno del quale è assicurata la tutela dei diritti in un periodo di emergenza sanitaria.

The jurisprudence of the Austrian Constitutional Court on the Covid-19 related legislation marks a fundamental step in the evolution of the Austrian system of judicial protection of rights. The effect of the rulings will not only be temporary, but is destined to permanently innovate the mechanism of direct access to the Court. In fact, in order to carry out the review of Covid related legislation, the Austrian Constitutional Court has expanded the admissibility criteria of direct individual appeal. This modification now allows the Constitutional Court to assess the compatibility with the Constitution even of rules that are no longer in force at the moment of the ruling.

As regards the merits of the rulings, it can be observed that the Austrian Constitutional Court seems to refrain from evaluating the contents of the emergency legislation, intervening only in a marginal and precise manner on the compatibility of the restrictions of fundamental rights with the Constitution. The central aspects of its rulings, on the other hand, mainly concern the democratic legitimacy of the Covid related legislation and the guarantee of the rule of law, that is considered the central and most effective principle to ensure individual rights during the period of a health emergency.

SILVIA ROMBOLI

## COVID E CORTI: GLI INTERVENTI DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO IN MATERIA DI “STATI DI EMERGENZA”

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni alla disciplina costituzionale e primaria relativa agli “stati di emergenza” in Spagna. – 3. Gli interventi del Tribunale Costituzionale e dei giudici comuni spagnoli rispetto all’interpretazione della disciplina relativa agli “stati di emergenza”. – 3.1. Le pronunce del TC in occasione della prima applicazione della disciplina costituzionale. – 3.2. I casi relativi alle manifestazioni del 1° maggio 2020: le caratteristiche del diritto di riunione e di pubblica manifestazione in Spagna. – 3.3. La presunta violazione del diritto di manifestare durante lo “stato di allarme” innanzi alla giurisdizione ordinaria. – 3.4. L’ordinanza del Tribunale Costituzionale n. 40/2020. – 4. Considerazioni finali e con riguardo ai (previsti) futuri interventi del Tribunale Costituzionale.

### 1. *Introduzione*

La diffusione globale del virus Covid-19 (o Coronavirus) ha messo a dura prova i governi di tutto il mondo. Tale “prova”, purtroppo, è ancora in corso in molti paesi, che stanno tuttora lottando per fermare i contagi ed i decessi.

Molti sono stati i settori di intervento degli Stati per fronteggiare la crisi sanitaria e altrettanto frequenti sono stati i commenti e le critiche dell’opposizione politica, della dottrina (oltre che della stessa società civile) riguardo a tali interventi. In alcuni di questi settori, gli interventi normativi o amministrativi delle autorità competenti sono stati impugnati davanti ai giudici “comuni” (specie alla giurisdizione amministrativa) ed altresì al Giudice costituzionale.

Il governo spagnolo ha avuto la possibilità, contrariamente a quanto accaduto in altri paesi<sup>1</sup>, di far fronte alla crisi sanitaria pro-

---

<sup>1</sup> In Italia si è scelto di usare il più generico strumento dei decreti-legge (*ex art. 77 Cost.*) e quello, molto criticato, dei d.p.c.m.; a questo proposito v. P. Costanzo e L. Trucco, “La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l’infezione da Covid-19”, in questo stesso numero della *Rivista*. Anche la Francia, in assenza di una specifica di-

vocata dalla diffusione del Covid applicando normative specifiche predisposte sia a livello costituzionale che primario per far fronte a emergenze di questo tipo. Infatti, come si vedrà più avanti, la stessa Costituzione spagnola stabilisce diversi tipi di “situazioni” o “stati eccezionali” che possono essere dichiarati, secondo le circostanze stabilite in una legge organica di attuazione di queste stesse disposizioni<sup>2</sup>, dal Governo con la collaborazione più o meno attiva ed incisiva del Congresso dei deputati.

Ad oggi (7 giugno 2021), il governo spagnolo ha applicato la normativa costituzionale in due modi completamente diversi per affrontare la prima ondata del virus (marzo-settembre 2020) rispetto a quanto accaduto per la seconda (ottobre 2020-maggio 2021).

La principale differenza tra questi due periodi è, senza dubbio, il diverso ruolo assegnato alle regioni (Comunità autonome o CCAA) nella gestione della pandemia. Se con il primo Regio Decreto (r.d.) 463/2020, del 14 marzo – che dichiarò lo stato di allarme per la gestione della situazione di crisi sanitaria provocata dal Covid-19 – lo Stato centrale assunse un ruolo determinante nella gestione e direzione della crisi, con i successivi decreti<sup>3</sup> il Governo centrale, con

---

disciplina costituzionale degli stati di emergenza, ha scelto di utilizzare lo stesso strumento, come menziona nel secondo paragrafo del suo lavoro A.M. Lecis Cocco Ortu, “Il Consiglio Costituzionale francese di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela (effettiva) dello stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti”, sempre in questa *Rivista*. L'Irlanda, pur potendo disporre di una disciplina costituzionale relativamente agli “stati eccezionali”, non ha attivato tale disciplina poiché le ragioni di salute pubblica non sono ricomprese tra le condizioni espressamente numerate dall'art. 28 Cost. che consentono di invocare i poteri di emergenza, come ricorda C. Casey, “Business as usual? Irish Courts, the Constitution, and Covid-19”, in questa *Rivista*, nel suo paragrafo 1. Tra i paesi del continente americano, il Messico ha deciso di non utilizzare la disciplina prevista in Costituzione per le situazioni di emergenza, v. il paragrafo 2 dello scritto, presente in questo numero della *Rivista*, di I. Spigno, “La giurisprudenza costituzionale messicana sul Covid-19”. Negli Stati Uniti d'America, invece, il Governo ha applicato la specifica disciplina costituzionale prevista per far fronte a emergenze di questo tipo, v. paragrafo 1 C. Giustiniani e F.G. Nicola, “Expert Opinion of Deadly Game? The Shifting Jurisprudence of the U.S. Supreme Court during the COVID-19 Pandemic”, in questa *Rivista*.

<sup>2</sup> Legge organica 4/1981, del 1° giugno, sugli stati di allarme, eccezione e assedio, che verrà analizzata nella sezione successiva di questo scritto.

<sup>3</sup> Regio Decreto 926/2020, del 25 ottobre, che dichiara lo stato di allarme per contenere la diffusione dei contagi causati dal SARS-CoV-2 e Regio Decreto 956/2020, del 3 novembre, con il quale è prorogato lo stato di allarme. In precedenza, era stato approvato un altro decreto, applicabile solo in alcuni comuni della Comunità Autonoma di Madrid: il Regio Decreto 900/2020, del 9 ottobre, che ha dichiarato lo stato

l'avallo del Congresso dei Deputati, ha decentrato in modo significativo la gestione della pandemia agli organi esecutivi e amministrativi delle Comunità autonome (nonostante la definizione di alcune linee guida di base di applicazione per tutto il territorio nazionale<sup>4</sup>).

A prescindere da queste differenze, che non saranno oggetto di questo lavoro, è stato possibile osservare vari elementi in comune tra i due periodi, per esempio per quanto riguarda la necessaria limitazione dell'esercizio di alcuni diritti fondamentali, tra i quali, ad esempio, tra molti altri, la libera circolazione delle persone, le libertà economiche e di impresa, la libertà di culto ed anche il diritto di voto.

Durante questi mesi di crisi, il Tribunale Costituzionale (TC) è stato interpellato varie volte, per ragioni e attraverso procedimenti diversi. Qui di seguito si citano tali questioni (molte delle quali non sono ancora state risolte, ma solo ammesse dal TC) e i loro tratti essenziali, mentre in un paragrafo successivo si analizzeranno con più attenzione le tre pronunce più rilevanti emesse in merito all'interpretazione degli "stati di emergenza" in Spagna, due anteriori alla crisi sanitaria provocata dal coronavirus, l'altra molto recente.

1) Ricorso di incostituzionalità promosso dalla minoranza parlamentare contro la "Disposizione Finale Seconda" del Regio decreto-legge 8/2020, del 17 marzo, recante misure urgenti straordinarie per far fronte all'impatto economico e sociale del Covid-19. Il TC ha dichiarato la incostituzionalità della norma in questione (che conteneva una modifica della disciplina del Centro Nazionale di Intelligenza) con la recente sentenza 110/2021, del 13 maggio. La sentenza non presenta elementi rilevanti per il tema esaminato in que-

---

di allarme per rispondere a situazioni di rischio speciale dovuto alla trasmissione incontrollata di infezioni causate di SARS-CoV-2. Su questo tema, si consiglia la lettura di M.A. Presno Linera, "Algunas de mis dudas y, quizás, parte de las tuyas sobre el nuevo estado de alarma", in *El derecho y el revés*, 26 ottobre 2020, disponibile sul sito web <https://presnolinera.wordpress.com/2020/10/26/algunas-de-mis-dudas-y-quizas-parte-de-las-tuyas-sobre-el-nuevo-estado-de-alarma/>.

<sup>4</sup> È importante specificare che la "forma di stato" spagnola, sebbene classifichi la Spagna tra gli stati unitari, riconosce un forte decentramento a favore delle Comunità autonome, sia con riguardo alla competenza legislativa che amministrativa. Non deve sorprendere, quindi, che il governo centrale abbia riconosciuto anche una grande autonomia alle stesse nella gestione della pandemia. Per approfondire la questione della forma di stato in Spagna, v. E. Aja Fernández, *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*, Tecnos, 1985; E. Aja Fernández, *El estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, 1999.

ste pagine, dato che applica la consolidata giurisprudenza costituzionale relativa alla necessaria sussistenza dei criteri che, secondo l'art. 86.1 CE, consentono al Governo di utilizzare lo strumento del decreto-legge<sup>5</sup>.

2) Ricorso di incostituzionalità promosso dalla minoranza parlamentare contro il Regio Decreto 463/2020, del 14 marzo, che ha dichiarato lo stato di allarme per la gestione della situazione di crisi causata dal Covid-19, e i rr.dd. n. 465/2020, del 17 marzo, n. 476/2020, del 27 marzo, n. 487/2020, del 10 aprile e n. 492/2020, del 24 aprile che hanno approvato le successive proroghe dello stato di allarme. Con lo stesso ricorso è stata impugnata anche l'Ordinanza del Ministero della Salute n. 298/2020, del 29 marzo, che ha stabilito le misure eccezionali in relazione alle veglie e alle cerimonie funebri per limitare la diffusione e il contagio da Covid-19. Tale ricorso è stato ammesso<sup>6</sup> dal Tribunale Costituzionale, ma non ancora risolto<sup>7</sup>.

3) Ricorso di incostituzionalità promosso dalla minoranza parlamentare contro diverse disposizioni del r.d. 926/2020, del 25 ottobre, che ha dichiarato lo stato di allarme per contenere la diffusione dei contagi causati dal SARS-CoV-2 e della Delibera del 29 ottobre 2020 del Congresso dei Deputati, la quale ha stabilito la pubblicazione della Decisione di Autorizzazione alla proroga dello stato di allarme. Inoltre, il ricorso ha impugnato l'art. 2, la disposizione transitoria unica e la prima disposizione finale, commi 1, 2 e 3 del r.d. 956/2020, del 3 novembre, che ha prorogato lo stato di allarme dichiarato dal r.d. 926/2020. Anche in questo caso, il ricorso è stato ammesso dal Tribunale Costituzionale, ma non ancora risolto<sup>8</sup>.

4) Ricorso di *amparo* presentato da una Deputata della minoranza parlamentare contro la Delibera del 29 ottobre 2020 del Con-

---

<sup>5</sup> Il testo della sentenza può consultarsi al link: <https://bj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26727>.

<sup>6</sup> In Spagna i processi costituzionali sono composti da due fasi, una di ammissione (nella quale il TC controlla la sussistenza di tutti i requisiti di ammissibilità richiesti dalla Costituzione e dalla Legge Organica del TC) e quella nella quale si analizza il caso nel merito.

<sup>7</sup> [http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2020\\_048/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2048-2020.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_048/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2048-2020.pdf).

<sup>8</sup> [http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2020\\_109/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20109-2020.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_109/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20109-2020.pdf).

gresso dei Deputati, la quale ha stabilito la pubblicazione della Decisione di Autorizzazione alla proroga dello stato di allarme. In questo caso il TC non ha ammesso il ricorso, dato che l'*amparo* costituzionale può essere sollevato solo in caso di violazione di un diritto fondamentale da parte di un potere pubblico provocato dall'applicazione di un atto senza valore di legge (e la Delibera in questione aveva valore di legge, secondo quanto già affermato dal TC)<sup>9</sup>.

5) Conflitto di competenza tra Stato e Comunità Autonoma delle Isole Canarie, sollevato dal Governo centrale contro la parte seconda, terza, quarta, ottava, nona e l'*anexo* del decreto 87/2020, del 9 dicembre, del presidente della Comunità autonoma delle Isole Canarie, che ha stabilito la chiusura perimetrale della Comunità autonoma delle Isole Canarie, in applicazione del Regio Decreto 926/2020, del 25 ottobre, il quale ha dichiarato lo stato di allarme, per contenere la diffusione dei contagi causati da SARS-COV-2. La normativa regionale, secondo il Governo, violerebbe la ripartizione di competenze tra Stato e CCAA stabilito dall'art. 149.1 CE (in particolare, la materia del n. 16). Il Tribunale Costituzionale ha, per adesso, ammesso il ricorso, decidendo anche la sospensione della disciplina impugnata dal Governo centrale, in applicazione di quanto previsto dall'art. 161.2 della Costituzione Spagnola<sup>10</sup>.

6) Inammissibilità del ricorso di *amparo* presentato da un soggetto privato contro l'ordinanza del Tribunale Supremo del 4 maggio 2020 che ha deciso di non ammettere il ricorso amministrativo sollevato dallo stesso contro il già richiamato r.d. 463/2020. Il TS ha infatti rilevato che la legittimità dell'atto impugnato, in quanto avente forza di legge, non poteva essere giudicata nell'ambito di un giudizio ordinario. Il TC ha ritenuto che il Tribunale Supremo, con tale decisione, non aveva violato nessun diritto del ricorrente<sup>11</sup>.

Può valere la pena citare altri due casi: il ricorso di incostituzionalità promosso da un gruppo di senatori del gruppo parlamentare socialista contro il decreto-legge 6/2020, del 2 luglio, della Giunta della Comunità Autonoma della Castilla y León recante mi-

---

<sup>9</sup> [http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2020\\_114/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20114-2020.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_114/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20114-2020.pdf).

<sup>10</sup> [http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2020\\_118/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20118-2020.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_118/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20118-2020.pdf).

<sup>11</sup> [http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2020\\_120/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20120-2020.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_120/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20120-2020.pdf).

sure urgenti per incoraggiare la ripresa economica e sociale a livello locale (nel contesto della pandemia), riguardo al quale il TC ha dichiarato infondata la questione<sup>12</sup>; e il ricorso di incostituzionalità promosso dalla minoranza parlamentare contro alcune disposizioni del Regio decreto-legge 15/2020, del 21 aprile, recante misure urgenti a sostegno dell'economia e dell'occupazione (sempre nel contesto della pandemia). In questo caso, invece, il TC ha dichiarato la incostituzionalità delle norme impugnate<sup>13</sup>.

Lo scopo di questo saggio sarà quello di analizzare il ruolo del Tribunale Costituzionale nella interpretazione della disciplina costituzionale relativa agli “stati di emergenza”, dei suoi contenuti e dei suoi limiti, soprattutto attraverso le due decisioni a cui si è fatto riferimento poc'anzi.

## 2. *Brevi cenni alla disciplina costituzionale e primaria relativa agli “stati di emergenza” in Spagna*

La Costituzione spagnola del 1978 (CE), ancora in vigore e quasi senza modifiche dalla sua approvazione, prevede, come si è detto, una disciplina specifica destinata alla gestione delle cosiddette situazioni o stati eccezionali o di emergenza, cioè quelle circostanze che non possono essere amministrare con i mezzi ordinari che la Costituzione e le leggi riconoscono allo Stato centrale o alle Comunità autonome.

La norma di base, relativamente agli “stati di emergenza”, è rinvenibile nell'articolo 116 CE, che vale quindi la pena di riprodurre integralmente, data la sua rilevanza rispetto all'argomento trattato:

“1. Una legge organica regolerà gli stati di allarme, di eccezione e di assedio, nonché i poteri e le limitazioni corrispondenti. 2. Lo stato di allarme sarà dichiarato dal Governo con decreto concordato in Consiglio dei Ministri per un periodo massimo di quindici giorni, riferendo al Congresso dei Deputati, riunitosi immediatamente a tal fine e senza la cui autorizzazione detto termine non potrà essere esteso. Il decreto determinerà l'ambito territoriale al

---

<sup>12</sup> [http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2021\\_018/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2018-2021.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_018/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2018-2021.pdf).

<sup>13</sup> [http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2021\\_054/2020-2295STC.doc.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_054/2020-2295STC.doc.pdf).

quale si estendono gli effetti della dichiarazione. 3. Lo stato di eccezione sarà dichiarato dal Governo con decreto concordato in Consiglio dei Ministri, previa autorizzazione del Congresso dei Deputati. L'autorizzazione e la proclamazione dello stato di eccezione devono determinarne espressamente gli effetti, l'ambito territoriale al quale si estende e la sua durata, che non può superare i trenta giorni, prorogabile per altro pari periodo, con questi stessi requisiti. 4. Lo stato d'assedio sarà dichiarato dalla maggioranza assoluta del Congresso dei Deputati, su proposta esclusiva del Governo. Il Congresso ne determinerà l'ambito territoriale, la durata e le condizioni. 5. Lo scioglimento del Congresso non può essere eseguito durante la dichiarazione di alcuni degli stati inclusi in questo articolo, le Camere sono automaticamente convocate se non sono in sessione. Il suo funzionamento, così come quello degli altri poteri costituzionali dello Stato, non può essere interrotto durante la vigenza di questi stati. Una volta sciolto il Congresso o scaduto il suo mandato, se si verifica una qualsiasi delle situazioni che danno origine a uno qualsiasi di detti stati, i poteri del Congresso saranno assunti dalla sua Deputazione Permanente. 6. La dichiarazione degli stati di allarme, eccezione e assedio non modificherà il principio di responsabilità del Governo riconosciuto nella Costituzione e nelle leggi”.

Risulta piuttosto evidente una prima caratteristica di questa normativa che vale la pena di sottolineare: le dichiarazioni degli stati, rispettivamente, di allarme, eccezione e assedio coinvolgono gli stessi soggetti istituzionali (il Governo e il Congresso dei Deputati – quindi non entrambe le Camere del Parlamento nazionale), ma in ciascuno di essi i due attori hanno un ruolo ed una rilevanza molto diversi.

In effetti, nello stato di allarme, la partecipazione dell'organo più rappresentativo (il Congresso dei Deputati<sup>14</sup>) è limitata ad un intervento successivo rispetto alle decisioni del Governo e praticamente al solo scopo di concedere una proroga (e convalida) del termine massimo di validità dello stato di allarme (15 giorni). Al contrario, il ruolo del Congresso diventa sempre più incisivo in caso di

---

<sup>14</sup> Il Parlamento spagnolo, come l'italiano, è composto da un Congresso dei Deputati e da un Senato. Tuttavia, solo i componenti del primo sono interamente eletti con suffragio universale, dato che una parte dei senatori è eletta dai parlamenti delle Comunità Autonome (v. artt. 68 e 69 CE).

dichiarazione di uno degli altri due stati, richiedendo l'approvazione dello stato di assedio con maggioranza assoluta di questi, sebbene la proposta della sua dichiarazione rimanga nelle mani del Governo centrale.

Un altro elemento importante da evidenziare è che la Costituzione spagnola non definisce i presupposti specifici che dovranno determinare la scelta delle autorità tra uno stato eccezionale o l'altro, né le conseguenze giuridiche che ne derivano.

Nell'ordinamento spagnolo, tali scelte sono state prese dal legislatore organico<sup>15</sup>, attraverso la legge organica (LO) 4/1981, del 1° giugno, sugli stati di allarme, eccezione e assedio. Questa legge indica infatti i presupposti e le condizioni in base ai quali potrà essere dichiarato uno stato, anziché un altro.

Secondo l'art. 4 della LO 4/1981, il governo spagnolo può dichiarare lo stato di "allarme" in caso di:

- Disastri e calamità pubblici: terremoti, inondazioni, incendi urbani o forestali o incidenti rilevanti.

- Crisi sanitarie: epidemie o situazioni di grave contaminazione ambientale.

- Sospensione dei servizi pubblici essenziali a seguito di uno sciopero o dell'adozione di misure di conflitto collettivo da parte dei lavoratori e dei datori di lavoro.

- Situazioni di carenza di beni di prima necessità.

Come si può vedere dallo stesso testo della legge organica, la crisi sanitaria causata dalla diffusione del virus Covid-19 può essere inclusa, senza alcuna difficoltà, tra i presupposti abilitanti la dichiarazione dello stato di allarme, trattandosi di un'epidemia di scala mondiale.

L'art. 13 LO 4/1981, invece, stabilisce che il Governo, una volta ottenuta l'autorizzazione del Congresso dei Deputati (con maggioranza dei presenti), può dichiarare lo stato di "eccezione" quando il libero esercizio dei diritti e delle libertà dei cittadini, il

---

<sup>15</sup> In Spagna, la Legge Organica è una fonte con uno *status* giuridico che differisce dalle leggi ordinarie principalmente per due caratteristiche (una materiale e l'altra formale) stabilite dall'art. 81 CE: "1. Le leggi organiche sono quelle relative alla disciplina dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, quelle che approvano gli Statuti di Autonomia ed il regime elettorale generale, e le altre previste dalla Costituzione. 2. L'approvazione, la modifica o l'abrogazione delle leggi organiche richiederà il voto favorevole della maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sull'intero testo".

normale funzionamento delle istituzioni democratiche, i servizi pubblici essenziali per la comunità, o qualsiasi altro aspetto dell'ordine pubblico, sono gravemente alterati, tanto che l'esercizio dei poteri ordinari è insufficiente per garantirlo e mantenerlo.

Alcuni autori hanno messo in dubbio la decisione del governo spagnolo di affrontare la pandemia innescata dalla diffusione del coronavirus con lo strumento dello stato di allarme, sostenendo che la crisi sanitaria avrebbe potuto essere gestita con la dichiarazione dello stato di eccezione<sup>16</sup>. Questa scelta, come si vedrà in seguito, sarebbe stata più appropriata (secondo tale orientamento, assolutamente minoritario), tra l'altro, perché consente la sospensione<sup>17</sup> (e non solo la limitazione) di alcuni diritti fondamentali.

Tuttavia la maggioranza dei commentatori, conforme con la *ratio* della legge organica 4/1981 secondo quanto emerge dalla lettura dei relativi atti parlamentari, ha ritenuto che "l'oggetto dello stato di allarme è stato concepito, effettivamente, per trattare disastri naturali, crisi sanitarie o circostanze simili, mentre lo stato di eccezione per affrontare crisi di natura politica"<sup>18</sup>.

Infine l'art. 32 LO 4/1981 stabilisce la possibilità, per il Congresso dei Deputati, di dichiarare lo stato di "assedio" quando si verifica un'insurrezione o un atto di forza contro la sovranità o l'indipendenza della Spagna, la sua integrità territoriale o il sistema giuridico costituzionale, che non può essere risolto con altri mezzi.

È opportuno ricordare che nella norma con cui si dichiara uno stato eccezionale o altro, dovranno essere specificate le misure ne-

---

<sup>16</sup> T. De La Cuadra-Salcedo, "La aversión europea al estado de excepción", in *El País*, 2020 [https://elpais.com/elpais/2020/04/27/opinion/1587997245\\_501599.html](https://elpais.com/elpais/2020/04/27/opinion/1587997245_501599.html). Altri eminenti autori hanno messo in dubbio altre opzioni scelte dal governo spagnolo per affrontare la crisi sanitaria innescata dal virus Covid-19, v.: M. Aragón Reyes, "Hay que tomarse la Constitución en serio", in *El País*, 2020 [https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090\\_736317.html](https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html); P. Cruz Villalón, "La Constitución bajo el estado de alarma", in *El País*, 2020 [https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782\\_733659.html](https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html).

<sup>17</sup> Sull'interpretazione del termine "sospensione" dei diritti in caso di applicazione di stati eccezionali, v.: P. Requejo Rodríguez, "¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?", in *Revista de Derecho Político*, 2001, 105-137.

<sup>18</sup> M. Carrillo López, "Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia", in *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, n. 1, 2020, 60-93, 70. L'autore si sofferma in un'analisi dettagliata dei dibattiti parlamentari che hanno preceduto l'approvazione del testo costituzionale e l'adozione della Legge Organica 4/1981, v. 67 ss.

cessarie per affrontare e superare il momento di emergenza e criticità, compresa la possibilità di limitare o sospendere l'esercizio di determinati diritti o libertà, oltre all'ambito di applicazione territoriale delle misure, alla loro durata e ad altre condizioni che si ritengano rilevanti<sup>19</sup>.

Come si è accennato, la dichiarazione di uno di questi stati eccezionali ha effetti molto importanti sull'esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini.

La Costituzione spagnola del 1978, come la maggior parte delle costituzioni di seconda generazione<sup>20</sup>, riconosce un catalogo abbastanza esaustivo di diritti e libertà. Dopo un Titolo Preliminare composto da 9 articoli che includono soprattutto principi e regole molto generici, l'intero Titolo I è dedicato al riconoscimento e alla tutela dei "diritti (e doveri) fondamentali" ivi menzionati.

L'ultimo articolo del Titolo I della CE riconosce la possibilità che, in casi del tutto straordinari (cioè in occasione della dichiarazione di uno stato di eccezione o di assedio *ex art. 116 CE*), alcuni diritti fondamentali possano essere sospesi in maniera generalizzata (art. 55.1 CE). A ciò si aggiunge anche la possibilità di sospendere, attraverso una legge organica, alcuni diritti fondamentali di determinate persone (quindi una sospensione individuale o per specifiche categorie), purché siano mantenute certe garanzie come, ad esempio, il necessario intervento dell'autorità giudiziaria e un adeguato controllo parlamentare; la sospensione sarà altresì possibile solo se connessa ad indagini relative ad attività di bande armate o di cellule terroristiche (art. 55.2 CE).

Pertanto, tornando ai casi di sospensione collettiva, ciò sarà possibile solo in occasione della dichiarazione degli stati di eccezione e di assedio e solo per sospendere alcuni diritti (specificati nell'art. 55.1 CE). In caso di dichiarazione dello stato di allarme, il Governo può limitare l'esercizio dei diritti e delle libertà delle persone, senza giungere alla sua completa sospensione.

---

<sup>19</sup> Oltre alle fonti costituzionali e primarie alle quali si è accennato finora, alcuni commentatori hanno evidenziato l'importanza di un'altra norma avente forza di legge che potrebbe essere applicata nel caso della pandemia da Coronavirus senza la necessità di dichiarare uno degli stati di emergenza: vale a dire la legge organica 3/1986, del 14 aprile, sulle misure speciali in materia di sanità pubblica.

<sup>20</sup> Sul tema delle diverse "generazioni" di costituzioni nell'Europa continentale si può vedere, ad esempio, F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna: Il Mulino, 2020.

In particolare, secondo la Costituzione, i diritti che possono essere limitati durante lo stato di emergenza e di assedio sono quelli riconosciuti nei seguenti articoli: art. 17 CE (libertà personale); art. 18.2 CE (inviolabilità del domicilio); art. 18.3 CE (segretezza delle comunicazioni); art. 19 CE (residenza e circolazione); art. 20.1 *a*) CE (diritto alla libertà di espressione); art. 20.1 *d*) CE (diritto all'informazione e alla comunicazione); art. 20.5 CE (sequestro delle pubblicazioni); art. 21 CE (diritto di riunione e di pubbliche manifestazioni); art. 28.2 CE (diritti sindacali); art. 37.2 CE (adozione di misure per la risoluzione di controversie collettive). Inoltre, solo in caso di dichiarazione di stato d'assedio, anche i diritti del detenuto *ex art.* 17.3 CE possono essere sospesi.

Tuttavia, l'art. 11 della LO 4/1981 specifica che durante il periodo di validità dello stato di allarme potrà essere stabilita, nell'ambito dei provvedimenti contenuti nel decreto che dichiara tale stato, la limitazione di alcuni diritti fondamentali. In particolare possono essere limitati: la libertà di circolazione (art. 19 CE), il diritto alla proprietà privata (art. 33 CE), il diritto al lavoro (art. 35 CE) e la libertà di impresa (art. 38 CE). Questi diritti (eccetto la libertà di circolazione) godono di una protezione meno intensa nell'ordinamento spagnolo di quelli che possono essere sospesi in stato di eccezione o di assedio. Infatti, da un lato si tratta di diritti che non sono coperti dalla riserva di legge organica *ex art.* 81 CE e che, quindi, possono essere regolati attraverso leggi ordinarie; dall'altro, in relazione alle garanzie giurisdizionali, solo i diritti riconosciuti dagli artt. 14-29 CE hanno la possibilità di essere oggetto di un ricorso "preferenziale e sommario" davanti alla giurisdizione ordinaria<sup>21</sup> e del ricorso di *amparo* costituzionale davanti al Tribunale Costituzionale<sup>22</sup>.

Alcuni autori hanno evidenziato l'esistenza di un'altra disposizione della Costituzione che, sebbene non abbia alcun collegamento diretto con gli stati di emergenza, può essere rilevante per il tema trattato in questo scritto. Si tratta di art. 30.4 CE, che afferma che: "Per legge potranno essere disciplinati i doveri dei cittadini in caso di grave rischio, catastrofe o calamità pubblica"<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> J. Tajadura Tejada, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>22</sup> P. Pérez Tremps, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas - Thomson Reuters, 2016.

<sup>23</sup> E. Carmona Cuenca, "Los derechos fundamentales en el estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID 19 en España", in J. García Roca, *et al.* (a cura di), *CO-*

Quanto detto finora consente di sostenere che la Costituzione spagnola ammette la limitazione, e persino la sospensione, di determinati diritti quando si verificano particolari circostanze e quando è necessario proteggere altri beni costituzionalmente rilevanti come l'ordine pubblico, la salute pubblica, l'integrità dello Stato, ecc. Ciò non può certo sorprendere, poiché è noto che i diritti fondamentali non sono diritti assoluti e che la loro tutela può cedere di fronte alla necessità di tutelare altri beni o valori ritenuti, nel caso concreto, preminenti, attraverso la conosciuta tecnica del bilanciamento e del controllo di ragionevolezza.

Tuttavia, la differenza tra i due suddetti termini (sospensione e limitazione o restrizione dei diritti) e, in particolare, gli effetti che ciascuno di essi determina sull'esercizio dei diritti fondamentali, non è una questione di poco conto e ottiene una particolare rilevanza quando si analizza la tematica relativa alla dichiarazione di uno stato di emergenza.

La dottrina prevalente, con la quale concordo, si è espressa nel senso che la limitazione di un diritto fondamentale deve consistere nella interdizione ad esercitare tutte le possibili "attribuzioni" che normalmente tale diritto garantisce; una simile restrizione tuttavia non può in ogni caso incidere sul contenuto essenziale di un diritto, cioè sul suo nucleo duro o essenziale<sup>24</sup>.

La definizione precisa di quello che è il nucleo essenziale di ogni diritto è, senza dubbio, difficile da stabilire e può desumersi dalla cospicua giurisprudenza costituzionale relativa ai singoli diritti. In generale, il c.d. nucleo duro comprende le caratteristiche essenziali che consentono di riconoscere un diritto come tale o che, se eliminate, comprometterebbero l'essenza o la natura del diritto stesso. Chiaramente, ogni diritto fondamentale ha un suo contenuto minimo, derivante dal testo costituzionale, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale.

---

*VID-19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*, Instituto De Investigaciones Jurídicas, México, 221-237.

<sup>24</sup> Per esempio: J. García Roca, "El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma: la experiencia del coronavirus", in J. García Roca, *et al.* (a cura di), *COVID-19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*, Instituto De Investigaciones Jurídicas, México, 17-35; P. Cruz Villalón, "Normalidad y excepción", cit.; E. Carmona Cuenca, "Los derechos fundamentales en el estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID 19 en España", cit. A tale propósito, si vedano anche le interessanti affermazioni di M. Carrillo López, "Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia", cit., 73 ss.

La sospensione comporterebbe invece una limitazione così forte ed incisiva del diritto fondamentale, tale da comportare la sostanziale temporanea eliminazione del diritto fondamentale e da implicare anche il suo contenuto essenziale.

Il TC si è pronunciato in merito alla corretta interpretazione dei termini sospensione e limitazione dei diritti, fornendo importanti elementi per una migliore definizione del contenuto degli stessi, attraverso sua sentenza (STC) 83/2016, del 28 aprile, che sarà oggetto di esame nel paragrafo successivo.

3. *Gli interventi del Tribunale Costituzionale e dei giudici comuni spagnoli rispetto all'interpretazione della disciplina relativa agli "stati di emergenza"*

3.1. *Le pronunce del TC in occasione della prima applicazione della disciplina costituzionale*

In passato e prima della crisi sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19, le norme ora esaminate erano state applicate una sola volta e per circostanze che non avevano nulla a che fare con la diffusione di una pandemia. Ciò infatti è avvenuto con il r.d. 1673/2010, del 4 dicembre, che dichiarò lo stato di allarme per la normalizzazione del servizio pubblico essenziale del trasporto aereo. Tale decreto era stato approvato per porre rimedio a una situazione molto complicata di sciopero prolungato di una serie di lavoratori addetti al controllo dei voli.

Pur non essendo questo il contesto per proporre un'analisi dettagliata del caso specifico<sup>25</sup>, è opportuno menzionare che il Tribunale Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi su due aspetti molto rilevanti, sui quali esso tornerà con l'ordinanza che verrà esaminata successivamente, relativa alla emergenza da Coronavirus.

In primo luogo, con l'ordinanza (ATC) 7/2012, del 13 gennaio, il Tribunale ha rigettato il ricorso di *amparo* presentato da oltre 300 persone facenti parte del servizio pubblico essenziale del trasporto aereo, costrette ad interrompere lo sciopero a causa della emanazione del suddetto r.d., contenente la dichiarazione dello stato di allarme. La decisione di non ammettere il ricorso ha consentito al TC

---

<sup>25</sup> V., su questo: C. Vidal Prado e D. Delgado Ramos, "Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 92, maggio-agosto, 2011, 243-265.

di chiarire la collocazione dei decreti che dichiarano gli stati di emergenza nel sistema delle fonti. Infatti, il Tribunale Costituzionale ha affermato che tali norme (e, in questo caso, l'approvazione del Congresso dei Deputati del 16 dicembre 2010, che autorizzava la proroga dello stato di allarme dichiarato con il r.d. 1673/2010) hanno forza di legge e, pertanto, i singoli non possono denunciare la violazione di un diritto fondamentale derivante dalla diretta applicazione di tale fonte dinanzi alla giurisdizione costituzionale attraverso un ricorso di *amparo*<sup>26</sup>.

In secondo luogo, il Tribunale Costituzionale è tornato sulla questione con la sentenza (STC) 83/2016, del 28 aprile<sup>27</sup>, con la quale ha rigettato il ricorso contro alcune decisioni del giudice ordinario che avevano respinto il ricorso amministrativo contro il suddetto r.d. e le sue successive proroghe<sup>28</sup>. Questa seconda decisione ha consentito al Tribunale Costituzionale di ribadire la sua precedente giurisprudenza in ordine al valore ed alla forza normativa delle norme che dichiarano o prorogano uno degli stati di emergenza *ex art. 116 CE*<sup>29</sup>.

Inoltre, il TC ha approfittato dell'occasione per chiarire la differenza tra limitazione e sospensione dei diritti fondamentali durante gli stati eccezionali.

---

<sup>26</sup> Infatti, l'art. 42 della Legge Organica del Tribunale Costituzionale (LOT) stabilisce che solo "le decisioni o gli atti senza valore di legge, emanati dai tribunali o da uno dei suoi organi, o dalle Assemblee legislative delle Comunità autonome, o dai loro organi, che violano i diritti e le libertà soggetti a tutela costituzionale, possono essere impugnati entro un termine di tre mesi da quando, secondo il regolamento interno delle Camere o delle Assemblee, sono definitive".

<sup>27</sup> Per un esame molto interessante di questo caso e delle sue conseguenze giuridico-costituzionali C. Garrido López, "Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, 110, 43-73.

<sup>28</sup> In particolare, il ricorso di *amparo* fu sollevato contro l'ordinanza della Settima Sezione della Sala Contenzioso-Amministrativa del TS, del 30 maggio 2011, confermata con l'ordinanza 1° giugno 2012, con la quale fu dichiarato inammissibile il ricorso contenzioso-amministrativo n. 153-2011 contro il regio decreto 1673/2010, del 4 dicembre, che dichiarò lo stato di allarme per la normalizzazione del servizio pubblico essenziale di trasporto aereo, l'accordo del Consiglio dei Ministri, del 14 dicembre 2010, che chiese la autorizzazione del Congresso dei Deputati a prorogare lo stato di allarme e il Regio Decreto 1717/2010, del 17 dicembre, che prorogò lo stato di allarme dichiarato dal Regio Decreto 1673/2010, del 4 dicembre.

<sup>29</sup> Su questo punto, v. G. Villar Crespo, "Comentario a la STC 83/2016: con motivo de la naturaleza de los decretos del gobierno que declaran el estado de alarma", in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 48, 2018.

In particolare, il Tribunale ha dichiarato nel “fondamento giuridico” n. 8 della sentenza che “[gli] effetti della dichiarazione dello stato di allarme influiscono sull’esercizio delle competenze da parte dell’Amministrazione e delle autorità pubbliche e sulla creazione di talune limitazioni o restrizioni”. E, poche righe dopo, ha aggiunto che “[a] differenza degli stati di eccezione e di assedio, la dichiarazione dello stato di allarme non consente la sospensione di alcun diritto fondamentale (art. 55.1 CE *contrario sensu*), sebbene consente l’adozione di misure che possono comportare limitazioni o restrizioni al loro esercizio”<sup>30</sup>.

Pertanto – nonostante il fatto che la maggior parte delle dichiarazioni del TC avesse ad oggetto il controllo di quanto affermato dal Tribunale Supremo in ordine alla competenza a giudicare sui provvedimenti parlamentari e governativi di dichiarazione, autorizzazione ed estensione del stati di emergenza – il Tribunale Costituzionale ha dedicato ampio spazio anche alla distinzione tra limitazione e sospensione dei diritti durante gli stati di emergenza, pure se non posso che essere d’accordo con chi ha affermato che “la verità è che la risoluzione del TC non ha fatto molta luce su tale distinzione”<sup>31</sup>.

### 3.2. *I casi relativi alle manifestazioni del 1° maggio 2020: le caratteristiche del diritto di riunione e di pubblica manifestazione in Spagna*

L’intervento più significativo, almeno rispetto al periodo di pandemia e fino alla data odierna (7 giugno 2021), del Tribunale

---

<sup>30</sup> Ai fini del presente contributo, conviene fare riferimento anche alle affermazioni con cui il TC chiude il FJ 8: “In tal senso si prevede, tra l’altro, come misure adottabili, la limitazione della circolazione o della permanenza di persone o veicoli in determinati luoghi o la condizione di soddisfare determinati requisiti; la pratica delle requisizioni temporanee di tutti i tipi di beni e l’imposizione di benefici personali obbligatori; l’intervento e l’occupazione temporanea di industrie, fabbriche, laboratori, aziende agricole o locali di qualsiasi genere, ad eccezione delle abitazioni private; la limitazione o il razionamento dell’uso dei servizi o del consumo di beni di prima necessità; l’adozione delle disposizioni necessarie per assicurare l’approvvigionamento dei mercati e il funzionamento dei servizi dei centri produttivi interessati dall’interruzione dei servizi essenziali per la collettività quando i servizi minimi non sono garantiti; e, infine, l’intervento di aziende o servizi, nonché la mobilitazione del loro personale, al fine di garantirne l’operatività, essendo applicabile al personale mobilitato la normativa vigente in materia di mobilitazione”.

<sup>31</sup> M. Carrillo López, “Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia”, cit., 74.

Costituzionale spagnolo relativamente all'interpretazione della disciplina applicabile per fronteggiare una crisi sanitaria, ha ad oggetto la denuncia di violazione del diritto dei ricorrenti di riunione e pubblica manifestazione da parte della amministrazione competente, dato che questa aveva proibito lo svolgimento della manifestazione in ragione della vigenza dello stato di allarme e quindi per tutelare il prevalente interesse alla protezione della salute pubblica.

Prima di giungere di fronte al TC, questo stesso episodio ed altri con caratteristiche simili furono oggetto di impugnazione davanti ai giudici comuni, che diedero risposte differenti a seconda delle circostanze. Sarà quindi necessario analizzare tali interventi della giurisdizione ordinaria, sia per l'interesse che essi suscitarono, sia perché la decisione di uno di questi giudizi sarà poi impugnata di fronte al TC con ricorso in *amparo*.

È opportuno, altresì, presentare brevemente alcune delle caratteristiche fondamentali del diritto di riunione e manifestazione secondo la Costituzione spagnola, le fonti primarie e le interpretazioni delle stesse fornite dal TC, che hanno meglio chiarito i contenuti e i limiti del diritto in questione.

Il diritto di manifestazione (e/o di riunione) è regolato dall'art. 21 della Costituzione spagnola che stabilisce: “1. È riconosciuto il diritto di riunione pacifica senza armi. L'esercizio di questo diritto non richiederà autorizzazione preventiva. 2. Nei casi di riunioni in luoghi di pubblico transito e manifestazioni, sarà dato preavviso all'autorità competente, che potrà vietarle solo quando sussistano fondati motivi di attentato all'ordine pubblico, con pericolo per persone o beni”<sup>32</sup>.

La suddetta disposizione ha trovato attuazione con la legge organica 9/1983, del 15 luglio, che regola il diritto di riunione (LODR), e che specifica più dettagliatamente quali sono i gruppi di persone che possono costituire una “riunione” ai fini dell'applicazione delle norme costituzionali ed organiche, quale sia la differenza tra riunione, concentrazione e manifestazione e quali regole e limiti debbano seguire i titolari per l'esercizio dei diritti. In primo

---

<sup>32</sup> Pertanto, l'ordinamento giuridico spagnolo riconosce il diritto di riunione “sia nella sua versione statica, riferita ad una riunione o ad una concentrazione in un punto specifico; come in quella dinamica, che implica una manifestazione con spostamento in luogo di transito pubblico”, A. Al Hasani Maturano, “El derecho de manifestación durante el estado de alarma”, in *The Conversation*, 2020.

luogo, ad esempio, il LODR determina all'art. 1.2 che “per riunione si intende la presenza accordata e temporanea di più di 20 persone, con uno scopo preciso”. Inoltre, ai sensi dell'art. 21 CE, le riunioni e le manifestazioni dovranno essere pacifiche e senza armi.

Non è questa la sede per richiamare ed esaminare le caratteristiche che compongono il diritto di manifestare e che sono state, nella maggior parte dei casi, rese esplicite grazie alle sentenze del Tribunale Costituzionale<sup>33</sup>. È sufficiente, ai fini del presente lavoro, ricordare che l'esercizio di tale diritto non è soggetto, *ex art.* 21.1 CE ad una previa autorizzazione da parte dell'amministrazione competente, neppure quando si svolge su strade pubbliche e provoca disagi per l'esercizio di altri diritti fondamentali. In questi ultimi casi, secondo quanto previsto dalla seconda sezione dell'art. 21 CE, gli organizzatori della manifestazione dovranno comunicare preventivamente (secondo le scadenze indicate nella LO 9/1983) i loro dati, luogo, data, ora, durata prevista, scopo dell'incontro, misure di sicurezza, itinerario o percorso (se si tratta di una manifestazione) presso l'autorità competente che, come si è già accennato, “potrà vietarla solo quando sussistano fondati motivi di attentato all'ordine pubblico, con pericolo per persone o beni” (art. 21.2 CE). Pertanto, l'amministrazione disporrà di un termine previsto dalla legge entro il quale potrà modificare alcuni degli elementi inseriti nella comunicazione della manifestazione o concentrazione, purché sussistano motivi di ordine pubblico (con pericolo per persone o beni) che consiglino tali modifiche. Il TC ha ribadito in più occasioni che sono legittime solo le modifiche che sono proporzionalmente intese a tutelare altri beni giuridici aventi valore costituzionale (altri diritti fondamentali, sanità pubblica, ordine pubblico, ecc.).

Nei confronti della decisione dell'amministrazione (che di solito viene comunicata con un provvedimento amministrativo) con cui viene vietata una manifestazione o vengono modificate alcune sue caratteristiche, gli interessati possono ricorrere alla giurisdizione

---

<sup>33</sup> Per uno studio più approfondito degli elementi che costituiscono il diritto di riunione e di manifestazione secondo le fonti dell'ordinamento giuridico spagnolo e la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale, si vedano i capitoli corrispondenti dei seguenti lavori: J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2018; L.M. López Guerra, *Derecho Constitucional*. Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018; L.M. Díez Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas, 2013.

zione competente (il giudice amministrativo) e, una volta esaurite le vie giudiziarie ordinarie, al Tribunale Costituzionale attraverso il ricorso di *amparo* costituzionale<sup>34</sup>.

Vale la pena ricordare che, in alcune occasioni, il Tribunale Costituzionale ha considerato appropriato il divieto assoluto di concentrazioni o manifestazioni in luoghi pubblici, deciso dalla competente autorità amministrativa, in ragione della esistenza di un rischio reale per l'ordine pubblico con pericolo per persone e beni ed ha quindi escluso una violazione dell'art. 21 CE<sup>35</sup>. Nonostante queste decisioni molto restrittive sul diritto di concentrazione e manifestazione, la posizione assunta in generale dal TC è stata nel senso di evitare di il divieto di esercitare il diritto e di indurre le autorità governative a cercare soluzioni che, al massimo, modificchino parzialmente le modalità di esercizio di tale diritto, sempre in applicazione del criterio del bilanciamento e dei criteri di necessità e di proporzionalità.

### 3.3. *La presunta violazione del diritto di manifestare durante lo "stato di allarme" innanzi alla giurisdizione ordinaria*

Durante il periodo di validità dello stato di allarme (o, meglio, del primo regio decreto legge che prorogò lo stesso per altri 30 giorni) si sono verificate le condizioni per diversi gruppi di cittadini di rivolgersi alla giurisdizione contenzioso-amministrativa per denunciare la violazione del loro diritto di riunione e manifestazione, in ragione del diniego a realizzare una manifestazione in risposta alla comunicazione del promotore della stessa.

Diversi casi, nei quali la limitazione del diritto di riunione è stata giustificata dall'autorità governativa in ragione dell'emergenza

---

<sup>34</sup> È evidente che il compito principale della pubblica amministrazione non è quello di limitare l'esercizio del diritto di assembramento e di manifestazione, quanto piuttosto di garantirne il corretto esercizio, ossia di prevedere le misure necessarie affinché le riunioni possano svolgersi liberamente; v. J.M. Castellá Andreu, *Derecho Constitucional básico*. Barcelona: Huygens, 2018. La Costituzione spagnola non si pronuncia su eventuali controlli successivi, cioè durante l'esercizio del diritto di manifestazione o di riunione. Tuttavia, è evidente che le autorità pubbliche potranno reprimere le infrazioni commesse durante gli incontri; sospendere e sciogliere assemblee o manifestazioni in caso di "gravi disturbi alla sicurezza dei cittadini".

<sup>35</sup> Una delle sentenze più menzionate sull'argomento è la STC 66/1995, dell'8 maggio.

sanitaria e della legittimità dello stato di allarme, sono stati risolti dai giudici competenti in modo fra loro diversificato e contraddittorio, sollevando al riguardo un importante dibattito nella dottrina.

Si tratta, inoltre, di una questione molto importante poiché uno dei casi specifici che verranno analizzati in seguito è stato portato al giudizio del TC il quale, attraverso la decisione pronunciata su ricorso di *amparo* costituzionale, ha avuto modo di esprimere una posizione parzialmente nuova in ordine all'esercizio del diritto di manifestazione durante lo stato di allarme.

Nel bilanciamento, dunque, tra l'esercizio del diritto di riunione e di manifestazione e la tutela dell'ordine pubblico e, soprattutto, della salute pubblica, sono state pronunciate decisioni diverse ed anche diametralmente opposte da parte di giudici di differenti comunità autonome, tra le quali: Galizia, Aragón e Navarra<sup>36</sup>.

È importante sottolineare che dal punto di vista giuridico-costituzionale, come abbiamo cercato di mostrare nel precedente paragrafo 2, la dichiarazione dello stato di allarme non può comportare la sospensione generalizzata di alcun diritto fondamentale, essendo questa possibile solo in caso di dichiarazione dello stato di eccezione o di assedio. Di conseguenza, le amministrazioni destinatarie delle diverse comunicazioni relative all'organizzazione di manifestazioni durante lo stato di emergenza causato dal coronavirus, non erano autorizzate a vietare l'esercizio del diritto di riunione senza fornire le dovute giustificazioni fondate su "alterazioni dell'ordine pubblico, con pericolo per persone o beni", come prescritto dall'art. 21.2 CE e da LO 9/1983.

È opportuno, quindi, esaminare brevemente le ragioni che hanno portato alle diverse ipotesi di limitazione del diritto di manifestare e le risposte diversificate delle giurisdizioni amministrative, oltre alle dichiarazioni di grande rilevanza del Tribunale Costituzionale.

Il primo caso ha riguardato lo svolgimento di una manifestazione a Vigo (Galizia) indetta dal sindacato CUT in occasione delle celebrazioni della "Giornata dei lavoratori" (1° maggio 2020). La protesta si sarebbe svolta, secondo le informazioni contenute nella

---

<sup>36</sup> Anche nella Comunità Autonoma Castilla y León si vietò lo svolgimento di una manifestazione prevista per il 23 maggio 2020; sul caso, v. <https://elpais.com/espana/2020-05-16/la-delegacion-del-gobierno-en-castilla-y-leon-prohibe-las-manifestaciones-de-vox-por-riesgo-sanitario.html>.

comunicazione presentata dagli organizzatori, in auto private in alcune strade di Vigo, con una persona per ogni auto, tutto questo per rispettare le misure imposte dal Governo con il r.d. 463/2020. Nonostante ciò, al sindacato è stato vietato di realizzare la manifestazione da parte dell'amministrazione competente per proteggere l'interesse, ritenuto prevalente, della tutela della salute pubblica, intesa come aspetto della più ampia categoria dell' "ordine pubblico".

Il Tribunale Superiore di Giustizia della Galizia (TSXG), accolto il ricorso del sindacato CUT, si è pronunciato a favore della proibizione di svolgere una marcia a Vigo in data 1° maggio 2020, rigettando il ricorso con sentenza del 28 aprile 2020, n. 00136/2020<sup>37</sup>. Il TSXG ha basato la sua decisione sul fatto che "la protezione della salute pubblica con l'applicazione di misure preventive da parte dei poteri pubblici deve prevalere sul diritto di riunione e di manifestazione". L'emergenza sanitaria e la necessità di tutelare la salute della collettività, infatti, "giustificano la limitazione della circolazione delle persone, anche a bordo dei veicoli, per evitare la diffusione del virus".

Il giudice amministrativo ha inoltre dichiarato che il provvedimento del governo autonomico che ha vietato la manifestazione del 1° maggio si inquadra perfettamente nelle condizioni previste dall'art. 21 CE e "non sospende il diritto fondamentale di riunione e manifestazione, ma piuttosto, in conformità con il contenuto del r.d. 463/2020, consente la circolazione dei veicoli solo per determinate finalità, tra le quali non è ricompresa l'attività di pubblica manifestazione"<sup>38</sup>.

Gli altri casi che hanno richiesto, in situazioni analoghe, l'intervento del giudice amministrativo sulla legittimità dei provvedimenti del governo autonomico, si sono verificati nelle Comunità Autonome dell'Aragón e della Navarra. In entrambi i casi le Corti superiori di giustizia delle due comunità hanno annullato le decisioni amministrative, consentendo lo svolgimento delle manifestazioni.

---

<sup>37</sup> Sentenza n. 136/2020 della Prima Sezione della Sala Contenzioso-Amministrativa del Tribunale Superiore di Giustizia della Galizia. Il testo integrale della sentenza è consultabile al seguente link: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d979470087d23cff>.

<sup>38</sup> Per un'analisi più dettagliata della sentenza, v. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-TSJ-de-Galicia-prohibe-a-un-sindicato-organizar-una-manifestacion-en-coches-el-1-de-mayo-en-Vigo>.

Nel primo caso, a differenza del secondo, il giudice amministrativo aragonese ha risolto una questione praticamente identica a quella analizzata dal TSXG: un sindacato aveva organizzato una manifestazione in occasione della “Giornata dei lavoratori” che si sarebbe stata svolta con la partecipazione di un gruppo ridotto di cittadini, in veicoli privati, coperti, con un solo occupante in ciascuno di essi. La delegazione governativa aveva vietato la “marcia” a causa dell’emergenza sanitaria e per tutelare la salute pubblica. Il Tribunale aragonese ha annullato tale decisione ed ha consentito la manifestazione con sentenza del 30 aprile 2020<sup>39</sup>, basando la decisione sull’impossibilità di limitare o sospendere il diritto di riunione e di manifestazione durante lo stato di allarme<sup>40</sup>.

Nel secondo caso, il Tribunale Superiore di Giustizia di Navarra (TSJN) ha annullato il divieto di manifestazione da parte del governo locale “considerando che, con le misure di sicurezza e igiene stabilite, durante lo stato di allarme il diritto non può essere soppresso”<sup>41</sup>, ed ha consentito lo svolgimento di una attività sindacale “statica” con un totale di 6 partecipanti a Pamplona, sempre in occasione della festa del 1° maggio. È opportuno sottolineare come, in questa occasione, il giudice amministrativo, sebbene abbia autorizzato la manifestazione, ha però mantenuto il divieto stabilito dal governo in ordine alla circolazione di un gruppo di veicoli in fila indiana richiesta da un sindacato (LAB) che doveva tenersi anch’esso a Pamplona e in altre città (Tafalla, Estella, ecc.), con motivazioni simili a quelle sostenute dal TSXG. La marcia, infatti, sarebbe stata “prolungata nel tempo” – 90 minuti di durata – e “quantitativamente significativa in quanto alla sua partecipazione”, con caratte-

---

<sup>39</sup> Il testo è consultabile al seguente link: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cc7567665d43f993/20200507>.

<sup>40</sup> In realtà, come si è accennato, lo stesso art. 21.2 CE consente la limitazione del diritto di riunione “quando sussistono fondati motivi di attentato all’ordine pubblico, con pericolo per persone o beni”. Il quotidiano *El Mundo* fornisce una errata interpretazione di quanto sostenuto dal Tribunale Costituzionale, ritenendo che questo ha affermato che “la dichiarazione dello stato di allarme con cui il governo ha scelto di gestire la crisi del coronavirus non permette la limitazione del diritto di riunione e manifestazione, cosa che sarebbe essere possibile se fosse stato dichiarato uno stato di eccezione”; v. il link: <https://www.elmundo.es/espana/2020/04/30/5eae277fdddff708e8b4599.html>.

<sup>41</sup> <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Superior-de-Navarra-autoriza-un-acto-sindical-estatico-de-6-personas-en-Pamplona-el-1-de-mayo>.

ristiche che non avrebbero consentito un controllo efficace “sia delle misure di sicurezza offerte dai convocanti che di quelle richieste dalle autorità sanitarie”<sup>42</sup>.

### 3.4. *L'ordinanza del Tribunale Costituzionale n. 40/2020*

Come presumibile, il caso poc'anzi descritto relativo alla regione Galizia è giunto all'esame del TC, a seguito di un ricorso di *amparo* costituzionale sollevato dal sindacato CUT con il quale è stata impugnata la decisione del giudice amministrativo di fronte al Tribunale Costituzionale, per supposta violazione del diritto di riunione e manifestazione dei ricorrenti. Il ricorso è stato deciso con ordinanza (Auto, in spagnolo, ATC) 40/2020, del 30 aprile<sup>43</sup>.

La questione è stata giudicata inammissibile da parte della Sala n. 1 del TC; tuttavia, il caso ha consentito allo stesso Tribunale di aggiungere alcuni contenuti interessanti rispetto alla sua precedente giurisprudenza, in ordine alla possibilità di limitare l'esercizio dei diritti (in questo caso il diritto di manifestare) durante lo stato di allarme.

Il Tribunale Costituzionale si è trovato di fronte all'inevitabile bilanciamento tra la salute pubblica (nonché il diritto alla vita e all'integrità fisica *ex art. 15 CE*, vista la gravità della pandemia causata dalla diffusione del Covid-19) e il diritto di riunione e di manifestazione.

Come è noto, dopo la riforma della legge organica del TC del 2007, il ricorso di *amparo* costituzionale può essere dichiarato ammissibile solo se il ricorrente dimostra che il suo caso abbia una “speciale importanza dal punto di vista costituzionale” (*especial trascendencia constitucional*), intesa dalla giurisprudenza costituzionale, tra le altre ipotesi, che il ricorso sia tale da offrire al TC l'opportunità di esprimersi su nuovi aspetti e/o questioni che non siano stati esplicitamente e precedentemente affrontati nella sua giurisprudenza<sup>44</sup>. Secondo il sindacato, il motivo legittimante l'ammissi-

---

<sup>42</sup> <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Superior-de-Navarra-autoriza-un-acto-sindical-estatico-de-6-personas-en-Pamplona-el-1-de-mayo>.

<sup>43</sup> Il testo integrale della sentenza è consultabile al seguente link: <https://bj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26279>.

<sup>44</sup> La riforma della Legge Organica del TC del 2007 ha modificato l'art. 50 LOTC, aggiungendo tra i requisiti di ammissibilità del ricorso di *amparo* la “speciale

bilità consisteva nella possibilità che il TC avrebbe potuto esprimersi sui limiti dell'esercizio, sospensione o limitazione del diritto di riunione e di manifestazione durante lo stato di allarme.

Il TC, nell'ordinanza in esame, ha affermato che in una precedente sentenza (la già ricordata STC 83/2016), aveva già avuto modo di esprimersi in proposito ed in particolare aveva sostenuto che durante il periodo di vigenza della dichiarazione dello stato di allarme non era possibile la sospensione dei diritti fondamentali (azione che sarebbe consentita, invece, durante lo stato di emergenza e di assedio, ai sensi dell'art. 55.3 CE). In tale circostanza, il Tribunale aveva altresì precisato che, a causa dello stato di allarme, è possibile restringere o limitare l'esercizio di alcuni diritti fondamentali, in base all'art. 11 LO 4/1981, e che, quindi, nella situazione in cui si trovava il sindacato ricorrente, la limitazione della circolazione o la presenza di persone e veicoli in determinate zone doveva essere considerata legittima.

Il TC aveva ricordato, infatti, che la limitazione di un diritto non deve in nessun caso intaccare il contenuto o il nucleo essenziale del diritto stesso, nel qual caso si sarebbe trattato di una sospensione e non di una semplice limitazione. Dopo aver citato la sentenza 83/2016, il TC ha menzionato quindi i propri precedenti in materia di diritto di riunione e manifestazione, e quindi ha proceduto a valutare se, nel caso in questione, il diritto di manifestazione del sindacato CUT fosse stato violato o se, in base ai principi costi-

---

rilevanza costituzionale": "1. Il ricorso di amparo deve essere oggetto di una decisione di ammissione. La Sezione, all'unanimità dei suoi membri, deciderà con una ordinanza se ammettere, in tutto o in parte, il ricorso solo quando ricorrano tutti i seguenti requisiti: a) che il ricorso sia conforme alle disposizioni degli articoli da 41 a 46 e 49. b) che il contenuto del ricorso giustifichi una decisione nel merito del Tribunale Costituzionale per la sua speciale rilevanza costituzionale, che sarà apprezzata secondo la sua importanza per l'interpretazione della Costituzione, per la sua applicazione o per la sua generale efficacia, e per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali".

Sulla riforma, v. P. Pérez Tremps, "La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional entre «morir de éxito» o «vivir en el fracaso»", in *Teoría y realidad constitucional*, n. 41, 2018, 253-270; M. González Beilfuss, "La especial trascendencia constitucional como criterio de selección de los recursos de amparo", in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 22, 2018, 259-279. Il Tribunale Costituzionale spagnolo ha avuto modo di chiarire l'interpretazione di questo nuovo requisito in due occasioni: nell'ATC 188/2008 e nella STC 155/2009.

tuzionali, fosse stata legittimamente limitata dalla competente autorità amministrativa.

Secondo la giurisprudenza consolidata del Tribunale Costituzionale, come si è detto, il diritto di manifestare in Spagna non necessita di una preventiva autorizzazione. Tuttavia, la legge prevede che gli organizzatori debbano comunicare alcune informazioni relative allo svolgimento della manifestazione (quali data, durata, percorso, ecc.), mediante un atto che abbia natura di semplice “dichiarazione di conoscenza”. Ciò affinché l’amministrazione possa adottare le misure necessarie per consentire l’esercizio del diritto di manifestazione nei luoghi pubblici e, allo stesso tempo, garantire la tutela e l’incolumità di coloro che non partecipano alla manifestazione.

Infatti, secondo la Costituzione, il diritto di manifestare pubblicamente trova un limite al suo esercizio nella tutela dell’ordine pubblico, quando la sua violazione possa costituire un pericolo per persone o beni (art. 21 CE). L’autorità amministrativa competente, quindi, per motivi di ordine pubblico e ogniqualvolta vi siano comprovati rischi per l’incolumità di persone o beni, può modificare, motivando le ragioni, le modalità di esercizio del diritto di manifestazione, fino a vietarlo, qualora ciò sia necessario secondo il giudizio di proporzionalità<sup>45</sup>.

Sulla base di quanto precede, il TC, con l’ordinanza 40/2020 in esame, ha stabilito che il caso in questione non rappresentava una situazione “inedita”, una novità per la quale fosse necessario un intervento di chiarimento, essendo sufficiente verificare se la manifestazione fosse stata effettivamente vietata per tutelare l’ordine pubblico e se esistessero davvero rischi per persone e/o beni. Detto ciò, tuttavia, il TC ha specificato che il caso in questione ha evidenziato la necessità di valutare queste circostanze in un momento storico eccezionale, poiché l’evento avrebbe dovuto avvenire durante una pandemia globale, “con rischio non solo per la salute, ma anche per anche per la vita delle persone, mentre è in vigore un provvedimento di confinamento collettivo adottato dal Governo con un decreto di dichiarazione di stato di allarme attraverso il più volte ricordato r.d. 463/2020”<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Si vedano, tra le tante, le sentenze del Tribunale Costituzionale nn. 66/1996, 163/2006, 193/2011.

<sup>46</sup> Nel “fondamento giuridico” (FJ) 2 dell’ordinanza si legge: “Questi sono i parametri che devono essere applicati nel caso di specie, perciò, in realtà, non si tratta di

Inoltre, secondo il TC, il ricorso in questione gli avrebbe consentito di andare oltre il caso specifico, poiché lo stesso sollevava una questione avente ricadute sociali ed economiche significative e di carattere generale. Infatti, vista la drammatica e assolutamente straordinaria situazione causata dalla diffusione del Covid-19, la decisione del TC sarebbe stata di grande importanza, potendo fornire utili elementi sotto due diversi profili: da un lato, circa le ripercussioni della organizzazione di un evento come una manifestazione sull'intera società e soprattutto sulla salute dei cittadini se svolta durante una emergenza sanitaria e, dall'altro, in relazione al contenuto del decreto che aveva dichiarato lo stato di allarme e al suo ambito di applicazione rispetto all'esercizio dei diritti fondamentali (e, in particolare, del diritto di manifestazione).

Passando all'analisi del caso specifico e alla valutazione della possibile violazione del diritto di manifestare, il Tribunale Costituzionale ha ritenuto le ragioni contenute nella decisione impugnata sufficienti e adeguate a spiegare le finalità della limitazione del diritto. Tuttavia, quando il TC è passato ad analizzare la possibilità di limitare, fino al suo divieto, l'esercizio del diritto di manifestare durante lo stato di allarme, ha finito solo per ripetere la posizione già espressa nella citata sentenza 83/2016, lasciando quindi piuttosto deluse le aspettative di chi auspicava un ampliamento della giurisprudenza costituzionale in merito alla dichiarazione degli stati qualche novità in tema di limiti ai diritti fondamentali in periodo di emergenza. Tali aspettative erano state chiaramente suscitate dalla lettura della prima parte della sentenza, con la quale il ricorso di *amparo* era stato ritenuto ricevibile. Il TC, tra l'altro, non ha spiegato minimamente perché abbia deciso di non entrare a valutare tali aspetti<sup>47</sup>.

---

una novità nella giurisprudenza del Tribunale, poiché si tratta di identificare ad casum la nozione di "ordine pubblico" con pericolo per le persone, quale elemento che è servito a vietare lo svolgimento della manifestazione comunicata dal ricorrente, fermo restando il riconoscimento che si tratta di una situazione peculiare e qualificata, poiché si intende svolgere la manifestazione in una situazione di pandemia, con rischio non solo per la salute, ma anche per la vita delle persone, ed è in vigore un provvedimento di confinamento adottato dal Governo avendosi decretato lo stato di allarme con Regio Decreto 463/2020, del 14 marzo".

<sup>47</sup> Di questo stesso parere anche M.E. Casas Baamonde e M. Ángel Quiroga, "Derecho de manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia de COVID-19", in *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 5/2020, 1-22, 19, che dichiarano:

Il Tribunale Costituzionale, dopo aver dichiarato che non avrebbe affrontato la questione relativa ad una eventuale eccessiva limitazione del diritto di manifestare o ad una sospensione del medesimo, ha dedicato l'intera seconda parte della decisione a stabilire se la limitazione dell'esercizio del diritto di manifestazione fosse stata adeguata, nel caso sottoposto al suo esame, ai parametri costituzionali. Pertanto, il TC non ha fatto altro che seguire le fasi argomentative "classiche" della propria giurisprudenza circa la legittimità delle limitazioni all'esercizio del diritto di riunione e di manifestazione, secondo i criteri di ponderazione tra i diritti (in particolare, quelli di ragionevolezza e di proporzionalità), che deve sempre rispettare il contenuto essenziale dei diritti e valori in conflitto<sup>48</sup>.

Nel caso specifico, secondo il Tribunale, la giustificazione o lo scopo della limitazione del diritto di manifestare era assolutamente chiaro e legittimo: tutelare il diritto all'integrità fisica e alla salute delle persone durante il periodo di diffusione del virus. Pertanto, il divieto della manifestazione era, a giudizio del TC, una misura logica, adeguata e necessaria per prevenire la diffusione della pandemia<sup>49</sup>. Infine, il Tribunale ha ritenuto che la straordinaria situazione di crisi sanitaria, che richiede una maggiore attenzione alla circolazione stradale per consentire la circolazione dei veicoli sanitari, nonché l'elevato numero di contagi nella città ove si sarebbe dovuto verificare l'evento, fossero motivi sufficienti per considerare la misura restrittiva del diritto di manifestazione proporzionata alle fina-

---

"L'ATC 40/2020 trascura il contenuto dello stato di allarme, sebbene faccia qualche riferimento riguardo alla sua dichiarazione e ai suoi contenuti, per analizzare le violazioni dei diritti fondamentali denunciate nel ricorso di amparo rispetto all'articolo 21 CE".

In tema di restrizione del diritto di riunione e di manifestazione si vedano anche le considerazioni di M.A. Presno Linera, "Breves consideraciones sobre la limitación de las reuniones en espacios públicos y privados durante el estado de alarma por COVID-19", in *El derecho y el revés*, 25 d enero de 2021, disponibile sul sito web <https://presnolinera.wordpress.com/2021/01/25/breves-consideraciones-sobre-la-limitacion-de-las-reuniones-en-espacios-publicos-y-privados-durante-el-estado-de-alarma-por-covid-19/>.

<sup>48</sup> Su questo punto, recentemente, M. Carrillo López, "Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia", cit., 80.

<sup>49</sup> ATC 40/2020, FJ 4 a) ii): "appare evidente che il divieto di svolgimento della manifestazione, che risulta chiaramente dalla sentenza impugnata, ha un rapporto logico e di evidente necessità con lo scopo perseguito dal medesimo divieto: prevenire la diffusione di una malattia grave, la cui diffusione massiccia può portare al collasso dei servizi sanitari pubblici. L'adeguatezza tra la finalità della limitazione e lo strumento giuridico utilizzato nella fattispecie non sembra quindi inesistente".

lità che essa perseguiva<sup>50</sup>. Di fronte alla mancanza di garanzie oggettive per la tutela della salute e della vita delle persone<sup>51</sup>, da un lato, e, dall'altro, della necessaria natura "limitata" e "limitabile" di tutti i diritti fondamentali<sup>52</sup>, il TC ha dichiarato che, in questo caso, i diritti alla salute ed alla vita dovessero prevalere.

Non c'è dubbio che le dichiarazioni del Tribunale Costituzionale si siano basate su un'attenta analisi del caso e della situazione specifica causata dalla diffusione del Covid-19, nonché su un'interpretazione delle norme costituzionali e delle leggi già consolidata nella sua precedente giurisprudenza.

Tuttavia, mentre è possibile concordare sul fatto che esistesse una giustificazione più che legittima per quanto riguarda la limita-

---

<sup>50</sup> In merito al giudizio di proporzionalità tra la finalità perseguita e le misure adottate, il TC conclude che "nell'analisi di proporzionalità della misura, non può dimenticarsi che il fatto che la modalità di manifestazione scelta dai ricorrenti, [...], siano essi a piedi o in auto, [...], genera altri problemi che possono incidere sulla salvaguardia della sicurezza delle persone con cui i ricorrenti non hanno contato. In una situazione di allerta sanitaria, la libera circolazione dei servizi di ambulanza o di emergenza sanitaria, e il libero accesso agli ospedali è un elemento di cui tenere conto nel valutare la proporzionalità della limitazione all'esercizio del diritto qui invocato. E, tenuto conto di ciò in questo caso, la misura restrittiva può considerarsi proporzionata", ATC 40/2020, FJ 4 a) iii).

<sup>51</sup> Di questa opinione anche A. Al Hasani Maturano, "El derecho de manifestación durante el estado de alarma", in *The Conversation*, 2020, disponibile sul sito web <https://theconversation.com/el-derecho-de-manifestacion-durante-el-estado-de-alarma-137824>.

<sup>52</sup> Nel nostro caso, del diritto di riunione e di manifestazione: "i) Il diritto di manifestazione non è, come nessuno lo è, un diritto illimitato. L'art. 21.1 CE, che riconosce che il diritto di riunione pacifica senz'armi non necessita di autorizzazione previa, riconosce nel suo secondo comma l'esistenza di limiti all'esercizio del diritto, quando le riunioni in luoghi di pubblico transito e le manifestazioni, che richiedono la preventiva comunicazione all'autorità competente, possono supporre un turbamento dell'ordine pubblico, con pericolo per persone o beni, essendovi fondati motivi per considerarlo tale. La previsione costituzionale, in questo caso, è stata interpretata attraverso una costante giurisprudenza costituzionale, alla quale abbiamo già ampiamente fatto riferimento nel FJ 2 e che è sintetizzata nella STC 193/2011, del 12 dicembre. Si stabilisce che: «il diritto contenuto nell'art. 21 CE non è un diritto assoluto o illimitato, ma, come gli altri diritti fondamentali, può essere soggetto a determinate modulazioni o limiti, tra cui quello specificamente previsto dall'art. 21.2 CE – attentato all'ordine pubblico, con pericolo per le persone e i beni –, come quelli imposti dalla necessità di evitare che un abuso nell'esercizio del diritto possa entrare in conflitto con altri valori costituzionali (STC 42/2000, del 14 febbraio, FJ 2). Limiti che, come abbiamo ricordato nella STC 195/2003, del 27 ottobre, (FJ 7), e tutti quelli ivi citati, devono essere necessari 'per raggiungere il fine perseguito, dovendo rispettare la proporzionalità tra il sacrificio del diritto e la situazione della persona a cui è imposto [...] e, in ogni caso, rispettarne il contenuto essenziale'». ATC 40/2020, FJ 4 a) i).

zione del diritto di manifestare durante la pandemia, credo che il giudizio di necessità e proporzionalità delle misure volte al raggiungimento dell'obiettivo sia stato eccessivamente restrittivo, in considerazione delle modalità di svolgimento dell'evento. A mio avviso, l'amministrazione competente avrebbe potuto limitare l'esercizio del diritto di manifestazione senza arrivare all'estremo di vietarne completamente l'esercizio. La stessa giurisprudenza del TC ha ritenuto che la restrizione totale di tale diritto è consentita solo quando il divieto dell'evento costituisce l'unico provvedimento necessario e sufficiente per raggiungere il fine perseguito. Inoltre è difficile non associare il concetto di divieto assoluto a quello di sospensione del diritto (e non a quello di limitazione), che, come ho già avuto modo di sottolineare, non è permessa durante lo stato di allarme.

In questo caso, credo che sarebbe stato possibile un esito diverso del giudizio di proporzionalità; costituisce un'ottima prova di ciò il fatto che, negli stessi giorni e prima della pubblicazione dell'ordinanza ora esaminata, altri giudici comuni hanno annullato le decisioni delle rispettive amministrazioni locali che avevano vietato altre manifestazioni per tutelare la salute e l'incolumità dei cittadini, una delle quali organizzata e condotta con le stesse precauzioni della manifestazione di Vigo (si veda la citata sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia dell'Aragón, del 30 aprile 2020)<sup>53</sup>.

#### 4. *Considerazioni finali e rispetto ai (previsti) futuri interventi del Tribunale Costituzionale*

Come si è visto, nell'ordinamento spagnolo, a differenza di quanto si è verificato in altri paesi<sup>54</sup>, è stato possibile ricorrere a fonti giuridiche specifiche di livello costituzionale e primario per reagire a una crisi sanitaria come quella provocata dalla diffusione del Coronavirus. Questa circostanza, sebbene non abbia certamente impedito l'emergere di critiche di vario genere, ha consentito di avere precisi punti di riferimento, cosa che è invece mancata in molti altri stati europei e del mondo.

---

<sup>53</sup> Alcune di queste considerazioni sono state già espresse in S. Romboli, "L'ordinanza n. 40/2020 del Tribunal Constitucional spagnolo: Covid-19 ed esercizio del diritto di manifestazione", in *Quaderni Costituzionali: Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 4, 2020, 845-848.

<sup>54</sup> Per riferimenti, si rinvia agli scritti indicati nella nota 1.

Su tali elementi, inoltre, è da attendersi che il Tribunale Costituzionale possa fare a breve maggiore chiarezza, allorché sarà chiamato a risolvere i giudizi di legittimità costituzionale sollevati dalla minoranza parlamentare e già ammessi, come ricordato nella parte introduttiva dello scritto. Tanto la dottrina come l'opinione pubblica, in effetti, attendono le sentenze che risolveranno il ricorso contro il decreto che ha dichiarato il primo stato di allarme e, forse ancor di più, quello contro la decisione del Congresso dei Deputati di prorogare per ben 6 mesi la dichiarazione dell'autunno scorso relativa al secondo stato di allarme.

Nel primo caso, il Tribunale Costituzionale dovrà stabilire se il decreto del Governo rispettò i limiti ad essa imposti dalla Costituzione (in particolare con riguardo alla restrizione nell'esercizio di determinati diritti fondamentali). Come si è accennato nelle pagine precedenti, alcuni commentatori hanno affermato che tali limitazioni abbiano costituito una vera e propria sospensione dei diritti dei cittadini, e che quindi il Governo avrebbe dovuto dichiarare lo stato di emergenza, e non quello di allarme.

Nel secondo caso, i dubbi maggiori rispetto alla costituzionalità della disciplina risiedono nella concessione, da parte del Congresso, di una proroga dello stato di allarme troppo lunga (6 mesi) rispetto a quella che potrebbe derivare da una interpretazione dell'articolo 116 CE, il quale, secondo una parte minoritaria della dottrina, potrebbe consentire solo proroghe della durata massima di 15 giorni. Su questo aspetto si è già pronunciato il *Defensor del Pueblo*, che ha deciso di non sollevare un ricorso di incostituzionalità contro il r.d. 926/2020, del 25 ottobre, che ha dichiarato lo stato di allarme per contenere la diffusione dei contagi causati dal SARS-COV-2 e la sua proroga, poiché lo ha ritenuto pienamente conforme con la Costituzione spagnola. Difatti, secondo tale istituzione, la Costituzione non contiene specifiche previsioni sulla durata della proroga e spetterebbe quindi al Congresso dei Deputati determinarne la durata. La Camera "può optare, come ha fatto tra marzo e giugno 2020, per proroghe quindicinali oppure per la proroga di sei mesi decisa dal Congresso dei Deputati il 29 ottobre, vista la persistenza e l'intensità della pandemia e le prospettive pessimistiche al riguardo"<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/segundo-estado-alarma/>.

Per adesso è possibile comunque svolgere alcune considerazioni conclusive rispetto alla garanzia dei diritti durante lo stato di allarme, sulla base della interpretazione seguita dal TC con l'ordinanza 40/2020.

In merito alla tutela dei diritti fondamentali, la scelta del Congresso e del Governo in *primis* di ricorrere alla dichiarazione dello stato di allarme e non allo stato di eccezione ha comportato l'impossibilità di giungere ad una vera sospensione di alcuni diritti, che in determinati periodi o circostanze sono stati assai limitati. Una volta analizzati le condizioni abilitanti di ciascuno degli stati di emergenza, non possono nutrirsi dubbi sulla legittimità della scelta del governo spagnolo.

Diverso è invece il presupposto della limitazione, fino al suo completo divieto, del diritto di manifestazione. La partecipazione alla festa della "Giornata dei lavoratori", rievocazione tradizionalmente accompagnata dall'esercizio del diritto fondamentale di pubblica manifestazione, durante lo stato di allarme, ha fornito elementi nuovi e molto interessanti per riflettere sulla possibilità che si possano limitare, in determinate circostanze, i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

Un primo punto fermo che mi sembra opportuno evidenziare al riguardo è che, sebbene la legge organica sulla dichiarazione dello stato di allarme non contempra la possibilità di sospendere il diritto di riunione e manifestazione *ex art.* 21 CE, questa stessa disposizione costituzionale consente – secondo l'interpretazione del TC nella citata sentenza 66/1995 – di limitare (fino a vietarlo completamente) l'esercizio di tali diritti nei casi in cui l'amministrazione consideri che ciò possa portare ad attentato all'ordine pubblico, con pericolo per le persone e i beni. Non sorprende, quindi, che le autorità governative e giurisdizionali abbiano considerato la situazione in cui si trovava la Spagna nell'aprile/maggio 2020 (pandemia e crisi sanitaria con conseguente dichiarazione di stato di allarme) inquadrabile in questo tipo di turbativa dell'ordine pubblico.

In secondo luogo, rispetto a quella che si potrebbe definire la "schizofrenia giudiziaria" descritta nelle pagine precedenti, è forse superfluo ricordare il principio di indipendenza interna della magistratura e la sostanziale contemporaneità delle ricordate pronunce che avrebbe comunque reso impossibile un "dialogo" fra le diverse autorità giudiziarie.

Per concludere, vorrei accennare brevemente al carattere forse eccessivo della limitazione del diritto di manifestare, che, a mio avviso, avrebbe potuto essere evitato. Ritengo infatti che sia i governi autonomici che il Tribunale della Galizia ed il TC avrebbero potuto dare una lettura della seconda parte dell'art. 21 CE e del Regio Decreto che ha dichiarato lo stato d'allarme più favorevole ad una limitazione del diritto di manifestazione, tale da non determinare il suo totale divieto. È vero che di fronte a fondate ragioni che comportano un pericolo per la salute (o addirittura la vita) delle persone, è necessario optare per le modalità che sia tali da limitare qualsiasi rischio. Tuttavia, a mio avviso, sarebbero state possibili modalità di esercizio del diritto di manifestazione compatibili con la eliminazione dei rischi per la salute pubblica.

Secondo lo stesso Tribunale Costituzionale, è essenziale, nel valutare i diritti o gli interessi in gioco, evitare il rischio di limitazioni eccessive dei diritti o le restrizioni che non adeguatamente giustificate e motivate. Nella citata STC 66/1995 nel "fondamento giuridico" n. 5, riferendosi al diritto di riunione e di manifestazione, il TC ha affermato che "al fine di verificare se la misura preventiva dell'esercizio del diritto di riunione eccede il giudizio di proporzionalità richiesto, è necessario verificare se soddisfa i seguenti tre requisiti o condizioni: se tale misura è stata in grado di raggiungere l'obiettivo proposto (la garanzia di ordine pubblico senza pericolo per le persone e i beni); se, inoltre, la misura fosse necessaria nel senso che non esisteva altro provvedimento più moderato per raggiungere lo scopo con uguale efficacia; e, infine, se fosse proporzionato, in senso stretto, cioè ponderato o bilanciato nel senso di offrire maggiori benefici o vantaggi per l'interesse generale che danni ad altri beni o valori in conflitto".

È evidente, nel caso del 2020, che il Tribunale Costituzionale (e gli altri poteri pubblici) hanno effettivamente verificato la presenza del primo requisito della "finalità" (tutelare la vita, l'integrità fisica e la salute dei le persone durante una pandemia). Tuttavia, dubito che il divieto totale della manifestazione abbia rispettato il secondo criterio, quello della necessità, nonché quello della proporzionalità tra le misure limitative di un diritto ed i vantaggi per la tutela dell'altro. Le autorità competenti avrebbero potuto proporre modifiche alle modalità di svolgimento della manifestazione in grado di garantire sia la salute che il diritto *ex art. 21 CE*.

*Abstract*

Il presente lavoro ha lo scopo di illustrare la risposta dell'ordinamento spagnolo alla crisi sanitaria provocata dal Covid-19 e, in particolare, gli interventi del Tribunale Costituzionale spagnolo chiamato a valutare il rispetto delle norme costituzionali durante la pandemia. Pertanto, lo scritto analizza, in primo luogo, la disciplina costituzionale e legislativa applicabile in caso di emergenza e, successivamente, procede ad un commento dei vari interventi del Tribunale Costituzionale.

The article aims to present the response of the Spanish constitutional and legal system to the health crisis caused by Covid-19 and, in particular, the interventions of the Spanish Constitutional Court called to assess compliance with constitutional rules during the pandemic. Therefore, the article will analyse, first of all, the constitutional and legal regulations applicable in an emergency and, subsequently, the various interventions of the Constitutional Court, concluding with some critical considerations.

CONOR CASEY

BUSINESS AS USUAL?  
IRISH COURTS, THE CONSTITUTION, AND COVID-19

SUMMARY: 1. Irish State response to COVID-19. – 2. Irish Courts during the crisis. –  
*a.* Constitutional powers of Irish Courts. – *b.* Remain functioning remotely. –  
*c.* Cases brought during Covid-19 pandemic. – 3. Analysis of case law. – *a.* Judicial attitude to State pandemic response. – 4. Conclusion.

1. *Irish State Response to COVID-19*

The ongoing COVID-19 pandemic offers a particularly acute example of the predominance of the executive-led administrative state over policy formation and political decision-making in contemporary constitutional orders.<sup>1</sup> Across many states, a core institutional response to the crisis has been for legislatures to delegate very significant statutory authority to political and technocratic executive actors to steer countries through the pandemic and make the difficult trade-offs between public health, liberty, welfare, and economic concerns responding to it demand.<sup>2</sup> This has encompassed granting the executive broad discretion to make regulations to combat the spread of the virus, for example by restricting movement, social interaction, and travel; as well as power to ameliorate the devastating socio-economic effects of the virus and the measures taken to curb it, by freezing rents, stopping evictions, subsidising business', and creating new forms of social welfare.

As political and technocratic executive actors across the globe were 'granted considerable power' and a 'substantial margin of discretion' to adopt regulatory measures to tackle the pandemic;<sup>3</sup> leg-

---

<sup>1</sup> See Cass Sunstein & Adrian Vermeule, *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State* (Harvard University Press, 2020).

<sup>2</sup> Elena Griglio, 'Parliamentary oversight under the Covid-19 emergency: striving against executive dominance' (2020) 8 *The Theory and Practice of Legislation* 49-70.

<sup>3</sup> *Id.*

islatures have remained distinctly secondary actors, there to provide a formal legislative basis for the work of the administrative state or to air critiques or the concerns of their constituents, but far from the centre of political decision making.

While Ireland did not declare a formal state of emergency to respond to COVID-19 – as a public health crisis is not an enumerated reason for invoking Article 28 emergency powers in the Constitution – the State’s legal response to the crisis falls comfortably into the trends just outlined. Specifically, Ireland’s response to COVID-19 has heavily relied on executive action and largely been implemented through regulations made by the executive branch – through the Minister for Health – underpinned by statutes enacted by the Oireachtas (Irish parliament) delegating very copious discretion.<sup>4</sup>

At the start of the pandemic in March 2020, the Irish executive branch was headed by a ‘caretaker’ administration after the Irish House of Representatives (Dáil Eireann) did not re-appoint Taoiseach Leo Varadkar T.D. following a general election in February 2020. Taoiseach Leo Varadkar and his cabinet resigned immediately thereafter in accordance with the Constitution but, in accordance with Article 28.11, continued to enjoy the authority to carry on their duties until their successors were appointed. Thus, when Covid-19 struck Ireland in March 2020 at the apex of State power stood a cabinet which did not command the confidence of Dáil Éireann and who only held its constitutional authority through Article 28.11.

Normally a ‘caretaker’ government is expected to be very minimalist in its policymaking endeavours<sup>5</sup> but, given the urgency of the situation, before a new Government could be appointed the Oireachtas more or less unanimously enacted the sweeping Health (Preservation and Protection and other Emergency Measures in the Public Interest) Act 2020 in March 2020.<sup>6</sup> The preamble to the

---

<sup>4</sup> Oran Doyle, ‘Pandemic Response as Accentuation of Existing Characteristics: Vague Requirements and Executive Dominance in Ireland’ *Verfassungsblog* (17 March 2021) available at: <https://verfassungsblog.de/pandemic-response-as-accentuation-of-existing-characteristics-vague-requirements-and-executive-dominance-in-ireland/>.

<sup>5</sup> Gerard Hogan and Hilary Hogan, ‘Legal and Constitutional Issues Arising From the 2020 General Election’ (2020) 63 *Irish Jurist* 113, 119-120.

<sup>6</sup> Conor Casey, ‘Executive Power and Caretaker Taoisigh’ COVID-19 Law and Human Rights Observatory Blog (10 July 2020) available at <https://tcdlaw.blogspot.com/2020/07/executive-power-and-caretaker-taoisigh.html>.

Health Preservation Act acknowledges that it provides for ‘extraordinary measures and safeguards to prevent, minimise, limit or slow the risk of persons being infected’ and linked its necessity to the ‘constitutional duty of the State to respect and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the rights of citizens to life and to bodily integrity’. Part III of the 2020 Act amended the Health Act 1947 to confer on the Minister for Health powers to make regulations ‘for preventing, limiting, minimising or slowing the spread of Covid-19’ and ‘where otherwise necessary, to deal with public health risks arising from the spread of Covid-19’.<sup>7</sup> The Act gives a long but non-exhaustive list of what may be covered by such Regulations, including the following:

- restrictions on travel to, from or within the State;
- requiring people to remain in their homes;
- prohibiting events;
- requiring safeguards to be put in place by event organisers;
- requiring safeguards to be put in place by the owners or occupiers of premises or places, including temporary closures;
- requiring safeguards to be put in place by the managers of schools, childcare facilities and universities;
- any other measures that the Minister considers necessary in order to prevent, limit, minimise or slow the spread of COVID-19.

These statutes were maintained by the incumbent Government, which was eventually elected by the Dáil in June 2020. These broad powers have equipped the Minister of Health to respond to the pandemic and improved knowledge about how COVID-19 is spread. When making Regulations, the Minister is required to consider the general public health situation, the need to act expeditiously, the resources of the health system, the financial resources of the State, and the advice of the Chief Medical Officer of the Department of Health.<sup>8</sup> The Minister may have regard to any relevant guidance issued by bodies such as the WHO and the European Centre for Disease Prevention and Control.<sup>9</sup> The Minister must also consult other Ministers of the Government who hold relevant functions, and may consult any other person he considers appropriate.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Health Act 1947, s 31A(1).

<sup>8</sup> *Ibid.* s 31A(2)(a).

<sup>9</sup> Health Act 1947, s 31A(2)(b).

<sup>10</sup> *Ibid.* s 31A(3).

Contemporaneously with the Health Act 2020, the Oireachtas enacted the Emergency Measures in the Public Interest (Covid-19) Act 2020 that provided broad statutory powers to deal with the harsh economic and social effects of the pandemic, as well as changing the procedures for authorising detention under the Mental Health Act 2001.

Delegation of statutory rulemaking power is only constitutionally permissible where the statute deals with the most important matters of principle and policy, leaving matters of detail to the delegate – in this case the Minister for Health.<sup>11</sup> Although the powers delegated by the Health Preservation Act are extensive, the Act – in the view of most public law commentators – identifies sufficient principles and policies to amount to a constitutional delegation of rulemaking power.<sup>12</sup>

These statutory powers have been used to promulgate regulations to implement lockdowns of varying stringency, including shutting down business activity deemed non-essential, mandating the wearing of masks on transport and business premises which remained open, to restrict gatherings in private dwellings, to restrict public social gatherings including religious services, to limit the number of people who could attend events such as weddings or funerals, and to close down schools, universities, and childcare facilities. They were also used to enact a moratorium on evictions from private rental premises. Cumulatively these powers are the most extensive exercised by the executive in the history of the State outside of wartime.<sup>13</sup>

These regulations engaged a swathe of rights protected by the Constitution, including the protection of life, person, property rights, liberty and habeas corpus, respect for the dwelling, free speech and assembly, the right to family life, and the right to education are contained, and the right to freedom of religion.<sup>14</sup> Regulations are enforceable by members of An Gardaí Siochana through

---

<sup>11</sup> For the courts' approach to the delegation of legislative power, see *Bederev v. Ireland* [2016] IESC 34.

<sup>12</sup> Conor Casey, Oran Doyle, David Kenny, Donna Lyons, *Ireland's Emergency Powers During the Covid-19 Pandemic* Irish Human Rights & Equality Commission Research Series (24 February 2021).

<sup>13</sup> *Id.*

<sup>14</sup> *Id.*

warnings, on-the-spot-fines, and the threat of prosecution and imprisonment. They also included power to break up household gatherings and to close pubs and premises which breach restrictions.<sup>15</sup>

The relevant powers in the Health Preservation Act, Emergency Powers Act and Enforcement Powers Act are all subject to statutory sunset clauses whose extension is subject to resolutions passed by the Oireachtas. The Government, supported by a clear majority in both Houses, has been able to secure lengthy extensions to these powers, often with only modest debate.<sup>16</sup>

Aside from statutory powers, Government relied on its own non-statutory executive powers<sup>17</sup> to take action like issuing extensive amounts of public health advice<sup>18</sup> and to unilaterally extend the immigration permissions of all migrants in the State.<sup>19</sup> It also used its constitutional authority over preparing the annual budget to borrow and spend increased sums of money to compensate for the devastating economic impact of lockdown measures.<sup>20</sup> To paraphrase Daly, the executive has drawn copiously upon the three different faces of State power, the ‘force of law (imperium), the force of money (dominium) and the force of information (suasion) to respond to the COVID-19 pandemic.’<sup>21</sup>

I have thus far sketched a very executive-dominated picture of the Irish State’s response to Covid-19. This picture, while true so far as it goes, remains incomplete. The next part rounds out the picture of the Irish State’s handling of Covid-19 by outlining the role played by the judiciary. It notes how Courts have remained functioning as a legal check on political branch action largely as they were before, albeit now operating remotely, and have been the site of several pandemic inspired legal challenges.

---

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> For an overview of the scope of such powers see Conor Casey, ‘Underexplored Corners: Inherent Executive Power in the Irish Constitutional Order’ (2017) 40 *Dublin University Law Journal* 1.

<sup>18</sup> Regularly updated on the Government’s own website: <https://www.gov.ie/en/press-release/0bd80-new-public-health-measures-announced-the-path-ahead/>.

<sup>19</sup> <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/PR21000065>.

<sup>20</sup> <https://www.gov.ie/en/collection/339eb-ministers-speeches/>.

<sup>21</sup> Paul Daly, ‘Governmental Power and COVID-19: The Limits of Judicial Review Forthcoming’ in Flood *et al.* eds., *The Law, Policy and Ethics of COVID-19* (University of Ottawa Press, 2020).

## 2. *Irish Courts During the Crisis*

### a. *Constitutional powers of Irish Courts*

The Irish Superior Courts – the High Court, Court of Appeal and Supreme Court – are Courts of unlimited jurisdiction vested by the Constitution with judicial power to determine all matters of law and fact, including authority to review of the legality of executive action via the procedure of judicial review. There is no specialised constitutional court, and the Irish Superior Courts also enjoy power to judicially review the constitutionality of legislation enacted by the Oireachtas.<sup>22</sup>

Notwithstanding its very robust formal powers the Irish superior courts have, overtime, assumed a ‘comparatively modest role in interpreting and enforcing the Constitution’.<sup>23</sup> For example, the Courts have emphatically maintained it is primarily the role of the Oireachtas to order the exercise of individual constitutional rights to the common good, and to reconcile constitutional rights where they conflict. These legislative judgements are afforded a strong presumption of constitutionality, the burden of overturning which is placed squarely on the plaintiff.<sup>24</sup> This presumption has ‘particular force in cases where the legislature is concerned with the implementation of public policy in respect of sensitive matters of social or moral policy.’<sup>25</sup>

Irish Courts appear conscious that the Constitution speaks in sweeping generalities – using terms like dignity, freedom, social justice, and the common good – such that what it demands in specific controversies is relatively indeterminate from a juristic point of view, and thus requires the use of moral-political reasoning more

---

<sup>22</sup> Oran Doyle, *The Irish Constitution: A Contextual Analysis* (Bloomsbury, 2018) 80. Article 15.4 which states that the parliament shall not enact any law that is repugnant to the Constitution, and that any such law is, to the extent of its repugnancy, invalid. Article 34.4 provides that the task of determining the validity or otherwise of laws with respect to the Constitution is assigned to the Superior Courts. Article 26 of the Constitution also provides the President, a largely ceremonial elected figure, the absolute discretion to review a bill to the Supreme Court for a binding opinion on its constitutionality.

<sup>23</sup> Eoin Daly, “Reappraising judicial supremacy in the Irish constitutional tradition” in Hickey, Cahillane and Gallen (eds.), *Judges, Politics and the Irish Constitution* (Manchester University Press, 2017).

<sup>24</sup> *Fleming v. Ireland* [2013] 2 I.R. 417.

<sup>25</sup> *Id.*, at 441.

suites to the legislative branch.<sup>26</sup> Even the Court's approach to the proportionality test – an ostensibly more rigorous test than reasonableness or rationality review – has, notes Kenny, been characterised by very extensive deference.<sup>27</sup>

When it comes to emergency powers, the general approach of the Courts has been to subject executive action to quite deferential standards of review and uphold the legality of most of its actions.<sup>28</sup> In the majority cases involving emergency powers, Irish Courts have not presented the executive with too great an obstacle in tackling a crisis situation how they best see fit.<sup>29</sup> That said, Irish courts have never been *supine* in the face of executive invocations of emergency powers and have not, for example, declared emergency powers nonjusticiable; but have instead shown a consistent willingness to scrutinize executive action for its formal legal authorization under Constitution and statute, its basic rationality, non-arbitrariness, and compliance with a modicum of fair procedures.<sup>30</sup>

#### *b. Remain Functioning Remotely*

During the Covid-19 pandemic, the judiciary invoked section 11 of the Civil Law and Criminal Law (Miscellaneous Provisions) Act 2020 to direct all civil matters to proceed remotely. This is subject to the qualification in section 11(4) that a court shall not make such a direction where it 'would be unfair to any of the parties or otherwise be contrary to the interests of justice'.<sup>31</sup> This has meant

---

<sup>26</sup> Conor Casey and Eoin Daly, 'Political Constitutionalism Under a Culture of Legalism: A Case Study from Ireland' (Forthcoming 2021) *European Constitutional Law Review*.

<sup>27</sup> David Kenny, 'Proportionality and the Inevitability of the Local: A Comparative Localist Analysis of Canada and Ireland' (2018) 66 *American Journal of Comparative Law*, 563-564.

<sup>28</sup> Conor Casey, 'Between Dominance and Subservience: A Comparative Study of Executive Power in Ireland, the United Kingdom and the United States' (PhD Thesis 2020) available at <http://www.tara.tcd.ie/handle/2262/96084>.

<sup>29</sup> See Gerard Hogan, 'Ireland: The Constitution of Ireland and EU Law: The Complex Constitutional Debates of a Small Country' in A. Albi and S. Bardutzky (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law* (2019).

<sup>30</sup> See *NAMA v. Dellway* IESC 4 [2010].

<sup>31</sup> Finn Keyes, 'Remote justice and Covid-19' COVID-19 Law and Human Rights Observatory Blog (1 April 2021) <https://tcdlaw.blogspot.com/2021/04/remote-justice-and-covid-19.html>.

that judicial review, of either the legality of executive action or constitutionality of legislation, has continued without interruption.

*c. Cases brought during Covid-19 pandemic*

*i. O'Doherty & Waters v. Minister for Health [2020] IEHC 209/ [2021] IECA 133*

Challenges can be brought before Irish Courts against actions of the executive and other public bodies through judicial review, a procedure where judges assess the legality of a decision under administrative law headings like vires, irrationality, and procedural fairness. To better spare Court time and resources, before judges will hear the merits of a case, judicial review procedure demands applicants first demonstrate at the outset that their legal arguments have some prospect of success at trial, a relatively low threshold that attempts to act as a filtering mechanism for clearly unmeritorious or frivolous claims.<sup>32</sup> It was at this low hurdle that the applicants in *O'Doherty v. Minister for Health* stumbled.

The applicant's, two well-known journalists recently associated with the promotion of conspiracy theories, mounted a frontal constitutional challenge to the legislation enacted by the Oireachtas in response to the pandemic. In what was perhaps an unwise decision, the applicants opted to represent themselves in their written and oral arguments, whereas the State legal team was represented by professional lawyers.<sup>33</sup>

The applicants had two main arguments. First, that the legislative enactments disproportionately interfered with several of their constitutional rights, including the right to respect for one's dwelling, to assemble peaceably, and the practice of religion.<sup>34</sup> Second, that the legislation had been passed in a manner which was constitutionally flawed because the Government who introduced

---

<sup>32</sup> *Esme v. Minister for Justice and Law Reform* [2015] IESC 26, the Supreme Court held that any "issue in law can be argued: but that is not the test. A point of law is only arguable within the meaning of the relevant decisions if it could, by the standards of a rational preliminary analysis, ultimately have a prospect of success. It is required for an applicant for leave to commence judicial review proceedings to demonstrate that an argument can be made which indicates that the argument is not empty." See also *G. v. Director of Public Prosecutions* [1994] 1 I.R. 374, 377.

<sup>33</sup> *O'Doherty & Waters v. Minister for Health* [2020] IEHC 209, para 43.

<sup>34</sup> *Id.*, para 36.

the bill was a 'Caretaker' Government which lacked the legitimacy to pass such significant legislation.<sup>35</sup>

The High Court found both the applicants' claims to be meritless. The Court began by accepting that a hypothetical argument *could* be made that the restrictions were disproportionate by adducing some facts via affidavit 'which, if proven, could support such a view'.<sup>36</sup> But the Court found in this instance a complete failure by the applicants to adduce such facts. The applicants did not for instance engage with figures of infection rates and deaths caused by Covid-19 adduced by the State's officials in their own affidavits, save to suggest the figures were fraudulent. The applicants also did not engage epidemiological or public health experts who could speak to the veracity of the State's figures or their interpretation, or the necessity of the impugned measures. Instead, the Court noted in quite scathing terms how the applicant's 'relied upon their own unsubstantiated views, gave speeches, engaged in empty rhetoric and sought to draw an historic parallel with Nazi Germany' – a parallel it found both 'absurd and offensive'.<sup>37</sup> In respect of the proportionality argument the Court concluded, with some impatience, that unsubstantiated 'opinions, speeches, empty rhetoric and a bogus historical parallel are not a substitute for facts'.<sup>38</sup>

The Court also rejected the applicant's second argument. The Court noted that although the term "caretaker government" is not used in the Constitution, same was provided for by the terms of Article 28.11.1°, which envisages members of Government remaining in their posts and carrying on their duties until their successors are appointed by the Dáil. The Court briskly noted it 'cannot be doubted that one of the duties of the Government' referred to in Art.28 is to 'take steps to address the health and economic issues' that arise from a very serious emergency like the Covid-19 pandemic.<sup>39</sup>

The applicants appealed the refusal to grant leave to seek judicial review to the Court of Appeal, which was similarly unsympa-

---

<sup>35</sup> *Id.*, para 61-62.

<sup>36</sup> *Id.*, para 54.

<sup>37</sup> *Id.*, para 56.

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*, para 71.

thetic to their arguments. Like the High Court, the Court of Appeal did not exclude the ‘possibility that it might be possible to formulate a serious challenge to one or other of the measures taken on some constitutional grounds’.<sup>40</sup> Such measures, the Court pointed out, would be justiciable if a properly pleaded case of law and fact was made out, but that here it was ‘absolutely clear...that the applicants have not done that.’<sup>41</sup> Instead the applicants, said the Courts, ‘chose rhetoric over substance and fiction and distortion over fact’ and thus ‘singularly failed to meet the threshold of establishing an arguable case.’<sup>42</sup>

The Court characterised the appellant’s case as an expression of intense political disagreement about the wisdom and morality of the state’s response and not in any substantial sense a legal argument. The judges stressed on this point that the Court was not an alternative legislative chamber to air political arguments where one has lost in the political arena. The Court said it was for ‘elected leaders to make decisions and, where applicable, for legislatures, whether at a national, state or regional level, to legislate. It is not for unelected judges to usurp the role of government and legislatures when they are dealing with matters of great moment but matters which are quintessentially political.’<sup>43</sup> The proceedings were ultimately dismissed as ‘misconceived and...entirely without merit.’<sup>44</sup>

*ii. Ryanair v. An Taoiseach [2020] IEHC 461*

Ryanair concerned a challenge mounted by the well-known Irish airlines Ryanair and Aer Lingus to the legality of public health travel advice issued by the Government. The advice, which was not legally mandatory or underpinned by statute, stated that persons must not engage in international travel from the State save for limited essential purposes, that everyone in Ireland had to holiday at home in 2020, and that persons returning to the State having engaged in international travel were required to restrict their movements for a period of 14 days.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> *O’Doherty & Waters v. Minister for Health* [2021] IECA 133 para 32.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Id.*, para 48.

<sup>43</sup> *Id.*, para 36.

<sup>44</sup> *Id.*, para 30.

<sup>45</sup> *Ryanair v. An Taoiseach* [2020] IEHC 461, para 26.

The plaintiff's central complaint was that the content of the Government's 'advice' went well beyond the provision of 'mere travel advice' and represented the imposition of legal restrictions on international travel. The plaintiff argued that because the language used in the government's public statements was 'mandatory in nature'<sup>46</sup> that the average person reading the advice would be left with the impression they had a legal obligation to abide by its terms. Put simply, that the Government's non-statutory advice was effectively purporting to be a legal restriction and masquerading as a statute, ensuring it exceeded the scope of its executive authority and intruded on the constitutional law-making prerogatives of the Oireachtas.<sup>47</sup> The State responded by accepting it was beyond the executive power of the Government to impose legal burdens and restrictions absent statutory authority to do so.<sup>48</sup> But the State additionally argued that the guidelines it issued were substantively advisory and could not reasonably be read as purporting to be mandatory like a statute.<sup>49</sup>

The High Court, in a judgment that included a rigorous articulation of constitutional first principles, made several interesting points on the scope of executive power. The Court first accepted that it was within the scope of the Government's inherent executive power to promulgate public health guidelines to encourage or discourage conduct,<sup>50</sup> but went on to find that Courts should be ready to intervene where a government, by way of 'unequivocal statements, created the false impression that there is legislation in force which regulates certain activities when, in truth, there is no such legislation.'<sup>51</sup> The Court said that without it 'presuming to offer an exhaustive definition of a "law" for the purposes of the "power of making laws for the State" under Article 15.2.1<sup>o</sup>, it was content

---

<sup>46</sup> *Id.*, para 3.

<sup>47</sup> *Id.*, para 33.

<sup>48</sup> Interestingly, the State expressly reserved its position on whether such a power existed *in extremis*, for example where there was a vicious and rapid outbreak of a virus like Ebola. *Id.*, para 34.

<sup>49</sup> *Id.*, para 35.

<sup>50</sup> Interestingly, the Court added that 'in order to resolve these proceedings to address in this judgment the vexed question as to the precise source of such a power. In particular, it is unnecessary to consider whether the provision of travel advice and/or public health information represents the exercise by the executive branch of a power inherent in a sovereign State'.

<sup>51</sup> *Id.*, para 38.

that the ‘purported introduction by the executive of a unilateral and nonconsensual restriction of general application which affects the rights of individuals and which is asserted to be enforceable would approximate to “law” making.’<sup>52</sup>

The Court’s decision to limit executive authority in this way was anchored on its concern for separation of powers and rule of law principles. Simons J. found that permitting the executive to engage in this kind of activity would allow it to achieve a ‘result which is similar in effect to legislation, i.e. members of the public might well be coerced into complying with the government’s guidance in the mistaken belief that it is legally enforceable’ but without securing statutory authorisation via the legislative process.<sup>53</sup> This, Simons J. said, offends the separation of powers by allowing the executive to effectively ‘short-circuit the statutory regime put in place by the legislative branch’ to address the Covid-19 pandemic by ‘creating the false impression that legally enforceable restrictions are in effect where this is not so’<sup>54</sup> and thus ‘trespass upon the domain of the legislative branch.’<sup>55</sup> Same would also ‘undermine the rule of law’ by prompting confusion for citizens over the precise nature of their legal obligations and what behaviour risked criminal sanction.<sup>56</sup>

The Court went on to hold that executive action could be challenged by an applicant on these grounds if it could be objectively shown that statements amounted to an ‘unequivocal representation that there was a legal obligation to comply with rights-restrictive measures of general application, and that a failure to do so would be subject to legal sanction.’<sup>57</sup> As an example of what could constitute such an unequivocal representation the High Court cited the New Zealand case of *Borrowdale v. Director-General for Health* [2020] NZHC 2090. In that case, the New Zealand High Court found that the executive had very explicitly suggested that breach of what was, de jure public health advice, would result in criminal sanction and prosecution.<sup>58</sup> In contrast, in this instance the Court found that the advice before it was not so explicitly framed that the

---

<sup>52</sup> *Id.*, para 41.

<sup>53</sup> *Id.*, para 38.

<sup>54</sup> *Id.*, para 40.

<sup>55</sup> *Id.*, para 41.

<sup>56</sup> *Id.*, para 39.

<sup>57</sup> *Id.*, para 42.

<sup>58</sup> *Id.*, para 45.

reasonable observer would regard it as mandatory. Although the Government prevailed on this point, the Court's clear assessment of the constitutional status of non-statutory executive guidelines suggest it would have been open to quashing them if it considered they crossed the line into purporting to impose restrictions.

*iii. Burke v. Minister for Education [2020] IEHC 418/ [2021] IECA 67*

It would be an understatement to say that Covid-19 has led to upheaval for teachers and students in Ireland. The Government's decision to order the closure of schools and universities between March-August 2020 was felt very keenly by thousands of citizens and families, as teachers, pupils, and parents tried to adapt to the difficulties of online teaching, struggled to balance work commitments with at-home learning, and striven to ensure children's educational progress does not regress. A shift to remote learning also prompted rapid changes in how state examinations were administered, including the annual Leaving Certificate examination for students between the ages of 17-18. The importance of the Leaving Certificate cannot be overstated for young people hoping to pursue higher education or to enter many types of employment. Despite its critical importance to students and their families, the prospect of over 62,000 students congregating in designated exam centres was considered too high a risk to public health and so, for the first time in the history of the State, the annual exams were cancelled.<sup>59</sup>

Scrambling to respond to this unprecedented situation, the Government used its non-statutory executive power to create an alternative policy scheme for the assessment and awarding of grades to students who would otherwise sit the Leaving Certificate. The policy decided upon was one of calculated grades that involved two-steps. The first step began with the award of estimated percentage marks by a student's teachers, which involved assessing the capacity and ability of the student in question and their previous work. Having awarded an estimated percentage mark, a standardisation process would be carried out by the Department of Education and a final calculated grade awarded.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> *Burke v. Minister for Education* [2020] IEHC 418, para 3.

<sup>60</sup> *Id.*, para 5.

The scheme aimed for rigorous impartiality, and for students in a school taught by a parent or relative, the rule was to have an independent teacher award the calculated grade. In this situation, the teacher with a conflict of interest would still assist in the process by handing over data and information about the student's past performance relevant to determination of the calculated grade. But while the scheme made this provision for students attending secondary school, it made no similar provision for students who were home-schooled by a parent or relative, and it was this omission that sparked the *Burke* litigation. *Burke* was a case taken by a student who was home-schooled by his mother, and who argued that the State's policy unfairly penalised him for exercising his constitutional right to receive a home-based education from his parents. The plaintiff argued his exclusion was an unreasonable infringement of his constitutional right, as a similarly situated child in a school setting who was taught by a relative could receive an independent assessor to award a calculated grade. The plaintiff argued that his exclusion from the same kind of alternative was arbitrary, which ensured the Government's exercise of executive power, as it pertained to his situation at least, was unconstitutional and unlawful.<sup>61</sup>

The High Court accepted the applicant's argument and found the Government's distinction between in-school students and home-schooled students irrational and unreasonable. The Court found there was no reasonable basis for the executive not to apply the same consideration to home-schooled children who, the Court noted, enjoyed a constitutional entitlement to be provided that kind of education. Meenan J. stated that in both cases, the school student and the home-schooled student faced a 'similar problem, not of their own making, that arises from the teacher having a conflict of interest' and the fact both did not enjoy the benefit of a similar solution was a 'patent unfairness.'<sup>62</sup> The State appealed to the Court of Appeal and argued the High Court had applied the wrong legal standard to assess the executive's decisions.

On appeal, the State argued that the correct standard of review was not the generic standard of reasonableness review used

---

<sup>61</sup> *Id.*, para 30.

<sup>62</sup> *Id.*, para 52.

for ordinary administrative decision-making,<sup>63</sup> but the same standard the Irish Courts use to review the most sensitive exercises of executive power, in ‘high policy’ areas like the formation of socio-economic policy, and in matters pertaining to foreign affairs and national security. This latter test – the ‘clear disregard’ standard – provides Courts will not second guess executive policy choices unless they are taken with clear disregard for constitutional rights.<sup>64</sup> The State argued this test applied given the fact the challenged policy was a complex, important, and sensitive one created as an exceptional response to an unprecedented crisis.

The Court of Appeal began its decision on the applicable standard of review by noting that the fundamental rights of the plaintiffs were engaged. The Constitution, they said, protects a right to be home schooled and that guarantee had to be given teeth and enjoy protection via judicial review. This right also ensured the State had a duty to respect parents’ entitlement to provide home schooling for their children, a duty which encompassed giving due consideration to the position of home-schooled students when formulating educational policies; and to take care not to disadvantage them if avoidable. On the other hand, the Court also accepted that it ought to show respect and a degree of deference for executive formulation of complex and technocratic policies, especially when made under non-ideal emergency conditions. The Court openly acknowledged these considerations necessarily pulled it in different directions<sup>65</sup> but stated both concerns nonetheless had to receive due weight.

As such, the Court felt use of the extremely deferential ‘clear disregard’ test for the Government’s exercise of executive power would give inadequate weight to the individual constitutional rights of the applicant directly threatened by exclusion from the new scheme. The Court also observed it was important to bear in mind

---

<sup>63</sup> *Burke v. Minister for Education* [2021] IECA 67. The test was established in *Keegan v. Stardust Compensation Tribunal* [1986] I.R. 642 where the Supreme Court held that ‘the test of unreasonableness or irrationality in judicial review lies in considering whether the impugned decision plainly and unambiguously flies in the face of fundamental reason and common sense.’

<sup>64</sup> See *Boland v. An Taoiseach* [1974] I.R. 338; *Crotty v. An Taoiseach* [1987] IR 713; *T.D. v. Minister for Education* [2000] 3 IR 62.

<sup>65</sup> *Id.*, para 228.

the plaintiff's challenge was not to *entirety* of the executive's policy scheme for assessed grading – which would clearly attract a higher standard of deference – but only his blanket exclusion from it without justifiable reasons being adduced.<sup>66</sup> The judges also rejected the argument accommodating the plaintiff and similarly situated individuals would have major resource implications, which would generally also warrant high levels of judicial deference, and noted approximately only 163 other students out of 60,000 were in a similar position to the plaintiff.<sup>67</sup> Bearing all these considerations in mind, the Court concluded that the correct standard of review was the *Keegan* reasonableness test and, after applying the test, found the executive's blanket exclusion of home-schooled students from assessment for an individualised grade to be unreasonable and arbitrary.<sup>68</sup>

The litigation ended with the plaintiff and similarly situated home schooled students being allocated an independent teacher who assessed their work and gave them an individualised grade, allowing them to proceed to higher education.<sup>69</sup>

*iv. Heyns v. Minister for Health [2021] IEHC 329*

The constitutionality of mandatory hotel quarantine was a major point of contention in Irish politics for some weeks. In February 2021, for example, in response to opposition calls to introduce such a scheme, An Taoiseach Micheál Martin claimed that it would be an unconstitutional restriction on fundamental rights like liberty.<sup>70</sup> The Government eventually dropped its claim about unconstitutionality and, despite critique from civil libertarian groups<sup>71</sup> and the European Commission<sup>72</sup> that the policy was disproportionate, in March 2021 introduced a bill providing for mandatory hotel quarantine to the Oireachtas, which duly enacted it by a comfortable margin.

<sup>66</sup> *Id.*, para 257.

<sup>67</sup> *Id.*, para 259.

<sup>68</sup> *Id.*, para 272.

<sup>69</sup> <https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/high-court/plan-agreed-for-home-schooled-student-to-get-calculated-leaving-cert-grades-1.4340994>.

<sup>70</sup> <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2021-02-03/3/>.

<sup>71</sup> <https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2021/04/ICCL-briefing-on-mandatory-quarantine.pdf>.

<sup>72</sup> <https://www.reuters.com/world/europe/eu-commission-urges-ireland-rethink-hotel-quarantine-2021-04-16/>.

The Health (Amendment) Act 2021 empowers the Minister for Health to make regulations designating States as being subject to the requirement to quarantine at designated hotels for a period of 14 days. The Act also defines a range of “exempted travellers” and empowers the Minister to make regulations adding to that list. As originally enacted, the Act contained very few exemptions, but did include a vague humanitarian clause. The strictness of the regime as originally enacted is highlighted by the fact that even fully vaccinated people were not initially exempt from the quarantine requirement. The statutory regime included an appeals procedure where persons could apply for a discretionary exemption under strict humanitarian grounds.

Multiple cases were brought within days of the commencement of the scheme, challenging the legality of detention in quarantine and raising the question of whether the scheme contained ‘sufficient flexibility’ to avoid disproportionately harsh impact on particular individuals.<sup>73</sup> For example, two fully vaccinated passengers from Israel (one of whom was travelling to see a dying relative) immediately brought an action against the proportionality of their detention, but the case was discontinued when they were released from quarantine as the State swiftly removed Israel from the list of designated countries. Several other litigants brought challenges claiming they ought to have been granted humanitarian exemptions as they were returning to visit dying relatives.<sup>74</sup> These proceedings were also discontinued their requests for exemptions were reconsidered and they were released. A third set of proceedings were brought by an Irish family who had travelled to Ukraine to bring home their new-born daughter conceived through a surrogacy arrangement. They argued it was disproportionate and inhumane to expect a family with a new-born infant to undergo quarantine at a designated hotel facility. These proceedings were also discontinued when regulations creating an exemption was for parents travelling with new-born babies was swiftly enacted by the Minister for Health.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Conor O’Mahony, ‘Questions about Quarantine: Exemptions and Proportionality’ COVID-19 Law and Human Rights Observatory (14 April 2021) <https://tcd-law.blogspot.com/2021/04/questions-about-quarantine-exemptions.html>.

<sup>74</sup> <https://www.thejournal.ie/mandatory-hotel-quarantine-israel-high-court-5406771-Apr2021/>.

<sup>75</sup> <https://www.dfa.ie/irish-embassy/bulgaria/news-and-events/latestnews/exemptions-from-the-requirement-for-mandatory-hotel-quarantine.html>.

Only one challenge, *Heyns v. Minister for Health*, made it to a full hearing on the merits. The applicant, a dual Irish/South African national, travelled to South Africa for treatment for long-covid.<sup>76</sup> Mandatory hotel quarantine for travellers returning from South Africa came into effect while the applicant was still abroad. Upon her return on 14 April, the applicant was subject to quarantine and immediately applied for an enquiry into her detention via the Habeas Corpus mechanism in Article 40 of the Irish Constitution. The hearing of the enquiry rapidly followed on 16 and 17 of April, during the course of which the Court was presented with extensive evidence by both the applicant and a range of public health officials.

The applicant made several arguments against the legality of her detention and the mandatory quarantine regime. One argument was that the regime was a disproportionate infringement of her right to liberty, both in terms of the length of detention prescribed and because it included persons in her position who previously had Covid-19 and one dose of a vaccine. The applicant argued she was substantively akin to a fully vaccinated person and that detaining a vaccinated individual was a disproportionate restriction on her right to liberty given the small risk such individuals posed to public health. The second argument was that the regime did not have adequate procedural safeguards as reviews into detention were carried out by barristers and not medical professionals.

The State argued that the personal rights of the applicant to liberty were proportionately balanced by the relevant legislation with the need to protect public health and the rights of other citizens who enjoyed the right to life and bodily integrity – which included a right not to be exposed to any infection from which they might die or suffer significant illness from. The State accepted the quarantine scheme was a serious measure – but a proportionate one given the objectives of the legislation to deal with a serious risk to public health, to prevent threats to the effectiveness of vaccines from new variants, and to ameliorate the impact on the health system and on society and the economy generally.

On 17 April, the High Court gave a very short *ex-tempore* judgment finding the applicant's detention lawful and the provisions implementing mandatory hotel quarantine constitutional. The

---

<sup>76</sup> *Heyns v. Minister for Health* [2021] IEHC 329.

judge opted not to give a full-length judgment given the time constraints involved in proceedings and the seriousness of the claim of unlawful detention. The Court noted that delay in giving a written decision could well render the whole Habeas Corpus process meaningless and stated, with the agreement of the parties, that full reasons for the judgment would be given several weeks later.

While the Court has not yet outlined its reasons, the fact it upheld the regime means that it at least considered the impugned legislation satisfied the proportionality test, the primary legal tool Irish Courts employ to assess the constitutionality of legislation which engages with fundamental rights like liberty.<sup>77</sup> While the applicant failed on the merits, a few days after the Court gave its judgment the Government passed regulations creating an exemption from the quarantine regime where a person can prove they are fully vaccinated, which would have addressed one of the applicant's main arguments<sup>78</sup> about the lack of proportionality of the regime.

*v. Ganley v. Minister for Health 2020/825 JR*

The Irish Constitution's strong protections for freedom of religious worship have been engaged by the State's pandemic response. Government public health advice stated that people should not leave their homes to attend religious services but should participate remotely. But because of serious ambiguities in wording of the regulations giving legal effect to lockdown restrictions, confusion arose about whether in-person religious services – such as the celebration of Mass – were not merely advised against, but *legally prohibited*.

Ambiguity on this question was heightened due to conflicting messaging emanating from different actors in the executive branch. The Department of Health expressed the view that while people were advised not to attend services in-person, the regulations did

---

<sup>77</sup> This test, outlined in *Heaney v. Ireland* [1994] 3 IR 593, 607 provides that the: 'objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. It must relate to concerns pressing in a free and democratic society. The means chosen must pass a proportionality test. They must: a. be rationally connected to the objective and not arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. b. impair the right as little as possible, and c. be such that their effects on rights are proportional to the objective'.

<sup>78</sup> <https://www.dfa.ie/irish-embassy/bulgaria/news-and-events/latestnews/exemptions-from-the-requirement-for-mandatory-hotel-quarantine.html>.

not actually *criminalise* organising and attending such services, which meant that priests could not be sanctioned for saying Mass.<sup>79</sup> However, despite this reassurance the Gardaí fined and threatened to prosecute priests for ostensible breaches of the very same regulations the Department of Health said did not criminalise religious services.<sup>80</sup>

The confused situation of whether in-person religious worship was subject to criminal sanction was met with scathing commentary from legal commentators. The respected constitutional law Professor Oran Doyle argued that any reasonable reading of the relevant lockdown regulations would lead to the conclusion that religious services were not legally prohibited. Professor Doyle said that the Government appeared to be adopting a strategy of setting legal restrictions at a certain level, but implying a ‘higher level of restriction through misleading public pronouncements’, and then allowing ‘legally ungrounded threats of prosecution to bring people in line with that higher level of restriction.’<sup>81</sup> A report commissioned by the Irish Human Rights & Equality Commission<sup>82</sup> – the State’s statutory human rights body – severely criticised this approach and said the Government should ‘not present public health advice as if it were criminally enforceable’, but added that this was such a basic tenet of a ‘liberal democracy committed to the rule of law...that there should be no need to’ make such a recommendation.<sup>83</sup>

Uncertainty over whether legal restrictions were in place prompted the prominent Catholic businessman Declan Ganley to initiate legal proceedings in November 2020. The applicant sought a declaration there were no legal restriction in place on religious worship or, if there were, that they were unconstitutional. Proceed-

---

<sup>79</sup> Casey *et al.*, *supra* n. 12 above.

<sup>80</sup> <https://www.irishtimes.com/news/social-affairs/garda%C3%AD-give-last-warning-to-parish-priest-over-open-door-mass-1.4414096?mode=sample&auth-failed=1&pw-origin=https%3A%2F%2Fwww.irishtimes.com%2Fnews%2Fsocial-affairs%2Fgarda%25C3%25AD-give-last-warning-to-parish-priest-over-open-door-mass-1.4414096>.

<sup>81</sup> Oran Doyle, ‘Religious Services and the Rule of Law: Authority and Coercion’ (9 March 2021) <https://tcdlaw.blogspot.com/2021/03/religious-services-and-rule-of-law.html>.

<sup>82</sup> The current author was a co-author of the report, as was Professor Oran Doyle.

<sup>83</sup> Casey *et al.*, *supra* n. 12 above.

ings dragged on for several months and the State's legal team at times appeared unsure about what the Government's precise position on the existence of legal restrictions was.<sup>84</sup> Eventually, despite previous emphatic statements from the Minister for Health that religious services were not legally prohibited, in March 2021 the Government performed a volte face and confirmed through its legal team that its legal position was now that a prohibition did in fact exist, a switch in 'direct contradiction' of its earlier denials.<sup>85</sup>

Shortly after this confirmation, in April 2021 the Government introduced new regulations which made it explicit that religious services were legally prohibited. This move drew criticism, and it was highlighted new regulations should not have been unnecessary at all if, as the State claimed before the High Court, restrictions were already in place. Doyle suggested the most likely explanation for this shift in position is that the Government had known all along that religious services are not criminally prohibited, and that the litigation caused an 'accountability moment where the Government either had to create a legal basis for maintaining in court that religious services were criminally prohibited or accept that religious services had not been criminally prohibited. The Government chose the former option.'<sup>86</sup>

Doyle argued that while the 'new-found clarity' was welcome from a 'rule of law perspective and allows an informed debate on whether the law' is a proportionate and coherent response to the pandemic, the Government's 'obfuscation up to this point and the continued obfuscation about the reason for introducing the new restrictions is a damning indictment' of its willingness to lead citizens through the pandemic in a 'way that respects citizens' autonomy and capacity for reasoned choice.'<sup>87</sup>

In late May 2021, as part of a general easing of lockdown measures, the Government loosened restrictions on in-person religious

---

<sup>84</sup> <https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/high-court/state-asked-to-clarify-basis-for-covid-19-restrictions-on-attending-mass-1.4518152>.

<sup>85</sup> <https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/high-court/state-asked-to-clarify-basis-for-covid-19-restrictions-on-attending-mass-1.4518152>.

<sup>86</sup> Oran Doyle, 'The evolution of legal prohibitions on religious services' COVID-19 Law and Human Rights Observatory (21 April 2021) <https://tcdlaw.blogspot.com/2021/04/the-evolution-of-legal-prohibitions-on.html>.

<sup>87</sup> *Id.* See also Conor Casey and David Kenny, 'Ireland-COVID-19 response raises some rule of law concerns', (2021) *Public Law* 480-483.

services. There now being no restrictions on attending religious services in person, the High Court on its own motion suggested the case was now moot and thus pointless to bring to hearing. The Court then invited submissions on this question, an invitation fiercely resisted by the applicant who pointed out that the State had not pleaded the mootness point but was equally happy to proceed to a hearing. The applicant also pointed out the case still raised points of exceptional public importance due to the constitutional questions raised. It remains to be seen how proceedings will conclude.

## 2. *Analysis of Case Law*

### a. *Judicial attitude to state pandemic response*

What do these cases tell us about the Court's attitude to the State's response to the Covid-19 pandemic? I suggest it is that hard to articulate a single clear-cut approach the Courts have taken; for example, an approach that could be slotted into the well-trodden conceptual categories used by scholars to characterise judicial responses to how the executive and legislature respond to perceived emergencies.<sup>88</sup> These categories include whether judges have acted in a consistently deferential or non-deferential manner, consciously given enhanced deference on democratic or technocratic grounds during a crisis,<sup>89</sup> or perhaps done the opposite and reviewed executive and legislative action in a more stringent fashion because of the serious effect unprecedented lockdown restrictions have on fundamental rights.<sup>90</sup> The reality is less stark than these conceptual categories, and Irish Courts have not cleanly endorsed any of them.

---

<sup>88</sup> Outlined in Margit Cohn, *A Theory of the Executive Branch: Tension & Legality* (Oxford University Press 2021) 170-171; Gilad Aribi and Sebastian Guidi, 'The Pandemic Constitution' (Forthcoming 2021) *Columbia Journal of Transnational Law*; Amal Sethi, 'Judging in Extreme Conditions: A Court's Role During a National Security Crisis' (Forthcoming 2021) 2 *Keele Law Review* 1; Oren Gross, 'Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional' (2003) 112 *Yale Law Journal* 1011.

<sup>89</sup> See Eric Posner and Adrian Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic* (Oxford University Press, 2010).

<sup>90</sup> For support for such an approach see David Cole, 'Judging the next emergency: judicial review and individual rights in times of crisis' (2003) 101 *Michigan Law Review* 2565, 2567.

Irish Courts did not cease hearing cases due to the Covid-19 pandemic, but swiftly adapted to continue their work remotely. This meant they continued acting throughout the pandemic as a forum of legal accountability for actions taken by the executive and legislature. In playing this role, I suggest the judiciary have neither displayed notable signs of enhanced deference nor assertive scrutiny. Instead, Courts continued to apply the generic legal tools of procedural and substantive administrative and constitutional law with their typical cautious, but not supine, attitude to reviewing political branch action.<sup>91</sup> For the most part, the broad attitude of the Courts displayed thus far has been that the general rules of Irish public law still apply.

An absence of enhanced or unusually assertive judicial scrutiny is evident from several cases. In *O'Doherty* for example, the Court was content to scrupulously abide by long-standing procedural rules of Ireland's adversarial judicial process, which require each party to a dispute to plead their case as best they can, typically with the aid of professional counsel, leaving the Court in the position of disinterested adjudicator. The plaintiffs in *O'Doherty* were adamant that the measures adopted were a disproportionate and unprecedented infringement on constitutional rights, and the Courts explicitly accepted it *could be* possible to mount a serious proportionality argument against them. But the Court was nonetheless content to abide by the position that unless legal action was appropriately pleaded using the correct modalities and terminology of legal argumentation, and underpinned by appropriate factual averments, they would not go out of their way to address the merits of a claim, even if it implicated very serious constitutional issues.<sup>92</sup> In doing so, the Court implicitly rejected the notion it enjoyed a kind of amorphous constitutional guardianship role over the other branches of State that it could invoke on its own volition.

Procedural caution in reaching the merits is also reflected in the ongoing *Ganley* litigation. For a start, although the litigation involves a serious allegation of disregard for the rule of law and reli-

---

<sup>91</sup> For an overview of the Irish Courts general approach to administrative law, see Conor Casey, 'Courts, Public Interest Litigation, and Homelessness: A Commentary on Recent Case Law' (2019) 42 *Dublin University Law Journal* 191-207.

<sup>92</sup> A position which has been reiterated elsewhere. See *Balchand v. Minister for Justice* [2015] IEHC 227 at para 43.

gious liberty, the High Court did not put serious pressure on the parties to get the matter to hearing, and proceedings have lingered for nearly a year due to multiple adjournments sought by the State. In this respect, the Court again showed a willingness to abide by long standing precedent on the appropriate role of the judge in Irish judicial review – not as a roving committee that performs due diligence on the constitutionality of action taken by its co-branches – but as a disinterested and impartial umpire to a party-driven process that resolves concrete disputes.<sup>93</sup>

As noted above, matters in these proceedings took an interesting turn when the Court on its own accord suggested the case might be moot given the relaxation of lockdown restrictions, and then invited the parties' submissions on whether it would be pointless to proceed to merits review. It is hard to read this *sua sponte* invocation of the passive virtues<sup>94</sup> as anything other than a pronounced reluctance to engage in review of an intensely controversial aspect of the States response to Covid-19 unless it is strictly necessary to do so. It certainly does not paint a picture of a Court keen to substantively review the necessity of public health restrictions on fundamental rights.

Nonetheless, the foregoing does not mean judges have adopted attitudes of uncritical deference during the pandemic, or at least attitudes of judicial restraint more pronounced than their usual approach to public law litigation. For a start, even if judges have not been chomping at the bait to reach the merits in some cases, they have not at any stage suggested political branch action was nonjusticiable. In *Hynes*, even though the Court rejected the

---

<sup>93</sup> In *Mohan v. Ireland* [2019] IESC 18 O'Donnell J. writing for the Supreme Court noted that 'Courts do not exist to operate as a committee of wise citizens providing a generalised review of the validity of legislation as it is enacted'. Instead, they will only address constitutional arguments where properly procedurally pleaded by an appropriate plaintiff with locus standi.

<sup>94</sup> This is a reference to Alexander Bickel's famous defence of judicial use of adjudicatory techniques like standing, mootness, ripeness, or ruling on narrow grounds in order to delay definitively resolving controversial constitutional questions, lest they cause clashes with popular opinion or the majoritarian branches of government. Bickel suggested use of the passive virtues reserved the possibility of eventually ruling against the political branches to a later date based on firm application of constitutional principles when there might be less political backlash or resistance. See Anthony Kronman, 'Alexander Bickel's Philosophy of Prudence' (1985) 94 *Yale Law Journal* 1567, 1584-1585.

applicant's challenge to the constitutionality of the mandatory hotel quarantine regime, it first had to find the matter justiciable and consistent with the relevant limbs of the *Heaney* proportionality test. While it might transpire when the full written judgment is delivered that the Court conducted the proportionality test in a cautious and deferential manner (as it is typically wont to do)<sup>95</sup>, there was no suggestion the Court considered it beyond its jurisdiction to engage in review of the constitutionality of legislation just because same was enacted to address an unprecedented public health crisis.

It is also worth reiterating that the primary reason the challenge in *O'Doherty* spectacularly failed was not because the Court found the plaintiffs lacked sound arguments on the merits. The plaintiffs challenge was struck-out because of a singular failure to plead their case using the appropriate modes of legal argumentation, which meant the Court simply felt unable to adjudicate upon the claims made. In the Court's eyes, the only way they could have reached the merits of the challenge would be to effectively re-write and formulate the plaintiffs' arguments in an appropriate manner, which would involve going above and beyond their perceived institutional role as umpires of a party-driven process. The Court explicitly mentioned that they would *hypothetically be open* to entertaining a proportionality challenge if it was competently mounted and backed by recognisably legal arguments and an appropriate factual underpinning. Indeed, in the other cases outlined above the Courts have shown they will review political branch action taken to respond to the pandemic under the general headings of judicial review – including legality (requirement for legislative authorisation before imposing legal burdens) reasonableness, and proportionality – when those arguments are properly procedurally mounted and not regarded as moot.

In *Ryanair* this manifested in the High Court firmly rejecting the preliminary objection that executive promulgation of guidelines was non-justiciable and then making robust comments about the need for the executive to respect the rule of law and separation of powers when promulgating them; and that the Courts should not abstain from judicial review to ensure the executive is not purporting to use advice to de facto impose legal restrictions like a statute.

---

<sup>95</sup> Kenny, n. 27 above.

Simons J. invocation of rule of law values in the specific context of executive public health advice broke new doctrinal ground; but joins a long line of Irish case law where judges draw on such values in public law adjudication. Irish judges have previously invoked rule of law values in a Dworkian manner<sup>96</sup> as background legal principles to aid constitutional interpretation<sup>97</sup> to hold that the Constitution requires that criminal offences cannot be overly vague or created retroactively, that the executive cannot constitutionally be granted statutory power to act arbitrarily, and that restrictions on fundamental rights must be expressed in clear statutory language.<sup>98</sup> These rule of law principles lack a clear textual basis – but are nonetheless regarded by Courts as important underlying commitments of the constitutional order.<sup>99</sup> As Lon Fuller famously argued, disrespect for such rule of law principles is normatively problematic as they make it unclear what obligations citizens have to follow, leaving them unsure of how to orient or plan their behaviour to accord with the rules, which in turn implicitly denotes a lack of ‘official recognition and respect for human dignity and individual autonomy’.<sup>100</sup> As Fuller puts it, every departure from these kinds of rule of law principles represents an ‘affront to man’s dignity as a responsible agent’ by conveying ‘indifference to his power of self-determination’ whatever collateral benefits it might have in securing public compliance with a desired policy.<sup>101</sup> Simons J. judgment in *Ryanair* highlights how Irish Courts are loath to allow them to be jettisoned, even in an emergency context where the executive has particular need to act with dispatch and flexibly.

In *Burke* the Court of Appeal appreciated that the pandemic

---

<sup>96</sup> Ronald Dworkin, *Laws Empire* (Hart Publishing 1986). Dworkin famously argued that legal actors ought to, and as a matter of fact did, approach interpretation of under-determinate legal materials like case law, statutes, constitutional provisions in light of principles that both fit the legal materials of a system and put it in its best moral light.

<sup>97</sup> In a similar manner to judges in the US as outlined by Sunstein and Vermeule. See n. 1.

<sup>98</sup> Hogan n. 29 above at 1337.

<sup>99</sup> Oran Doyle, ‘Administrative Action, the Rule of Law and Unconstitutional Vagueness’ in Laura Cahillane, James Gallen and Tom Hickey (eds.), *Judges, Politics and the Irish Constitution* (MUP, 2016).

<sup>100</sup> TRS Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law* (Oxford University Press, 2013) 110.

<sup>101</sup> Lon Fuller, *Morality of Law* (Yale University Press, 1964) 162.

put serious pressure on the executive to adapt policy under non-ideal and time pressurised conditions.<sup>102</sup> The Court also accepted the general position that they owed a high degree of respect to the executive's policymaking prerogatives and could not sit in judgment of the wisdom of its choices.<sup>103</sup> But the Court went on to say that the matter was both justiciable and reviewable under a reasonableness standard, which encompassed scrutiny of whether the policy treated the plaintiff and their constitutional right to be home-schooled fairly, equitably, and non-arbitrarily compared to other students.<sup>104</sup> The Court in *Burke* was ready and willing to quash administrative action that it felt crossed the outer bounds of reasonableness and, like the Court in *Ryanair*, did not let judicial caution bleed into abnegation.

While conscious that the judicial branch is a 'they' and not an 'it',<sup>105</sup> it seems fair to conclude that overall, the Irish judiciary have not shown strong desire to substantively review the necessity of public health measures which engage constitutional rights and values. But that said, when cases do reach merits-review, judges have also not acted in a supine manner but have continued to adopt an approach that is cautious but nonetheless stands ready to check the outer bounds of political branch action for its formal legal authorisation, reasonableness, and non-arbitrariness. Because of this, the political branches have been neither unbound nor tightly checked when acting to respond to the Covid-19 pandemic but have enjoyed – to invoke the idiom of the classic legal tradition – broad but not boundless discretion to make determinations for the common good.<sup>106</sup>

To tie this case-study into the burgeoning literature concerning Courts and their scrutiny of State Covid-19 responses, it can be said

---

<sup>102</sup> *Burke v. Minister for Education* [2021] IECA 67, at paras 267-268.

<sup>103</sup> *Id.*, at para 250-251.

<sup>104</sup> *Id.*, at para 272.

<sup>105</sup> To paraphrase Vermeule, the collective structure of judicial institutions means that caution should be had in theorizing about the judiciary as if it 'were a unitary institution, perhaps conceived as a single individual'. Adrian Vermeule, 'The Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division' 14 (2005) *Journal of Contemporary Legal Issues* 549, 552.

<sup>106</sup> Conor Casey, 'Common Good Constitutionalism' and the 'New Debate over Constitutional Interpretation in the United States' (Forthcoming October 2021) *Public Law*.

that Irish judges have not been as aggressive as some of their counterparts. For example, unlike the United States Supreme Court, Irish Courts have not subjected public health measures to strict scrutiny where they disparately impacted fundamental rights like religious freedom (as documented by Giustiniani and Nicola in this volume).<sup>107</sup> It is also unthinkable that Irish Courts would consider issuing directives *sua sponte* demanding positive state action be taken to protect the poor and vulnerable from the harshest impacts of lockdown like their Indian, Pakistani, and Nepalese counterparts.<sup>108</sup> But what Irish Courts have done, as Ginsburg and Versteeg document of many apex Courts across the world, is insisted upon political branch adherence to basic rule of law values, seeking appropriate legislative authorisation,<sup>109</sup> and non-arbitrariness, and have not been content to let the executive operate in an unchecked manner.

## 2. Conclusion

Few would seriously maintain that Courts are structurally well-suited to subject public health measures involving complex balancing acts and trade-offs between sensitive social, cultural, economic, political and moral considerations, to searching de novo review for their necessity or optimality.<sup>110</sup> In fact, during a public health emergency when the ‘stakes are high, the information lacking and fast actions required’ many would likely agree or concede the point that very robust judicial oversight taken in the name of zealously pro-

---

<sup>107</sup> Chiara Giustiniani and Fernanda Nicola, ‘Expert Opinion of Deadly Game? The Shifting Jurisprudence of The U.S. Supreme Court During The Covid-19 Pandemic’ (2021) *Percorsi Costituzionali*. See also Josh Blackmun, ‘The “Essential” Free Exercise Clause’ (2021) 45 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 637; Cass Sunstein, ‘Our Anti-Korematsu’ available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3756853](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3756853).

<sup>108</sup> Sethi, *supra* n. 89 above. Tom Ginsburg and Mila Versteeg, ‘The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic’ *University of Chicago Public Law Working Paper No 747* (July 2020) available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3608974](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974).

<sup>109</sup> *Id.*, 28.

<sup>110</sup> Sethi, *supra* n. 89 above at 17-18; Jan Petrov, ‘The COVID-19 emergency in the age of executive aggrandizement: what role for legislative and judicial checks?’ (2020) *The Theory and Practice of Legislation* 8 71, 81.

protecting civil liberties could simply end up damaging the ‘effectiveness of emergency measures’<sup>111</sup> and risk serious harm to citizens.<sup>112</sup>

One does not have to be an avowed judicial-review sceptic to accept that there are many good practical and institutional reasons not to expect (or want) intense levels of judicial engagement with the measures introduced to protect public health or combat the staggering socio-economic fallout caused by a pandemic like Covid-19. The reluctance of the Irish Courts to aggressively review the merits of pandemic response measures in light of their impact on fundamental rights perhaps speaks to an inchoate self-awareness and acceptance of such considerations amongst Irish judges. Judges are also only human, and invalidation of political branch action amid a public health emergency could risk dire consequences no Court would want to be (or seen to be) responsible for.<sup>113</sup>

But the Irish experience also gives succour to the view that Courts can be a modest, but useful, forum for citizens to demand things like reasoned justifications from the political branches for policies which seem to have some arbitrary strands, or securing a measure of protection for important interests that may suffer where policies have not given individual or familial rights and liberties due and reasonable consideration and weight.<sup>114</sup> Take the challenges in *Ganley* and *Ryanair*, which helped prompt the executive to bring policies more in line with rule of law values by making clearer the critical distinction between public health advice and legal restriction. Or the litigation brought in *Burke* and in respect of mandatory hotel quarantine, which led the executive to smooth out aspects of its public health policies that bit particularly hard on important constitutional rights of a sub-section of citizens without reasonable justification linked to safeguarding the common good. Overall,

---

<sup>111</sup> *Id.*

<sup>112</sup> Paul Daly, ‘Governmental Power and COVID-19: The Limits of Judicial Review Forthcoming’ in Flood *et al.*, eds., *The Law, Policy and Ethics of COVID-19* (University of Ottawa Press, 2020).

<sup>113</sup> Aileen Kavanagh, ‘Constitutionalism, counterterrorism, and the courts: Changes in the British constitutional landscape’ (2011) 9 *International Journal of Constitutional Law* 172–178. In this piece, Kavanagh is speaking in the context of national security, but the same considerations she notes would also seem to apply in the context of judicial second-guessing of public health measures responding to a deadly virus.

<sup>114</sup> Ginsburg, n. 109 above, at 54; Petrov, n. 111 above, at 80.

Irish Courts have been a cautious but important legal check on arbitrary political branch action during the pandemic.

*Abstract*

This article documents the Irish Courts response to legal challenges brought against the Irish State's response to the Covid-19 pandemic. I outline how the Courts have continued acting throughout the pandemic as a forum of legal accountability for actions taken by the executive and legislature. In playing this role, I suggest the judiciary have neither displayed notable signs of enhanced deference nor assertive scrutiny. Instead, Irish Courts continued to apply the generic legal tools of procedural and substantive administrative and constitutional law with their typical cautious, but not supine, attitude to reviewing political branch action. For the most part, the broad attitude of the Courts displayed thus far has been that the general rules of Irish public law still apply. Overall, I suggest it is fair to say Irish Courts have been a cautious but important legal check on arbitrary political branch action during the pandemic.

Il presente articolo illustra la risposta fornita dalle Corti irlandesi nell'ambito dei ricorsi legali presentati contro le misure adottate dallo Stato irlandese per fronteggiare la pandemia di Covid-19. Delineo come le Corti abbiano continuato, durante la pandemia, a rappresentare un forum per l'affermazione della responsabilità giuridica rispetto alle azioni intraprese dal potere esecutivo e legislativo. Nello svolgimento di tale ruolo, suggerisco che il potere giudiziario non ha mostrato né rilevanti sintomi di marcata deferenza né di assertivo scrutinio. Al contrario le Corti irlandesi hanno continuato ad utilizzare i generici strumenti giuridici di diritto amministrativo e costituzionale, procedurale e sostanziale, con la tipica, cauta, seppur non supina, attitudine che adottano nell'esaminare l'azione del potere politico. In larga misura la generale attitudine manifestata delle Corti sinora ha comportato che le norme generali di diritto pubblico irlandese continuassero ad essere applicate. Complessivamente, suggerisco sia corretto affermare che le Corti irlandesi abbiano rappresentato un prudente ma importante controllo giuridico nei confronti dell'azione arbitraria del potere politico durante la pandemia.

TAMÁS SZABADOS

## THE COVID-19 PANDEMIC AND EU STATE AID LAW - THE FIRST DECISIONS OF THE GENERAL COURT

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The EU Approach Towards State Aid Granted with Regard to the COVID-19 Pandemic. – 3. The Factual Background. – 4. The Judgments of the General Court. – *a*) Cases Related to the ‘Exceptional Occurrence’ Exception [Article 107(2)(b)]. – *b*) Cases Related to the ‘Serious Economic Disturbance’ Exception [Article 107(3)(b)]. – 5. The Significance of the Judgments and Some Observations. – 6. Conclusions.

### 1. *Introduction*

The first cases in which one of the fora of the Court of Justice of the European Union (CJEU), the General Court, had to take a decision on the legal impacts of the COVID-19 pandemic concerned state aid provided by the Member States to air transport operators.<sup>1</sup> The Tenth Chamber of the General Court decided on 17 February 2021 on the state aid schemes granted by Sweden<sup>2</sup> and France,<sup>3</sup> then on 14 April 2021 the same chamber rendered decisions on individual aid measures granted by Denmark,<sup>4</sup> Sweden<sup>5</sup> and Finland<sup>6</sup> to airlines hit by the outbreak of the epidemic.

In the economic sectors negatively affected by the COVID-19 pandemic, undertakings have faced liquidity and solvency problems. The airline industry has not been an exception. It was one of

---

\* Tamás Szabados LL.M. (UCL), PhD, Associate Professor, Department of Private International Law and European Economic Law, ELTE Eötvös Loránd University, Budapest, Egyetem tér 1-3, 1053. Email: szabados@ajk.elte.hu.

<sup>1</sup> In this article, we refer to the Court and the General Court as the fora of the CJEU.

<sup>2</sup> Case T-238/20 *Ryanair v. Commission*, EU:T:2021:91.

<sup>3</sup> Case T-259/20 *Ryanair v. Commission*, EU:T:2021:92.

<sup>4</sup> Case T-378/20 *Ryanair v. Commission*, EU:T:2021:194.

<sup>5</sup> Case T-379/20 *Ryanair v. Commission*, EU:T:2021:195.

<sup>6</sup> Case T-388/20 *Ryanair v. Commission*, EU:T:2021:196.

those most heavily hit by the COVID-19 pandemic. Air passenger traffic practically disappeared from the EU in a matter of days. Not only airlines have been affected, but also their suppliers and other providers of services related to air travel. The economic importance of the airline industry cannot be overstated. It contributes to the development of trade and tourism and to securing jobs.

Due to the constraints of the EU budget, funds available at an EU level have been insufficient to remedy the difficulties of European undertakings. This implies that it is the Member States that have to do their bit for crisis management and they are compelled to deploy a number of economic measures to counter the effects of the pandemic. State aid schemes and state aid measures granted to individual undertakings have become a crucial instrument in the economic toolbox of the Member States to stimulate recovery. This has resulted in the Member States granting state aid in an unprecedented volume during this crisis.<sup>7</sup>

It is therefore not surprising that some Member States wanted to react to the crisis in the aviation industry by directly providing state aid to airlines. To tide them over the times of the crisis, the European Commission (Commission) has so far authorised 40 state aid measures intending to facilitate the situation of various airlines and airports in different Member States.<sup>8</sup> The purpose of these aid measures was to mitigate the economic effects of the COVID-19 pandemic, to prevent a serious economic recession, and to help companies to survive the crisis.

Those who are familiar with state aid law can remember that Ryanair appeared in several state aid proceedings before the crisis. It can be also recalled that Ryanair has sometimes been the benefi-

---

<sup>7</sup> J. van Hove, *Impact of state aid on competition and competitiveness during the COVID-19 pandemic: an early assessment* (Study requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs) European Union, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658214/IPOL\\_STU\(2020\)658214\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658214/IPOL_STU(2020)658214_EN.pdf), 6.

<sup>8</sup> Commission, *Coronavirus Outbreak - List of Member State Measures approved under Articles 107(2)b, 107(3)b and 107(3)c TFEU and under the State Aid Temporary Framework*, 26 April 2021, [https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus_en).

<sup>9</sup> See Case T-165/16 *Ryanair v. Commission*, EU:T:2018:952; Case T-53/16 *Ryanair v. Commission*, EU:T:2018:943; Case T-165/15 *Ryanair v Commission*, EU:T:2018:953; Case T-111/15 *Ryanair v Commission*, EU:T:2018:954.

ciary of certain state aid.<sup>9</sup> At times, it successfully challenged the Commission's state aid decisions before the Court of First Instance, the predecessor of the General Court.<sup>10</sup> Amidst the COVID-19 crisis, jealous of the state aid received by other airlines, Ryanair decided to challenge a number of Commission decisions that approved state aid schemes and state aid measures to individual airlines before the General Court. Ryanair could not avail itself of any of these financial supports, either because they were granted to specific airlines or because it did not comply with the national licence requirement determined by some Member States.<sup>11</sup>

This contribution presents the five COVID-19-related state aid decisions rendered by the General Court by the date of completion of this article, i.e. 1 May 2021. All of these state aid cases were authorised by the Commission and the General Court confirmed them by its judgments upon their challenge by Ryanair. These judgments are probably the first in a long series of legal disputes where a forum of the highest EU court must take a decision on the merits in cases requiring the assessment of the legal implications of the COVID-19 pandemic and the accompanying economic recession.

## 2. *The EU Approach Towards State Aid Granted with Regard to the COVID-19 Pandemic*

With the appearance of the COVID-19 disease in Europe, the question also arose of how the EU should react to the economic effects of the public health crisis. It seemed evident that part of the response should be state aid. However, the EU state aid rules are strict. Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) prohibits any aid granted by a Member State that distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods in so far as it affects trade between Member States.<sup>12</sup> State aid must be notified to the Commission pursuant to Article 108(3) TFEU. Nevertheless,

---

<sup>10</sup> See Case T-512/11 *Ryanair v Commission*, EU:T:2014:989; Case T-196/04 *Ryanair Ltd v Commission*, EU:T:2008:585.

<sup>11</sup> C. Maczkovics, *How Flexible Should State Aid Control Be in Times of Crisis?*, in *European State Aid Quarterly*, 2020, 279.

<sup>12</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, 47-390.

Article 107(2) and (3) exempt certain state aid measures.<sup>13</sup> In particular, two exceptions can be relevant for state aid granted during the pandemic. Article 107(2)(b) deems aid that makes good the damage caused by exceptional occurrences as compatible with the internal market, while Article 107(3)(b) states that aid intending to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State may be considered as compatible with the internal market. At the same time, the Court stressed that these derogations from Article 107(1) TFEU must be interpreted narrowly.<sup>14</sup>

As a reaction to the economic crisis brought about by the COVID-19 outbreak, Austria proposed the full suspension of the application of the EU state aid rules and of the notification obligation for anti-crisis subsidies for the duration of the pandemic.<sup>15</sup> This proposal was, however, dismissed. Another possibility would have been the usual reliance on the general EU state aid provisions, Articles 107 and 108 TFEU, without any adaptation to the situation. Instead of these two extremes, the Commission responded to the crisis by facilitating the grant of state aid by the Member States through a temporary approach. This has been elaborated in the Temporary Framework for State Aid Measures to Support the Economy in the Current COVID-19 Outbreak.<sup>16</sup> In the Temporary Framework, the Commission outlines the options for Member States regarding granting state aid to undertakings amidst the COVID-19 pandemic. The Commission also expressed its readiness to cooperate with Member States regarding intended state aid schemes and to take state aid decisions swiftly. The Temporary Framework has been amended five times so far and, unless prolonged, it expires on 31 December 2021.

Even if the Temporary Framework is not a legally binding instrument, it contributes to legal certainty, as it makes it clear how

---

<sup>13</sup> For an overview of the potential exceptions, see A. Rosanò, *Adapting to Change: COVID-19 as a Factor Shaping EU State Aid Law*, in *European Papers*, 2020, 621.

<sup>14</sup> See Case C-278/00 *Hellenic Republic v. Commission of the European Communities*, EU:C:2004:239, para 81.

<sup>15</sup> The letter available through the Euractiv website: [https://euractiv.de/wp-content/uploads/sites/4/2020/04/lettervestager-2.pdf?\\_ga=2.224398362.1600770869.1598862735-1575151244.1598021626](https://euractiv.de/wp-content/uploads/sites/4/2020/04/lettervestager-2.pdf?_ga=2.224398362.1600770869.1598862735-1575151244.1598021626).

<sup>16</sup> Informal consolidated version of the Temporary Framework as last amended on 28 January 2021.

the Commission assesses state aid introduced to remedy the impacts of the COVID-19 pandemic, and Member States can thus more easily adapt their state aid policies to the guidelines published by the Commission.<sup>17</sup> An advantage of the special state aid regime tailored to the COVID-19 pandemic is that, in the event of complying with the Temporary Framework by the Member State, as the practice shows, the Commission takes rapid decisions on notified state aid measures.<sup>18</sup>

Various authors assert that the EU ‘relaxed’ or ‘loosened’ its state aid rules. However, a qualification must be made. The Commission did not discard the application of the EU state aid rules with regard to the pandemic, but it gave help to the Member States to devise and get approval for their state aid schemes more swiftly. Relaxation can be noticed in the examination procedure for state aid schemes. The crisis required quick reactions. Amidst the pandemic, the Commission often took state aid decisions in a few days and state aid schemes corresponding to the Temporary Framework were approved without time-consuming in-depth examination.

The Temporary Framework, however, does not exclude that state aid schemes or individual state aid notified outside the Temporary Framework will be authorised by the Commission. Examples from the aviation sector demonstrate this well. In some of the cases, the Member State granting the aid and the Commission referred explicitly to the Temporary Framework, while other cases were decided directly based on the relevant provisions of the TFEU. As to the aviation industry, it may be also noted that the Commission issued a working document on the ‘Overview of the State aid rules and public service obligations rules applicable to the air transport sector during the COVID-19 outbreak’, in which it outlines the application of EU state aid rules and the Temporary Framework to this sector.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> A. Gasparotti - Harta, *State Aid to Mitigate the Economic Downturn Triggered by the COVID-19 Pandemic*, Centrum für Europäische Politik, 2020, [https://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/cep.eu/Studien/cepInput\\_Staatliche\\_Beihilfen\\_Corona/cepInput\\_State\\_Aid\\_EN\\_20201001\\_final.pdf](https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Studien/cepInput_Staatliche_Beihilfen_Corona/cepInput_State_Aid_EN_20201001_final.pdf), 7.

<sup>18</sup> Gasparotti - Harta, *op. cit.*, 8.

<sup>19</sup> Commission, *Overview of the State aid rules and public service obligations rules applicable to the air transport sector during the COVID-19 outbreak*, [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/what\\_is\\_new/air\\_transport\\_overview\\_sa\\_rules\\_during\\_coronavirus.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/air_transport_overview_sa_rules_during_coronavirus.pdf).

### 3. *The Factual Background*

The drop in the air transportation market was marked all over Europe. Some EU Member States wanted to mitigate the situation of airlines as part of a more general state aid scheme, while others granted state aid to individual undertakings. A combination of the two has also been used. The French State wanted to help airlines by a deferral of the payment of the civil aviation tax on airline tickets. Sweden provided loan guarantees for airlines applying for a bank loan. Specific airlines were supported in other cases. Denmark and Sweden provided a guarantee on a revolving credit facility specifically for Scandinavian Airlines (SAS). Similarly, Finland provided a state guarantee on a loan for Finnair. In all these cases, the Commission stated that the measures constituted state aid because they were imputable to the state and financed through state resources; they conferred an advantage on the recipients, the advantage was selective and the state aid was liable to distort competition and affect the trade between the Member States. Nevertheless, the Commission approved the two state aid schemes, as well as the individual state aid measures, accepting the justification advanced by the Member States on the basis of Article 107(2)(b), Article 107(3)(b) TFEU or the Temporary Framework.<sup>20</sup>

The state aid schemes covered airlines having French and Swedish licences respectively. This implied that the flight companies had to have their principal place of business in these countries in order to benefit from the state aid schemes. The French state aid scheme was justified by the need to maintain the liquidity of the airlines affected by the pandemic and the ensuing restrictions. The tax deferral could be used by eligible companies over a limited period of time. The justification put forward in relation to the Swedish scheme was that loan guarantees may be necessary for preserving the continuous activity of flight companies that ensure Sweden's connectivity, and that the amount of loan guarantees and the duration of the state aid scheme was limited. Moreover, companies mainly operating charter flights were taken out of the scope of the

---

<sup>20</sup> Decision C(2020) 2097 final on State Aid SA.56765 (2020/N); Decision C(2020) 2366 final on State Aid SA.56812 (2020/N); Decision C(2020) 2416 final on State Aid SA.56795 (2020/N); Decision C(2020) 2784 final on State Aid SA.57061 (2020/N); Decision C(2020) 3387 final on State Aid SA.56809 (2020/N).

Swedish state aid scheme. The state aid schemes were duly notified to the Commission. In the Swedish case, the Commission explicitly referred to the Temporary Framework, which listed loan guarantees among the permissible forms of aid. The Commission found the French and Swedish licences acceptable as an eligibility criterion that ensures that financial support is rendered to airlines having a link to these states and playing a role in ensuring the connectivity of the country. The French measure fell under the exception set out in Article 107(2)(b) TFEU, since it was established that the COVID-19 pandemic is an exceptional occurrence and there is a causal link between the damage suffered due to the pandemic and the compensation through the state aid scheme. The state aid scheme was deemed to be proportionate, in particular having regard to the undertakings by France to carry out an *ex-post* assessment of the damage suffered by the beneficiaries and the state aid granted, and to recover any overcompensation. The Swedish measure was found necessary, appropriate and proportionate to remedy the serious disturbance of the Swedish economy and as such acceptable under Article 107(3)(b) TFEU.

Individual state aid was granted in the form of state guarantees to airlines in the cases discussed here. Sweden and Denmark provided guarantee on a revolving credit facility for SAS. Sweden justified the specific aid granted to SAS by the fact that the flight company could not benefit from the more general state aid scheme outlined above, since it could not obtain a loan even under that state aid scheme. The Danish measure was explained by the need for compensating SAS for the damage suffered due to the travel restrictions related to the pandemic. Regarding the SAS state aid measures, the Commission established that the COVID-19 pandemic constituted an exceptional occurrence and that there was a causal link between the damage suffered by SAS, the state aid measures and the COVID-19 outbreak. The aid measure was proportionate, i.e. the state aid does not exceed that is necessary to make good the damage. This is also ensured by the commitments made by Denmark and Sweden to carry out an *ex-post* assessment of the damage actually suffered by SAS and the state aid granted to avoid overcompensation and to require repayment in the event of overcompensation. Consequently, the Commission approved these state aid measures under Article 107(2)(b).

Finland helped Finnair by a guarantee to obtain a loan from a pension fund. The Finnish state aid measure was found necessary in light of the difficulties Finnair faced in maintaining its liquidity and its operations. The Commission also pointed out that Finnair was not able to take a loan from the market. In the absence of the state aid, the bankruptcy of the airline would have had serious negative effects on the entire Finnish economy. The Commission referred to the Temporary Framework and established that the state aid was compatible with the internal market pursuant to Article 107(3)(b) TFEU.

Ryanair requested the annulment of these decisions on largely similar grounds. In particular, it argued that the state aid is discriminatory and infringes the free provision of services, while the decisions of the Commission violated the procedural rights of Ryanair and failed to state the reasons. The General Court took a different view.

#### 4. *The Judgments of the General Court*

In presenting the findings of the General Court, we distinguish the cases in accordance with the legal basis for their authorisation. Accordingly, we first discuss the cases related to Article 107(2)(b) and then the cases concerning Article 107(3)(b). As the reasons given by the General Court were very similar in both types of cases, regarding the cases related to ‘economic disturbance’ only the differences in the argumentation in comparison to the ‘exceptional occurrence’ cases will be highlighted.

##### a) *Cases Related to the ‘Exceptional Occurrence’ Exception [Article 107(2)(b)]*

The assessment of the French aid scheme and the Swedish and Danish state aid granted to SAS required the interpretation of Article 107(2)(b) by the General Court. The General Court first stated that Article 107(2)(b) TFEU could be relied on because the COVID-19 pandemic, as well as the ensuing state measures (including lockdown measures and travel restrictions), can be considered as an exceptional occurrence and that there was a direct link between the damage suffered by the airlines and the pandemic, as well as the restrictive state measures. Regarding the state aid

granted to SAS by Denmark and Sweden, contrary to the submission of Ryanair, it was established that Article 107(2)(b) does not envisage only state measures that make good the damage suffered by all the victims of an exceptional occurrence. The General Court remarked that Member States are not obliged to grant any aid in the event of an exceptional occurrence, or to remedy all damage related to such occurrence by granting aid to all those suffering damage.

Ryanair contested the legal basis of authorising the state aid granted by Sweden to SAS on the ground that the general Swedish state aid scheme outlined above was based on Article 107(3)(b). The General Court recognised that the SAS state aid was subsidiary to the more general state aid scheme, but it pointed out that the parallel application of Articles 107(2)(b) and 107(3)(b) is not excluded if the conditions of their application are fulfilled, as is the case when an exceptional occurrence gives rise to a serious disturbance in the economy.

The French state aid scheme was found not to be discriminatory. The argument of Ryanair related to the discriminative nature of the state aid scheme was based on the fact that the tax deferral could be granted only to airlines holding a French licence, i.e. to flight companies that have their place of business in France. The General Court acknowledged that the requirement of holding a French licence resulted in a difference in treatment between airlines having their principal place of business in France and those which have their principal place of business in other Member States but which operate flight services in France, to France or from France. Article 18 TFEU, that prohibits discrimination on the ground of nationality, can be invoked only 'without prejudice to any special provisions' of the TFEU. Accordingly, the General Court found the examination of discrimination necessary in light of Article 107(2)(b). In this respect, the General Court examined two criteria: first, whether the objective of the state aid is in compliance with Article 107(2)(b), and second, whether the conditions of the state aid do not go beyond what is necessary to achieve the objective of the aid scheme, i.e. to remedy the damage caused by the COVID-19 pandemic. It was stated that the objective of the state aid scheme met the conditions specified in Article 107(2)(b), since by the deferral of tax obligations its aim was to mitigate the financial consequences of the travel re-

strictions and lockdown measures introduced in relation to the COVID-19 pandemic. The General Court did not find that the conditions would have been too excessive. The stability of the connection could not have been achieved by extending the scheme to airlines operating under the licence of other Member States, since, like Ryanair, they operate in the French territory providing services without having an establishment there and such provision of services can be terminated quickly. The requirement of the location of the principal place of business that gives rise to a stable link between eligible companies and the Member State reflects the possibility and the obligation of the Member State to monitor the use of the state aid by its beneficiaries. Evidently, the national authorities can only exercise control over airlines having a national licence. For the above considerations, it was not relevant that Ryanair, as a company having its principal place of business in Ireland, had a 7% share of the French air passenger transport market prior to the pandemic. It was acknowledged that Member States have limited financial resources to compensate the effects of the pandemic and the accompanying restrictive state measures and they are thus free to grant state aid only to undertakings most severely affected by the crisis. It was demonstrated that eligible airlines were much worse hit by the pandemic than Ryanair, which generated only 8.3% of its business from the flights within, to or from France. Therefore, the General Court stated that the aid scheme was appropriate for the purpose of compensating the damage sustained due to an exceptional occurrence referred to in Article 107(2)(b) TFEU.

Nor did the General Court find discrimination concerning the state aid granted to SAS by Denmark and Sweden. Individual aid is inherently discriminatory. Discrimination is, however, not prohibited provided that it is justified by a legitimate objective and it is necessary, appropriate and proportionate. Here, the objective of the state aid was to remedy the damage caused by the pandemic. Additionally, due to the share of SAS and its role in the Scandinavian market, it has been affected more heavily by the crisis than other airlines. Consequently, the benefit conferred on SAS was justified.

No restriction on the freedom to provide services was established, either. While Article 56 TFEU regulates the freedom to provide services in general, Article 58(1) TFEU lays down that the 'freedom to provide services in the field of transport shall be gov-

erned by the provisions of the Title relating to transport.’ Based on the authorisation given in the title of the TFEU on transportation, the EU adopted Regulation 1008/2008, which determines the application of the principle of the freedom to provide services to air transport.<sup>21</sup> The General Court noted that Ryanair had not made any claim based on the infringement of this Regulation.

The General Court did not establish a manifest error by the Commission in assessing the proportionality of the aid compared to the damage caused by the pandemic. In this respect, the General Court pointed out that the calculation of damage by the Commission was correct and it stated that the damage sustained by the beneficiaries of the state aid was probably higher than the aid actually received. Additionally, national authorities have to take oversight measures to avoid overcompensation.

The General Court pointed out that the Commission had taken the state aid decisions very rapidly, taking the urgency of the matter into account, but the Commission had not failed to state the reasons for the decisions. In particular, in its reasoning it addressed the qualification of the pandemic as an exceptional occurrence and examined the causal link between the exceptional occurrence and the damage suffered by the beneficiaries of state aid.

The assertion of Ryanair regarding the infringement of its procedural rights was also rejected on the grounds that it simply repeated its arguments related to its other pleas without providing specific evidence as to the violation of its procedural rights.

*b) Cases Related to the ‘Serious Economic Disturbance’ Exception [Article 107(3)(b)]*

The compliance of the Swedish state aid scheme and the state aid granted by Finland to Finnair with EU law were examined under Article 107(3)(b) TFEU. In the Finnish case, the General Court noted that Article 107(3)(b) can be applied both to aid schemes and to individual aid granted to specific undertakings. In both cases, the General Court pointed out that the COVID-19 pandemic caused a serious economic disturbance. The state measures aimed

---

<sup>21</sup> Regulation (EC) No 1008/2008 of the European Parliament and of the Council of 24 September 2008 on common rules for the operation of air services in the Community (Recast), OJ L 293, 31.10.2008, 3-20.

to remedy that economic disturbance by securing the connectivity of the two countries and avoiding the insolvency of Finnair, which would have had serious consequences for the Finnish economy.

Regarding the discriminatory nature of the state aid, the General Court first examined whether the objective of the Swedish aid scheme and the Finnish state aid measure corresponds to the requirements of Article 107(3)(b) and whether the measures do not go beyond what is necessary to achieve that objective. In analysing the Swedish aid scheme, the General Court noted that issuing a loan guarantee by Sweden was in accordance with the Temporary Framework and found it appropriate that the Member States incentivise banks to support economic activity in the EU by providing credit. It must be acceptable that the state requires a stable territorial presence in Sweden through the principal place of business in order to ensure that beneficiaries honour the loans granted. Concerning the need for the territorial connection that enables the Member State to monitor the use of the aid, the General Court used the arguments known from the French case. The General Court referred to the significant share of airlines holding a Swedish licence on the domestic passenger and freight market, as well as regarding flights between Sweden and the EU. It was not contrary to the principle of proportionality that airlines with a market share smaller than the one Ryanair had on the Swedish market could be eligible for such state aid. This is because such airlines could be important in terms of the connectivity of Sweden, or their special purpose could justify their eligibility, in so far as they provide, for instance, medical or emergency services. Furthermore, no guarantee was seen that an airline, like Ryanair, the principal place of business of which is in another state and the activity of which focuses on non-domestic passenger transport, after benefitting from the state aid, would maintain its services in Sweden. The case of Ryanair demonstrated the contrary. As a response to the crisis, Ryanair reduced its presence in Sweden, limiting its activity to a single airport and operating a single aircraft.

In the Finnish case, the General Court established that state aid granted to one undertaking that excludes all other undertakings is, by its nature, discriminatory. However, it is to be examined whether the discrimination is justified by a legitimate objective and whether it is necessary, appropriate and proportionate to attain that objective. Due to the importance of Finnair for the Finnish economy, the

objective of the measure was in conformity with Article 107(3)(b) TFEU and the same reason rendered granting the state guarantee exclusively to Finnair necessary, appropriate and proportionate. The General Court noted that the extension of the state aid to all airlines operating in Finland would have resulted in the reduction of the aid received by Finnair and it would have made the objective of the state aid, i.e. to solve the liquidity difficulties of Finnair and prevent the negative consequences on the Finnish economy, impossible.

Concerning the Swedish state aid scheme and the Finnish state aid, Ryanair put forward the argument that the Commission failed to weigh the positive effects of the state aid against its adverse effects on the competition and trade between the Member States appropriately. The General Court established that Article 107(3)(b) does not require such a balancing exercise. It is Article 107(3)(c) that considers state aid as compatible with the internal market that facilitates ‘the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest.’ The General Court stated that no prerequisite appears in the wording of Article 107(3)(b) to weigh the benefits of the state aid scheme against the adverse effects on trading conditions and pointed out that the positive effects of state aid remedying a serious economic disturbance are presumed. An obligation to weigh the positive and negative effects is not laid down in the Temporary Framework either. Article 107(3)(b) requires only the examination of the necessity, appropriateness and proportionality of the state aid.

The rest of these judgments were practically the same as in the cases decided under Article 107(2)(b). The General Court ruled that the Commission did not fail to state the reasons of its decision and did not infringe the procedural rights of the applicant.

##### 5. *The Significance of the Judgments and Some Observations*

The global financial crisis gave an opportunity to the Commission and the CJEU to assess cases under the ‘serious economic disturbance’ exception of Article 107(3)(b) TFEU.<sup>22</sup> In this sense, the

---

<sup>22</sup> See Case C-526/14 *Tadej Kotnik and Others v. Državni zbor Republike Slovenije*, EU:C:2016:767, para 51.

application of Article 107(3)(b) was not unprecedented. However, the judgments undoubtedly make a contribution to the interpretation of the ‘exceptional occurrence’ exception set out in Article 107(2)(b). This provision has so far been interpreted by the Commission or the CJEU only in very few instances and never in the context of a human pandemic. The 11 September 2001 terrorist attacks and the closure of US airspace were considered as exceptional occurrences by the General Court.<sup>23</sup> The Commission considered the disruption of air traffic due to the eruption of the Icelandic Eyjafjallajökull volcano as an exceptional occurrence<sup>24</sup> and sometimes the same was established in relation to pandemic diseases affecting animals.<sup>25</sup> However, none of the cases decided before by the CJEU or the Commission addressed a human pandemic. The Commission first recognised, in a decision rendered on 12 March 2020 concerning the Danish compensation scheme for cancellation of large-scale events related to COVID-19, that the outbreak of the epidemic qualifies as an exceptional occurrence<sup>26</sup> and this was also confirmed by a Commission communication issued on 13 March 2020.<sup>27</sup>

Although all cases discussed above concerned state aid granted to airlines, the exemptions invoked by the Member States were different: Article 107(2)(b) and Article 107(3)(b) TFEU. It is interesting to note that all the state aid measures discussed could have been approved either on the basis of Article 107(2)(b) or Article 107(3)(b). The difference in the chosen justification of the state aid and its acceptance by the General Court indicates that the COVID-19 pandemic qualifies both as an exceptional circumstance under Article 107(2)(b) and as a serious disturbance in the economy of the

---

<sup>23</sup> Case T-268/06 *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE v. Commission*, EU:T:2008:222, para 49.

<sup>24</sup> Decision C (2011) 5495 final on State Aid SA.32163 (2010/N).

<sup>25</sup> Joint decision on State aid schemes N 299/1996, N 290/1996, N 178/1996 and N 289/1996 (approved by Commission letter SG(1996) D/05081 of 15 March 1996) and decision on State aid scheme N 795/1996 (approved by Commission letter SG(1998) D/01616 of 21 January 1998) referred to in Decision C(2008) 9009 final on State Aid N 643/2008, para 27, footnote 5.

<sup>26</sup> Decision C(2020) 1698 final on State Aid SA.56685 (2020/N).

<sup>27</sup> Annex 3 to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup, Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak, Brussels, 13.3.2020, COM(2020) 112 final, 6.

Member States within the meaning of Article 107(3)(c).<sup>28</sup> As the General Court acknowledged, these provisions can constitute alternative grounds of justification.

The difference between Article 107(2) and (3) is that, regarding paragraph (2), the Commission must authorise the state aid scheme, while in the case of paragraph (3) the Commission has discretion on whether to authorise it or not. In this sense, the ‘exceptional occurrence’ exception seems to be more favourable for the Member States. Even so, measures falling under any of these exceptions must be notified to the Commission under Article 108(3) TFEU. Additionally, even in the case of the invocation of Article 107(2)(b), the Commission is entitled to examine the existence of the conditions of the application of that exception. In particular, pursuant to the case law of the Court, the Member States are obliged to demonstrate that first, an exceptional occurrence emerged; second, there is a direct causal link between the exceptional occurrence and the damage; and third, that the amount of the state aid corresponds to the damage incurred, i.e. no overcompensation takes place.<sup>29</sup> The latter condition requires the precise assessment and quantification of the damage.<sup>30</sup>

In relying on Article 107(2)(b), how long the spread of the COVID-19 and the related state measures can be considered as an ‘exceptional occurrence’ and at what point will the coronavirus disease and the accompanying restrictions constitute ‘normal’ circumstances with which we have to live together are interesting questions.<sup>31</sup> All the cases concerned the first wave of the pandemic. The question may arise whether the COVID-19 pandemic and the accompanying state measures still qualify as ‘exceptional occurrence’

---

<sup>28</sup> P. Nicolaides, *Application of Article 107(2)(b) TFEU to COVID-19 Measures: State Aid to Make Good the Damage Caused by an Exceptional Occurrence*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, 1.

<sup>29</sup> See Joined cases C-346/03 and C-529/03 *Giuseppe Atzeni and Others (C-346/03), Marco Scalas and Renato Lilliu (C-529/03) v. Regione autonoma della Sardegna*, EU:C:2006:130, para 79; Case C-73/03 *Spain v. Commission*, EU:C:2004:711, paras 36-37; Case C-278/00 *Hellenic Republic v. Commission*, EU:C:2004:239, paras 77-90. On the application of these preconditions: see A. Bouchagiar, *State aid in the context of the COVID-19 outbreak, including the Temporary Framework 2020*, in *EUI Working Paper RSC 2021/03*, <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/69678;jsessionid=26B8FDE4A90D3CA528973A60B89DA36F>, 47-53.

<sup>30</sup> *Atzeni*, para 79; *Olympiaki Aeroporia Ypiresies*, para 52.

<sup>31</sup> M. Honoré, *State Aid and COVID-19 - Hot Topics*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, 113.

in the course of the subsequent waves.<sup>32</sup> It can be thought that until the duration of the Temporary Framework, this condition is certainly met.

It must be noted that Ryanair's arguments have some merits in economic terms. Even if the Commission plainly stated that 'EU State aid control ensures that the EU Internal Market is not fragmented and that the level playing field stays intact' and harmful subsidy races can be avoided, economic commentators and, referring to the latter, the legal literature make it clear that the provision of state aid as a response to the COVID-19 pandemic may distort competition in the EU or may affect the level playing field.<sup>33</sup> This is because the Member States have different fiscal room to manoeuvre to grant state aid.<sup>34</sup> Some Member States have larger funds to support market players in need, while others have a much more limited leeway. This is in particular the case amidst the economic crisis caused by the COVID-19 pandemic. Some undertakings from Member States providing generous state aid will have a competitive advantage in comparison to otherwise innovative companies from Member States that do not want or cannot afford such state aid. A prevalent recourse to state aids may give rise to the dismemberment of the internal market along 'state aid borders' and a subsidy race among the Member States.<sup>35</sup> Supporting specific undertakings, in particular 'national champions' may be liable to cause a distortion of competition.<sup>36</sup> The chance of such negative developments is exacerbated by the number of state aid measures notified so far and the differences in the amount of state aid granted by the Member States.

Just the same concerns apply to the flight industry. During the pandemic, most state aid has not been provided by the Member States to a specific sector or undertaking, but was generally formu-

---

<sup>32</sup> See Maczkovics, *op. cit.*, 273, 279 and 282.

<sup>33</sup> Van Hove, *op. cit.*, 6; M. Motta, M. Peitz, *State Aid Policies in Response to the COVID-19 Shock: Observations and Guiding Principles*, in *Intereconomics*, 2020, 221; Gasparotti - Harta, *op. cit.*, 7; L. Eymard, J. Cohen-Setton, S. Vallée, *State aid and covid-19 - economist perspective*, in *GCR Insight*, 2021, [https://brattlefiles.blob.core.windows.net/files/21182\\_state\\_aid\\_and\\_covid-19\\_-\\_economist\\_perspective.pdf](https://brattlefiles.blob.core.windows.net/files/21182_state_aid_and_covid-19_-_economist_perspective.pdf), 2; J. L. Buendia Sierra, *Editor's Note - State Aid in Time of Cholera*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, 2; Maczkovics, *op. cit.*, 279 and 282.

<sup>34</sup> Gasparotti - Harta, *op. cit.*, 7.

<sup>35</sup> Motta, Peitz, *op. cit.*, 221.

<sup>36</sup> Eymard, Cohen-Setton, Vallée, *op. cit.*, 6-7.

lated. The aviation sector is a remarkable exception where, in addition to general state aid schemes, state aid has been often granted to specific undertakings.<sup>37</sup> In the wake of the pandemic, several Member States started providing financial support to airlines. Ireland, where Ryanair is seated, was, however, not among them. Ireland remained reticent about granting state aid and it has ranked last among the EU Member States in terms of providing state aid during the pandemic in proportion to the size of its economy.<sup>38</sup> The different fiscal freedom of Member States and the different effects of state aid on the economy of Member States are well illustrated by the flight industry following a relevant study.<sup>39</sup> Accordingly, the recapitalisation of Lufthansa with six billion euros amounts to a lower portion of Germany's GDP and affect the debt-to-GDP-ratio of Germany less than the recapitalisation of Ryanair would involve for Ireland.

At the same time, the state aid ceilings indicated in the Temporary Framework limit the room to manoeuvre of the Member States. Furthermore, it can be argued that, despite the differences in the state aid granted by various Member States, the benefits of state aid exceed their distortive effects.<sup>40</sup> It cannot be excluded either that the rescue of a specific undertaking through targeted state aid can have a spillover effect and positive effects can be also realised in more than one Member State.<sup>41</sup> This is the case if maintaining the operation of an airline secures jobs not only in the Member State of origin of the airline, but also in other Member States. Additionally, over-compensation regarding sector or company-specific state aid can be avoided by *ex-post* monitoring and by imposing an obligation to repay any state aid exceeding the damage suffered.

Moreover, economic concerns cannot necessarily support the pertinence of the legal arguments of Ryanair. By its actions, Ryanair has expected either the extension of state aid schemes and individual state aid measures to all airlines or the prohibition of state aids

---

<sup>37</sup> Van Hove, *op. cit.*, 7, 30 and 39.

<sup>38</sup> The Irish Times, *Ireland ranks last in EU for pandemic state aid to companies*, 10 March 2021. <https://www.irishtimes.com/business/economy/ireland-ranks-last-in-eu-for-pandemic-state-aid-to-companies-1.4505678>.

<sup>39</sup> Gasparotti - Harta, *op. cit.*, 7.

<sup>40</sup> Gasparotti - Harta, *op. cit.*, 7.

<sup>41</sup> Van Hove, *op. cit.*, 24.

to any airline altogether.<sup>42</sup> Such arguments can bring in two directions: towards a mandatory extension of state aid, which would be unrealistic due to the limits of state budgets or towards the elimination of granting state aid, which would make the recovery of the economy of the Member States more difficult. From a legal point of view, state aid is inherently discriminatory. As the General Court stated, Member States are not obliged to grant state aid to everybody.<sup>43</sup> The accusation of discrimination pervaded the underlying cases. The French and Swedish state aid schemes were not the first cases where the discriminatory nature of a national licence requirement had to be assessed by the Commission. Cyprus applied such a condition when it granted state aid with regard to the Turkish prohibition on Cypriot air carriers using Turkish airspace<sup>44</sup> and Slovenia did the same when its airspace had to be closed due to the volcanic ash emanating into the air after the eruption of the Icelandic Eyjafjallajökull volcano.<sup>45</sup> Now the General Court has confirmed that discrimination can be acceptable if it is based on a legitimate objective, such as helping the economic recovery, and if it is appropriate, proportionate and necessary to attain that objective. A national licence requirement has not been considered accordingly as being incompatible with EU law.

Regarding the arguments by Ryanair when contending the quantification of the damage and the proportionality of the aid to the damage suffered, it must be noted that the scope of the review of the CJEU is limited in economic questions. As the Court stated, a complex economic assessment carried out by the Commission may not be substituted by an economic assessment by the CJEU on its own.<sup>46</sup> Therefore, the General Court acted correctly when it limited its review to whether there was a manifest error of assessment by the Commission.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> See U. Soltész, *Ryanair's Food Envy - Who Allocates Corona Aid?* Kluwer Competition Law Blog, 19 February 2021, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/02/19/ryanairs-food-envy-who-allocates-corona-aid/>.

<sup>43</sup> On the issue of discrimination in the context of Article 107(2)(b), see Bouchagiar, *op. cit.*, 55-57.

<sup>44</sup> Decision C (2012) 4218 final on State Aid SA.32523 (2010/N).

<sup>45</sup> Decision C (2011) 5495 final on State Aid SA.32163 (2010/N).

<sup>46</sup> Case C-244/18 P *Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE v. Commission*, EU:C:2020:238, para 39; Case C-300/16 P *Commission v. Frucona Košice a.s.*, EU:C:2017:706, para 63.

<sup>47</sup> *Larko*, para 40.

## 6. *Conclusions*

Following the judgments, Ryanair immediately announced that it has the intention to appeal to the Court.<sup>48</sup> It remains to be seen how the Court will assess the above state aid measures. Nevertheless, a judgment by the Court quashing the decision of the General Court would pull the rug out of the entire state aid policy of the Commission hallmarked by the Temporary Framework and the idea of facilitating the grant of state aid to help economic recovery. As Ryanair brought proceedings against other state aid decisions by the Commission,<sup>49</sup> further decisions are expected in the future on the part of the General Court and the Court.

It is very much to be hoped that the COVID-19 pandemic will not remain with us, but the Commission and the CJEU's approach towards state aid as granted during the crisis will probably keep its relevance and can also provide guidance in the future regarding eventual exceptional occurrences and economic disturbances.

### *Abstract*

The Court of Justice of the European Union first had to address the legal implications of the COVID-19 pandemic concerning state aid granted by Member States to the aviation industry. The General Court confirmed the decisions of the European Commission by which it approved these measures. The judgments are significant, because, for the first time, the General Court here applied the 'exceptional occurrence' and the 'serious economic disturbance' exceptions laid down by Articles 107(2)(b) and Article 107(3)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union respectively to a human pandemic.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dovuto affrontare le implicazioni giuridiche della pandemia di COVID-19 per la prima volta relativamente agli aiuti di stato concessi dagli stati membri per l'industria dell'aviazione. Il Tribunale ha confermato le decisioni della Commissione

---

<sup>48</sup> Ryanair, Ryanair To Appeal EU Court Rulings On Air France And SAS State Aid, <https://corporate.ryanair.com/news/ryanair-to-appeal-eu-court-rulings-on-air-france-and-sas-state-aid/>.

<sup>49</sup> Case T-111/21 *Ryanair v. Commission*; Case T-34/21 *Ryanair v. Commission*; Case T-14/21 *Ryanair v. Commission*; Case T-769/20 *Ryanair v. Commission*; Case T-737/20 *Ryanair v. Commission*; Case T-665/20 *Ryanair v. Commission*; Case T-657/20 *Ryanair v. Commission*; Case T-643/20 *Ryanair v. Commission*; Case T-628/20 *Ryanair v. Commission*; Case T-465/20 *Ryanair v. Commission*.

Europea con le quali ha approvato queste misure. Le sentenze sono significative, perché il Tribunale ha applicato per la prima volta qui le eccezioni di “evento eccezionale” e “grave turbamento economico” previste dall’articolo 107, paragrafo 2, punto *b*) et l’articolo 107, paragrafo 3, punto *b*) del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea rispettivamente a una pandemia umana.

CHIARA GIUSTINIANI - FERNANDA G. NICOLA

EXPERT OPINION OF DEADLY GAME?  
THE FREE EXERCISE OF RELIGION JURISPRUDENCE  
OF THE U.S. SUPREME COURT  
DURING THE COVID-19 PANDEMIC

SUMMARY: 1. Legal Authority for Emergency Action under the US Constitution. – 2. The Shift in Constitutional Jurisprudence. – 3. The analogical approach in the SCOTUS Jurisprudence. – 4. *South Bay United Pentecostal Church v. Gavin Newsom*: the application of the analogical approach to the COVID-19 Free Exercise Clause. – 5. Justice Kavanaugh’s dissent in *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*: the first signs of departure from the analogical approach, towards the most-favored nation theory. – 6. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* and *South Bay II*: the Court grants injunctive relief. – 7. *Tandon v. Newsom*: the turning point – the most-favored nation approach. – 8. Expert judgement or Deadly Game? Explaining SCOTUS Jurisprudential Shift. 9. Conclusion

1. *Legal Authority for Emergency Action under the U.S. Constitution*

Under the U.S. Constitution, the federal government has the authority to isolate and quarantine.<sup>1</sup> State governments may also order quarantine or isolation as a “police power” function, which is derived from the right of states to protect health and safety.<sup>2</sup> State and local governments have the primary responsibility for addressing COVID-19 matters such as quarantine requirements, testing plans, mask mandates, and reopening timelines. The Public Health Services Act (PHSA) of 1944, goes further into detail on how the government may respond in times of a public health emergency. The U.S. Secretary of Health and Human Services (HHS) first determines if there is a public health emergency, if so, it triggers powers that allow the federal government to take measures such as supporting state governments, suspending, or modifying certain legal

---

<sup>1</sup> See U.S. Const. *Commerce Clause*; 42 U.S. Code § 264.

<sup>2</sup> *Id.*

requirements, and allocating emergency funds.<sup>3</sup> The PHS Act gives the Center for Disease Control (CDC) located in the Department of Health and Human Services the authority to carry out the daily processes preventing the entry and spread of communicable disease from foreign countries into the U.S. and between states to increase the health and security of the nation.<sup>4</sup>

The CDC has the power to order an individual to quarantine.<sup>5</sup> If the CDC suspects that a visitor is carrying a communicable disease, then they can authorize the “apprehension, medical examination, quarantine, isolation, or conditional release of any individual for the purpose of preventing the introduction, transmission, and spread of communicable diseases.”<sup>6</sup> This applies to travelers arriving from a foreign country, traveling between states, and even travelling within a state if the movement could increase the risk of spreading the disease among the states.<sup>7</sup> U.S. citizens cannot be permanently barred from returning home, but they may be temporarily isolated or quarantined when they arrive. In the first few weeks of the Covid-19 pandemic the CDC quarantines or isolated travelers that were returning from China or those that were stranded on cruise ships.<sup>8</sup> The CDC may also issue a federal order for an individual to quarantine.<sup>9</sup>

The PHS Act describes the federal government’s obligations as preventing entry of disease into the U.S., avoiding the spread of disease between states, helping states enforce a federal quarantine, and assisting in preventing the spread of disease.<sup>10</sup> The *Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act* is the statutory authority for most federal disaster response activities.<sup>11</sup> Federal isolation

---

<sup>3</sup> 42 U.S. Code § 319.

<sup>4</sup> *Id.*, at § 361.

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> See CDC, Quarantine and isolation, <https://www.cdc.gov/quarantine/about-lawsregulationsquarantineisolation.html>.

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> Kiyoshi Takenaka, William Mallard, U.S. to evacuate American from cruise ship quarantined at Japan port, Reuters, Feb. 14, 2020, [www.reuters.com](http://www.reuters.com).

<sup>9</sup> See CDC, Regulations and Laws.

<sup>10</sup> See CDC, Quarantine and isolation.

<sup>11</sup> See The Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, Public Law 100-707, signed into law on November 23, 1988, amended the Disaster Relief Act of 1974 (Public Law 93-288).

and quarantine are authorized by executive order of the President for certain communicable diseases.<sup>12</sup> The U.S. President can authorize federal quarantine and isolation for new communicable diseases by executive orders although the inaction of President Donald J. Trump led some states to undertake more initiatives than the federal government.<sup>13</sup> On January 31, 2020, President Joe Biden issued a proclamation to limit individuals from entering the country.<sup>14</sup>

A state has the power to quarantine to provide for the health of its citizens.<sup>15</sup> A state, local, or tribal authority can enforce isolation and quarantine within their borders. A quarantine “shall be established by the health laws of the states” and observed by the officers of the federal government, “who shall aid in their execution.<sup>16</sup> If there is a conflict between state orders, then federal law is supreme.<sup>17</sup> A governor can also issue executive orders for quarantine or isolation. This could be an emergency declaration to control in a time of civil unrest, or a disaster declaration to request additional funds from the federal government.<sup>18</sup> Cities such as San Francisco or New York City, might also have police powers delegated by their state for essential matters of public health and in this case both of them took advantage of them to fight the pandemic.

Starting in March 2020 in the United States, state governments began restricting mass gatherings. Sporting events, concerts, plays, and other social events were suddenly cancelled because of the high risk of spreading the virus. Churches and other religious institutions that allowed congregates to worship for extended periods of

---

<sup>12</sup> Federal isolation and quarantine are authorized for the following communicable diseases: cholera, diphtheria, infectious tuberculosis, plague, smallpox, yellow fever, viral hemorrhagic fevers, severe acute respiratory syndromes, and flu that can cause a pandemic. *www.cdc.gov*.

<sup>13</sup> See David E. Pozen & Kim L. Scheppele, *Executive Underreach*, in *Pandemics and Otherwise*, 114(4) *Am. J. Int'l L.* 608 (2020).

<sup>14</sup> CDC, Proclamation on Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Persons who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus. <https://www.coronavirustoday.com/coronavirus-quarantine>.

<sup>15</sup> See *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

<sup>16</sup> Statute III Chapter XII-11. *An act respecting Quarantines and Health Laws*, Section § 1. Replacing “an act relative to quarantine”.

<sup>17</sup> See U.S.C. § 262 (e) “these regulations do not supersede any provision under state law except where a provision conflicts with the exercise of federal authority.

<sup>18</sup> See The Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, 42 U.S.C.

time in an enclosed space presented appreciable higher risks of spreading Covid-19 than other businesses such as grocery stores, pharmacies. From a public health perspective, many governors treated religious establishments in line with schools, theaters, or concert halls in terms of risk level and were regulated accordingly.<sup>19</sup>

## 2. *The Shift in Constitutional Jurisprudence*

During 2020 several judicial challenges especially before the federal bench on the exercise of emergency power were unsuccessful because the state measure limiting or restricting religious gatherings did not violate the Free Exercise of religion Clause in the First Amendment of the US Constitution.

The first case of judicial review by the Supreme Court of the United States (SCOTUS) of a COVID-19 shut-down order was in May 2020, in *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*. In *South Bay*, the Supreme Court upheld California's religious gathering limits, which ordered attended in churches or places of worship to a maximum of 25% of one hundred attendees.<sup>20</sup> The court warned against judicial intervention in public health emergencies. Chief Justice Roberts explained that health and safety is to be entrusted by elected state officials and not to be second-guessed by the "unelected federal judiciary, which lacks the background, competence, and expertise to access public health and is not accountable to the people."<sup>21</sup>

In July 2020 the Court heard a similar lawsuit, *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, challenging a Nevada restriction on religious gatherings where the Court also denied injunctive relief.<sup>22</sup> At issue in the case was the church's claim that the capacity limit violated the Free Exercise Clause of the First Amendment in that it "treats at least seven categories of secular assemblies 'where large groups of people gather in close proximity for extended periods of

---

<sup>19</sup> See James G. Hodge, Jr., Hanna Reinke, and Claudia Reeves, *Balancing Religious Freedoms and Public Health Protections During the Covid-19 pandemic*, The Berkley Center, June 3, 2020, [berkeleycenter.georgetown.edu](http://berkeleycenter.georgetown.edu).

<sup>20</sup> *South Bay United Pentecostal Church, et al v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, 590 U.S. \_\_\_ (2020).

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603 (2020).

time' better than religious services."<sup>23</sup> The majority did not comment but Justices Alito, Gorsuch, and Kavanaugh each wrote dissents. Alito's dissent departed from the precedent of giving deference to the state order. He argued that the court has a duty to defend the constitution, and that "even a public health emergency does not absolve us of that responsibility" and "does not give Governors and other public officials *carte blanche* to disregard the Constitution for as long as the medical problem persists."<sup>24</sup>

In *Gateway City Church v. Newsom, and Tandon v. Newsom*, the court ruled against heightened restrictions on religious gatherings.<sup>25</sup> In *Tandon*, the court found that the California prohibition on at home religious gatherings from people of more than three households treated some 'comparable' secular activities more favorably than at home religious exercise. The court reasoned that the state had not explained the connection of the restriction and the danger to public health. Additionally, the state did not show that "public health would be imperiled by using less restrictive measures."<sup>26</sup>

In *Roman Catholic Diocese*, the restriction on church attendance was found to not be *narrowly tailored*, discriminatory, and overly restrictive.<sup>27</sup> In this case, the Roman Catholic Diocese of Brooklyn and Agudath Israel of America sued New York Governor Andrew Cuomo, challenging the constitutionality of the state order limiting attendance at religious services.<sup>28</sup> The religious groups argued that Cuomo's order unconstitutionally discriminated against their first amendment right to religious worship, to which the Supreme Court agreed and temporarily blocked the order.<sup>29</sup> It reasoned that denying individuals their first amendment rights would cause irreparable harm and urged that "we may not shelter in place when the constitution is under attack"<sup>30</sup> The court reasoned that the decision to deem liquor stores, but not houses of worship essential was discriminatory. But the dissent argued that by labeling

---

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> 592 U.S. \_\_\_ (2021); 593 U.S. \_\_\_ (2021).

<sup>26</sup> 593 U.S. \_\_\_ (2021).

<sup>27</sup> 492 U.S. \_\_\_ (2020).

<sup>28</sup> Saffa Aly, Religious Freedom or Pandemic Safety? Mar 25, 2021 [www.thereview.org](http://www.thereview.org).

<sup>29</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63.

<sup>30</sup> *Id.* concurring op. at 5.

the religious buildings as “houses of worship” Cuomo’s order indicated preference over non-secular organizations rather than discrimination.<sup>31</sup>

Following *Roman Catholic Diocese*, the Court remanded another case for “further consideration” in *Robinson v. Murphy*, which involved a challenge to New Jersey Governor, Philip Murphy’s executive order restricting religious gatherings.<sup>32</sup> The case was previously dismissed by the US District Court.<sup>33</sup>

There are several theories as to why the Court ruled so differently on similar cases.<sup>34</sup>

First, there was shift in the composition due to the unfortunate passing of Justice Ruth Bader Ginsburg and the appointment of Justice Amy Coney Barrett in her place. The agenda of the new conservative Supreme Court has been the concern and the source of much writing especially due to the fact that this has changed from the traditional notion of self-restraint of the least dangerous branch,<sup>35</sup> into a much more assertive and activist court.<sup>36</sup>

One of the concerns for balancing tests is that when there is not strong precedent, or it is a novel topic, courts might resort to balancing using rules by analogy. As with any analogy, it has the risk to become fallacy when trying to pick out similarities that are insufficient, irrelevant or ambiguous. In Justice Kavanaugh’s concurrence, the cap was discriminatory because the attendance restriction applied to houses of worship but non-secular buildings like grocery stores or liquor stores were allowed greater attendance caps. The fallacy of this analogy as Justice Sotomayor’s dissents points out is that it ignores the scientific evidence presented to the Court that churches are at higher risk for spread.<sup>37</sup> First of all, a trip

---

<sup>31</sup> *Id.* Justice Sotomayor’s Dissent

<sup>32</sup> *Robinson v. Murphy*, Docket no. 20A95 (2020).

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> See ABA, Is Covid-19 still a public health emergency, <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/real-estate-condemnation-trust/articles/2021/is-covid-19-still-a-public-health-emergency/>.

<sup>35</sup> A. Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company (1962).

<sup>36</sup> I. Millhiser, *The Agenda: how a Republican supreme court is reshaping America*, Columbia Global Reports (2021).

<sup>37</sup> *Id.*, at 74. Also see *Roman Catholic Diocese v. Cuomo*, Amicus Brief by the AMA and Medical Society of New York (“The AMA and MSSNY will not tell this

to the grocery stores is usually limed to going in, grabbing what you need, and leaving. The medical experts state in their amicus brief that attending an indoor religious service is similar level of risk to attending an indoor sporting event, going to a bar, or dining indoors all of which were also prohibited in those zones.<sup>38</sup> Going off of the five risk factors to determine whether an activity is a higher transmission risk, including (1) enclosed spaces (2) large groups (3) close proximity (4) long duration of exposure and staying in one place.<sup>39</sup> A shopper in a NYC grocery store is generally not singing, repeating verses, greeting others, or sitting in one place for an extended amount of time.<sup>40</sup>

In contrast to the freedom of religion cases, the case on FDA regulations on abortion medicine are guided by politics instead of science.<sup>41</sup> Justice Sotomayor's dissent explains that telehealth medical abortion is just as safe and effective as in person care.<sup>42</sup> Allowing individuals to see a doctor online also helps those living in rural areas, those who are in situations of domestic violence, those who may have pre-existing medical conditions, and those who are living with elderly individuals. Making an unnecessary visit is risking exposure to covid-19, and risking their life as well as others. When individuals do not have access to abortion they might seek out other more dangerous alternatives.

### 3. *The analogical approach in the SCOTUS Jurisprudence*

In order to fully appreciate the significant jurisprudential shift in the COVID-19 cases, we need to analyze the approach that the Supreme Court has used for three decades when dealing with Free Exercise claims. The Court's interpretation of the Free Exercise

---

court how to strike that balance, but they do believe that the science clearly shows that congregating indoors ... endangers public health").

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> See Hannah Frishberg, *New York is the 'least friendly state' - and darn proud of it*, New York Post, (Aug. 20 2019) [nypost.com](http://nypost.com).

<sup>41</sup> Carrie Baker, opinion, *Supreme Court Reinstates Barriers to Abortion by Telemedicine*, mar 15, 2021 [www.theregreview.org](http://www.theregreview.org).

<sup>42</sup> See Planned Parenthood, New Study shows, July 11, 2019 [www.plannedparenthood.org](http://www.plannedparenthood.org).

Clause has been, until April 2021, rooted in the landmark decision *Employment Division v. Smith*<sup>43</sup>: this theory, or at least the major interpretation of *Smith* until recently, can be referred to as the analytical approach.<sup>44</sup> In *Smith*, the Court held that an individual's religious beliefs do not excuse him from compliance with an otherwise valid law which is prohibiting conduct that the State is free to regulate. More specifically, the *Smith* Court underlined that the "right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a 'valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes).'"<sup>45</sup> Therefore, under the *Smith* doctrine, neutral laws of general applicability are not subject to strict scrutiny. If prohibiting the exercise of a religion results from enforcing a neutral and generally applicable law, the First Amendment Free Exercise Clause has not been violated.

However, *Smith* left underlying questions unanswered including which laws could be considered "neutral" and of general applicability. In other words, which elements could affect the general applicability and neutrality of a law and therefore trigger the subjection of such law to strict scrutiny? The Court addressed the issue, partially answering to such inquiry, in *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*.<sup>46</sup> The *Lukumi* Court stated that "if the object of a law is to infringe upon or restrict practices because of their religious motivation, the law is not neutral [see *Smith*]"<sup>47</sup>, therefore a law, or in an official action, is not neutral if it targets religious conduct for distinctive treatment. Moreover, according to the Court's definition, a law is not generally applicable if one "selectively impose[s] burdens only on conduct motivated by religious belief."<sup>48</sup>

In fact, if a law burdens religious practice and is not neutral or not of general application, it must undergo the most rigorous scrutiny, the strict scrutiny: "to satisfy the commands of the First Amendment, a law restrictive of religious practice must advance

---

<sup>43</sup> *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>44</sup> M.J. Klarman, *Constitutional Constraints on Free Exercise Analogies* (2021, March 10). 134 Harv. L. Rev. 1782.

<sup>45</sup> *Employment Div. v. Smith*, *supra* note 1, at 879.

<sup>46</sup> *Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

<sup>47</sup> *Id.*, at 534.

<sup>48</sup> *Id.*, at 543.

‘interests of the highest order’ and must be narrowly tailored in pursuit of those interests.”<sup>49</sup>

In *Lukumi*, the City of Hialeah ordinances were considered not neutral and not of general application, as they specifically targeted religious practices. The city ordinances aimed at banning the religious practice of scarifying animals to gods, but without prohibiting the many other secular activities in which animals were killed. The city policy was that of opposing “the ritual sacrifices of animals”<sup>50</sup>. As the city ordinances were not neutral and generally applicable, the Court applied the strict scrutiny: the laws failed the test and were thus found in violation of the Free Exercise Clause.

The *Lukumi* Court addressed ordinances which targeted the religious practice and were therefore “well below the minimum standard”<sup>51</sup> of neutrality and general applicability. But in less extreme cases, the question revolves around which elements have a negative impact on the general applicability and neutrality of a law and what is the minimum standard of analogy, between secular and religious conduct, that must be respected for the law to be considered generally applicable. In other words, “how much analogous secular conduct can be left unregulated before a law ceases to be generally applicable?”<sup>52</sup> Could a single secular exemption to the law trigger the subjection of such law to strict scrutiny? The Courts have always been divided as to the interpretation of both the notions of general applicability and of analogous secular conduct. For instance, in *Grace United Methodist Church v. City of Cheyenne*,<sup>53</sup> the Tenth Circuit denied that a secular exemption could automatically affect general applicability of a law and therefore create a claim for a religious exemption; instead, it interpreted *Smith* as standing for the application of the analogical approach, performing an inquiry based on specific facts.

Thus, while some Courts interpreted *Smith* as requiring “all analogous secular activity to receive preferential treatment before a

<sup>49</sup> *Id.*, at 498.

<sup>50</sup> *Id.*, at 527.

<sup>51</sup> *Id.*, at 543.

<sup>52</sup> D. Laycock & S.T. Collis, 2016 Roscoe Pound Lecture, *Generally Applicable Law and the Free Exercise of Religion*, (2016) 95 Neb. L. Rev. 1, 11 (referenced in Klarman, *supra* note 44).

<sup>53</sup> *Grace United Methodist Church v. City of Cheyenne*, 427 F.3d 775, 784 (10th Cir. 2005).

free exercise challenge can succeed”<sup>54</sup>; others claimed that even a single secular exemption would be sufficient to trigger the strict scrutiny review.<sup>55</sup> Up to April 2021, the SCOTUS jurisprudence followed the first interpretation of *Smith*: when laws openly discriminate a religious activity, strict scrutiny must be applied; but when laws provide specific exceptions for secular activities, without privileging in the same way the religious institutions, the Supreme Court often utilizes the analogical approach. If the advantaged secular activity can be considered as sufficiently similar to the disfavored religious activity, then the law is not neutral and generally applicable. In this case, the Court will review the Free Exercise Clause claim and the law will be subjected to the strictest standard of review. However, such Courts have set aside such claim if the secular activities, which benefit from the exceptions, are very different from the religious ones.

But Courts have interpreted differently the meaning of “analogous or sufficiently similar” activities over the years by changing the terms of their balancing. Moreover, some judges under the so called “most favored nation” theory, have argued that is not even necessary to analyze such (potential) analogy: if a law provides an exception to a secular activity, it must grant a religious exception too, unless the government meets strict scrutiny.<sup>56</sup>

The dangers deriving from this undetermined standard of general applicability were further exposed by the states’ restrictions imposed on secular and religious activities, severely limiting physical gatherings, in response to the COVID-19 pandemic. Many cases arising out of such restrictions, in which the religious institutions claimed the existence of a violation of the Free Exercise Clause, were decided using the interpretation of *Smith* in its analogical approach, as, for instance, the Supreme Court did in May 2020 with *South Bay United Pentecostal Church v. Gavin Newsom, Governor of California*.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Klarman, *supra* note 44, at 1794.

<sup>55</sup> The second interpretation cited can be referred to as the “most favored nation” theory, further analyzed below.

<sup>56</sup> M.J. Stern, *The Supreme Court Broke Its Own Rules to Radically Redefine Religious Liberty* (2021, April 12). Retrieved from *slate.com*.

Professor Jim Oleske, interviewed by M.J. Stern.

<sup>57</sup> *South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom*, *supra* note 20.

4. *South Bay United Pentecostal Church v. Gavin Newsom: the application of the analogical approach to the COVID-19 Free Exercise Clause*

In *South Bay I*, the California Executive Order limited the attendance at religious services to either 25% of the building capacity or 100 attendees, whichever was lower. South Bay United Pentecostal Church and others filed an emergency motion, seeking injunctive relief in order to be able to hold in-person religious services, during the pendency of this appeal. The appellants objected the 25% occupancy limitation, claiming that comparable secular businesses (such as restaurants, offices, shopping malls, retail stores, supermarkets) were not subject to the same limitation. The Supreme Court denied the injunctive relief, without a majority opinion. However, the use of the analogical approach can be observed in both the concurrence and the dissent.

Chief Justice Roberts, in his concurrence, highlighted the differences between two classes of secular gatherings and the relative restrictions. The Order applied to lectures, concerts and theatrical performances restrictions which were similar to the ones that applied to places of worship; the reason being that, like the religious gatherings, this type of secular activities involved “large groups of people [gathering] in close proximity for extended periods of time.”<sup>58</sup> Other activities, such as operating grocery stores, banks and laundromats, were subjected to less severe restrictions, since in these cases “people neither congregate in large groups nor remain in close proximity for extended periods”<sup>59</sup>, and this second type of secular gatherings was therefore *dissimilar* from the religious in-person services. Therefore, the Order was neutral, generally applicable and constitutionally valid.

Justice Kavanaugh, in his dissenting opinion (joined by Justice Thomas and Justice Gorsuch), reached the opposite conclusion by applying the same analogical approach. He stated that the Order was unconstitutional, and that therefore the temporary injunction had to be granted, since “California’s latest safety guidelines discriminate against places of worship and in favor of *comparable* sec-

---

<sup>58</sup> *South Bay United Pentecostal Church v. Gavin Newsom*, Governor of California, *supra* note 20, at 1613.

<sup>59</sup> *Id.*

ular businesses”.<sup>60</sup> Such discrimination, in his view, must have triggered the strictest standard of review of the government’s action, because the in-person religious gatherings, which would have been taken place in *South Bay United Pentecostal Church*, were comparable to many secular activities, which instead were not subjected to the 25% occupancy cap. Those activities, indeed, taking place in supermarkets, restaurants, shopping malls, “enabled gatherings of many people in close proximity for significant periods of time just as much as churches did.”<sup>61</sup> Because the State of California, in Justice Kavanaugh’s view, discriminated against religion imposing different restrictions on comparable activities, it must have shown a compelling interest in order to be justified for such distinction. Lacking such compelling justification, as in this case, the Order is unconstitutional as it violates the First Amendment Free Exercise Clause.

5. *Justice Kavanaugh’s dissent in Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak: the first signs of departure from the analogical approach, towards the most-favored nation theory*

The use of the same analogical approach can lead to opposite outcomes, even in the same case (as we saw, for instance, in *South Bay I*).

Calvary Chapel Dayton Valley is a church located in Nevada. The church wished to host for the in-person worship services 90 people, which correspond to 50% of its fire-code capacity, and applied for injunctive relief. In Directive 21, however, the Governor of Nevada Steve Sisolak limited indoor worship services to no more than 50 persons, while placing the cap for other secular gatherings at 50% of their operating capacity. The Supreme Court denied the application for injunctive relief, without publishing a majority opinion.

Justice Alito, in his dissent, joined by Justice Thomas and Justice Kavanaugh, applied the analogical approach by focusing on the differences between the favored facilities, such as casinos and bowling alleys (which could operate at 50% of their capacity) and places

---

<sup>60</sup> *Id.*, at 1613 (emphasis added).

<sup>61</sup> Klarman, *supra* note 44, at 1787.

of worship: the dissenting opinion highlighted how, in contrast with *South Bay I*,<sup>62</sup> in the facilities favored in this case “people congregate in large groups and remain in close proximity for extended periods”.<sup>63</sup> Not only, according to the dissent, places of worship and the mentioned secular gatherings are not comparable; the latter are more dangerous in light of the potential COVID-19 spread, nonetheless they are treated more favorably. Indeed, under Directive 21, a large casino could admit thousands of people and “the activities that occur in casinos frequently involve far less physical distancing and other safety measures than the worship services”.<sup>64</sup> In the dissenting Justices’ opinion, the state of Nevada operated a discrimination against places of worship without a compelling justification, therefore violating the First Amendment Free Exercise Clause.

Justice Kavanaugh, in his separate dissent, reviewed *Calvary Chapel* moving towards the most favored nation approach. In international trade law, a trade partner is required to concede to a “most-favored nation” all the benefits the partner granted to other nations.<sup>65</sup> In the same direction, Professor Laycock and Professor Collis argue that “the constitutional right to free exercise of religion is a right to be treated like the most favored analogous secular conduct.”<sup>66</sup> Justice Kavanaugh adopted this framework, stating that “unless the State provides a sufficient justification otherwise, it must place religious organizations in the favored or exempt category”.<sup>67</sup> Therefore, it is not enough for Nevada to point out that some secular businesses are subjected to the same limits (or to even stricter restrictions) that also places of worship experience, because the legal inquiry “is not whether religious worship services are all alone in a disfavored category, but why they are in the disfavored category to begin with.”<sup>68</sup>

---

<sup>62</sup> *South Bay United Pentecostal Church v. Gavin Newsom, Governor of California*, *supra* note 20, at 1613 (Chief Justice Robert’s concurrence).

<sup>63</sup> *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603, at 2609 (dissent by Justice Kavanaugh).

<sup>64</sup> *Id.*, at 2605.

<sup>65</sup> Klarman, *supra* note 44, at 1795.

<sup>66</sup> D. Laycock & S.T. Collis, *supra* note 52.

<sup>67</sup> *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, *supra* note 63, at 2612.

<sup>68</sup> *Id.*, at 2614.

According to the most-favored nation approach, every time that the government grants an exemption in favor of a secular activity, it has an obligation to grant a religious exemption, too (unless the government meets the strictest standard of review, the strict scrutiny)<sup>69</sup>: when a law “favors or exempts some secular organizations as opposed to religious organizations, a court entertaining a constitutional challenge by the religious organizations must determine whether the State has sufficiently justified the basis for the distinction.”<sup>70</sup> Justice Kavanaugh interpreted *Smith* as requiring the government to “articulate a sufficient justification for treating some secular organizations or individuals more favorably than religious organizations or individuals” and argued that in this case the State of Nevada did not show a valid justification for such distinction, therefore the Directive was unconstitutional.<sup>71</sup>

6. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo and South Bay II: the Court grants injunctive relief*

As SCOTUS commentators have pointed out, the difference between the two interpretations of *Smith* is the following: while one argues that the Free Exercise Clause protects against the government singling out religious practice, without however conceding a right to religious exemptions in case the same law is granting to some secular activities particular benefits,<sup>72</sup> the other imposes on the government an obligation to grant a religious institution an exemption whenever one is conceded to a (comparable) secular business, unless strict scrutiny is met.<sup>73</sup>

Even if in both *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*<sup>74</sup> and *South Bay II*<sup>75</sup>, the majority applied the first interpretation of

---

<sup>69</sup> Professor Oleske, interviewed by M.J. Stern, *The Supreme Court Broke Its Own Rules to Radically Redefine Religious Liberty*, *supra* note 56.

<sup>70</sup> *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, *supra* note 63, at 2612-2613.

<sup>71</sup> *Id.*, at 2613.

<sup>72</sup> See, for instance, the concurrence of Chief Justice Roberts in *South Bay I*, *supra* note 58. In general, we are referring to the analogical approach.

<sup>73</sup> See, for instance, the dissenting opinion by Justice Kavanaugh in *Calvary Chapel*, just analyzed. *Supra* note 63. We are referring to the most-favored nation approach.

<sup>74</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63.

<sup>75</sup> *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 141 S. Ct. 716 (hereinafter referred to as *South Bay II*).

*Smith* mentioned (analogical approach), the results in these two cases were opposite from the ones obtained in *South Bay I* and *Calvary Chapel*: here, the Court granted application for injunctive relief.<sup>76</sup>

In *Roman Catholic Diocese*, Andrew Cuomo, the Governor of New York, issued an Executive Order imposing severe restrictions on attendance at religious services in areas that were classified as “red” zones, in which no more than 10 persons could attend each religious service, and “orange” zones, in which the limit was 25 persons; in both cases, the restrictions were applied regardless of the churches’ capacity.

The applicants, the Roman Catholic Diocese of Brooklyn and the Agudath Israel of America<sup>77</sup> applied for an injunctive relief, arguing that the restrictions violated the Free Exercise Clause of the First Amendment, as the regulations treated houses of worship much more harshly than comparable secular facilities.<sup>78</sup> The Supreme Court, in a five to four decision, granted the application for an injunctive relief, enjoining the enforcement of the restrictions imposed by the Executive Order on the mentioned religious services.

The Court held that the restrictions were unconstitutional as they violated the “minimum requirement of neutrality to religion”<sup>79</sup>: the regulations weren’t neutral because they “single[d] out houses of worship for especially harsh treatment”.<sup>80</sup> An example of disparate treatment, according to the Court, is that while the attendance at houses of worship in the orange zones was limited to 25 persons, the non-essential businesses could decide how many persons to admit.<sup>81</sup> The Order didn’t survive strict scrutiny as, even if trying to avoid the spread of COVID-19 can certainly be defined as a compelling state interest, the means were not narrowly tailored.

Thus, the reasoning of *Roman Catholic Diocese* was in line with *Smith*: the Order targeted religion, discriminating religious prac-

---

<sup>76</sup> In *South Bay II*, the Court granted application for injunctive relief only partially.

<sup>77</sup> Along with other affiliated entities.

<sup>78</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, *supra* note 29, at 66.

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> *Id.*

tices; therefore, it was subjected to strict scrutiny, and found unconstitutional. It must be noted that the most-favored nation approach was *not* mentioned in the *per curiam* opinion, but only in Justice Kavanaugh's concurrence: "once a State creates a favored class of businesses, as New York has done in this case, the State must justify why houses of worship are excluded from that favored class."<sup>82</sup>

In both *Roman Catholic Diocese* and *South Bay II*, the dissenting opinions focus on the necessity to avoid overriding the determinations of public health officials during a pandemic ("Justices of the Court are not scientists", states Justice Kagan in her dissent).<sup>83</sup>

#### 7. *The Turning point: Tandon v. Newsom and the most-favored nation approach*

In April 2021, with *Tandon v. Newsom*,<sup>84</sup> the Supreme Court adopted, for the first time, the most-favored nation approach in the majority opinion, substantially overruling *Smith*<sup>85</sup> (or at least providing a new interpretation of *Smith*, incredibly different from the one adopted until now).

The applicants challenged California restrictions which banned indoor religious gatherings and limited outdoor religious gatherings to three households. The Supreme Court granted the application for injunctive relief, as the Order was not neutral and generally applicable and the strict scrutiny wasn't met.

In defining the standard of neutrality and general applicability, the Court clearly adopted the most-favored nation theory: "the government regulations are not neutral and generally applicable [...] whenever they treat any comparable secular activity more favorably than religious exercise"<sup>86</sup>, therefore claiming that the strict scrutiny is triggered, under the Free Exercise Clause, every time that the

<sup>82</sup> *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, *supra* note 29, at 73 (Justice Kavanaugh, concurring).

<sup>83</sup> *South Bay II*, *supra* note 75, at 719 (Justice Kagan, with whom Justice Breyer and Justice Sotomayor join, dissenting).

<sup>84</sup> *Ritesh Tandon, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, 141 S. Ct. 1294.

<sup>85</sup> Professor Oleske, interviewed by M.J. Stern, *The Supreme Court Broke Its Own Rules to Radically Redefine Religious Liberty*, *supra* note 56.

<sup>86</sup> *Tandon v. Newsom*, *supra* note 84, at 1296 (emphasis added).

government grants an exemption to a comparable secular business, but not to the religious institutions.

The most cited authority of this decision is *Roman Catholic Diocese*, in which however, as mentioned above, the Court did *not* adopt the most-favored nation theory (at least, not in the majority opinion).<sup>87</sup> The dissenting opinion by Justice Kagan, joined by Justice Breyer and Justice Sotomayor, applied the “traditional” interpretation of *Smith*, the analogical approach, highlighting that the Order limited *all* gatherings in homes, secular and religious, to three households, therefore complying with the First Amendment: “the First Amendment requires that a State treat religious conduct *as well as* the State treats *comparable* secular conduct. [...] California limits religious gatherings in homes to three households. If the State also limits all secular gatherings in homes to three households, it has complied with the First Amendment.”<sup>88</sup>

#### 8. *Expert judgement or Deadly Game? Explaining SCOTUS Jurisprudential Shift*

Justices of this court play a deadly game in second-guessing the expert judgement of health officials about the environments in which a contagious virus, now affecting a million Americans each week, spreads most easily.”

Justice Sotomayor, in her dissent of *Roman Catholic v. Cuomo*.

The religious freedom cases have created a special carve out for constitutional challenges of executive orders in quarantine. Earlier on in the pandemic, the SCOTUS was more willing to defer to executive orders in the cases involving restrictions and deferring to expert judgement in state legislatures whereas later on with the changing composition of bench and the replacement of Justice Ruth Bather Ginsburg with Justice Amy Coney Barret, the SCOTUS majority has shifted significantly as reflected by its new interpretation of the Free exercise clause during the COVID-19 pandemic that in her dissenting Opinion Justice Sonia Sotomayor has

<sup>87</sup> See previous paragraph of this article.

<sup>88</sup> *Tandon v. Newsom*, *supra* note 84, at 1298 (Justice Kagan, with whom Justice Breyer and Justice Sotomayor join, dissenting) (emphasis added).

called a “deadly game”. We attribute the shift in jurisprudence to two different factors. On the one hand the change of composition of the Supreme Court and on the other, connected to the first factor, the jurisprudential change undertaken by the conservative majority that has interpreted the Free Exercise of Religion as a fundamental right trumping any other competing right.<sup>89</sup>

As to the first factor, the composition of the federal judiciary, under the US constitution the President appoints federal judges who are confirmed by the Senate.<sup>90</sup> In this respect, President Trump’s judicial policy has been extremely effective since in his four-year mandate he managed to appoint more than 230 judges on the federal bench and three Supreme Court Justices. The danger of his conservative appointments lies in the fact that now a third of the US judiciary with lifetime tenure will remain white and male, undermining the diversity and the democratic representation of the federal bench. Indeed, *South Bay I* and *Calvary Chapel* were both five to four decisions, the majority being composed by Justices Roberts, Breyer, Sotomayor, Kagan and Ginsburg. The jurisprudential shift took place after Justice Barrett replaced Justice Ginsburg, in *Roman Catholic Diocese*: another five to four decision, but with an inversion of the majority and the dissenting Justices.<sup>91</sup>

As to the second factor, the jurisprudential shift emerges after SCOTUS in 2020 had deferred to governments’ expertise in reviewing the lockdown measures because as Justice Breyer explained in his concurrence in *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, the newness of the global health emergency and how little was known about the COVID-19 epidemic.<sup>92</sup> In *Capital Hill Baptist Church v. Bowser*, SCOTUS began pattern of departing from the holding of *South Bay*, and allowed a church in DC to hold outdoor worship services.<sup>93</sup> But in *Roman Catholic v. Cuomo*, in November 25, 2020, the Court struck down a restriction of the free exercise clause reasoning that the prior ruling had “expired” and “even

---

<sup>89</sup> J. Green, *How Rights Went Wrong* (2021), at 58.

<sup>90</sup> U.S. Const. art. II, § 2, cl. 2.

<sup>91</sup> In *Roman Catholic Diocese v. Cuomo*, the dissenting Justices were Justices Roberts, Breyer, Sotomayor and Kagan.

<sup>92</sup> *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, (2020) (opinion of Breyer, J.); *but see Roman Catholic Diocese v. Cuomo* 141 S. Ct. 63 69, 70 (2020).

<sup>93</sup> *Capital Hill Baptist Church v. Bowser*, No. 1:2020cv02710 (2020).

though the Constitution has taken a holiday during this pandemic, it cannot become a sabbatical.”<sup>94</sup>

The most-favored nation approach, as presented by SCOTUS in the landmark decision *Tandon v. Newsome*, results in the prevalence of the Free Exercise of Religion clause over any other competing right. Indeed, an approach which requires that if a law provides an exception to a secular activity, it must grant a religious exception too unless the *strictest* standard of review is met, could be considered as “the new right fundamentalism”, where “identifying a right has become a reason to ignore the context”.<sup>95</sup> The danger of such approach in interpreting fundamental rights is particularly evident if the context at issue is a deadly pandemic.

## 9. Conclusion

The new SCOTUS majority has revitalized the Free Exercise Clause that after Scalia’s majority in *Smith* led to the adoption in Congress of the Religious Freedom Restoration Act (RFRA) supported by religious groups, left and right because constitutional Free Exercise claims were so weakened by *Smith*. During the COVID-19 pandemic many governors restricted the activity houses of worship as non-essential, but allowed in certain circumstance the exercise of preferred economic privileges when deemed essential. However in *Tandon v. Newsome* the Supreme Court resolved the potential conflict between the Free Exercise Clause and the rights of business interests in binary terms by considering religious activities as essential regardless of the competing public health considerations thus exacerbating the rights’ differences and burning every potential bridge between them. As Jamal Greene has pointed out, “When judges treat right conflicts as a choice between absolute entitlements, they raze those alternative visions, never to be rebuilt”<sup>96</sup> thus creating a dangerous incompatibility between competing rights. An alternative approach in balancing rights that leans towards proportionality, instead, could result in a hoped-for reconciliation, or at least in a more harmonious coexistence, of such rights.

---

<sup>94</sup> *Id.* Justice Gorsuch.

<sup>95</sup> J. Green, *supra* note 89, at 249.

<sup>96</sup> J. Green, *supra* note 89, at 250.

*Abstract*

The article traces the jurisprudential shift of the U.S. Supreme Court with respect to the interpretation of the free exercise of the religion clause in the First Amendment of the U.S. Constitution during the COVID-19 pandemic. We trace how the Supreme Court shifted from an analogical approach used to uphold restrictive decisions of Governors limiting access to religious gatherings to the “most favored nation” approach invalidating such restrictive measures for violating religious freedoms. We use two lenses to explain this shift: firstly, the different composition of the Supreme Court with its new conservative majority, and secondly, its successful strategy to elevate the free exercise clause over other competing rights and obligations such as public health. Thanks to the opportunity presented by the pandemic, the Court has set aside a proportionality approach to affirm the supremacy of the free exercise of religion, thus transforming its rights jurisprudence into a dangerous, if not deadly game.

L'articolo ripercorre il cambiamento, durante la pandemia di COVID-19, della giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti rispetto all'interpretazione del Primo Emendamento nella parte in cui afferma il libero esercizio della religione. Si espone come la Corte Suprema sia passata da un approccio analogico, utilizzato per sostenere le decisioni dei Governatori che limitavano l'accesso alle riunioni religiose, all'approccio della “most favored nation” (letteralmente, della nazione favorita) a causa del quale, al contrario, tali misure restrittive vengono invalidate per violazione delle libertà religiose. Vengono offerti due criteri per interpretare tale cambiamento: in primo luogo, la diversa composizione della Corte Suprema con la sua nuova maggioranza conservatrice; in secondo luogo, la strategia attuata dalla Corte, con successo, al fine di rendere prevalente il libero esercizio della religione su altri diritti che con esso possono interferire, come quello della salute pubblica. Così, grazie all'opportunità offerta dalla pandemia, la Corte ha abbandonato un approccio incentrato sulla proporzionalità per affermare invece la supremazia del libero esercizio della religione, trasformando la propria giurisprudenza sui diritti in un gioco pericoloso, se non mortale.

MARCO FÉLIX JOBIM - ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA

THE DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT  
IN THE ADPF NO. 709:  
COVID 19 AND THE INDIGENOUS COMMUNITY

SUMMARY: Introduction. – 1. Necessary identification of the precautionary measure in ADPF 709. – 2. The menu of the decision in the precautionary measure of ADPF 709. – 3. The scope of the claim in the precautionary measure in ADPF 709. – 4. The examination of the plan's confrontation and the deficits presented in the precautionary measure in ADPF 709. – 5. The plan, its approval and the structural nature of the precautionary measures in ADPF 709. – Final considerations. – Theoretical reference.

*Introduction*

The theme of structural processes<sup>1</sup>, structural litigation, structural civil process<sup>2</sup>, structural reform<sup>3</sup>, structuring measures – or any other nomenclature that intends to identify the phenomenon – has received great acceptance from Brazilian doctrine and has already accessed the Judiciary, at all levels, with very important debates for the systematization of what turns out to be a new way of providing jurisdiction<sup>4</sup>.

It was in the leading case *Brown vs. Board of Education of Topeka*<sup>5</sup>, from 1954 (*Brown I*) and, later, in its review, in 1955

---

<sup>1</sup> For extensive research on the topic, see: Arenhart, Sérgio Cruz; Jobim, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>2</sup> Vitorelli, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>3</sup> Fiss, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>4</sup> It is recommended to read: Vitorelli, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>5</sup> For a more complete analysis, see: Jobim, Marco Félix. *Medidas estruturantes*:

(*Brown II*), passing through several other countries<sup>6</sup> with so-called structural disputes, that the theme finally landed on Brazilian soil in the first quarter of the 21st century and, since its arrival, the legal community in general has focused on the topic in an open, frank and democratic debate, generating a doctrine that is consistent and already deserving of international recognition even in a short time.

Therefore, from a doctrinal point of view, it is not too much to mention that there are already more than two dozen works produced on structural processes<sup>7</sup>, countless articles, its own course<sup>8</sup> or works with specific chapters dedicated to the theme<sup>9</sup> and yet some

---

da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>6</sup> Dantas, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019. The author identifies cases, in addition to the best known, already in Canada, India, Africa and Colombia. Barros, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2010. The author also identifies cases in Argentina, Brazil and the United States. For a better understanding of the cases tried in Argentina, it is recommended: Verbic, Francisco. *Procesos estructurales en Argentina: una lectura crítica de los principales precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. In: Reichelt, Luís Alberto; Jobim, Marco Félix (org.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019. 27-39.

<sup>7</sup> Here are some of the works already published in a merely exemplary character: Daher, Lenna Luciana. *Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020; Medeiros Júnior, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; Gismondi, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018; Pinto, Henrique Alves. *O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; Porfiro, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; Cota, Samuel Paiva. *Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019; Lira, Adriana Costa. *O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019; Galdino, Matheus Souza. *Processos estruturais: identificação, funcionalidade e finalidade*. Salvador: JusPodivm, 2020; Barros, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020; Marçal, Felipe Barreto. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>8</sup> Arenhart, Sérgio Cruz; Osa, Gustavo; Jobim, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

<sup>9</sup> Arenhart, Sérgio Cruz; Osa, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

monographic works, especially dissertations and theses, already defended and still awaiting publication<sup>10</sup>.

From a legislative point of view, draft bill<sup>11</sup> No. 8.058/14<sup>12</sup> already exists for a while, authored by Federal Deputy Paulo Teixeira. Although slow, its proceedings have continued, and it has even collective work<sup>13</sup> approaching specifically about that legislative act, as there is, recently, the draft bill No. 1.641/21, substituting to the projects 4.441/20 and 4.778/20, which deals with themes sensitive to the structural process<sup>14</sup>. In addition, sparse legal provisions, starting from CPC/2015 to the Bankruptcy and Company Recovery Law, going through LINDB, through the laws of abstract constitutionality control (Law No. 9.868/99 and Law No. 9.882/99), through Administrative Improbity Law, among others, contain guidelines for creating a minimum structural procedure to deal with disputes of this nature<sup>15</sup>, while the National Congress does not address the issue definitively.

<sup>10</sup> As is the case of: Violin, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66023?show=full>. Acesso em: 26 jan. 2021.

<sup>11</sup> References to the project can also be found in the work: LIRA, Adriana Costa. *O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

<sup>12</sup> Brasil. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.058/2014*. Brasília, 4 nov. 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em: 1 jul. 2020.

<sup>13</sup> Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo; Costa, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

<sup>14</sup> Palhares, Beatriz Achôa. Projeto de lei Ada Pellegrini Grinover e o processo estrutural. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344965/projeto-de-lei-ada-pellegrini-grinover-e-o-processo-estrutural>. Acesso 5 maio de 2021.

<sup>15</sup> There is still no specific legislation to the topic, which is why the draft bill is cited. See: Nunes, Leonardo Silva. A certificação de processos estruturais. In: Reichelt, Luís Alberto; Jobim, Marco Félix (org.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019, 323-340. The author recalls, on page 323: "Structural or structuring processes are a reality in Brazilian law. Not because they are formally regulated in the legal system. Much less because they have already dedicated a ready and finished theory that sets its limits and establishes a definition. In fact, this method of dealing with conflicts does not yet seem to demand a closed theory, nor tight concepts". Translated from the original: "Os processos estruturais ou estruturantes são uma realidade do Direito brasileiro. Não porque estejam formalmente regulamentados no ordenamento jurídico. Muito menos porque já tenham dedicada uma teoria pronta e acabada que fixa seus limites e estabeleça uma definição. Na verdade, esse método de tratamento de conflitos ainda não parece demandar uma teoria fechada, nem conceitos estanques".

Also, in the Courts is possible to see the matter in an ascending straight line, since both in the State and Federal Courts<sup>16</sup>, or in the Superior Court of Justice (for example, Special Appeal No. 1.733.412-SP<sup>17</sup> and Special Appeal No. 1.854.847-CE<sup>18</sup>), there has already been express manifestation about structural litigation.

<sup>16</sup> Such as the case of public civil action (ACP) on coal and on daycare centers in São Paulo. For a better understanding of the first case mentioned, it is recommended: Arenhart, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. In: Arenhart, Sérgio Cruz e Jobim, Marco Félix Jobim (org.). *Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. 1047-1070. For the knowledge of the second case mentioned, it is recommended: Costa, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo*. In Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo; Costa, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. 449-473.

<sup>17</sup> “APPEALANT: PUBLIC MINISTRY OF THE STATE OF SÃO PAULO APPEALED: HOSPITAL MUNICIPAL PROFESSOR ALIPIO CORREA NETTO. - ERMELINO MATARAZZO. APPEALED: SÃO PAULO CITY. ATTORNEY: JOÃO TONNERA JÚNIOR AND OTHER (S) - SP281373. MENU. CIVIL PROCEDURE. ADMINISTRATIVE. SPECIAL APPEAL. PUBLIC CIVIL ACTION. REFORM AND IMPROVEMENTS IN A PUBLIC HOSPITAL. JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES. GENERIC IMPOSSIBILITY. DISABILITY. STRUCTURAL PROCESS. MISCELLANEOUS AND COMPLEX ORDERS. POSSIBILITY. ASSESSMENT OF SPECIFIC LEGAL VIOLATIONS. OMISSION. NULLITY. 1. Judicial control of public policies is possible, in theory, even in exceptional circumstances. Although it must be observed the primacy of the administrator in its achievement, discretion gives way to the options anticipated by the legislator, which bind the executor and authorize the judicial review of its implementation. 2. The existence of diverse and complex requests does not mean an automatic claim to replace the administrator. On the contrary, it presupposes the author’s care in view of a structuring performance, which also imposes on the Judiciary the different conduct of the deed. 3. In structural processes, the claim must be considered as a change in the state of affairs that gives rise to the violation of rights, instead of seeking to resolve punctual legal infringements, whose repeated judicialization may result in an even more serious intervention in the administrative discretion that would be wanted to avoid by giving prestige to individual actions. 4. In the specific case, the generic consideration of the impossibility of judicial intervention in the failures in the provision of health services constitutes an effective omission of the ordinary instance regarding the legal provisions invoked, which, if maintained, may make the parties’ access to higher courts unfeasible. 5. Special appeal provided, to determine the return of the deed to the origin to remove the irregularity.” Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859358093/recurso-especial-resp-1733412-sp-2017-0241253-0/inteiro-teor-859358103?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26 jan. 2021.

<sup>18</sup> “CIVIL. CIVIL PROCEDURE. PUBLIC CIVIL ACTION. MINOR HELD IN INSTITUTIONAL HOST FOR PERIOD ABOVE THE LEGAL MAXIMUM. MORAL DAMAGES. PRELIMINARY INJUNCTION JUDGMENT. IMPROCEDENCE OF THE APPLICATION. IMPOSSIBILITY. REPETITIVE ISSUE THAT WAS NOT THE OBJECT OF BINDING PRECEDENT. EXISTENCE OF A NUMBER OF PUBLIC CIVIL ACTIONS IN COURT ABOUT THE THEME. IRRELEVANCE. RESTRICTIVE INTERPRETATION OF PREMATURE JUDGMENT AUTHO-

However, it is at the Federal Supreme Court that the study is directed at this moment, with the analysis of the judgment of the precautionary measure in the claim of non-compliance with a fundamental precept (ADPF) No. 709 and the confrontation of structural measures to guarantee priority in the treatment of health for the Brazilian indigenous community in relation to the coronavirus pandemic. It is not the first time that the Brazilian Court has tackled the issue of structural litigation (it already does, for example, in the case of prisons - ADPF 347<sup>19</sup>), but for the purposes of delimiting the present study, it was fixed the issue of Covid 19, of the indigenous community and health priority through structural measures, thus conforming to the general theme of the present work. In this regard, the authors would like to thank Professor Lucia Scaffardi, from the Department of *Law, Political and International Studies*, at the University of Parma, in which she holds the department of Comparative Public Law, for the invitation and the opportunity to participate in such a distinguished work.

The text will address some of the parts of the decision by a court of justice in the judgment issued in ADPF 709 and the preliminary injunction that judged the precautionary measure, reported by *Ministro* Luís Roberto Barroso, for the purpose of iden-

---

RIZING HYPOTHESES. PUBLIC CIVIL ACTION INVOLVING STRUCTURAL NATURE LITIGATION. NEED FOR PROBATORY DILATION. INCOMPATIBILITY, IN RULE, WITH THE PRELIMINARY INJUNCTION IMPROCEDENCE OF THE DEMAND OR WITH THE ANTICIPATED JUDGMENT OF THE MERITS. STRUCTURAL PROCESS. COMPLEX, PLURIFACTORIAL AND POLYCENTRIC NATURE. INSUSCETIBILITY OF RESOLUTION BY THE ADVERSARIAL AND INDIVIDUAL CIVIL PROCESS. INDISPENSABILITY OF THE COLLABORATION AND PARTICIPATION OF THE STATE AND CIVIL SOCIETY IN THE CONSTRUCTION OF SOLUTIONS FOR STRUCTURAL DISPUTES, THROUGH BROAD CONTRADICTORY AND CONTRIBUTION OF ALL THE POTENTIALS ACHIEVED AND BENEFICIARIES OF THE STRUCTURING MEASURE. NEED TO PROVIDE DIFFERENTIATED JURISDICTIONAL GUARANTEE AND ADHERENT TO THE SPECIFICITIES OF MATERIAL LAW CONCERNED IN THE CAUSE, EVEN THAT INEXISTENT, IN BRAZIL, ADEQUATE PROCEDURAL RULES FOR THE RESOLUTION OF STRUCTURAL DISPUTES. ANNULMENT OF THE PROCESS SINCE THE SUMMONS, WITH DETERMINATION OF INSTRUCTION AND REJUDGEMENT OF THE CAUSE, UNDERMINE THE EXAMINATION OF OTHER MATTERS.” Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859491135/recurso-especial-resp-1854847-ce-2019-0031914-6/inteiro-teor-859491145?ref=feed>. Acesso em 26 jan. 2021.

<sup>19</sup> STF DETERMINA ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PARA SANAR VIOLAÇÃO DE DIREITOS DOS PRESOS. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/226607/stf-determina-adocao-de-providencias-para-sanar-violacao-de-direitos-dos-presos>. Acesso 6 maio de 2021.

tifying how the Judiciary has behaved in the face of demands involving the rights of minorities considering the coronavirus pandemic, especially when there is a structural nature. As Irene Spigno<sup>20</sup> wrote in the article “La giurisprudenza costituzionale Messicana Sul COVID-19” about Mexico and its structural deficiencies, Brazil is no different in this regard.

The object of the action is delimited in a “[...] *supposed set of actions and omissions by the public authorities related to combating the Covid-19 pandemic that would imply a high risk of contagion and extermination of several indigenous peoples. Apib and the political parties claim that this is discrimination incompatible with the rights to health, isonomy and cultural difference, which ‘seriously violates the state’s duty to protect and promote the fundamental rights of indigenous peoples, notably their life and health’.* The rapporteur partially deferred the precautionary measure to order the Union to formulate, within 30 days, a plan to confront Covid-19 for Brazilian indigenous peoples, with the participation of the National Human Rights Council (CNDH) and representatives of communities of indigenous peoples, with technical support from the Oswaldo Cruz Foundation and the Indigenous Health Working Group of the Brazilian Association of Public Health (Abrasco)”<sup>21</sup>.

In view of the announced conflict, the text proposes to delve into sensitive issues of the reasoning and justification of the decision, in particular intending to elucidate the structural nature of some measures and demonstrating, at least in part, how the Judiciary has been dealing with specific issues about Covid-19, in this case, life, dignity and other rights under articles 231 and 232<sup>22</sup>, the Constitution, of the indigenous and their communities.

---

<sup>20</sup> “La pandemia ha reso visibili le carenze strutturali del sistema sanitario nazionale, la carenza di risorse o la scarsa qualità di queste, la mancanza di garanzia di un livello di salute e la precarietà del lavoro in ampi settori sociali. Ma proprio per questo solleva anche la necessità di intraprendere trasformazioni istituzionali che la rafforzino a vantaggio dei lavoratori e dei loro utente”.

<sup>21</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-02/stf-retoma-sessoes-segunda-acao-protecao-indios>. Acesso 9 abril de 2021.

<sup>22</sup> CHAPTER VIII. OF THE INDIANS. Article 231. The Indians are recognized for their social organization, customs, languages, beliefs and traditions, and the original rights over the lands they traditionally occupy, and the Union is responsible for demarcating, protecting and ensuring respect for all its assets. § 1 The lands traditionally occupied by the Indians are those they inhabit on a permanent basis, those used for

1. *Necessary identification of the precautionary measure in ADPF 709*

The claim of non-compliance with a fundamental precept (ADPF) is an action of the abstract control of constitutionality in Brazil, provided for in the Constitution (article 102, § 1) and with its own procedural legislation (Law No. 9.882/99<sup>23</sup>), whose objective is *to avoid or repair injury to a fundamental precept, resulting from an act of the Public Power*.

ADPF 709, whose report is by *Ministro* Luís Roberto Barroso, has as claimants the Articulation of Indigenous Peoples of Brazil (APIB); the Brazilian Socialist Party (PSB); the Socialism and Freedom Party (PSOL); the Communist Party of Brazil (PCdoB); the Sustainability Network (REDE); the Workers' Party (PT); and the Democratic Labor Party (PDT). The defendants are the Union and the National Indian Foundation (FUNAI)<sup>24</sup>.

---

their productive activities, those essential for the preservation of the environmental resources necessary for their well-being and those necessary for their physical and cultural reproduction, according to their uses, costumes and traditions. § 2 The lands traditionally occupied by the Indians are intended for their permanent possession, with the exclusive enjoyment of the resources of the soil, rivers and lakes in them. § 3 The use of water resources, including energy potentials, research and mining of mineral wealth in indigenous lands can only be carried out with authorization from the National Congress, after hearing the affected communities, ensuring their participation in the mining results, in the form of the law. § 4 The lands referred to in this article are inalienable and unavailable, and the rights over them are inviolable. § 5 The removal of indigenous groups from their lands is prohibited, except, "ad referendum" of the National Congress, in the event of a catastrophe or epidemic that puts their population at risk, or in the interest of the country's sovereignty, after deliberation by the National Congress, in any case, the immediate return is guaranteed as soon as the risk ceases. § 6° Acts which have as their object the occupation, dominion and possession of the lands referred to in this article, or the exploitation of the natural resources of the soil, rivers and lakes in them are null and extinct, without producing legal effects, except in case of relevant public interest of the Union, according to what the complementary law provides, not generating the nullity and extinction of the right to indemnity or actions against the Union, except, in the form of the law, regarding the improvements derived from the occupation in good faith. § 7° The provisions of article 174, § 3 and § 4 and article 232 do not apply to indigenous lands. The Indians, their communities and organizations are legitimate parties to go to court in defense of their rights and interests, the Public Ministry intervening in all acts of the process.

<sup>23</sup> Brasil. Lei 9.882/99. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso 6 maio de 2021.

<sup>24</sup> The National Indian Foundation - FUNAI is the official indigenist organ of the Brazilian State. Created through Law No. 5.371, of December 5th, 1967, linked to

It is still to be remembered in this initial part of the identification of the case, that in Brazilian legislation there is the possibility of intervention by the active participation of *amicus curiae*, even more in debates involving minority rights, therefore countermajority, in the Supreme Federal Court and, in particular, in the actions of abstract control, whose force of decision has an effect *erga omnes*, but nothing preventing the friend of the Court from existing in other process models, under the CPC/2015, under the provision of article 138<sup>25</sup>.

In view of this fact, in order to democratize the process more and more, the ones accepted as *amicus curiae*, not counting the eventual entry of others: the Indigenist Missionary Council (CIMI); Conectas Human Rights - Human Rights Network Association; ISA - Socioenvironmental Institute; Federal Public Defender's Office; National Human Rights Movement - MNDH; Tapajos and Arapiunsam Indigenous Council: Land of Rights; and Guarani Yvyrupa Commission.

## 2. *The menu of the decision in the precautionary measure of ADPF 709*

The reasoning for judicial decisions is a constitutional guarantee provided for in art. 93, IX<sup>26</sup>, of the Constitution, whose expla-

---

the Ministry of Justice, it is the coordinator and main executor of the Federal Government's indigenous policy. Its institutional mission is to protect and promote the rights of indigenous peoples in Brazil. Ver <http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos>. Acesso em 10 de maio de 2021.

<sup>25</sup> Article 138. The judge or the rapporteur, considering the relevance of the matter, the specificity of the subject matter of the case or the social repercussion of the controversy, may, by an unappealable decision, *ex officio* or at the request of the parties or of those who intend to speak, request or admit the participation of a natural or legal person, body or specialized entity, with adequate representation, within 15 (fifteen) days of its summons. § 1 The intervention referred to in the caput does not imply a change of competence nor authorize the lodging of appeals, except for the opposition to Amendment of Judgement and the hypothesis of § 3. § 2 It will be up to the judge or the rapporteur, in the decision that requests or admits the intervention, to define the powers of the *amicus curiae*. § 3 The *amicus curiae* may appeal against the decision that judges the incident to resolve repetitive demands.

<sup>26</sup> Article 93. Complementary law, on the initiative of the Supreme Federal Court, will provide for the Statute of the Judiciary, with due regard for the following principles: IX all judgments of the organs of the Judiciary will be public, and all decisions will be reasoned, under penalty of nullity, and may the law limits the presence,

nation of how to make a reasoning is in the infra-constitutional legislation, especially in the Civil Procedure Code of 2015, in its articles 11<sup>27</sup> and 489<sup>28</sup>. The decisions originating from the Courts are called *acórdão* – which would be the decision by a court of justice – and, in them, there is the menu that would be the sum, the summary of the decision.

The menu of the decision regarding the precautionary measure in ADPF 709, authorized by article 5<sup>o29</sup> of Law 9.882/99, which in

---

in certain acts, to the parties themselves and to their lawyers, or only to them, in cases in which the preservation of the right to privacy of the person concerned with secrecy does not harm the public interest to information.

<sup>27</sup> Article 11. All judgments of the organs of the Judiciary Power will be public, and all decisions will be reasoned, under penalty of nullity. Translated from the original: Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

<sup>28</sup> Article 489. Essential elements of the sentence are: I - the report, which will contain the names of the parties, the identification of the case, with the summary of the request and the defense, and the record of the main occurrences that happened in the course of the process; II - the reasoning, in which the judge will analyze the questions of fact and of law; III - the provision, in which the judge will resolve the main questions submitted by the parties. § 1 No judicial decision, whether interlocutory, sentence or judgment - decision by a court of justice, is considered to be reasoned, when: I - is limited to the indication, reproduction or paraphrase of a normative act, without explaining its relation to the cause or the decided issue; II - use indeterminate legal concepts, without explaining the concrete reason for their incidence in the case; III - invoke motives that would lend themselves to justify any other decision; IV - not to face all the arguments deduced in the process capable of, in theory, invalidating the conclusion adopted by the judge; V - limit oneself to invoking a precedent or summary statement, without identifying its determining reasoning or demonstrating that the case under judgment fits those reasonings; VI - fail to follow the summary statement, jurisprudence or precedent invoked by the party, without demonstrating the existence of distinguishing in the case under trial or the overruling of the understanding. § 2 In the event of a collision between rules, the judge must justify the object and the general criteria of the weighting carried out, stating the reasons that authorize the interference in the rule that was removed and the factual premises that justify the conclusion. § 3 The judicial decision must be interpreted based on the combination of all its elements and in accordance with the principle of good faith.

<sup>29</sup> Article 5. The Supreme Federal Court, by decision of the absolute majority of its members, may grant a request for a preliminary injunction in the claim of non-compliance with a fundamental precept. § 1 In case of extreme urgency or danger of serious injury, or even during a recess, the rapporteur may grant the injunction, *ad referendum* of the Full Court. § 2 The rapporteur may hear the bodies or authorities responsible for the act questioned, as well as the General Attorney of the Union or the General Attorney of the Republic, within a common period of five days. § 3 The injunction may consist of determining that judges and courts suspend the progress of the proceedings or the effects of judicial decisions, or any other measure that presents a

Brazil is one of the ways of anticipating the protection of the right of the party, has the following wording:

*RIGHT TO THE HEALTH OF INDIGENOUS PEOPLES. CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL PRECEPT. PARTIAL APPROVAL OF THE GENERAL PLAN FOR CONFRONTING COVID-19 FOR INDIGENOUS PEOPLES. COMPLEMENTARY MEASURES. 1. Given the pressing need to approve the General Plan to Confront COVID-19 for Indigenous Peoples, due to the advance of the pandemic, the great difficulty of the agencies involved in responding and its structural deficit, I decide: (i) for partial approval the General Plan, (ii) the presentation, in a separate section, of the Invaders Isolation Plan, within 5 days, (iii) the presentation of the Monitoring Plan, within 15 days. 2. I suspend FUNAI's Resolution No. 4/2021, since, by imposing hetero-identification criteria on indigenous peoples, linked to the territory and scientific and technical criteria that it does not specify, it violates article 231 of the Constitution, article 1, 2, of the Convention 169 of OIT and the own injunction granted by this Court. 3. Moreover, the process as a whole constitutes a historical account of how the pandemic is being tackled in the country in general and of the situation in which the indigenous health system finds itself.*

With the reading of the aforementioned menu, it is already possible to identify that the structural *deficit* is clear in the case presented, which is the main reason why it will be discussed the planning of the structuring of the indigenous peoples' right to health plan in times of Covid-19 (Sars-CoV-2). To get to know the case, it is interesting to make some considerations about the facts presented, which is done next.

---

relation with the subject matter of the claim of non-compliance with a fundamental precept, except if arising from *res judicata*. § 4 (VETOED). Article 6. Having assessed the request for an injunction, the rapporteur will request information from the authorities responsible for the practice of the questioned act, within ten days. § 1. If considered necessary, the rapporteur may hear the parties on the proceedings that gave rise to the dispute, request additional information, appoint an expert or committee of experts to issue a report on the matter, or set a date for declarations, in a public hearing, of people with experience and authority in the field. § 2. At the discretion of the rapporteur, oral and joint submission of memorials may be authorized, at the request of the interested parties in the process.

3. *The scope of the claim in the precautionary measure in ADPF 709*

As it is possible to observe from part of the report of the decision by the Court of justice, what the claimants want is a decision on the fourth version of the General Plan to Confront COVID-19 for Indigenous Peoples, which was duly presented by the Union.

As reported by *Ministro* Luís Roberto Barroso, the claimants understand that “*the document remains generic and lacks technical elements, which does not allow the assessment of its sufficiency and feasibility and makes it impossible to monitor its implementation. The following deficiencies are pointed out, among others: (i) hiring processes and deadlines incompatible with the situation of the pandemic; (ii) non-discrimination of the budget values of each action; (iii) failure to guarantee support for the social isolation of indigenous people; (iv) generic planning, with no indication of priority measures in terms of sanitation and access to water; (v) lack of transparency, as well as opposition to bureaucratic and budgetary obstacles in the service of indigenous people from non-homologated lands; (vi) failure to indicate the quantity of food baskets by family, composition and delivery frequency; (vii) failure to establish detailed measures to guarantee the flow of individual protection equipment (EPIs), testing material, teams and others to the different indigenous lands, in order to make the care and protocols contemplated by the plan effective, putting in doubt its feasibility; (viii) the need to establish criteria for monitoring the execution of the General Plan. Along these lines, the Public Ministry and the the Office of Public Defenders expressed their partial approval. APIB and CNDH, for rejection. It was also reiterated a request for the undoing the intrusion of invaders from the Yanomami, Karipuna, Uru-EuWau-Wau, Kayapo, Arariboia, Mundurucu and Trincadeira Bacaja Indigenous Lands*”.

It should be noted that the problems presented by the claimants are covered by some of the characteristics that structural litigation contains, such as, for example, complexity, multipolarity, polycentrism and the violation of fundamental rights and guarantees provided for in the Brazilian Constitution. In view of these facts, and, in particular, the alleged omission on very important issues that the Union has not treated as it should have, the intervention of the Judiciary is necessary and will be the target of the next approach.

4. *The examination of the plan's confrontation and the deficits presented in the precautionary measure in ADPF 709*

It is known that the tripartition of Powers in the Democratic Rule of Law is a constitutional requirement<sup>30</sup>, but it is also part of the system in which there is a balance between the Powers and, in the absence or in the excesses of one of them, the other can, through the doctrine of check and balances, assign it some kind of degree of correction. For example, the article written by Chiara Giustiniani and Fernanda G. Nicola<sup>31</sup> entitled “Expert opinion of Deadly Game? The Shifting Jurisprudence of the U. S. Supreme Court” during the COVID-19 Pandemic” demonstrates how the state functioned during the quarantine, what was done similarly in Brazil.

For the Judiciary to have the legitimacy to intervene in attributions that, at first, belong to the Executive Power, then, this must have acted in omission or in an action incompatible with the Rule of Law<sup>32</sup>, dimensioning, with this, a more proactive role of the judging Power<sup>33</sup>. This fact must be target of justification, which is why

---

<sup>30</sup> Article 2. The Powers of the Union are independent and harmonious between each other, the Legislative, the Executive and the Judiciary.

<sup>31</sup> “Starting in March 2020 in the United States, state governments began restricting mass gatherings. Sporting events, concerts, plays, and other social events were suddenly cancelled because of the high risk of spreading the virus. Churches and other religious institutions that allowed congregates to worship for extended periods of time in an enclosed space presented appreciable higher risks of spreading Covid-19 than other businesses such as grocery stores, pharmacies. From a public health perspective, many governors treated religious establishments in line with schools, theaters, or concert halls in terms of risk level and were regulated accordingly”.

<sup>32</sup> About the Rule of Law in France during the COVID-19, see: Anna Maria Lecis Cocco Ortu entitled Percorsi costituzionali n. 1/2021 “Covid e corti”. Covid e corti in Francia: Il Consiglio costituzionale di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela dello Stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti. Writes the author: “La giurisprudenza sulla crisi sanitaria mostra in effetti che i primi, seppur con un andamento oscillante, si sono mostrati in grado di garantire, almeno formalmente, il rispetto dei principi dello Stato di diritto: i meccanismi di garanzia ci sono, anche se i risultati non sono sempre soddisfacenti e condivisibili. Tuttavia, passando dalla prospettiva della garanzia astratta dei principi a quella della difesa concreta dei diritti, essi si sono mostrati alquanto carenti”.

<sup>33</sup> The performance of the Judiciary Branch in other countries such as Spain was no different as it teaches Silvia Romboli in the paper entitled “Covid e Corti: Gli Interventi del Tribunale Costituzionale Spagnolo in Materia di ‘Stati di Emergenza’”. Writes the author: L'intervento più significativo, almeno rispetto al periodo di pan-

it is clear from the reading of the decision by the Court that the Union was already failing to comply with some guidelines of the General Plan designed to prevent the indigenous community from being decimated by Covid-19.

The *Ministro* reports that “*although the General Plan advances in some details, most of the previous determinations of this court were only partially met, when they were. What can be seen, however, from the justifications presented, is a profound disarticulation on the part of the bodies involved. Examples of this are: (i) regarding food baskets: the inability to accurately inform the distribution of food baskets by family and the vulnerability criteria that guide the definition of beneficiaries; (ii) regarding the work of the biosafety teams: the non-detailing of work teams or material flows, under the allegation – at this point in the pandemic and compliance with the precautionary measure – of the need for an ‘in-depth logistical study’; (iii) regarding comprehensive and differentiated assistance: the non-specification of the number of teams working per population, the non-determination of the measures adopted to ensure the tracking, isolation and disposal of cases, the non-detailing or quantification of the hospitalization flow, logistics and beds for cases that require an intensive care unit; (iv) as for the indigenous peoples located in non-homologated indigenous lands: the inability to delimit the respective populations, demands and services provided, as repeatedly determined by this Court; (v) the assertion that contracting with waiver of bidding depends on a court decision. There is conflicting data and contradictory information, as pointed out by technical experts. In addition, the plan remains generic at several points, which makes it impossible to monitor its execution. The feeling is that the organs face great difficulties in responding to the matter*”.

And the rapporteur continues to endorse the urgency of how things should be decided, in the name of saving lives, as he even writes “[...] *in the face of such a precarious situation and the press-*

---

demia e fino alla data odierna (7 giugno 2021), del Tribunale Costituzionale spagnolo relativamente all’interpretazione della disciplina applicabile per fronteggiare una crisi sanitaria, ha ad oggetto la denuncia di violazione del diritto dei ricorrenti di riunione e pubblica manifestazione da parte della amministrazione competente, dato che questa aveva proibito lo svolgimento della manifestazione in ragione della vigenza dello stato di allarme e quindi per tutelare il prevalente interesse alla protezione della salute pubblica”.

*ing need for approval of the General Plan, so that lives can be saved, I decide for their partial approval, observing the conditions outlined in this decision”.*

It is with the measures taken by the homologation of the plan that will be verified the structuring nature of the dispute involving Covid-19 and the protection of the indigenous community.

5. *The plan, its approval and the structural nature of the precautionary measures in ADPF 709*

It does not sound legitimate that the Judiciary Power can simply enter the sphere of the Executive Power and dictate orders without the dialogue being previously established, especially in disputes of a structural nature. In the present case, the dialogue between the Executive Powers with the other powers and with the society was the presentation of a plan, within its competence, both to elaborate and to implement.

Once the plan has been presented, if there are flaws in its preparation or, if the plan is approved, if there are flaws in its implementation, it is the constitutional duty of the Judiciary to intervene to avoid injury or threat to a right, as stated in article 5, XXXV of the Constitution. As seen in the previous section, there are significant gaps in the implementation phase of the plan, causing serious risk to the indigenous community, which then grants legitimacy for the Judiciary to act.

As a result, in addition to the Supreme Federal Court ratifying, by inspecting the preparation of the plan, it determines measures in whatever it is flawed or whose implementation is not being carried out satisfactorily. Therefore, when deciding the precautionary measure, next to the homologation, it determines additional measures that, in fact, are structural in nature.

Note, for example, when the *Ministro* who is the rapporteur decides on the food baskets that are in the plan: “[...] *it should be proceed the detailing of the delivery of baskets by indigenous lands and ethnic groups, of the vulnerability criterion and provide for the extension of the action for the entire duration of the pandemic, with budget allocation until the end of the year*”, and on the alleged unavailability of resources, decides that “[...] *the opening of extraordinary credit and the necessary hiring of servants must be provided*”, in-

cluding already observing who are the recipients of the measures, such as the Ministry of Citizenship, regarding the credits and availability of baskets, the Ministry of Justice and FUNAI, regarding the necessary credits for the hiring of FUNAI personnel and the hiring itself.

On the issue of drinking water, *Ministro* Luís Roberto Barroso even writes that “*It is clear that there is a structural and historical deficit in the service that is not the immediate object of the action*”, and, therefore, it only reinforces that “*alternative actions are welcome, as long as they fulfill this purpose with less demand for resources. Thus, the details of the General Plan must observe this guideline as to the point, making use of less costly alternative measures whenever appropriate and possible*”.

Still on measures related to the presented plan, especially on health surveillance and information, the rapporteur informs that prevention, precaution and protection are criteria adopted by the jurisprudence of the Supreme Federal Court and, therefore, determines based on these criteria that “[...] (i) *the prioritization of the RT-PCR test, both for health teams and for indigenous peoples, considering that specific planning and logistics must be developed, geared to that end, and alternative tests should be used subsidiarily; (ii) quarantine period for entry into indigenous lands of 14 days, with all health guidelines being adjusted to such determination immediately; (iii) details of the logistics and priority of vaccination of indigenous peoples, including those located in non-homologated [...] and urban lands without access to Unic System of Health (SUS), under the same conditions as the other indigenous peoples in the villages, identified fundamentally based on self-declaration, under the terms of article 1 of the Convention 169 of OIT [...]*”.

The decision approaches to other issues related to the protection of the indigenous community, some of a structural nature or structural problem<sup>34</sup>, that doesn't need to be treated anymore at

---

<sup>34</sup> Didier Jr. and Zaneti Jr. write: “The structural problem is defined by the existence of a state of structured non-conformity – a situation of continuous and permanent illegality or a situation of non-conformity, even if not exactly illegal, in the sense that it is a situation that does not correspond to the state of affairs considered ideal.”. Translated from the original: “O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no

this moment, but a topic of the decision still needs to be considered, which is the Union's responsibility<sup>35</sup> for the execution and monitoring of the General Plan, with the reservations of the preliminary decision, which demonstrates, once again, that the interference of the Judiciary Power in areas whose initial competence belongs to another Power should only be made as an exception.

## 8. *Final considerations*

As seen, the Judiciary has faced the issue of structural litigation, as exemplified in the cases judged by the Superior Court of Justice, through the judgment of Special Appeals No. 1.733.412-SP and No. 1.854.847-CE. In the present text, it was studied how the Federal Supreme Court recently ruled on disputes of structural nature, involving the theme of Covid-19 and indigenous communities.

From the confrontation of the case by the rapporteur, it is noted the care with issues involving the planning proposed by the Union and its lack of implementation, which generates, by virtue of the Constitution itself, the necessary legitimacy for the judicial action in disputes involving fundamental rights and guarantees.

It is to be expected, with hope, that the plans performed by the Union are well elaborated and perfectly implemented, which prevents a weakening between the Powers themselves with corrective action from one over the other, but that are legitimized by the constitutional order itself, which even comes before any Power, because it has as its main guideline the human person, the biggest target of constitutional protection based on their dignity.

---

sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal". Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr.; Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 4, 574.

<sup>35</sup> Regarding execution and monitoring: the Union will present a Plan for the Execution and Monitoring of the General Plan, as foreseen in the General Plan itself (p. 261 of the General Plan), and must indicate deadlines compatible with the confrontation of the pandemic (some of them seem to disregard it), and details that enable the Court to monitor its actions. The Execution and Monitoring Plan must, in addition, include the items specified above (items (i) to (vi)). The deadline for submitting the Execution and Monitoring Plan is 15 calendar days, counted from the acknowledgment of this decision. The coordination of the actions, it is reiterated, is attributed to the Ministry of Justice, without prejudice to the responsibility of each section for its own attributions.

*Abstract*

The Judiciary, in general, was called upon to act during the pandemic on the most diverse claims, and in some of them, of structural nature, it drew attention for the way the topic was approached. In the present study, Ministro Luís Roberto Barroso's decision, from the Supreme Federal Court, was investigated at ADPF 709, which involved very interesting discussions on the rights of indigenous communities considering COVID-19.

La Magistratura, in generale, nel corso della pandemia ha dovuto statuire in merito a una serie di domande di diverso tipo e nel corso dell'esame di alcune di esse, di natura più generale, ha richiamato l'attenzione sulle modalità, a livello di strumenti normativi impiegati, attraverso le quali è stato affrontato il tema dell'emergenza pandemica. Nel presente studio, la decisione del Giudice Luís Roberto Barroso, della Suprema Corte Federale, è stata esaminata a partire dall'ADPF 709 che ha generato interessanti dibattiti in merito ai diritti delle comunità indigene in relazione all'emergenza da Coronavirus.



IRENE SPIGNO

LA GARANZIA DEI DIRITTI UMANI  
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE  
MESSICANA AI TEMPI DEL COVID-19

SUMMARY: 1. Premessa. La reazione “debole” dello Stato messicano. – 2. La mancata attivazione dello stato di emergenza. – 3. La giurisprudenza costituzionale federale come garante dei diritti umani durante la pandemia. – 4. La reazione “forte” degli Stati federati e i limiti alla libertà di circolazione: il caso dello Stato di Coahuila. – 5. Riflessioni finali.

1. *Premessa. La reazione “debole” dello Stato messicano*

In Messico, dopo quasi un anno e mezzo di pandemia, sono decedute quasi 230 mila persone a causa del Covid-19 (o coronavirus)<sup>1</sup>. Questo “numero”, che a prima vista può impressionare (specialmente se comparato con i dati “europei”, decisamente inferiori), potrebbe considerarsi poi non così “alto” se pensiamo che il Messico ha una popolazione di quasi 130 milioni di persone (e che ogni anno ne muoiono quasi 240 mila per problemi legati all’ipertensione e al diabete<sup>2</sup>).

In realtà, il numero delle persone decedute in Messico a causa del coronavirus riflette una realtà ancora più grave di quanto non appaia a prima vista. Difatti, tale dato deve essere letto alla luce del numero ufficiale dei contagi riportato dalle autorità messicane: quasi due milioni e mezzo di persone contagiate alla data del 6 giu-

---

<sup>1</sup> Si tratta dei dati ufficiali aggiornati al 6 giugno 2021, disponibili nella pagina web del *Coronavirus Resource Center* della Università Johns Hopkins, disponibile al link: <https://coronavirus.jhu.edu/region/mexico> [consultato il 6 giugno 2021].

<sup>2</sup> Sulle condizioni di salute della popolazione messicana e sulle principali cause di morte si rinvia a G. Soto-Estrada, L. Moreno-Altamirano, D. Pahuja Diaz, “Panorama epidemiológico de México, principales causas de morbilidad y mortalidad”, in *Revista de la Facultad de Medicina*, vol. 59, n. 6, 2016, 8-22. Si veda, inoltre, l’informazione messa a disposizione dall’*Instituto Nacional de Estadística y Geografía* (INEGI) e disponibile al link [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/DefuncionesRegistradas2020\\_Pnles.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/DefuncionesRegistradas2020_Pnles.pdf).

gno 2021<sup>3</sup>. Questo significa che in Messico il Covid-19 ha un indice di letalità superiore all'11%, decisamente più alto anche di quello dei paesi con un più elevato numero di decessi per coronavirus (come il caso degli Stati Uniti, dove le vittime del Covid-19 sono quasi 600 mila e l'indice di letalità è del 5%). Lo stesso governo messicano ha recentemente ammesso che i dati ufficiali raccontano una fotografia solo parziale della situazione messicana e che, in realtà, i decessi legati al virus Sars-CoV-2 sarebbero oltre i 300 mila (superando così anche il Brasile)<sup>4</sup>.

L'ambiguità circa il numero delle persone contagiate e decedute in Messico riflette l'atteggiamento mantenuto dalle autorità sanitarie federali messicane nella gestione dell'emergenza sanitaria. In generale, la reazione messicana alla pandemia generata dal virus Sars-CoV-2 è stata piuttosto blanda sia per quanto riguarda la tempestività della reazione ma anche con riferimento al tipo di misure che sono state adottate.

Innanzitutto, per quanto riguarda la tempestività, nonostante la generale tendenza degli Stati dell'America latina sia stata nel senso di adottare misure contro la pandemia in modo tempestivo rispetto alla dichiarazione dell'Organizzazione Mondiale della Salute dell'11 marzo 2020 che riconosceva il Covid-19 come una pandemia<sup>5</sup>, il Messico (come il Brasile<sup>6</sup> e gli Stati Uniti durante l'amministrazione Trump) si è distinto per l'atteggiamento negazionista assunto, mediante il quale ha cercato di minimizzare la gravità della situazione.

In Messico, il primo caso di coronavirus fu diagnosticato il 28 febbraio<sup>7</sup> e il primo decesso si registrò qualche settimana dopo, il 19

---

<sup>3</sup> Si vedano i dati riportati nella pagina web del *Coronavirus Resource Center*, *supra* nota n. 1.

<sup>4</sup> Si veda L.S. Palacio-Mejía *et al.*, "Estimación del exceso de mortalidad por todas las causas durante la pandemia del Covid-19 en México", in *Salud pública de México*, vol. 63, no. 2, marzo-aprile, 2021, 211-224, disponibile al seguente link: <https://www.medigraphic.com/pdfs/salpubmex/sal-2021/sal212g.pdf>.

<sup>5</sup> Su tale punto sia consentito rinviare a I. Spigno, "Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata", in *DPCE Online*, vol. 43, n. 2, 2020, 2217-2246.

<sup>6</sup> Sulla gestione della pandemia in Brasile si v. il contributo di M.F. Jobim, "The decision of the Federal Supreme Court in the precautionary measure in the claim of non-compliance with a fundamental precept (ADPF) No. 709, COVID 19 and the indigenous community", in questa *Rivista*.

<sup>7</sup> Si trattava di un imprenditore che era stato a una *convention* a Bergamo e che quindi rientrava da un viaggio in Italia. Si veda la notizia riportata dalla CNN, dispo-

marzo. Il governo federale (mediante il *Consejo de Salubridad General*) riconobbe il Covid-19 come una malattia grave da gestire in modo prioritario solo il 23 marzo<sup>8</sup>. Alcuni giorni dopo, il 27 marzo, si pubblicò un decreto del potere esecutivo mediante il quale si attribuivano alla *Segreteria de Salud* delle competenze di carattere straordinario<sup>9</sup> e, successivamente, il 30 marzo (e quindi circa venti giorni dopo la dichiarazione dell'OMS)<sup>10</sup>, si dichiarò l'emergenza sanitaria.

In secondo luogo, il governo federale non adottò nessuna misura di "alto impatto" sui diritti fondamentali, come il distanziamento sociale obbligatorio (la c.d. quarantena) o le restrizioni alla libertà di circolazione (il c.d. "coprifuoco"), limitandosi all'istituzione della c.d. "giornata nazionale della sana distanza" che, oltre a prevedere delle misure igieniche di prevenzione<sup>11</sup>, stabiliva anche la sospensione delle attività educative e lavorative non essenziali (e, di fatto, anche di quelle essenziali, nella maggioranza dei casi sostituite dalla modalità *online*) e la cancellazione e/o riprogrammazione di eventi pubblici (e quindi anche la chiusura di musei, teatri, cinema

---

nibile al seguente link: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/02/28/confirman-el-primercaso-de-coronavirus-en-mexico/>.

<sup>8</sup> Si veda l'"*Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia*", 23 marzo 2020.

<sup>9</sup> Mediante il "*Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*", pubblicato nel *Diario Oficial de la Federación* il 27 marzo 2020, si affidava al Ministero della Sanità (*Secretaría de Salud*) una serie di competenze straordinarie, per quanto riguardava, in particolare, l'assegnazione di maggiori risorse al sistema di sanità pubblica e una più ampia libertà di spesa per: affrontare la contingenza, senza la necessità di eseguire gare d'appalto; autorizzare le importazioni nel caso di acquisti realizzati all'estero; e realizzare le procedure amministrative corrispondenti nel caso di beni acquistati sul territorio nazionale.

<sup>10</sup> Si veda l'"*Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*". Le attività non essenziali dei settori pubblico, privato e sociale sono state sospese per un mese, dal 30 marzo al 30 aprile. Sulla risposta del governo messicano alla crisi sanitaria si veda E. Velasco, "Mexico: Emergency Powers and COVID-19", in *VerfBlog*, 16 aprile 2020, disponibile all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/mestado-exico-emergency-powers-and-covid-19/>.

<sup>11</sup> Tra le misure igieniche raccomandate vi era: lavare frequentemente le mani per almeno 20 secondi; starnutire coprendo naso e bocca con l'angolo interno del gomito; evitare saluti fisici; non uscire da casa nel caso in cui insorgessero sintomi paragonabili a quelli provocati dal coronavirus, etc.

e siti archeologici). Si prevedevano, inoltre, delle misure *ad hoc* per garantire protezione e assistenza a tutte le persone vulnerabili (tra cui persone anziane, donne in stato interessante e persone con malattie pregresse come, per esempio, ipertensione e diabete).

La “giornata della sana distanza” si è conclusa il 30 maggio 2020 e a partire dal 1 giugno è stato predisposto il ritorno a una “nuova normalità” nonostante il numero ancora piuttosto alto di contagi<sup>12</sup>. Il ritorno alla “nuova normalità” prevedeva una riattivazione graduale delle attività essenziali a seconda del tasso di contagiosità nelle diverse zone del paese (identificato mediante un sistema di “semafori”)<sup>13</sup>. Intanto, le attività non essenziali rimanevano sospese, scuole e università continuavano con la didattica a distanza e, laddove possibile, si favoriva l'*home office*.

Sin dall’inizio della pandemia, la strategia adottata dal governo federale messicano nella gestione dell’emergenza sanitaria provocata dal virus Sars-CoV-2 è stata nel senso di non effettuare una campagna seria di monitoraggio dei contagi (i tamponi venivano realizzati solo nel caso in cui un paziente presentasse un quadro clinico con gravi problemi respiratori). La disponibilità ospedaliera è stata ampliata e veniva “raccomandato” alle persone di stare a casa, senza che sia stato previsto un obbligo in tal senso. In Messico, inoltre, non è stato attivato il meccanismo emergenziale previsto dall’art. 29 della Costituzione (sul quale si veda il par. 2). Data l’assenza di misure di “alto impatto” adottate a livello federale limitative dei diritti fondamentali (in particolare della libertà di circola-

---

<sup>12</sup> Secondo i dati ufficiali, nel periodo maggio-giugno 2020 si registrarono una media di 5 mila casi giornalieri. Tra le varie notizie cfr. <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-52889111>.

<sup>13</sup> Quello dei semafori è un meccanismo che consente l’analisi periodica del rischio epidemiologico per la riapertura graduale, ordinata e prudente delle attività sociali. Il meccanismo prende in considerazione una serie di variabili legate all’intensità dell’epidemia in ciascuna delle entità federative alle quali, ogni quindici giorni, viene assegnato un colore (rosso, arancione, giallo e verde) che riflette il livello di rischio epidemico locale. I colori vengono assegnati sulla base dei seguenti criteri: indice di contagio, tasso di incidenza dei casi attivi stimati, tasso di mortalità e quello dei casi ospedalizzati ogni 100 mila abitanti; percentuale di posti letto generici occupati negli ospedali della rete ospedaliera dedicata alla cura del Covid-19; percentuale di posti letto con ventilatori occupati negli ospedali della rete; percentuale settimanale di positività al virus Sars-CoV-2; andamento dei casi ospedalizzati ogni 100 mila abitanti e dei casi di Covid-19 ogni 100.000 abitanti; e tasso di mortalità ogni 100 mila abitanti. Sul l’attuale status dei semafori cfr. <https://datos.covid-19.conacyt.mx/#DOView>.

zione), non è possibile rinvenire una giurisprudenza sulla costituzionalità di tali misure. Ciononostante, i giudici federali e la stessa Corte Suprema di Giustizia della Nazione, dopo l'iniziale periodo di sospensione totale dell'attività giurisdizionale, hanno avuto l'opportunità di pronunciarsi sulle conseguenze prodotte dal mancato rispetto delle misure adottate dal governo federale sui diritti fondamentali, in particolare per quanto riguarda il diritto alla salute del personale sanitario, ma anche con riferimento alle norme in materia di protezione delle categorie più vulnerabili (par. 3).

Profondamente diversa è stata, invece, la reazione dei governi di alcune entità federative che hanno adottato delle misure più restrittive che hanno inciso sulla libertà di circolazione. È questo il caso degli stati di Aguascalientes<sup>14</sup>, Baja California Sur<sup>15</sup>, Campeche<sup>16</sup>, Coahuila<sup>17</sup>, Colima<sup>18</sup>, Chihuahua<sup>19</sup>, Durango<sup>20</sup>, Hidal-

<sup>14</sup> Si veda l'*Acuerdo por el que se expiden las medidas de seguridad en Materia de Salubridad General para Reducir la Transmisión del Virus SARS-CoV2 (COVID-19) en el Estado de Aguascalientes*, approvato dalla Secretaría de Salud del Estado de Aguascalientes, il 25 gennaio 2021 e disponibile al link: <https://eservicios2.aguascalientes.gob.mx/PeriodicoOficial/web/viewer.html?file=../Archivos/4335.pdf#page=2>.

<sup>15</sup> Si veda l'*Acuerdo por el que se da a conocer la Declaratoria de Emergencia Sanitaria por casusa de fuerza mayor del Comité de Seguridad en Salud del Estado de Baja California Sur, en concordancia con la Emergencia Sanitaria declarada por el Consejo de Salubridad General para controlar, mitigar y evitar la propagación del COVID-19*, del Poder Ejecutivo del Estado de Baja California Sur, del 31 marzo 2020, disponibile al link <http://compilacion.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento2.php?idArchivo=88054&ambito=ESTATAL>.

<sup>16</sup> Cfr. *Acuerdo para la vigilancia y cierre temporal y gradual de calles y avenidas estratégicas, espacios públicos y centros de reunión y locales, que se consideren no esenciales, en todo el estado, con el objeto de disminuir riesgos de contagios y brindar seguridad a la población ante la contingencia sanitaria por COVID-19*, approvato dalla Secretaría de Seguridad Pública de la Administración Pública del Estado de Campeche, il 16 aprile 2020, disponibile al link [http://segobcampeche.gob.mx/images/marco\\_normativo\\_covid-19/abril/POE\\_16\\_Abril\\_2020\\_Tercera\\_Seccion.pdf](http://segobcampeche.gob.mx/images/marco_normativo_covid-19/abril/POE_16_Abril_2020_Tercera_Seccion.pdf).

<sup>17</sup> Cfr. *Decreto por el que se emiten las disposiciones relativas a la movilidad de las personas en el Estado de Coahuila de Zaragoza durante la contingencia COVID-19*, approvato dal governo dello stato di Coahuila il 22 aprile 2020 e disponibile all'url: <http://periodico.sfpcoahuila.gob.mx/ArchivosPO/32-EXT-22-ABRIL-2020.pdf>.

<sup>18</sup> Cfr. *Declaratoria de Emergencia por la Presencia del COVID-19 (Coronavirus) en el Estado de Colima*, approvato dal governo locale il 18 marzo 2020 e disponibile al link [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-04-20-1/assets/documentos/Gobierno\\_Colima\\_Declaratoria\\_Emergencia\\_COVID\\_19.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-04-20-1/assets/documentos/Gobierno_Colima_Declaratoria_Emergencia_COVID_19.pdf).

<sup>19</sup> Cfr. *Gobierno del Estado de Chihuahua, Acuerdo por el que se establece un horario de restricción y se ordena el cierre y la suspensión de actividades y establecimientos dentro del territorio del Estado* (Acuerdo núm. 127/2020), 4 novembre 2020 e disponibile al link <http://www.chihuabua.gob.mx/atach2/periodicos/po89-2020.pdf>.

<sup>20</sup> Cfr. *Gobierno del Estado de Durango, Decreto por el cual se establecen las ac-*

go<sup>21</sup>, Jalisco<sup>22</sup>, Estado de México<sup>23</sup>, Michoacán<sup>24</sup>, Nayarit<sup>25</sup>, Querétaro<sup>26</sup>, Tabasco<sup>27</sup>, Tamaulipas<sup>28</sup> e Yucatán<sup>29</sup>.

---

*ciones y medidas de mitigación y control en materia de salubridad general, derivadas de la pandemia ocasionada por el Virus SARS-CoV2 (COVID-19) para el Estado de Durango, 26 aprile 2020 e disponibile al link <http://secretariageneral.durango.gob.mx/wp-content/uploads/sites/40/2020/04/34-26-de-abril.pdf>.*

<sup>21</sup> Cfr. Gobierno del Estado de Hidalgo, *Acuerdo por el que se establece como medida temporal en materia de reducción de movilidad vehicular en municipios con distinto grado de propagación del virus SARS-CoV2 (COVID-19) con el objeto de mitigar su dispersión y transmisión entre la población en el territorio del Estado de Hidalgo, como acciones preventivas correspondientes a la fase 3 de la emergencia sanitaria, 2 maggio 2020 e disponibile al link <https://periodico.hidalgo.gob.mx/?p=38479>.*

<sup>22</sup> Cfr. Gobierno del Estado de Jalisco, *Acuerdo mediante el cual se emiten diversas medidas de seguridad sanitaria para el aislamiento social, de carácter general y obligatorio, con motivo de la pandemia de COVID-19, 19 aprile 2020 e disponibile al link <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/04-19-20-bis.pdf>.*

<sup>23</sup> Cfr. Gobierno del Estado de México, *Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas y de seguridad en materia sanitaria, para evitar un posible contagio del coronavirus (COVID-19), en el Estado de México, 23 marzo 2020 e disponibile al link <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/gct/2020/mar234.pdf>.*

<sup>24</sup> Cfr. Gobierno del Estado de Michoacán, *Decreto por el que se Declara el Aislamiento Obligatorio ante la Pandemia del Virus SARS-CoV2 (COVID-19), 20 aprile 2020, e disponibile al link: <http://www.periodicooficialmichoacan.gob.mx/download/2020/abril/20/7a-9320.pdf.pdf>.*

<sup>25</sup> Cfr. Gobierno del Estado de Nayarit, *Acuerdo que contiene medidas extraordinarias de distanciamiento social y resguardo domiciliario, con la finalidad de mitigar la propagación masiva del COVID-19 en el Estado de Nayarit, 18 aprile 2020 e disponibile al link: [http://periodicooficial.nayarit.gob.mx:8080/periodico/resources/archivos/A%20180420%20\(01\).pdf](http://periodicooficial.nayarit.gob.mx:8080/periodico/resources/archivos/A%20180420%20(01).pdf).*

<sup>26</sup> Gobierno del Estado de Querétaro, *Acuerdo de medidas extraordinarias para mitigar la enfermedad COVID-19 y potencializar el distanciamiento social, 2 maggio 2020 e disponibile al link: <https://lasombradearteaga.segobqueretaro.gob.mx/getfile.php?p1=20200538-01.pdf>.*

<sup>27</sup> Cfr. Gobierno del Estado de Tabasco, *Decreto por el que se emiten medidas y acciones complementarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), 21 aprile 2020 e disponibile al link: <https://tabasco.gob.mx/PeriodicoOficial/descargar/1539>.*

<sup>28</sup> Cfr. Gobierno del Estado de Tamaulipas, *Acuerdo mediante el cual el Poder Ejecutivo del Estado establece medidas de seguridad en materia sanitaria con motivo de la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), 23 aprile 2021 e disponible al link <http://po.tamaulipas.gob.mx/wp-content/uploads/2020/04/cxlv-50-230420F-EV-1.pdf>.*

<sup>29</sup> Cfr. Gobierno del Estado de Yucatán, *Acuerdo por el que se establecen medidas de seguridad sanitaria para evitar la propagación del virus SARS-CoV2 (COVID-19) por gotas y contacto directo entre la población del Estado de Yucatán (Acuerdo núm. SSY 01/2020), 23 aprile 2020 e disponible al link: [https://www.yucatan.gob.mx/docs/diario\\_oficial/diarios/2020/2020-04-23\\_2.pdf](https://www.yucatan.gob.mx/docs/diario_oficial/diarios/2020/2020-04-23_2.pdf).*

In particolare, si analizzerà la sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Coahuila che ha confermato la costituzionalità delle misure restrittive adottate a livello locale dal potere esecutivo per la gestione e controllo della pandemia (par. 4). Chiude il testo un paragrafo di riflessioni finali circa l'importanza della giurisprudenza messicana nella garanzia e protezione dei diritti umani durante la pandemia, specialmente in considerazione del fatto che il Messico è ancora oggi un paese nel quale i diritti umani sono “*a delicate plant*”<sup>30</sup> (par. 5).

## 2. *La mancata attivazione dello stato di emergenza*

La strategia messicana per la gestione della pandemia si è diretta in una direzione completamente opposta a quella percorsa dalla maggioranza dei paesi dell'America latina<sup>31</sup>. Nonostante l'esistenza di un acceso dibattito in tal senso, le autorità federali hanno ritenuto non necessario attivare il procedimento di sospensione delle garanzie individuali previsto dall'art. 29 della Costituzione del 1917. Tale norma prevede la possibilità per il presidente della Repubblica, nei casi di invasione, di sconvolgimento grave della pace pubblica o di qualunque altro evento che metta la società messicana in una situazione di grave pericolo di conflitto, di sospendere o limitare in tutto il territorio nazionale, o in alcune zone determinate, diritti e garanzie che possano rappresentare un ostacolo alla risoluzione urgente della situazione.

Tale istituto, le cui prime tracce si rinvengono nell'ordinamento costituzionale messicano sin dal 1812<sup>32</sup>, è stato innanzitutto

---

<sup>30</sup> Si usa questa espressione richiamando il titolo del volume M. Chesterman, *Freedom of speech in Australian law: a delicate plant*, Ashgate, 2000, per definire la “condizione” della libertà di espressione in Australia.

<sup>31</sup> Su tale punto sia consentito rinviare a I. Spigno, “Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata”, cit.

<sup>32</sup> L'art. 308 della Costituzione di Cadice, in vigore in modo “intermittente” in Messico tra il 1812 e il 1821, anno dell'indipendenza messicana, prevedeva una disciplina piuttosto sintetica dello stato di eccezione, limitandosi a stabilire che, se in circostanze straordinarie la sicurezza dello Stato avesse richiesto, i tribunali potevano decretare per un tempo determinato in tutto il territorio o in una parte di esso, la sospensione di alcune delle formalità previste per l'arresto dei criminali. Tale norma, pertanto, esprimeva il potere del sovrano di mettere da parte talune libertà pubbliche e di accelerare l'arresto di pericolosi criminali in situazioni di rischio straordinario per «la sicurezza dello Stato». D'altra parte, la Costituzione federale messicana del 1824,

rinforzato nel 1843 con le *Bases Orgánicas de la República Mexicana*, il cui art. 198 introdusse per la prima volta la sospensione di alcuni diritti fondamentali durante gli stati di eccezione<sup>33</sup>, e poi consolidato, seppur a seguito di una profonda e animata discussione in sede costituente<sup>34</sup>, nell'art. 29 della Costituzione liberale del 1857<sup>35</sup>. Il costituente del 1917 riprodusse praticamente senza modifiche, solo con alcune aggiunte, il testo dell'art. 29 del 1857.

In oltre 100 anni, l'art. 29 della Costituzione del 1917 è stato modificato poche volte<sup>36</sup>; la riforma più importante è stata sicuramente quella del 2011, che introdusse il paradigma dei diritti umani nel costituzionalismo messicano e inserì nell'art. 29 una serie di garanzie dirette a limitare il potere del titolare dell'esecutivo<sup>37</sup>. Grazie

---

nonostante la richiesta di alcuni deputati costituenti, non contemplava le situazioni di emergenza né la possibilità di concedere poteri straordinari al potere esecutivo. Ciononostante e a causa della conflittività della vita politica dell'epoca, lo stesso Congresso li ha più volte concessi al governo, o questi li ha utilizzati senza essere stato autorizzato. Nemmeno le Sette leggi costituzionali, emanate nel 1836, nonostante il loro carattere centralistico, disciplinavano situazioni di emergenza: su questo punto si veda H. Fix-Zamudio, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 37, n. 11, 2004, 835 ss. Tale assenza è probabilmente legata a un certo atteggiamento di sospetto abbastanza generalizzato in Messico dopo l'indipendenza del 1821, verso una possibile istituzionalizzazione dello stato di eccezione. Sembra che lo scioglimento dei poteri, fenomeno ipotizzato parallelamente alla sospensione delle garanzie individuali, non era ben visto in un territorio che aveva subito tre secoli di amministrazione coloniale e la cui prima forma di governo indipendente era stata, peraltro, la monarchia assoluta di Agustín de Iturbide, che aveva sciolto il Congresso il 31 ottobre 1821: sul punto cfr. F. Gallardo Negrete, "A propósito de la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional. Historia y actualidad de la suspensión de garantías individuales en México", in *Nexos*, 16 ottobre 2017, disponibile al link <https://seguridad.nexos.com.mx/a-proposito-de-la-ley-reglamentaria-del-articulo-29-constitucional-historia-y-actualidad-de-la-suspension-de-garantias-individuales-en-mexico/>.

<sup>33</sup> H. Fix-Zamudio, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", cit., 836.

<sup>34</sup> F. Gallardo Negrete, "A propósito de la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional. Historia y actualidad de la suspensión de garantías individuales en México", cit.

<sup>35</sup> Sulle vicende successive relative all'art. 29 della Costituzione del 1857 si veda F. Gallardo Negrete, "A propósito de la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional. Historia y actualidad de la suspensión de garantías individuales en México", cit.

<sup>36</sup> L'art. 29 è stato modificato nel 1981, nel 2007, nel 2011 e nel 2014.

<sup>37</sup> Sulla riforma del 2011 all'art. 29 della Costituzione messicana si v. P. Salazar, "Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana", in P. Salazar, M. Carbonell (a cura di), *La reforma constitucional de derechos humanos*, Porrúa-UNAM, 2013, 257-291.

a tale riforma si prevede, innanzitutto, un controllo legislativo, mediante l'approvazione da parte del Congresso dell'Unione (o da una commissione permanente nel caso in cui il Parlamento non sia riunito), del decreto con il quale il presidente della Repubblica dispone la sospensione o la restrizione delle garanzie dei diritti. In secondo luogo, si stabilisce che tali misure debbano essere disposte per un tempo limitato, devono essere proporzionali e motivate e sono altresì sottoposte a dei limiti materiali: la norma prevede una lista di diritti che non possono mai essere limitati o sospesi, tra i quali vi sono il divieto di discriminazione, il diritto al riconoscimento della personalità giuridica, all'integrità personale, la protezione della famiglia e il nome, la nazionalità, i diritti dell'infanzia, i diritti politici, la libertà di espressione, di coscienza e di religione, il principio di legalità, il diritto alle garanzie processuali e il divieto della pena di morte, di schiavitù, di sparizione forzata e di tortura. Infine, è previsto anche un controllo d'ufficio da parte della Corte Suprema sui decreti eventualmente adottati dal potere esecutivo durante la restrizione o sospensione dei diritti *ex art. 29*. Si tratta di una verifica che viene effettuata sulla costituzionalità e validità di tali provvedimenti. La norma tace sulla tempistica prevista per realizzare tali controlli, sottolineando solo come si debba realizzare in modo immediato da parte del giudice supremo, che si deve pronunciare "quanto prima".

Il meccanismo previsto dall'art. 29 è stato attivato solamente una volta, nel 1942, durante la Seconda guerra mondiale, quando il Messico si è unito alla dichiarazione di guerra contro le potenze dell'asse Roma-Berlino-Tokyo e fu ritirato nel 1945 alla fine del conflitto<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Su richiesta del Presidente della Repubblica, il Congresso dell'Unione emanò il decreto legislativo del 1 giugno 1942, che autorizzava la sospensione di alcuni diritti umani costituzionalmente consacrati, indicava la durata dello stato di emergenza (purché fosse mantenuto lo stato di guerra, con eventuale proroga di trenta giorni), conferiva al potere esecutivo i poteri necessari per disciplinare detta sospensione dei diritti e imponeva a tutti i settori della pubblica amministrazione di implementare le modifiche indispensabili per assicurare una efficace difesa del territorio nazionale, della sua sovranità, dignità e per il mantenimento delle istituzioni di governo. Grazie a tale autorizzazione, il 13 giugno 1942, fu approvata la *Ley de Prevenciones Generales Relativa a la Suspensión de Garantías establecida por Decreto del 1o. de junio de 1942*, che disciplinava vari aspetti legati alla sospensione delle garanzie individuali: su tale punto si v. G. De Silva Gutiérrez, "Suspensión de garantías: Análisis del artículo 29 constitucional", in *Cuestiones Constitucionales*, n. 19, 2008, 49-88.

La storia messicana ci mostra due disfunzionalità legate allo strumento previsto dall'art. 29: da un lato, l'emanazione da parte dell'esecutivo federale su delega del Congresso, di vari provvedimenti legislativi, molti dei quali senza alcuna connessione funzionale con lo stato di emergenza, quanto piuttosto relativi ad altre questioni, posteriormente convalidati dallo stesso Parlamento dopo la conclusione dello stato di emergenza<sup>39</sup>. Dall'altro lato, nonostante formalmente tale norma sia stata applicata solo una volta, in realtà, in varie occasioni sono state sospese le garanzie individuali e il Congresso ha *de facto* delegato il potere legislativo al governo<sup>40</sup>.

Numerosi sono stati i dibattiti sulla necessità di utilizzare tale strumento con riferimento ad altre situazioni molto gravi come, per esempio, i terremoti che hanno colpito Città del Messico nel 1985 e nel 2017, nel caso del conflitto armato in Chiapas nel 1994 ma anche durante l'ultimo ventennio con riferimento alla situazione di estrema violenza derivata dalla lotta contro il narcotraffico<sup>41</sup>. Anche in queste situazioni, tale meccanismo non è stato attivato formalmente, lasciando lo spazio a interventi del potere esecutivo al di fuori di quanto previsto dall'art. 29. E non è stato applicato nemmeno per fronteggiare l'emergenza sanitaria generata dal virus Sars-CoV-2.

---

<sup>39</sup> Sulla costituzionalità della delega a legiferare in materie non attinenti allo stato di emergenza si è pronunciata anche la Suprema Corte di Giustizia che ha ritenuto incostituzionale i provvedimenti legislativi adottati dal potere esecutivo, nonostante l'autorizzazione del Congresso dell'Unione, nei casi in cui tali provvedimenti non erano funzionalmente legati all'emergenza: su tale questione si v. H. Fix-Zamudio, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", cit., 844.

<sup>40</sup> H. Fix-Zamudio, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", cit., 844-845 evidenzia come la consuetudine di conferire poteri legislativi straordinari all'esecutivo da parte del Congresso federale senza il rispetto di quanto previsto dall'art. 29 della Costituzione (pratica già consolidatasi con riferimento alla Costituzione del 1857), riemersi nei primi decenni di vigenza della Costituzione del 1917. L'uso di tale consuetudine, anche in tempi di "normalità", implicò l'adozione di numerosi atti normativi, in applicazione dei poteri delegati dal Congresso al governo, la cui legittimità è stata avvallata in molti casi dal giudice supremo.

<sup>41</sup> Sulla lotta al narcotraffico specialmente durante la presidenza di Felipe Calderón Hinojosa nel periodo 2006-2012 e sulle violazioni gravi dei diritti umani da quella derivanti si v. I. Spigno, C. Zamora Valadez, "Análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in J.M. Ibañez Rivas *et al.* (a cura di), *Evolución de la desaparición forzada de personas en México. Análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, 528.

Con riferimento alla gestione dell'emergenza sanitaria e vista l'assordante assenza dalla scena politica del Congresso, come nella maggior parte dei paesi del mondo, è intervenuto il potere esecutivo mediante il *Consejo de Salubridad General*. Si tratta di un organo amministrativo, previsto dall'art. 73 frazione XVI della Costituzione, che dipende direttamente dal presidente della Repubblica, opera senza nessuna intermediazione dei ministeri e ha il potere di adottare disposizioni di carattere generale e obbligatorie su tutto il territorio nazionale. In quanto autorità sanitaria, il *Consejo de Salubridad General* svolge funzioni normative, consultive ed esecutive<sup>42</sup>. Inoltre, la Costituzione stabilisce che nel caso di epidemia grave spetti alla *Secretaría de Salud* adottare in modo immediato tutte le misure preventive indispensabili, dato che il titolare della *Secretaría* è anche il presidente del *Consejo de Salubridad General*.

Nella gestione della pandemia, il *Consejo de Salubridad General* ha svolto il ruolo da protagonista riconoscendo innanzitutto la malattia del Covid-19 come grave<sup>43</sup> e poi dichiarando l'emergenza sanitaria<sup>44</sup>.

### 3. *La giurisprudenza costituzionale federale come garante dei diritti umani durante la pandemia*

In Messico, uno dei diritti maggiormente colpiti dalla pandemia, oltre ovviamente al diritto alla salute, è stato quello a un ricorso effettivo in materia di accesso alla giustizia, travolto dalle disposizioni che hanno ordinato l'immediata sospensione delle attività presenziali, senza la possibilità di ricorrere a una modalità virtuale (per la quale, evidentemente, non si era preparati). Difatti, la prima reazione da parte del *Consejo de la Judicatura Federal*, organo responsabile dell'amministrazione, della sorveglianza, della disciplina e della carriera giudiziaria a livello federale, fu quella di disporre, mediante l'accordo generale n. 4 del 17 marzo 2020, la chiusura degli uffici, la sospensione dei termini processuali, nonché l'istituzione di "tribunali di guardia" per "il trattamento delle questioni urgenti" – espressione però non definita nell'accordo di rife-

---

<sup>42</sup> L'informazione sulla normativa e funzionamento è disponibile al seguente link: <http://www.csg.gob.mx/>.

<sup>43</sup> Si veda *supra* nota n. 8.

<sup>44</sup> Si veda *supra* nota n. 10.

rimento. Gli organi giurisdizionali ripresero la loro attività – in modo parziale – oltre un mese dopo: una prima apertura vi è stata con l'accordo generale n. 8 del 27 aprile 2020 con cui il *Consejo de la Judicatura Federal* autorizzò i “tribunali di turno” ad occuparsi dei casi urgenti – includendo una lunga lista di quali casi dovessero definirsi tali<sup>45</sup> – e ordinando la decisione di tutte le cause che sarebbero dovute andare a sentenza prima della chiusura dei tribunali.

Successivamente, una seconda apertura verso una “nuova normalità” per consentire il funzionamento del sistema giustizia si è avuto con l'accordo generale n. 12 dell'8 giugno 2020, con cui il *Consejo de la Judicatura Federal* ha stabilito delle regole, per gli organi giudiziari federali, relative all'integrazione e gestione dei fascicoli elettronici e l'utilizzo delle videoconferenze per i diversi procedimenti. In particolare, ha disciplinato la revisione del fascicolo elettronico, la presentazione dei ricorsi, nonché le notifiche alle parti e alle autorità. In terzo luogo, con l'accordo generale n. 13/2020, l'organo di autogoverno del potere giudiziario federale messicano precisò il significato di “questione urgente”, disponendo la prosecuzione dei ricorsi presentati durante la contingenza sanitaria, la decisione delle cause iniziate prima della pandemia, nonché la ricezione, istruzione e decisione delle cause introdotte e istruite interamente *online* – disponendo un apposito Portale dei Servizi Online che consente l'interazione di tutti i soggetti coinvolti nelle cause<sup>46</sup>.

Tali decisioni del *Consejo de la Judicatura Federal* hanno consentito ai tribunali, almeno a quelli federali<sup>47</sup>, dopo la prima chiusura e sospensione totale delle attività, di pronunciarsi su una serie di questioni rilevanti che, anche se non direttamente legate alla costituzionalità delle misure limitative della libertà personale durante la pandemia (come nel caso di numerosi paesi, tra i quali Italia,

<sup>45</sup> La lista è piuttosto lunga e dettagliata: si rinvia alla versione integrale del documento disponibile al seguente link: [https://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5592568&fecha=30/04/2020](https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5592568&fecha=30/04/2020).

<sup>46</sup> Tale portale è disponibile al seguente link <https://www.serviciosenlinea.pjf.gob.mx>.

<sup>47</sup> Sul federalismo giudiziario messicano si v. C. M. De Dienheim Barriguete, “El federalismo judicial y el control de la constitucionalidad en México”, in E. Ferrer Mac-Gregor, R. Flores Pantoja (a cura di), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI encuentro iberoamericano y VIII congreso mexicano de derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, 227-241.

Spagna<sup>48</sup>, Francia<sup>49</sup>), affrontano tematiche di rilievo costituzionale essendo legate alla portata e ai limiti dell'esercizio di alcuni diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti.

Innanzitutto, i tribunali federali e la stessa Corte Suprema si sono pronunciati in una serie di casi legati alla mancata fornitura degli adeguati dispositivi di protezione personale che, per indicazione delle stesse autorità sanitarie internazionali, dovevano essere dati in dotazione a tutto il personale sanitario al fine di far fronte – nel caso specifico – alla pandemia del Covid-19. Durante la contingenza sanitaria, è risultato evidente come gli operatori sanitari rientrassero tra le categorie maggiormente vulnerabili, condizione questa che è stata messa in evidenza dall'Organizzazione Panamericana della Sanità (OPS)<sup>50</sup> e che si è tradotta in un elevato numero di contagi e di decessi tra il personale medico-sanitario. Inoltre, secondo l'OPS, a livello mondiale, il personale sanitario del continente americano è stato quello più colpito dal Covid-19; Messico e Stati Uniti sono in cima alla lista. Entrambi i paesi «rappresentano quasi l'85% di tutti i decessi per Covid-19 tra gli operatori sanitari nella nostra regione»<sup>51</sup>.

Sin dall'inizio della pandemia, il personale sanitario messicano ha dovuto affrontare condizioni di lavoro piuttosto critiche non avendo garanzie di sicurezza e misure di tutela della salute, maggiormente aggravato dalle condizioni di un sistema sanitario che, come quello pubblico messicano, è piuttosto debole<sup>52</sup>. In partico-

<sup>48</sup> Si. v. il contributo di S. Romboli, "COVID e corti: gli interventi del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di "stati di emergenza", in questa *Rivista*.

<sup>49</sup> Si veda il contributo di A.M. Lecis Cocco Ortu, "Il Consiglio costituzionale francese di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela (effettiva) dello stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti", in questa *Rivista*.

<sup>50</sup> In questo senso si veda il documento dell'OPS, *Atención al trabajador de salud expuesto al nuevo coronavirus (COVID-19) en establecimientos de salud (recomendaciones provisionales)*, PAHO/PHE/IM/Covid-19/20-005, 13 abril 2020, 1-3, disponibile al link: [https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52033/PAHOPHEIMCovid1920005\\_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52033/PAHOPHEIMCovid1920005_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y).

<sup>51</sup> I dati ufficiali diffusi nella prima metà di ottobre 2020 indicano che 1.744 operatori sanitari sono morti in Messico durante la pandemia. Fino a quel momento, più di 127.000 erano stati contagiati: si v. il documento pubblicato da Amnesty International, *Expuesto, acallado y atacado. Deficiencias en la protección del personal sanitario y que realiza labores esenciales durante la pandemia de Covid-19*, 2020, disponibile al link: [https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2020/07/Health-and-Essential-Workers-report\\_ES.pdf](https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2020/07/Health-and-Essential-Workers-report_ES.pdf).

<sup>52</sup> Sul sistema sanitario messicano si veda M.Á. González Block, *et al.*, *Health Systems in Transition: Mexico*, University of Toronto Press, 2021.

lare, uno degli aspetti più problematici che molti operatori sanitari hanno segnalato è stato quello della mancata fornitura di dispositivi di protezione individuale adeguati. Si tratta di dispositivi medici “essenziali”, il cui uso appropriato costituisce un elemento fondamentale nella risposta medica e nella prevenzione della trasmissione di malattie con tendenze epidemiche o pandemiche, insieme ai processi, protocolli, controlli amministrativi, ambientali e ingegneristici, come indicato e raccomandato dalla stessa OMS. Ma a chi spetta definire i criteri tecnici che i dispositivi di protezione devono possedere per poter essere considerati adeguati? Come deve essere garantito al personale sanitario la disponibilità di tali dispositivi avendo riguardo a specifici parametri di qualità e idoneità? Tale decisione rientra nella competenza delle autorità sanitarie nazionali o spetta ai giudici garantire il diritto degli operatori sanitari impegnati nella lotta al Covid-19?

Su tali quesiti si sono interrogati diversi tribunali federali del paese, investiti da numerosissimi ricorsi presentati sin dall’inizio dell’emergenza sanitaria contro l’Istituto messicano di sicurezza sociale (IMSS) e altre istituzioni per non aver fornito tali dispositivi al personale sanitario. A porre ordine tra le molteplici pronunce, il 16 ottobre 2020 è intervenuta la Corte Suprema<sup>53</sup> che, mediante la procedura della *contradicción de tesis*<sup>54</sup>, ha stabilito l’obbligo delle autorità sanitarie nazionali di fornire dispositivi di protezione adeguati a tutto il personale della sanità pubblica esposto al contagio del Covid-19. Più nello specifico, la più alta Corte messicana ha disposto la sospensione d’ufficio e a titolo definitivo<sup>55</sup> dell’obbligo di

---

<sup>53</sup> *Contradicción de tesis* 127/2020, 16 ottobre 2020.

<sup>54</sup> La procedura de la *contradicción de tesis* nasce dalla necessità di istituire un sistema giurisprudenziale integrato. Si tratta di un procedimento astratto volto a preservare l’unità interpretativa dell’ordinamento giuridico messicano, attraverso il quale la Suprema Corte di Giustizia – operando in sessione plenaria o in camera di consiglio – risolve criteri giurisprudenziali opposti emanati sia dalla Suprema Corte stessa ma anche da altri giudici federali, delimitando le diverse interpretazioni che le disposizioni di legge possono avere. La decisione emessa nel corso del procedimento di *contradicción de tesis* costituisce una nuova “giurisprudenza”, con carattere imperativo che si basa su un criterio gerarchico: a tale proposito, si v. J.R. Cossío Díaz, “La jurisprudencia por contradicción: ¿de que depende su existencia?”, in *Alegatos*, n. 65, 2007, 191-197.

<sup>55</sup> La sospensione d’ufficio e a titolo definitivo (previsto dall’art. 123 della *Ley de Amparo*) è un meccanismo di protezione che si applica anche ai casi in cui la vita

lavoro del personale sanitario nel caso di omissione della fornitura di tali dispositivi, così riconoscendo che il diritto alla salute del personale sanitario impegnato in prima linea contro il virus Sars-CoV-2 implica anche la possibilità per costoro di decidere di non occuparsi dei pazienti affetti da Covid-19 fino a quando non sarebbero stati dotati degli opportuni dispositivi di protezione individuale (DPI)<sup>56</sup> per evitare il rischio di contagio della malattia. Inoltre, la pronuncia della Suprema Corte produce effetto di *stare decisis* per tutti i tribunali, determinando l'obbligo di garantire analoga protezione a tutto il personale sanitario e riduce a unità i distinti criteri giuridici emessi dai tribunali federali che si erano già pronunciati su tale questione<sup>57</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza federale ha assicurato una forte protezione del diritto alla salute non solo degli operatori sanitari, ma anche delle persone e categorie più vulnerabili, riconoscendo la sospensione di quelle decisioni che gli negavano l'applicazione delle misure disposte per prevenire la diffusione del virus (prevalentemente la misura dell'*home office*)<sup>58</sup>.

Allo stesso modo, una particolare considerazione è quella che la Corte dà al diritto alla salute dei minori in affidamento congiunto o condiviso, stabilendo che il diritto di visita dei genitori durante la pandemia di Covid-19, può essere esercitato a distanza, attraverso mezzi telematici. In questo senso si è espressa la Prima Sezione della Suprema Corte di Giustizia della Nazione, con la decisione

---

delle persone è in pericolo: cfr. J. Cárdenas, "La nueva ley de amparo", in *Cuestiones Constitucionales*, n. 29, 2013, 383-409.

<sup>56</sup> L'elenco dei dispositivi personali di protezione che gli operatori sanitari avrebbero dovuto ricevere, a seconda dell'area medica a cui erano assegnati era contenuto nella pronuncia della Corte (tra i quali venivano segnalati: la mascherina chirurgica monouso, la divisa da lavoro, i guanti in lattice monouso, gli occhiali protettivi e i dispositivi di protezione delle vie respiratorie).

<sup>57</sup> *Ex plurimis*, si vedano le tesi n. 2022253 emessa dai tribunali di circoscrizione collegiale, nella quale si segnala che in caso di ricorsi presentati da personale sanitario «è opportuno concedere la sospensione dell'omissione di fornire al personale operante negli ospedali pubblici esposti al contagio di il virus Covid-19, le forniture e le attrezzature mediche adeguate per la tutela della loro salute», e n. 2022336, secondo la quale il rispetto di queste misure di sicurezza non può essere condizionato all'approvazione di una voce di bilancio, poiché ciò violerebbe l'art. 126 della Costituzione.

<sup>58</sup> *Así ex plurimis* la decisione del 12 marzo 2021 del *Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Séptimo Circuito* che decide il *Conflicto competencial* 7/2020.

<sup>59</sup> *Contradicción de tesis* 267/2020, giudice relatore Norma Lucía Piña Hernández, decisione adottata nella seduta del 17 marzo 2021, con maggioranza dei voti.

*contradicción de tesis* 267/2020<sup>59</sup>, la cui *ratio* risiede nella necessità di garantire una tutela rafforzata della vita e della salute fisica del minore, tenuto conto delle condizioni di emergenza sanitaria legate al Covid-19. Il Giudice supremo messicano ha sottolineato che sia il diritto alla tutela della salute e della vita, sia il diritto alla convivenza con la madre o il padre non affidatari al fine di mantenere e rafforzare il legame familiare, sono diritti fondamentali per il benessere dei minori, che devono essere tutelati e garantiti.

Tuttavia, il contesto eccezionale della pandemia richiede che venga attribuita una maggiore rilevanza al diritto alla tutela della salute fisica e della vita, rispetto a quello alla convivenza presenziale con il genitore che non ha l'affidamento del minore. Di conseguenza, il primo può essere privilegiato con maggiore intensità rispetto al secondo, quando non vi sono elementi sufficienti che facciano invece propendere per la necessità di garantire la convivenza presenziale. In questo modo, si evita di esporre il minore al rischio di contagio garantendogli il più alto livello di salute possibile e si cerca di renderlo compatibile con il diritto alla convivenza con il genitore non affidatario.

Infine, un'importante sentenza della giurisprudenza costituzionale locale ha riconosciuto il diritto di accesso all'acqua a condizioni agevolate delle persone in condizione di mobilità e che ricevono assistenza da strutture non governative predisposte a tal fine (le cosiddette *casas del migrante*). Tale riconoscimento si basa sul principio di solidarietà che deriva dal diritto internazionale ma anche dai più elevati standard di protezione dei diritti umani, considerato come vincolante da parte del tribunale che si è pronunciato su questo punto, specialmente in considerazione dello speciale contesto di emergenza sanitaria<sup>60</sup>.

#### 4. *La reazione “forte” degli Stati federati e i limiti alla libertà di circolazione: il caso dello Stato di Coahuila*

Nonostante il Messico sia uno degli Stati dell'America latina ad avere adottato le misure meno severe a livello federale, gli Stati

<sup>60</sup> Si veda la sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Coahuila, *Acción de Inconstitucionalidad Local* 6/2020, 19 dicembre 2020, il cui testo è disponibile al link: <https://storage.googleapis.com/pjecz-gob-mx/Conócenos/Estructura/Tribunal%20Supe->

federati si sono attivati in modo più incisivo implementando un sistema di limiti alla circolazione, comprensivo di forme più o meno intense di “quarantena” e, in alcuni casi, della previsione di un “co-ripruoco”<sup>61</sup>. L’incostituzionalità di molte di queste misure sono state avanzate sia dal governo federale ma anche da organi locali.

Emblematico in questo senso è il caso di Coahuila, dove il potere esecutivo emanò il *Decreto por el que se emitieron las disposiciones relativas a la movilidad de las personas en el Estado de Coahuila de Zaragoza durante la contingencia COVID-19*<sup>62</sup>, dichiarando la sospensione delle attività non essenziali e adottando diverse misure di controllo e prevenzione della diffusione dei contagi che implicarono la limitazione del diritto alla libertà di transito e circolazione in tutto il territorio statale.

Tale atto fu impugnato dalla Commissione statale dei diritti umani, un organo autonomo previsto dall’art. 195 della Costituzione locale, con competenza in materia di studio, protezione, diffusione e promozione dei diritti umani. Mediante un’azione di incostituzionalità locale<sup>63</sup>, l’*ombudsman* statale denunciava la presunta

---

*rior%20de%20Justicia/Órganos%20Jurisdiccionales/Tribunal%20Constitucional/Acción%20de%20Inconstitucionalidad%20Local%20AIL-6-2020/Sentencia%20AIL%206-2020%20Versión%20pública.pdf.*

<sup>61</sup> In questo senso, si segnala l’*Acuerdo* 127/2020 emesso dal governatore di Chihuahua e pubblicato nel *Periodico Oficial* locale il 4 novembre 2020, che prevedeva un orario di restrizione della circolazione, così come la chiusura e la sospensione di alcune attività. Tale provvedimento fu impugnato da un cittadino che lamentava la violazione dei diritti alla libertà di transito, circolazione e libera associazione previsti negli artt. 1, 14, 16, 22, 29 e 73, fraz. XVI e 133 della Costituzione. Su tale ricorso si è pronunciato il *Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito* il 5 marzo 2021 (*queja* 288/2020), precisando che il ricorrente non aveva dimostrato il danno realmente sofferto a causa di tali misure.

<sup>62</sup> Si veda il Decreto citato *supra*, nota n. 17, adottato il 22 aprile 2020 e pubblicato nel *Periódico Oficial del Estado del Coahuila de Zaragoza*, n. 34, tomo CXXVII il 28 aprile 2020. Il documento è disponibile al seguente link: <https://bit.ly/2Z6soXg>.

<sup>63</sup> L’azione di costituzionalità locale è uno strumento previsto dall’art. 6 della *Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza* mediante il quale si richiede al giudice costituzionale locale di risolvere l’eventuale contraddizione tra una norma o una omissione legislativa e la Costituzione locale e, di conseguenza, dichiararne la validità o invalidità costituzionalità. L’oggetto di tale azione è piuttosto ampio: può essere promossa sulle leggi, decreti o altri atti anche di carattere amministrativo approvati dai poteri legislativo, esecutivo e giudiziario. Su tale istituto si v. G. Froto, “La acción de inconstitucionalidad en el Estado de Coahuila”, in AA.VV., *Memoria de la VII Mesa Redonda sobre Justicia Constitucional en las Entidades Federativas*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, 427-432.

incostituzionalità delle disposizioni che limitavano la libertà di transito e di circolazione con riferimento a due ordini di motivi: in primo luogo, per presunta incompetenza del potere esecutivo nell'adozione di atti normativi limitativi dei diritti fondamentali con conseguente invasione della competenza legislativa del congresso locale; in secondo luogo, per violazione del principio di proporzionalità previsto per garantire la legittimità alle norme che limitano i diritti fondamentali<sup>64</sup>.

La decisione del giudice costituzionale statale<sup>65</sup>, assunta a seguito di un procedimento pubblico al quale hanno partecipato esperti e associazioni nazionali e internazionali mediante la presentazione di *amicus curiae*, ha dichiarato la costituzionalità del decreto impugnato. Innanzitutto, si conferma la competenza del potere esecutivo locale ad adottare l'atto *de quo* facendo riferimento a tre ordini di motivi. In primo luogo, si esclude che il governo locale abbia invaso la competenza della federazione. Difatti, secondo quanto previsto dall'art. 29 della Costituzione messicana, la federazione ha la facoltà esclusiva di sospendere diritti e garanzie in una situazione di emergenza. Tale disposizione, inoltre, stabilisce le condizioni che devono sussistere per potere sospendere o restringere diritti e libertà<sup>66</sup>. Secondo il Tribunale Superiore *coahuilense*, tali condizioni devono essere interpretate alla luce del principio federalista che impone, con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, che gli Stati possano riconoscere, ampliare e limitare i diritti umani in modo ragionevole nell'ambito locale e con riferimento al territorio e alla popolazione di loro competenza. Di conseguenza, l'applicazione del principio federalista implicherebbe che le autorità statali locali possano adottare normative che implicino restrizioni o sospensioni della libertà di circolazione, pur sempre rispettando i principi di proporzionalità e sussidiarietà all'interno del sistema sanitario federale.

<sup>64</sup> Il ricorso presentato dalla Commissione statale dei diritti umani è disponibile al seguente link <https://bit.ly/2WwS51T>.

<sup>65</sup> Si veda Tribunale Superiore di Giustizia di Coahuila, *Acción de Inconstitucionalidad Local* 3/2020, 11 maggio 2020. Il testo della sentenza è disponibile al seguente link: <https://storage.googleapis.com/pjecz-gob-mx/Conócenos/Estructura/Tribunal%20Superior%20de%20Justicia/Órganos%20Jurisdiccionales/Tribunal%20Constitucional/Acción%20de%20Inconstitucionalidad%20Local%203-2020/Sentencia%20AIL%203-2020%20Versión%20pública.pdf>.

<sup>66</sup> Sulle quali si veda *supra*, par. 2.

L'applicazione del principio di sussidiarietà sarebbe quindi giustificato, nel caso di specie, dalla mancata adozione da parte del governo federale di norme o criteri diretti a ridurre la circolazione delle persone durante la contingenza sanitaria. Sulla base di tale argomento, e nonostante la materia *salubridad general* rientri nella competenza esclusiva della federazione, si riconosce la legittimità del potere locale di controllare, prevenire e monitorare la malattia del coronavirus riducendo la mobilità sul territorio, oltre che rispettare e far rispettare le misure obbligatorie disposte a livello nazionale dal *Consejo de Salubridad General* dirette a sospendere immediatamente le attività non essenziali. Si tratta quindi di regole locali che si aggiungono a quelle federali, ma non le sostituiscono.

Il secondo argomento utilizzato dal giudice costituzionale *coahuilense* per giustificare la costituzionalità dell'atto impugnato consiste nell'escludere l'ipotesi di invasione della competenza del potere legislativo locale. Il decreto impugnato era accusato di essere in realtà una normativa sospensiva dei diritti e delle libertà fondamentali. Secondo il combinato disposto degli artt. 8 e 64 della Costituzione locale, rientrerebbe nella competenza esclusiva del Congresso statale autorizzare, secondo quanto previsto dall'art. 68 della Carta fondamentale *coahuilense*, il governo locale ad adottare le misure necessarie per far fronte a situazioni di grave turbamento della pace o di qualsiasi altro rischio per la società. Tale autorizzazione rappresenta uno strumento di controllo legislativo che consente di concedere al potere esecutivo locale, per un tempo limitato, poteri straordinari per far fronte alla situazione di emergenza, che sono specificati nello stesso decreto che attribuisce tali facoltà al governo.

Poteri straordinari che nel caso di specie non sono stati necessari per giustificare la costituzionalità dell'*Acuerdo* impugnato: di-

---

<sup>67</sup> Il riferimento è in particolare ai paragrafi 5-8 dei *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Annex, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984). Tali principi stabiliscono criteri e standard precisi di interpretazione universale per la limitazione dei diritti garantiti dal Patto internazionale dei diritti civili e politici, tra i quali si segnalano il principio della riserva di legge, il rispetto delle finalità del Patto, il divieto di applicazione arbitraria e discriminatoria, la necessità e giustificazione della misura. Su tali principi cfr. N. Sun, "Applying Siracusa: A Call for a General Comment on Public Health Emergencies", in *Health and Human Rights*, vol. 22, n. 1, 2020, 387-390.

fatti, secondo il *Tribunal*, la possibilità di limitare la libertà di circolazione per motivi di salute pubblica sarebbe prevista dal diritto internazionale, nazionale e locale<sup>67</sup>: tali norme consentirebbero alle autorità sanitarie locali disporre la riduzione della circolazione mediante l'adozione di misure dirette a sospendere, per cause di forza maggiore, le attività non essenziali per motivi di emergenza sanitaria. Si tratterebbe, quindi, di norme in materia di diritti umani che consentono, con la finalità di proteggere la vita, l'integrità e la salute delle persone dal Covid-19, di limitare o sospendere la libertà di circolazione e che pertanto legittimano, dal punto di vista costituzionale, l'intervento del potere esecutivo locale, specialmente nel caso in cui quello legislativo non riesca a intervenire in modo immediato. L'esclusione dell'invasione della competenza dell'organo legislativo locale si giustificerebbe, quindi, facendo leva sul rispetto dell'obbligo sanitario generale che esiste a livello locale, il cui fondamento risiede nel principio di sussidiarietà posto a fondamento del federalismo messicano.

Solo nel caso in cui il governatore di Coahuila avesse disposto restrizioni o sospensioni di diritti senza alcuna base normativa ma facendo leva semplicemente sul principio della sovranità della sanità locale e sul rispetto del stato di emergenza decretato a livello nazionale (entrando nei domicili privati o compiendo atti di sorveglianza telematica, senza provvedimento giudiziario, ad esempio), si sarebbe dovuto attivare l'obbligo di richiedere al Congresso l'autorizzazione per l'esercizio di poteri straordinari (sul quale è previsto il controllo successivo da parte della Corte costituzionale locale).

Ma vi è di più. Non solo il giudice costituzionale esclude l'invasione della competenza del potere legislativo, ma sottolinea l'esistenza di un vero e proprio dovere costituzionale del potere esecutivo di proteggere i diritti alla salute, integrità e vita personale<sup>68</sup>. Il terzo argomento sviluppato dal *Tribunal* per giustificare la competenza del governo statale di adottare il decreto impugnato fa leva sull'esistenza di un dovere sanitario diretto alla protezione del diritto alla salute, inteso in senso individuale ma anche – e special-

---

<sup>68</sup> In questo senso sono gli articoli 1, 4 e 11 della Costituzione federale e gli artt. 82, frazione XX, 108 e 109 della Costituzione di Coahuila. Si veda anche l'art. 23 della *Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Coahuila de Zaragoza*.

mente – come bene collettivo<sup>69</sup>. In virtù di tale dovere, le autorità locali hanno una serie di attribuzioni, espresse o implicite nell’ambito normativo interno, per prevenire, controllare e vigilare il rispetto delle misure obbligatorie adottate nel contesto dell’emergenza sanitaria, anche in materia di pubblica sicurezza, dato che l’implementazione delle misure limitative della libertà di circolazione implica anche garantire la sicurezza delle persone<sup>70</sup>, in conformità con i *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* [1986]<sup>71</sup>. Nel caso specifico, il governo *coahuilense* aveva istituito e implementato dei filtri di controllo sanitario che vigilavano il rispetto delle norme sulla limitazione della circolazione dei veicoli, la cui legittimità dipendeva dalla proporzionalità delle misure adottate dalle forze di polizia adibite a tali controlli al fine di non commettere, con il pretesto dell’emergenza sanitaria, detenzioni illegittimo, arbitrario o, in generale, un uso eccessivo della forza pubblica.

Inoltre, e dato che la situazione della pandemia di Covid-19 non genera solo un problema di salute, ma produce anche effetti economici, sociali e/o strutturali di violazione dei diritti delle persone più deboli e vulnerabili, il potere esecutivo locale ha il dovere di adottare delle misure per affrontare in via prioritaria gli altri effetti pregiudizievoli prodotti o aggravati dalla pandemia. Tale dovere è previsto dall’art. 84 della Costituzione locale, che obbliga il governo *coahuilense* ad agire con diligenza per tutelare, tra gli altri beni costituzionalmente protetti, anche la sicurezza della popolazione.

Infine, il giudice costituzionale di Coahuila ha confermato la costituzionalità del decreto impugnato, in quanto le misure limitative della libertà di circolazione ivi previste rispetterebbero il principio di proporzionalità richiesto per la limitazione dei diritti. Se-

---

<sup>69</sup> Si vedano gli artt. 1, 14, 16, 39, 40 e 41 della Costituzione messicana, che configurano la protezione della salute pubblica come una funzione dello Stato essenziale per l’esercizio del potere pubblico, in nome e a beneficio del popolo.

<sup>70</sup> Si veda l’art. 23, frazioni V e XX, della *Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Coahuila de Zaragoza*.

<sup>71</sup> S. Kalantry, J.E. Getgen, S.A. Koh, “Enhancing Enforcement of Economic, Social, and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Right to Education in the ICESCR”, in *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 1076, 2010, disponibile al link <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2467&context=facpub>.

condo il *Tribunal*, difatti, il decreto dell'esecutivo rispettava innanzitutto il principio della riserva di legge, dato che si trattava di una disposizione normativa dal contenuto chiaro e idoneo a orientare la condotta dei consociati in modo prevedibile. Inoltre, con riferimento alla finalità della normativa impugnata, questa era diretta a garantire la protezione del principio d'uguaglianza e di non discriminazione, prevedendo l'uso proporzionale della forza e il principio dell'intervento minimo da parte delle forze di polizia, e la tutela della salute e dell'ordine pubblico che l'esecutivo locale deve garantire in applicazione del principio di sussidiarietà nel proprio ambito di competenza. Tali disposizioni restrittive della mobilità sarebbero, quindi, idonee, utili e necessarie per tutelare il divieto di sospensione delle attività non essenziali previsto per mitigare gli effetti della pandemia attraverso il distanziamento sociale. Tale norma, pertanto, oltre ad essere transitoria, è considerata dal giudice costituzionale locale anche rispettosa dei diritti umani, garantendo la massima protezione delle persone nell'esercizio del loro diritto fondamentale alla libertà di movimento in conformità con il principio di intervento minimo e di tutela preventiva di un rischio reale, grave e imminente.

Con tale decisione, che convalida la validità costituzionale delle limitazioni adottate a livello locale per cercare di controllare la diffusione del virus Sars-CoV-2, il Tribunale Superiore di Giustizia di Coahuila si colloca nel panorama costituzionale comparato e in un importante dialogo con le norme locali, nazionali e internazionali in materia di limitazione dei diritti umani, ricoprendo quel vuoto lasciato da un'assordante assenza a livello federale.

##### 5. *Riflessioni finali*

La pandemia del Covid-19 ha messo in ginocchio il mondo intero e ha reso visibili le carenze strutturali dei sistemi sanitari nazionali di molti paesi, spesso dotati con poche risorse economiche e umane e, in alcuni casi, di scarsa qualità e con una importante mancanza di garanzie di un livello di salute adeguato. Pochissime le eccezioni presenti nel panorama comparato.

Tali caratteristiche sollevano anche la necessità di intraprendere trasformazioni istituzionali che rafforzino la protezione dei di-

ritti fondamentali degli utenti dei sistemi sanitari nazionali ma anche dei lavoratori del settore salute.

Evidentemente, in questo contesto, il ruolo da protagonista nella garanzia dei diritti, dopo il momento di *impasse* provocato dalla sospensione repentina di tutte le attività anche se essenziali, posti in pericolo dal virus del Sars-CoV-2 – ma anche (e forse specialmente?) dalla gestione della pandemia che da quello è derivata – è stato svolto dalla magistratura. I giudici ricoprono una posizione centrale, soprattutto in tempi di crisi, essendo interlocutori privilegiati con i cittadini.

La pandemia ha posto i magistrati davanti a una nuova sfida e una grande responsabilità: quella di adottare decisioni supportate da linee guida tecniche e da studi scientifici recenti e ancora in via di sviluppo che possono salvaguardare la salute del personale ospedaliero e renderla compatibile con la continuità dei servizi sanitari. Al contrario, una decisione ambigua può influire seriamente sulla salute o la vita, come risulta evidente dal filone giurisprudenziale analizzato nelle pagine precedenti circa la mancata fornitura al personale sanitario impegnato in prima linea nella lotta al Covid-19 degli adeguati dispositivi di protezione personale.

In questo senso, i giudici federali messicani hanno sottolineato come la mancata adozione di misure adeguate, così come il non aver proceduto a una formazione progressiva e adeguata, alla graduale riconversione degli spazi e alla redistribuzione del personale sanitario (come l'assegnazione di funzioni meno rischiose o trasferimenti a centri di minor esposizione al virus delle persone maggiormente vulnerabili) costituisce una giusta causa per non assistere i potenziali pazienti Covid-19, per i quali diventa imprescindibile, quindi, ricevere dispositivi adeguati. Il mancato rispetto di tali misure, difatti, come indicato anche dagli organismi internazionali in materia di salute pubblica, aumenterebbe il rischio di un incremento del numero delle infezioni e incidere sulla capacità di reazione del sistema.

Allo stesso modo, il potere giudiziario messicano si è mostrato particolarmente sensibile alla protezione delle categorie più vulnerabili mediante un bilanciamento dei diritti che ha messo in primo piano il diritto alla salute, senza peraltro rinunciare alla garanzia di altri diritti fondamentali (come nel caso della protezione dei diritti dei minori d'età o anche nel caso della sentenza del giudice costitu-

zionale locale sul diritto all'acqua delle persone migranti). Bilanciamento che mette al centro le raccomandazioni delle autorità internazionali interpretata alla luce di un principio di proporzionalità che giustifica le restrizioni del diritto alla libera circolazione delle persone per proteggere il bene collettivo "salute pubblica".

Ma la responsabilità della protezione dei diritti fondamentali delle persone non può essere affidata completamente al potere giudiziario. In una realtà così complessa, come quella messicana, il dialogo istituzionale è essenziale. Dialogo che, purtroppo, nell'esperienza messicana, è stato debole, se non del tutto assente. Inoltre, seppur è vero che il diritto ha il potenziale per fornire soluzioni a fenomeni complessi, la gestione della pandemia ha messo in evidenza come avviare un dialogo tra scienza e diritto per proteggere adeguatamente i diritti umani delle persone sia fondamentale.

E lo è ancor più con riferimento ai casi nei quali l'analisi del ruolo svolto dal potere giudiziario durante l'emergenza sanitaria deve prendere in considerazione delle caratteristiche contestuali molto importanti. È questo il caso del Messico il quale, come altri paesi dell'America latina, si caratterizza per la presenza di profonde disuguaglianze economiche e sociali che hanno dato vita a un contesto di estrema povertà e di profonda violenza dove il crimine organizzato spesso supplisce l'assenza dello Stato e i dati della violenza di genere contro le donne raggiungono dei livelli piuttosto preoccupanti.

In questi contesti, la militarizzazione della sicurezza pubblica è stata una conseguenza pressoché inevitabile, a cui hanno fatto seguito, anche durante la pandemia, diversi casi di abuso di potere da parte delle forze di polizia e di agenti statali. Non è da escludere, quindi che i giudici messicani continueranno a pronunciarsi su violazioni ai diritti umani commesse durante la pandemia. Rimane solo da augurarsi che non si tratti di un monologo giudiziale, ma che tale giurisprudenza entri in un proficuo dialogo anche con le altre istituzioni coinvolte nella gestione dell'emergenza sanitaria.

La giurisprudenza (federale e locale) messicana ha quindi colmato la lacuna lasciata dal parlamento e dal governo federale nell'adozione di misure di protezione e garanzie dei diritti fondamentali delle persone durante l'emergenza sanitaria e, in particolare, delle categorie più vulnerabili, maggiormente colpite e discriminate da una pandemia che ha colpito tutto il mondo. Così, nelle parole

di Michelle Bachelet, Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani: “Il virus non discrimina, ma i suoi effetti si”.

*Abstract*

Il presente lavoro analizza la giurisprudenza costituzionale messicana federale e locale che si è pronunciata sulle limitazioni e violazioni ai diritti fondamentali legata alle misure adottate a livello federale e locale per fronteggiare l'emergenza sanitaria provocata dal virus Sars-CoV-2. In particolare, si evidenzia come i giudici messicani abbiano mostrato una particolare sensibilità nella protezione dei diritti delle categorie più vulnerabili (tra i quali personale sanitario, minori e migranti).

This work analyzes the federal and local Mexican constitutional case law on the limitations and violations of fundamental rights linked to the measures adopted at the federal and local level to deal with the health emergency caused by the Sars-CoV-2 virus. In particular, the article highlights the particular sensitivity Mexican judges have shown in protecting the rights of the most vulnerable categories (including health personnel, minors and migrants).



LUCIA SCAFFARDI

## DOMANDE DI GIUSTIZIA ORIGINATE DALLA PANDEMIA DA COVID-19

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Come è nata l'idea di una ricerca. – 3. L'influenza del Covid-19 sulle Corti: bisogno di continuità nell'operato dei giudici e delle necessarie strutture serventi e introduzione di nuovi metodi di lavoro. – 4. L'influenza del Covid-19 sulle Corti: i giudici chiamati a decidere nel merito delle misure di contrasto alla pandemia tra complessità del bilanciamento e *self-restraint*. – 5. Osservazioni conclusive.

### 1. *Introduzione*

I dieci contributi della presente sezione monografica di questo numero della Rivista, intendono mostrare come le decisioni normative al tempo del Covid-19 abbiano necessitato di una “mediazione” giudiziaria e, per suo tramite, di un bilanciamento tra tutela del diritto alla salute ed esigenze dell'emergenza, sempre più “prepotentemente” presenti nella quotidianità e nelle vite dei singoli cittadini. Tale analisi, che spazia dall'ordinamento italiano a quelli di numerosi Paesi nel Continente europeo, per giungere fino alle Americhe, propone così uno spaccato, sotto il preciso profilo giuridico, della complessità che abbiamo vissuto – e che, purtroppo, continuiamo ancora a vivere – a seguito della drammatica pandemia che ha colpito l'intero pianeta a partire dal 2020.

A fronte dei molteplici saggi che sono stati pubblicati in questi anni sull'utilizzo delle fonti in tempo di Covid-19<sup>1</sup>, la riflessione qui

---

<sup>1</sup> Senza pretesa di esaustività di segnalano, fra i molti, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, 109 ss.; E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di BioLaw Journal*, n. 3, 2020; D. Trabucco, *Il virus nel sistema delle fonti: decreti-legge e PDCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, n. 2, 2020; i numerosi contributi inseriti nel Fascicolo Speciale 2020 *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, nella *Rivista Osservatorio sulle Fonti*, 295 ss.; E. Furno, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2021, 286 ss. e ancora la se-

promossa si concentra su un piano particolare, quello della giurisprudenza delle Corti Supreme e costituzionali, rispetto al quale pochi sono stati gli sguardi rivolti dalla dottrina ad un approfondimento ampio e comparato<sup>2</sup>. Certo, non vi è in questo lavoro un desiderio – né tantomeno una presunzione – di esaustività ma vi si vuole piuttosto ravvedere l’inizio di un percorso che possa da altri essere raccolto e implementato, anche considerando quanto le questioni giuridiche legate alla gestione pandemica si estendano quotidianamente per materie e profili problematici toccati, in continuità con l’evolversi stesso delle numerose varianti del virus e delle conseguenze socio-economiche, oltre che sanitarie e medico-scientifiche, che da esso promanano.

I contributi in questa sede presentati consentono, nel loro insieme, di operare una prima ricostruzione che si riferisce al doloroso periodo del dilagare della pandemia nei primi mesi del 2020 fino alla primavera del 2021, senza toccare dunque in specifico gli ulteriori temi legati alle campagne vaccinali o alle prese di posizione quanto all’obbligatorietà di tale trattamento sanitario, che al tempo non avevano ancora “investito” il dibattito politico-giuridico. Proprio concentrando l’attenzione alle vicende giudiziarie di questo “primo” periodo dell’evoluzione pandemica, che ha richiesto l’intervento di misure emergenziali e limitazioni delle libertà personali senza precedenti e, sotto svariati profili, del tutto inedite, è parso assai interessante andare alla scoperta di trend comuni, di posizioni che paiono essere condivise nelle decisioni analizzate in differenti ordinamenti, quasi a far ritornare alla mente – e riprendendo un’espressione forse abusata ma di grande rilievo in questo campo – di un “dialogo silenzioso” fra Corti che si sono però talvolta aperte all’irriducibilità di posizioni univoche, non sempre dovute alla innegabile diversità ordinamentale.

---

zione monografica *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020; il fascicolo speciale monografico a cura di R. Tarchi, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2, 2020 e quello a cura di L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 2020, 46 ss.; A. D'Aloia (a cura di), *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, Franco Angeli, 2021; I. A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2021.

<sup>2</sup> Tra questi si inserisce certamente il contributo di L. Giacomelli, E. Lamarque, *The Italian Constitutional Court and the pandemic: a national and comparative perspective*, in E. Hondius, M. Santos Silva, A. Nicolussi, P. Coderch, C. Wendehorst, F. Zoll (eds), *Coronavirus and the law in Europe*, Intersentia, 2020, 55-80.

Questa riflessione, a corredo dei contributi della presente sezione, ripercorre la nascita dell'idea della ricerca, per dare poi spazio ad una lettura complessiva dei contributi, dei quali vengono ripercorsi e sottolineati i tratti fondamentali e di maggiore interesse, così da presentare alcune sintetiche considerazioni più generali e trasversali. L'analisi non può che muovere dalla rilevata continuità dell'operato di queste Corti, pur garantita con metodi e procedure che sono andate diversificandosi e che hanno rappresentato un'innovazione rispetto al passato. Accanto a simili valutazioni "formali" o "procedurali", ed esaminando nel merito le decisioni e l'approccio giurisprudenziale derivato, il controllo delle Corti sulle norme di contrasto al Covid-19 ha rivelato inizialmente un atteggiamento che potremmo definire di *self-restraint* rispetto ai reali contenuti delle disposizioni legislative o governative approvate, piuttosto che fornire un vaglio specifico sulla compatibilità delle stesse con il testo costituzionale. Un approccio e un ruolo, quest'ultimo, che inizia invece ad apparire maggiormente presente nelle più recenti pronunce (pur ovviamente con sfumature diverse, laddove non con tratti più evidenti), come ben emerso nei diversi contributi. Tali osservazioni portano a scorgere, più in generale, la (ri)affermazione della marcata autonomia che gli organi giurisprudenziali, anche in una situazione emergenziale, hanno mostrato rispetto agli altri organi dello Stato – in primis Governo e legislatore, tanto nazionale quanto, in taluni casi, subnazionale – ma sempre nella piena considerazione di uno spirito di leale collaborazione con le altre istituzioni<sup>3</sup>.

## 2. *Come è nata l'idea di una ricerca*

Come ebbi modo di dire ai miei studenti del Corso di Diritto Pubblico Comparato all'Università di Parma, presentando il ciclo

---

<sup>3</sup> Ciò è stato del resto ben sottolineato, nel contesto italiano, dalle parole impiegate dall'allora Presidente della Corte costituzionale, Prof.ssa Cartabia, che ha riconosciuto, dinanzi alla esigenza di contrastare l'emergenza epidemiologica, non solo l'importanza di «assicurare la continuità della funzione di giustizia costituzionale», ma anche quella di «operare ispirato di leale cooperazione con le altre istituzioni repubblicane nell'impegno comune a fronte della situazione presente», Comunicato "Ulteriori misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte costituzionale durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19", 24 marzo 2020, reperibile all'indirizzo [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/decreto\\_20200324.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/decreto_20200324.pdf).

di seminari dedicati a “Covid-19 e diritto”, nell’autunno del 2020, «quest’anno la pandemia ha “tra-volto e stra-volto” i nostri Corsi universitari, ma proprio nonostante questo e per questo dobbiamo saper trasformare un’emergenza in una sfida, sforzandoci di guardare in modo ancora più attento e approfondito alle potenzialità della comparazione giuridica di fronte ad un evento di dimensioni globali, capace, più di molti altri nella storia, di travalicare i confini nazionali»<sup>4</sup>.

L’idea di fondo dei seminari proposti era semplice: invitare – inevitabilmente in videocall – Studiosi e Colleghi italiani impegnati in Atenei e centri di ricerca sparsi per il mondo che “in tempo reale” stessero vivendo, al pari di studentesse e studenti del mio Corso, paure e speranze, progetti e problematiche, imprevisti e programmi disattesi, con l’intento di dimostrare però che – da giuristi – quanto accade intorno a noi, per quanto inedito e dirompente, non può solo travolgerci ma, al contrario, deve essere studiato, analizzato e interpretato.

Questo telematico e virtuale “giro del mondo” voleva rappresentare un primo importante momento di approfondimento sulle reazioni di ordinamenti differenti da quello italiano, ponendo attenzione a come nei singoli Stati coinvolti si stesse affrontando, nella concretezza delle scelte normative e regolamentari, il quanto mai difficile equilibrio tra diritti – libertà di circolazione, di espressione, di lavoro, di iniziativa economica etc. – e doveri – di tutela della salute pubblica e dei singoli – nel mezzo di una parentesi pandemica che nessuno poteva immaginare si sarebbe allargata temporalmente fino ad oggi.

La delicata relazione tra crisi sanitaria e scelte normative, come emerso dagli incontri, non aveva visto soluzioni identiche o del tutto sovrapponibili in Irlanda, Regno Unito, Germania, Spagna, Francia, Stati Uniti d’America, Turchia e Messico – i Paesi “chiamati in causa” in quel “giro del mondo”, senza dimenticare gli interventi e le posizioni espresse a livello sovranazionale, nel contesto dell’Unione europea. Gli interessanti spunti di riflessione risultati

---

<sup>4</sup> Per la prima volta, dunque, il termine “globalizzazione” è stato letto non più in stretto collegamento con il solo dato economico, così che anche le varie dottrine che da tempo discutono sul tema della globalizzazione del costituzionalismo sono risultate di evidente attualità, divenendo (purtroppo) la pandemia una cartina di tornasole di quanto evidenziato da quegli studiosi.

dalle ricostruzioni e “report” degli studiosi invitati al ciclo di seminari, che avevano peraltro posto in evidenza l'affievolimento delle istanze connesse al principio di legalità e il conseguente sempre più frequente ricorso alle Corti di ultimo appello e/o a quelle costituzionali, aveva però reso fin da subito chiaro che le “testimonianze” raccolte non potevano – e, per certi versi, neppure dovevano – ridursi ad un pur vivace e partecipato ciclo di seminari di Ateneo.

È così venuto quasi spontaneo ritrovarsi a ragionare sul fatto che la riflessione collettiva sul tema potesse – anche e soprattutto in ragione della sua centralità – essere approfondita ulteriormente, focalizzandola proprio su quel rapporto tra emergenza sanitaria e pronunce delle varie Corti nazionali già affiorato in diversi tratti in occasione degli incontri, andando così alla ricerca tanto di un filo rosso di dottrina quanto di una lettura capace di inserirsi nel prisma del diritto comparato. Da simili considerazioni è nata l'idea, accolta dalla Rivista Percorsi Costituzionali, di pubblicare una sezione specificamente dedicata alla lettura del rapporto tra Covid-19 e Corti in differenti ordinamenti, arricchendo quel primo virtuale “giro del mondo” di nuove e interessanti tappe, come l'Austria, il Brasile e l'Italia.

E quindi i lavori pubblicati nelle pagine che precedono, premesse le necessarie ed imprescindibili indicazioni di carattere formale – e cioè i provvedimenti adottati nei rispettivi Paesi – , hanno inteso mettere a fuoco le risposte che le Corti costituzionali e Supreme hanno dato dinnanzi alle domande sollevate da diversi soggetti – istituzioni, autorità o cittadini – dinnanzi alla situazione emergenziale nei diversi Paesi analizzati, fornendo in tal modo una prospettiva sostanziale e di merito che presenta uniformità e differenze.

Ovviamente, pur nella complessiva e drammaticamente comune situazione emergenziale, non possiamo dimenticare come lo scenario giuridico di ogni Paese vada letto in relazione alle singole realtà socio-economiche e culturali. È il caso delle profonde differenze di contesto e, conseguentemente, di reazioni registratesi in Messico, ma lo stesso ragionamento vale anche più ampiamente per l'America Latina e dunque il Brasile, nonché per grandissima parte dell'Africa rispetto ai Paesi dell'Europa continentale.

Tenendo a mente tali considerazioni, la presente sezione ha dunque consentito di osservare che se certamente la legge ha strumenti e metodo per garantire le soluzioni più adeguate alla com-

plexità dei fenomeni verificatisi in una situazione così tragica, inedita e in continua rapida evoluzione quale quella pandemica, parimenti, la magistratura, che ha ruolo centrale nella tutela e nel riconoscimento dei diritti individuali e collettivi, spesso si è trovata di fronte a scelte divisive, con i tribunali una volta di più chiamati a essere luogo di composizione delle regole e non più solo delle liti. Questo quasi a testimoniare un approccio “costruttivo”, divenuto così importante di fronte alla riscoperta fragilità delle nostre abitudini quotidiane, sconvolte da una emergenza – sanitaria ma, come ben sappiamo, anche socio-economica – che ancora si presenta caratterizzata da difficili contorni ricostruttivi.

### 3. *L'influenza del Covid-19 sulle Corti: bisogno di continuità nell'operato dei giudici e delle necessarie strutture serventi e introduzione di nuovi metodi di lavoro*

Un primo dato di fatto evidente è che il diffondersi del virus Covid-19 ha colto di sorpresa governi e Parlamenti, tanto nazionali quanto sub-nazionali<sup>5</sup>, ma anche l'organizzazione del sistema giustizia inteso nel suo complesso, ritenuto da taluni «del tutto impreparato» ad una tale situazione, con notevoli ripercussioni sull'efficace gestione del potere giurisdizionale e del suo funzionamento<sup>6</sup>. Que-

<sup>5</sup> Per uno studio del rapporto centro-periferia nel contesto pandemico, si rinvia, *ex multis*, a O. Spataro, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, n. 11, 2022, 158 ss.; F. Gallarati, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE Online*, n. 2, 2021, 1605 ss. e alla ampia bibliografia ivi richiamata.

<sup>6</sup> Dal Canto ha espresso una visione estremamente critica della reazione del sistema giustizia dinanzi alla crisi pandemica, evidenziando, con riferimento all'insieme della giurisdizione e non specificamente ai giudici costituzionali o alle Supreme Corti, una certa “remissività” di tale potere che, nelle restrizioni adottate, ha dimostrato di essere ritenuto, sotto diversi profili, «meno indispensabile» di altri. Pare utile qui riportare le parole dell'autore: «È evidente che tali misure [restrittive delle attività giurisdizionali, ndr] sono state il risultato di un drammatico bilanciamento tra esigenze molteplici di rilievo costituzionale: da una parte quella di continuità della giurisdizione, intrecciata con i diritti alla difesa, al contraddittorio, all'imparzialità del giudice, alla ragionevole durata del processo; dall'altra, l'esigenza di tutelare la salute individuale e collettiva. E tuttavia, a giudizio di chi scrive, può fondatamente dubitarsi della ragionevolezza dell'esito di tale bilanciamento, che ha condotto, com'è stato causticamente osservato, al “desolante spettacolo di quiescenza del potere giudiziario” cui abbiamo assistito per circa due mesi. (...) Si è verificata, di fatto, una sorta di congelamento dell'amministrazione della giustizia, ritenuta implicitamente meno indispensa-

sto è avvenuto in quei paesi, come l'Italia, che non contemplan specifiche norme emergenziali, ma si è verificato altresì in altri Paesi<sup>7</sup>, come Spagna e Francia, dove le risposte alla crisi pandemica si sono fatte parimenti attendere nonostante le specifiche previsioni costituzionali che disciplinano stati di crisi ed emergenza<sup>8</sup>.

Il primo elemento che sembra però accomunare tutte le Corti Costituzionali e/o Supreme degli ordinamenti esaminati è quello di aver voluto garantire, anche e soprattutto in una fase così delicata, la continuità dell'operato dei giudici e delle relative strutture serventi. Pur riconoscendo le difficoltà oggettive, legate all'emergenza

---

bile di altri servizi che invece hanno continuato le loro attività; ciò, per inciso, ha riguardato per lo più la magistratura giudicante, mentre è proseguita, in buon parte, l'operatività della magistratura requirente, con riferimento ad esempio alle indagini preliminari, evidentemente ritenuta meno a rischio dal punto di vista del pericolo del contagio. Si è trattato di misure certamente eccezionali e provvisorie ma, anche ciò considerato, difficilmente conciliabili con l'idea dell'essenzialità della giurisdizione, espressione di un potere dello Stato e manifestazione diretta della sua sovranità. Tale sospensione generalizzata, per inciso, non pare essersi verificata in altri ordinamenti (ad esempio in Germania e in Olanda), nei quali non si è mai posto in dubbio che il servizio giustizia potesse essere sospeso, ancorché temporaneamente. Col senno di poi è certamente più facile giudicare ma, forse, in questa prima fase dell'emergenza, un contemperamento più ragionevole degli interessi in gioco si sarebbe potuto ottenere senza pregiudicare la continuità della giustizia, contingentando drasticamente gli accessi agli uffici giudiziari, introducendo severe misure di distanziamento e allungando i tempi di lavoro degli uffici», F. Dal Canto, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021, 114).

<sup>7</sup> Certo, merita più in generale rilevare come vi siano anche Stati che non hanno ricorso a poteri straordinari per gestire l'"eccezionalità" della pandemia: il riferimento è alla Germania, come emerge dal contributo di A. Gatti in questa sezione monografica; sull'ordinamento tedesco, inoltre, anche Woelk ha affermato, con riferimento alla "prima" fase di gestione dell'emergenza pandemica, «Finora, l'architettura costituzionale e legislativa del sistema tedesco ha retto alla pandemia, senza ricorso a poteri straordinari. La reazione alla crisi sanitaria è stata conforme alla logica del funzionamento del federalismo esecutivo, sotto il monitoraggio critico del dibattito pubblico e di un sistema giudiziario funzionante e dedicato alla garanzia dei diritti fondamentali. In risposta alle teorie e all'esperienza del passato nazionalsocialista, che ha insegnato l'importanza fondamentale delle procedure democratiche e del rispetto delle garanzie dello stato di diritto, l'approccio tedesco può essere quindi definito come il tentativo di addomesticare i poteri straordinari attraverso una loro integrazione nel quadro ordinario delle procedure politiche, legislative e amministrative», J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1741.

<sup>8</sup> Per una ampia ricognizione di tali discipline, si legga G. de Vergottini (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, in *Rivista Militare*, 1991; G. Mazzarita, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Giuffrè, 2003.

sanitaria e considerando l'esigenza di tutelare la salute pubblica (nonché quella dei giudici stessi e di chi a vario titolo con loro collabora), gli sforzi profusi dalle Corti superiori sono andati nella direzione di trovare alternative ed inedite modalità di lavoro. E del resto l'eccezionalità della pandemia, che ha scardinato le abitudini quotidiani, sotto tutti i profili, non poteva che richiedere soluzioni diverse rispetto al passato. È così che tutti gli ordinamenti colpiti dall'ondata di Covid-19 hanno optato, pur in diversa misura e con differenti specificità, per un ricorso "forzato", come mai era avvenuto prima, alle nuove tecnologie e alle potenzialità che, in un simile contesto, esse rappresentavano<sup>9</sup>. La predisposizione e impiego di strumenti tecnologici atti a consentire il lavoro a distanza ha investito, con differenziato successo, una quantità di settori e servizi estremamente vasta, dalla scuola all'economia<sup>10</sup>. Anche governi e parlamenti<sup>11</sup> nonché la pubblica amministrazione, hanno dovuto far fronte alle difficoltà emergenti da una ancora non matura digitalizzazione<sup>12</sup>. In questo scenario le Corti Supreme e costituzionali hanno deciso di predisporre strumenti di lavoro a distanza che, lungi dall'essere semplici modifiche delle modalità operative, hanno imposto attente revisioni degli stessi regolamenti di funzionamento, che andavano necessariamente adattati alle peculiarità del meccani-

---

<sup>9</sup> L'impiego delle nuove tecnologie del resto non si è limitato, soprattutto nella prima fase pandemica, a modalità telematiche di svolgimento della didattica o del lavoro; un ulteriore ricorso all'innovazione e alla digitalizzazione è da ravvisarsi nella predisposizione di discussi strumenti di tracciamento volti a controllare la diffusione del virus. Sul punto si rimanda, *ex multis*, a G. De Minico, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in *LaCostituzione.info*, 1 aprile 2020; S. Crespi, *Applicazione di tracciamento Immuni tra normativa nazionale e diritto UE in materia di protezione dei dati personali*, in *Freedom, Security & Justice*, n. 2, 2020, 20 ss.

<sup>10</sup> Le stesse Università, non senza fatica, hanno risposto alla "chiamata telematica", organizzando Corsi ed esami online e predisponendo modalità utili a proseguire le attività di ricerca in *smart working*.

<sup>11</sup> Fortemente dibattuta è stata invece la determinazione dello svolgimento dei lavori in modalità telematica o a distanza con riferimento alle attività parlamentari – soprattutto rispetto alle votazioni –. Sul punto si rinvia, tra i tanti, a N. Lupo, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 2, 2020, 121 ss.; M. Del Monte, *Remote voting in the EU Parliament and national parliaments*, EPRS, 25 marzo 2020; R. Dickmann, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *federalismi.it*, 1 aprile 2020, 5 ss.

<sup>12</sup> Per alcune riflessioni su tali profili, si legga, *ex multis*, P. Lazzara, *La pubblica amministrazione alla prova del Covid: tutela dei diritti e regimi emergenziali*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 4s, 2021.

smo digitale e degli incontri in video<sup>13</sup>. Ed ecco che, per riportare alcuni emblematici ed interessanti esempi dello sforzo di garanzia di continuità mostra to dalle Corti superiori, possiamo riportare le considerazioni ed analisi svolte rispetto al contesto nostrano nel «generale subbuglio ordinamentale» che ha colpito il nostro Paese sin dal febbraio del 2020. Ed è così che Costanzo e Trucco, con una attenta analisi organica dell'approccio della Corte costituzionale Italiana, hanno ben sottolineato quanto la Consulta abbia saputo raccogliere le sfide della pandemia in maniera graduale, dapprima rinviando a nuovo ruolo le cause per le quali erano previste udienze pubbliche nel mese di marzo 2020, per poi intervenire con iniziative di più ampio respiro, comprendendo tanto il protrarsi del periodo emergenziale, che già in quel momento appariva di non rapida soluzione, quanto l'importanza di «mantenere integro il proprio ruolo istituzionale»<sup>14</sup>. Ammettendo la PEC per gli adempimenti endoprocessuali prima e poi, a distanza di pochi giorni, introducendo la trattazione da remoto per le camere di consiglio e per qualsiasi altra riunione della Corte stessa, la Consulta ha adeguato il proprio operato alla situazione contingente, pur non rinunciando, tuttavia, ad una attenta considerazione delle specificità del suo ruolo e delle cause dinnanzi ad essa incardinate. Questo profilo emerge nella scelta di mantenere il rinvio a nuovo ruolo delle cause, ammettendo, qualora le parti ne facessero richiesta, la rinuncia alla discussione orale, sostituita da atti e note aggiuntive o la trattazione immediata per casi di particolare gravità ed urgenza<sup>15</sup>. Una media-

---

<sup>13</sup> Si veda sul punto L. Giacomelli, E. Lamarque, *The Italian Constitutional Court and the pandemic: a national and comparative perspective*, cit. Per una lettura complessiva dei motivi che hanno portato anche la Corte italiana ad adottare queste misure si rimanda a R. Conti (intervista a cura di), *La Corte costituzionale non si ferma davanti all'emergenza, questo è il tempo della collaborazione tra istituzioni. Emergenza COVID-19. Intervista alla presidente della Consulta Marta Cartabia*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 27 marzo 2020. Utile spunto di riflessione è altresì la *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019* e in particolare il paragrafo dedicato alla «Corte "aperta", vista al tempo del Covid-19», disponibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>14</sup> Si rimanda per ulteriori approfondimenti al contributo di Costanzo e Trucco in questa sezione monografica. Si veda anche R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *ConsultaOnline*, n. III, 2020, 513 ss.

<sup>15</sup> Per approfondimenti, si rinvia anche a M. Troisi, *Il processo innanzi alla Corte costituzionale di fronte alla emergenza epidemiologica: specificità e omologazione delle modalità telematiche*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*.

zione, quindi, tra esigenze emergenziali, garanzia del corretto funzionamento ed espletamento della funzione della Corte costituzionale e considerazione accurata di quelle specificità del procedimento giudiziario dinnanzi a tali giudici che meritava, a parere della Consulta, di essere garantite e preservate nonostante la peculiare e difficile situazione pandemica.

Le reazioni della Corte costituzionale italiana non hanno certo rappresentato un *unicum* nel contesto europeo: anche il Tribunale costituzionale federale tedesco, ha posto in essere misure volte ad assicurare la continuità della propria operatività e dello svolgimento delle proprie funzioni. La turnazione del lavoro dei giudici, la cancellazione delle udienze sino a fine aprile 2020, la chiusura al pubblico del Tribunale stesso nonché il ricorso a programmi informatici per lo smart working dei giudici costituzionali sono state le principali soluzioni adottate dal Tribunale di Karlsruhe, pur prevenendo, anche in quel caso, eccezioni legate a questioni di particolare urgenza<sup>16</sup>.

Anche il Tribunal Constitucional spagnolo ha, similmente a quanto avvenuto in Italia e in Germania, sospeso la scadenza dei termini relativamente ai procedimenti di propria competenza sino alla conclusione dello stato di allarme, lasciando inoltre la possibilità ai ricorrenti di impiegare il Registro elettronico per depositare ricorsi e memorie. Anche le attività considerate maggiormente urgenti ed improrogabili per la garanzia dei diritti fondamentali sono state mantenute in capo al Tribunale, così che talune pronunce di grande rilievo sulla legittimità delle misure emergenziali sono state decise dall'organo di giustizia costituzionale<sup>17</sup>.

Insomma, i rilevanti esempi delle soluzioni adottate dalle Corti Supreme e costituzionali, qui brevemente riportati e più ampiamente analizzati nelle pagine di questa sezione monografica, inducono ad identificare un *trend* comune caratterizzato dall'adozione di misure e strumenti inediti, grazie anche all'impiego di nuove tec-

---

*Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Editoriale Scientifica, 321 ss.

<sup>16</sup>J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, cit. Ma si legga anche il contributo di A. Gatti nella presente sezione monografica.

<sup>17</sup> Si veda sul punto anche F. Spagnoli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, in R. Tarchi (a cura di), *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2, 2020, 22 ss.

nologie. Tutte queste misure, pur nelle loro specificità e differenze, sono risultate volte a rispondere all'emergenza pandemica mediando tra esigenze di tutela della salute da un lato e garanzia del corretto funzionamento della giustizia costituzionale e degli alti organi giurisdizionali. Uno sforzo, che ha consentito a queste ultime di svolgere la propria funzione di controllo di legittimità e tutela dei diritti fondamentali, riconosciuta quanto mai imprescindibile e irrinunciabile in un momento di forte stress delle istituzioni democratiche<sup>18</sup>. Ed è stato proprio questo sforzo di garanzia della continuità delle attività delle Corti Supreme e costituzionali che ha reso possibile, come si vedrà nel paragrafo seguente, a tali giudici di operare il proprio vaglio su questioni di estrema importanza relativamente alla legittimità costituzionale delle misure emergenziali adottate da Governi e Parlamenti nazionali.

4. *L'influenza del Covid-19 sulle Corti: i giudici chiamati a decidere nel merito delle misure di contrasto alla pandemia tra complessità del bilanciamento e self-restraint*

Come hanno sapientemente mostrato i diversi contributi della presente sezione monografica, già durante la prima fase pandemica numerose Corti Supreme o costituzionali sono state chiamate a pronunciarsi sulla legittimità delle disposizioni limitanti la libertà personale e di impresa adottate per contenere la diffusione del Covid-19. Queste misure senza precedenti, talvolta adottate con procedimenti estremamente rapidi e seguendo vie diverse da quelle consuete<sup>19</sup>, hanno da più parti destato preoccupazioni e perplessità con riferimento tanto alla correttezza sotto il profilo "formale" e "procedurale" – le fonti del diritto impiegate – quanto alla proporzionalità delle restrizioni imposte e al bilanciamento effettuato tra diversi interessi e diritti. Come emerso dal previo paragrafo, nel quale è stato individuato un trend comune a diversi ordinamenti dinnanzi alla sfida

---

<sup>18</sup> Per ampie riflessioni su tale profilo si legga A. Vendaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1453 ss.

<sup>19</sup> Si pensi, nel contesto italiano, al dibattito sull'utilizzo dei DPCM; su tale complesso ed interessante profilo, si veda A. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, cit., 22 ss.

della tutela della continuità dell'operato delle Corti superiori, pur nelle diversità di approcci e specifiche soluzioni, anche osservando nel merito le pronunce adottate sino alla primavera del 2021 è possibile identificare alcuni punti di convergenza e profili comuni nell'approccio impiegato e negli esiti finali delle decisioni.

In Austria, come ben rilevato nel contributo di Haider-Quercia, il *Verfassungsgerichtshof* ha allentato i criteri di ammissibilità dei ricorsi individuali diretti – *individualantrag auf Normenkontrolle* – allo scopo di assicurare la possibilità alla Corte costituzionale di pronunciarsi anche rispetto a norme non più vigenti al momento della decisione. Questa modifica rappresenta certamente un adeguamento richiesto dalla contingente situazione pandemica, nella quale il rapido avvicinarsi di disposizioni e misure emergenziali avrebbe altrimenti svuotato di significato la possibilità di attivare e accedere alla giustizia costituzionale. In quella che è stata definita una astensione della Corte costituzionale dallo svolgimento di valutazioni sui contenuti delle restrizioni stabilite da Governo e dal Parlamento austriaco, si intravede già un approccio, che invero ritroveremo anche in altri ordinamenti, di *self-restraint*: l'attenzione dei giudici dunque si è più concentrata sul vaglio del rapporto tra fonti del diritto e del rispetto del principio di legalità, tralasciando invece – o quantomeno adoperando un controllo più marginale – le questioni attinenti più specificamente alla compatibilità delle scelte operate da Governo e Parlamento con i diritti fondamentali tutelati nel testo costituzionale. La molteplicità e complessità delle questioni delicate sulle quali le Corti Supreme e costituzionali hanno dovuto pronunciarsi emerge con evidenza nell'approfondimento avente ad oggetto l'intervento delle Corti nell'America latina, proposto da Jobim e Somensi de Oliveira. In questo contributo infatti viene affrontata la pronuncia della Corte Suprema che si è occupata di vagliare la legittimità del piano di emergenza disposto dal Governo brasiliano allo scopo di fronteggiare la crisi pandemica tra la popolazione indigena: un profilo certamente peculiare e specifico che riveste estremo interesse e aiuta a comprendere come il ruolo di controllo delle Corti in epoca emergenziale abbia interessato anche la tutela di minoranze, richiamando il Governo ad una attenta predisposizione di politiche e strumenti inclusivi e, per quanto possibile, capaci di considerare le peculiarità di taluni soggetti già in condizioni di forte diseguaglianza e vulnerabilità.

In maniera del tutto simile e volendo tracciare il *fil rouge* esistente tra le pronunce analizzate, certamente lo studio promosso dalla collega Lecis Cocco Ortu aiuta ad osservare anche negli interventi delle Corti francesi un certo approccio di *self-restraint* dinanzi alle “competenze straordinarie” assunte dal Governo e implicitamente sostenute dal Parlamento. Compito di grande rilievo è stato assunto ancora una volta dal Consiglio costituzionale francese, che ha avuto modo di decidere sulla base di rinvii promossi sia in via preventiva sia incidentale. L'autrice, distinguendo tra una prima fase di “timido” vaglio delle scelte dell'Esecutivo, sottolinea una certa evoluzione invece caratterizzata da una minore deferenza nei confronti del Governo, seppur mitigata da quel *self-restraint* che ha limitato gli effetti concreti di un simile controllo. Ciò quindi induce, ancora una volta, a riflettere sul complesso ruolo dei giudici in periodi emergenziali, spesso schiacciato tra senso di responsabilità in una situazione eccezionale e ruolo di garante dei diritti, anche e soprattutto dinanzi all'attuazione di regimi straordinari.

Differentemente da quanto rilevato con riferimento al Consiglio costituzionale francese, in Germania l'“interventismo” definito “costante e tenace” delle corti amministrative e costituzionali statali nonché del Tribunale costituzionale federale, è stato posto al centro dello studio di Andrea Gatti. Pur evidenziando l'andamento talvolta oscillante – soprattutto con riferimento alle decisioni attinenti alle delicate limitazioni della libertà di circolazione –, la giurisprudenza tedesca ha dimostrato grande attenzione tanto agli aspetti di rango “formale”, ovvero l'adeguato fondamento giuridico delle misure adottate da Governi e Parlamenti, quanto a quelli “di carattere applicativo-contenutistico”, adottando un approccio meno ispirato al *self-restraint* e più votato a svolgere una funzione di controllo e “mitigazione” delle disposizioni emergenziali adottate, cercando un “compromesso che part[a] dal riconoscimento dell'importanza dei diritti fondamentali di libertà”. Ciò impone di considerare debitamente – e dunque di riflettere in chiave comparata – anche i diversi strumenti processuali disponibili: il ricorso diretto presente nell'ordinamento tedesco ha certamente favorito un controllo giurisdizionale rapido e, sotto taluni profili, maggiormente incisivo.

Rimanendo nel contesto europeo, Casey in *Business as usual? Irish Courts, the Constitution, and Covid-19*, ha approfondito il ruolo delle Corti irlandesi dinanzi alla pandemia: dalla analisi dei

molteplici interventi dei giudici irlandesi l'autore ne rimarca l'approccio prudente ed attento ma mai deferente rispetto alle scelte politiche assunte da Legislatore e Governo. Pur rilevando il "considerable power" e il "substantial margin of discretion" attribuiti al potere esecutivo dinnanzi alle esigenze di rapide risposte dettate dalla crisi sanitaria, e nonostante la peculiare situazione politica che ha visto l'avvicinarsi lento di due differenti Governi, le supreme Corti irlandesi non hanno "adopted attitudes of uncritical deference during the pandemic or at least attitudes of judicial restraint more pronounced than their usual approach to public law litigation", così dimostrando quanto, anche in momenti di estrema emergenza "Courts can be a modest, but useful, forum for citizens to demand things like reasoned justifications from the political branches for policies which seem to have some arbitrary strands".

Nel contributo della Professoressa Spigno, invece, viene esaminata la complessa risposta messicana all'emergenza sanitaria, raffrontando da un lato la reazione "debole" dello Stato federale messicano, resa evidente dalla mancata tempestiva attivazione dello stato di emergenza e dal quantomeno iniziale atteggiamento negazionista, e dall'altro la risposta "forte" dei singoli Stati federati, soprattutto con riferimento alle restrizioni della libertà di circolazione. In questo articolato contesto, l'assenza di misure federali ad "alto impatto" sui diritti fondamentali non ha del tutto impedito l'intervento della Corte Suprema di Giustizia della Nazione, che si è pronunciata a tutela del personale della sanità pubblica o in altre decisioni in materia di diritto del lavoro, di custodia genitoriale nonché di accesso alla giustizia. Di rilievo appaiono anche le decisioni delle Corti degli Stati federati, come quella del Tribunale Superiore di Giustizia dello Stato di Coahuila che ha confermato la legittimità delle misure restrittive poste in essere a livello statale, evidenziando ancora una volta come il tema del rapporto centro-periferia sia stato uno punti centrali della gestione della pandemia tanto da mettere alla prova quel sincronismo tra forme di stato non sempre consonanti.

La panoramica sull'intervento delle Corti dinnanzi alla pandemia nel contesto europeo si conclude poi con l'analisi della giurisprudenza spagnola, proposta da Silvia Romboli: il Tribunale costituzionale, in particolare, è stato chiamato, nella prima fase della pandemia, a pronunciarsi in molteplici occasioni e con riferimento

alla legittimità costituzionale dei più svariati provvedimenti, comunque riconducibili ai contenuti e ai limiti degli “stati di emergenza” disposti in Costituzione e adottati quale risposta alla pandemia. La “schizofrenia giudiziaria” riportata, che ha visto alcune disomogeneità di approcci nelle decisioni giurisprudenziali delle diverse Corti spagnole, vedeva ancora, nella primavera del 2021 molteplici casi pendenti relativamente al necessario bilanciamento tra esigenze di tutela emergenziale della salute e libertà fondamentali.

Il contributo di Giustiniani e Nicola presenta sotto un interessante ulteriore e particolare profilo l'intervento delle Corti nel periodo emergenziale: attraverso lo studio delle principali pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, le autrici approfondiscono i limiti alla libertà religiosa disposti a seguito del diffondersi della pandemia, mettendo in luce una evoluzione della giurisprudenza della Suprema corte dalla *Free Exercise Clause* al c.d. *most-favored nation approach*. Anche attraverso tali analisi emerge la delicatezza del vaglio dei giudici, chiamati a garantire che “even though the Constitution has taken a holiday during this pandemic, it cannot become a sabbatical”, come affermato dal Giudice Gorsuch in *Roman Catholic v. Cuomo*.

Oltre alla dimensione nazionale, una ricostruzione delle più rilevanti risposte giurisprudenziali alla pandemia non poteva certamente ignorare il piano sovranazionale, con particolare riferimento alla Corte di giustizia dell'UE. Nello studio proposto da Szaboados viene posto in evidenza un ulteriore ma centrale profilo problematico derivante dalla emergenza sanitaria: le conseguenze economiche delle misure restrittive poste in essere dagli Stati per fronteggiare il diffondersi del virus – con effetti dirompenti che stiamo ancora oggi drammaticamente osservando –. Il Tribunale, infatti, è stato più volte chiamato a pronunciarsi in relazione agli aiuti di stato concessi da taluni Stati membri all'industria dell'aviazione e autorizzati dalla Commissione europea. Anche queste decisioni rilevano l'importanza dell'intervento giurisprudenziale e la peculiarità della situazione inedita di emergenza che non si sostanzia solo in un intervento dello Stato volto ad arginare la crisi pandemica bensì anche a fronteggiare quella economica e sociale con misure straordinarie.

Come ricordato il contributo di Costanzo e Trucco è dedicato alla dimensione interna. Esso svolge una analisi organica dell'ap-

proccio della Corte costituzionale italiana, rilevando tanto le sfide “processuali”, già sopra evidenziale e legate alla difficoltà, se non vera e propria impossibilità, di dar luogo alle normali modalità di lavoro in presenza, quanto le questioni, estremamente delicate, relative alla legittimità delle fonti del diritto adottate per “(in)seguire l’andamento della pandemia”. Ciò che viene messo in rilievo, accanto ai molteplici aggiornamenti del processo costituzionale adottati nel tentativo di adeguare il fondamentale ruolo istituzionale della Corte alla situazione sanitaria, è quella che viene definita una “certa accondiscendenza” del giudice costituzionale nei confronti delle scelte del legislatore o del Governo e, in particolare, in merito al ricorso alla strumentazione normativa di emergenza o alle complesse considerazioni relative al rapporto tra Stato e Regioni.

Insomma in tutte le approfondite e complesse osservazioni svolte nei diversi contributi della sezione, pare possibile svolgere due ordini di riflessioni: volendo identificare profili di convergenza, innanzitutto si comprende il ruolo di rilievo svolto dalle Corti anche e nonostante il periodo emergenziale. Gli strumenti del ricorso diretto, presenti in taluni ordinamenti, nonché l’urgenza di avere risposte celeri sulla legittimità di disposizioni dal rapido “invecchiamento” ed obsolescenza, dovuta all’incedere veloce della diffusione del virus e delle necessarie misure di prevenzione e contenimento dello stesso, hanno permesso di identificare nelle Corti Supreme e costituzionali, in particolare, attori importanti che, nonostante le difficoltà e alcuni concreti ed evidenziati limiti, hanno cercato di mantenere fermo il proprio compito di controllo e di garanzia della Costituzione. Gli sforzi profusi nella tutela della continuità del funzionamento degli organi giurisdizionali apicali sono stati pertanto accompagnati, anche sul piano “sostanziale” e di merito, da un intervento serio e attento delle Corti. Certo – e venendo così al secondo ordine di considerazioni possibili – accanto a questo innegabile ruolo rilevante svolto, non può essere negato un approccio, comune a molte Corti di ordinamenti diversi, che potrebbe essere definito di *self-restraint*. Pur non sfociando in una semplicistica e remissiva deferenza o acritica valutazione delle scelte governative e parlamentari assunte, nella prima fase della pandemia il vaglio delle Corti risente considerevolmente delle necessità emergenziali, dell’inedita minaccia alla salute e sicurezza pubblica, che portano i giudici ad operare un controllo sotto taluni profili meno rigido quanto

alla legittimità delle scelte e alla proporzionalità del bilanciamento promosso. Un approccio, questo, che impone di riflettere seriamente sul ruolo delle Corti nei frangenti emergenziali e sul peso di un vaglio che, proprio e a maggior ragione in tali situazioni eccezionali per quanto talvolta – drammaticamente – non limitate nel tempo, risente e deve considerare i propri possibili effetti dirompenti sulla gestione dell'emergenza e sulla stabilità dell'operato di governi e parlamenti.

### 5. *Osservazioni conclusive*

Molto si è scritto sulla pandemia da Covid-19. Eppure le sfide che il virus ha portato con sé sono ancora lontane dall'essere definitivamente vinte. Abbiamo vissuto una emergenza senza precedenti, che in certo qual modo è andata normalizzandosi e con la quale cittadini e Istituzioni hanno lentamente – e talvolta dolorosamente – imparato a convivere<sup>20</sup>. Eppure, l'enormità di quanto è accaduto, soprattutto in quelle prime drammatiche fasi della pandemia oggetto di attenzione e studio, rimarrà con noi e nelle nostre storie a lungo, come tutti quegli eventi che nel passato hanno segnato la storia collettiva. Riflettere sugli eventi e constatare chi sono stati (ma che in parte continuano ad essere) gli attori che si muovono intorno alla spirale di questo “virus subdolo” è esercizio necessario e obbligatorio. Perché è purtroppo un dato ormai acclarato che strumento per fronteggiare la diffusione del Covid-19 è la predisposizione di misure restrittive che hanno fortemente interessato le libertà fondamentali individuali e collettive. Libertà che l'avvento del costituzionalismo moderno aveva fatto ritenere all'occidente incrollabili e che mai, nella storia recente, avevano subito tali limitazioni. Eppure esse si sono “sgretolate” dinnanzi ad un'emergenza sanitaria dalle dimensioni globali, che ha fatto vacillare convinzioni ormai assodate e abitudini di vita, anche istituzionali, considerate indiscusse e intoccabili. Lo “sgretolamento” descritto, seppur controllato e monitorato nel contesto democratico, ha visto l'ingresso, tra gli attori principali di questo momento, gli scienziati, responsabili di fondamentali ed imprescindibili valutazioni del ri-

---

<sup>20</sup> Seppur in altro contesto, l'affermazione del concetto di “normalizzazione dell'emergenza” è espresso da G. de Vergottini in *Guerra e Costituzione*, Il Mulino, 2004.

schio che hanno assistito – e talvolta anche “schiacciato”, non senza critiche – i decisori politici<sup>21</sup>.

Il diritto e i Giudici si sono trovati allora obbligati a confrontarsi con il mondo dei fatti in cui la scienza andava aprendo (e apre tuttora) prospettive inedite proprio nel campo specifico del Covid-19<sup>22</sup>. In questo contesto di sconvolgimento della vita privata, economica, sociale ed istituzionale di tutti gli ordinamenti, la pandemia ha certamente rappresentato uno *stress-test* per il sistema giustizia nel suo complesso. I lavori che precedono hanno messo in rilievo le reazioni e le posizioni assunte, in diversi ordinamenti, dalle Corti Supreme e costituzionali<sup>23</sup>. Mai come in questo momento storico ha

<sup>21</sup> A. Farano, V. Marzocco, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Editoriale Scientifica, 149 ss.; A. Iannuzzi, *Leggi “science driven” e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, n. 1s, 2020, 120 ss.

<sup>22</sup> Si pensi, ad esempio, alle controversie insorte nel 2021 a seguito dell'adozione del c.d. *green pass* e della vaccinazione anti-Covid, che ha visto protagonisti ancora una volta i giudici. Nel contesto italiano, si leggano, *ex multis*, A. Ruggeri, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2021; C. D'Orazi, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19 fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021; M. Massa, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 89 ss.; in altri ordinamenti, si legga *La giustizia costituzionale francese può percorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, Editoriale di *ConsultaOnline*, 6 agosto 2021; G. D'Amico, *Passe sanitarie e condizioni per l'esercizio della libertà di circolazione. A proposito della decisione del Conseil constitutionnel n. 2021-824 dc del 5 agosto 2021*, in C. Ingratoci, A. Madera, F. Pellegrino (a cura di), *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 53 ss.; A. M. Russo, *Allarme o eccezione? Il TC spagnolo accoglie parzialmente l'incostituzionalità delle prime misure anti-pandemiche del governo Sanchez*, in *Diritti comparati*, 27 luglio 2021; L. Frosina, *Le alterazioni fisiologiche e patologiche della funzione di controllo politico durante lo stato di allarme. A proposito di alcune recenti sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Rivista di Diritti comparati*, anteprima 2022, 1 ss.; Ma anche alle più recenti pronunce della Corte costituzionale italiana, che fanno comprendere come lo studio del ruolo dei giudici nell'emergenza pandemica debba proseguire ancora oggi: sul punto si rinvia, ad esempio, a A. Lo Calzo, *La “parsimonia cautelare” della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica (osservazioni all'ordinanza della Corte costituzionale n. 4 del 2021)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2021, 189 ss.; M. Francaviglia, *Il sistema dei DPCM al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost. sent. N. 198/2021*, in *Diritti comparati*, 10 gennaio 2022.

<sup>23</sup> Uno *stress test*, questo, che non è che l'ultimo di una lunga serie che ha visto nella difficile determinazione di un punto di equilibrio tra esigenze securitarie e diritti fondamentali una sua più recente tappa, all'indomani degli attentati terroristici che

preso forma una frase che tanto ha fatto discutere la dottrina americana: “law is what judges say it is”. Come dimostrato dai molteplici interventi giurisprudenziali analizzati nelle pagine che precedono questo contributo, gli spazi aperti da questa terribile pandemia hanno infatti “deposto” nelle mani dei giudici un ruolo assai rilevante; un ruolo che con una forte cautela iniziale i giudici hanno deciso di assumersi, con un approccio, come si è visto, di *self-restraint* che tuttavia è andato modificandosi col tempo e con le mutate circostanze di una emergenza che si affievolisce ma che non pare destinata a scomparire. Pur con le differenze nelle soluzioni e posizioni espresse dai giudici, tanto sotto il profilo “procedurale” quanto sotto quello “sostanziale” e di vaglio del merito delle misure emergenziali impiegate dai diversi organi statali e sub-statali; la più o meno marcata “accondiscenza” mostrata dalle Corti (quelle tedesche in misura minore, mentre più evidente pare il *self-restraint* operato da giudici austriaci, italiani, francesi e spagnoli)<sup>24</sup>, esprime il ruolo di rilievo svolto dagli organi giudiziari. Questi hanno così mostrato di voler riaffermare e ribadire la propria autonomia quale importante baluardo di legittimità e tutela delle garanzie costituzionali; ciò preservando quella attenzione alla leale collaborazione con le altre Istituzioni statali che ha assunto peso considerevole nel contesto pandemico, nel quale la solidarietà – tanto tra cittadini quanto istituzionale e tra diversi livelli di governo – è stata invocata come difesa e arma contro il diffondersi del virus<sup>25</sup>.

Le pagine che precedono forniscono una prima lettura di questo impegnativo ruolo, lasciando il testimone a chi vorrà continuare

---

hanno scosso tanto gli Stati Uniti d’America quanto il continente europeo (sul punto si rinvia, *ex multis*, a T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Edizioni Scientifiche, 2006; G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Jovene, 2016).

<sup>24</sup> Si leggano le considerazioni di R. Tarchi, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in R. Tarchi (a cura di), *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato*, cit., 1 ss.

<sup>25</sup> Non a caso la Presidente della Corte costituzionale italiana, all’epoca, Prof.ssa Marta Cartabia ha affermato come «in tempi come questi, se c’è un principio costituzionale che merita particolare enfasi e attenzione, è proprio quello della leale cooperazione, il lato istituzionale della solidarietà. La Corte costituzionale, da parte sua, non si stancherà di ritornare su questo principio nella sua giurisprudenza, affinché il lavoro e l’energia dell’intera comunità nazionale convergano coerentemente e si muovano verso un unico obiettivo condiviso», in *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 19.

a cimentarsi su questo tema che certo continuerà ad incidere non solo sulla tutela dei diritti individuali ma anche sulla forma di governo e di stato.

### *Abstract*

Il Covid-19 ha rappresentato un significativo *stress test* non solo per legislatori e governi ma anche per le Corti, spesso chiamate ad intervenire nella complessità di una situazione emergenziale senza precedenti e di estrema delicatezza. Il presente contributo, anche attraverso una rilettura sistematica dei risultati delle analisi svolte nella sezione monografica dedicata, intende svolgere alcune riflessioni sull'influenza della pandemia sull'attività delle Corti Supreme e costituzionali in particolare, esaminando tanto le misure poste in essere nella prima fase della diffusione del Covid-19 – primavera 2020 sino alla primavera 2021 – e finalizzate alla garanzia della continuità dell'operato delle Corti stesse, quanto le decisioni nel merito volte a vagliare la legittimità costituzionale delle misure di contrasto alla pandemia, evidenziando trend comuni e divergenze nei differenti ordinamenti analizzati.

Covid-19 represented a significant stress test not only for legislators and governments but also for national and supra-national Courts, often asked to answer relevant questions in the context of a complex and unprecedented emergency situation. The present paper, through a systematic analysis of the results emerged in the contributions offered in this review's section, aims at proposing evaluations on the influence pandemic had on Supreme and/or Constitutional Courts by examining both the measures adopted by Courts during the first phase of the Covid-19 pandemic – particularly from spring 2020 to spring 2021 – in order to guarantee the continuity of the Courts' work and functions, as well as the judicial decisions on the constitutionality of the laws or governmental measures used to face the sanitary crisis, underlining common (or distinctive) trends in different States.

# OSSERVATORIO



GIUSEPPE DE VERGOTTINI

## LA COSTITUZIONE E IL RITORNO DELLA GUERRA\*

SOMMARIO: 1. Guerra e Costituzione. – 2. Il significato dell'art. 11: l'equivoco del ripudio della guerra e la volontà di non isolamento nell'ambito della comunità internazionale. – 3. Cosa non dice l'articolo 11: sicurezza e abilitazione alla difesa. – 4. L'evoluzione del concetto di guerra internazionale e l'estensione del divieto costituzionale ai conflitti armati. – 5. Guerra, conflitto armato e grave crisi internazionale. – 6. La struttura decisionale: Parlamento e Governo di fronte all'incremento del ruolo del Presidente della Repubblica. – 7. Violazione del diritto internazionale e inizio di una guerra di aggressione legittimante misure difensive. – 8. La prassi e l'attualità. – 9. Invio di armi e rispetto dell'art. 11 della Costituzione.

L'“*operazione militare speciale*” della Federazione russa contro la Ucraina si è manifestata nei fatti come l'inizio di una vera guerra di aggressione. In questo caso il termine guerra risulta pertinente in quanto è apparso chiaro fino dalle battute iniziali il proposito russo di conseguire la *debellatio* del paese invaso. In questa drammatica congiuntura la posizione italiana è difficile da mettere a fuoco. Si dà per scontato che il conflitto riguardi aggressore e aggredito e nei paesi membri della alleanza atlantica si ragiona come se lo scontro li riguardasse soltanto indirettamente.

Quanto all'Italia si ragiona come se non fossimo entrati in un'area di rischio nel momento in cui abbiamo deciso le sanzioni economiche, l'invio di armamenti e l'isolazionismo della Federazione Russa. Lo scontro militare è, sì, circoscritto al territorio ucraino, ma il conflitto è sfaccettato e plurimo e non siamo in grado di prevedere con sicurezza se sarà evitato un coinvolgimento ar-

---

\* Relazione conclusiva al *Seminario di studi dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su Democrazia e Costituzioni alla prova della guerra* del 16 marzo 2022, in cui sono state discusse le relazioni di Massimo Iovane, *La crisi ucraina nel diritto internazionale*; Arianna Vendaschi, *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*; Marco Benvenuti, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina*.

mato diretto. Il rifiuto corale da parte dei paesi NATO della comprensibile richiesta della *no fly zone* pretesa dalla Ucraina va nella direzione di evitare di entrare in una partecipazione armata diretta.

Opportunamente il seminario dell'AIC si è articolato su una serie di contributi che analizzano l'attuale conflitto in relazione alla nostra Costituzione tenendo in conto sia un raffronto comparativo che una verifica dell'attuale stato del diritto internazionale dei conflitti.

### 1. *Guerra e Costituzione*

Come si pone la costituzione italiana di fronte agli eventi recenti?

È inevitabile tentare la sintesi degli argomenti di diritto internazionale e costituzionale presentati dai relatori col richiamo al regime del rapporto pace/guerra previsto dal lessico e dalla prassi costituzionale.

Iniziamo dal richiamo delle clausole costituzionali che interessano la guerra. Queste recepiscono il diritto internazionale e in particolare l'art. 2, para.4, della Carta delle NU, considerato unanimemente come riproduttivo del diritto consuetudinario in materia, che considera illeciti la minaccia e l'uso della forza armata "contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite". Parallelamente rileva l'art. 51 della Carta che garantisce la difesa individuale e collettiva come diritto naturale di ogni stato a resistere a una aggressione.

Si manifesta quindi la coincidenza fra fonte internazionale e fonte costituzionale quanto alla recezione dei principi garantisti in tema di diritti propri della concezione liberale della democrazia (Iovane).

In questa relazione prenderemo in esame il significato del ripudio della guerra di cui all'articolo 11 cost. e la sua evoluzione nelle prassi seguite nel corso degli anni. Il testo delle disposizioni della Costituzione sulla guerra pone all'interprete qualche serio problema in quanto fa risaltare come il concetto di guerra ivi richiamato risulti *insufficiente* dal punto di vista concettuale mentre le previsioni procedurali relative alla delibera e dichiarazione dello stato di guerra appaiono del tutto *anacronistiche*.

Anche oggi, comunque, rimane fermo il rifiuto categorico della violenza armata contro altri stati sia a fini aggressivi che per la soluzione di controversie internazionali, fatta eccezione per i casi di difesa legittima e di esecuzione di deliberati degli organi delle Nazioni Unite.

Negli anni trascorsi è risultato insufficiente il *concetto di guerra* intesa come conflitto interstatale finalizzato alla *debellatio* di un altro stato, concetto in genere sostituito nella realtà da una diversificata gamma di conflitti armati. E ciò in quanto è cambiato radicalmente nella prassi e nel diritto internazionale il modo di concepire la conflittualità interstatale: il conflitto armato anche nella sua qualificazione estrema offerta dalla guerra è sicuramente *concetto dinamico*, non statico. E di conseguenza l'evoluzione di tale concetto non può essere estranea all'ordine giuridico, e non soltanto politico, italiano. La guerra rimane quindi l'ipotesi estrema di conflitto armato. Una ipotesi che appariva remota ma che improvvisamente si è materializzata come reale in tutta la sua drammatica dimensione.

Il noto articolo 11 rifiuta con fermezza la partecipazione dell'Italia a guerre di aggressione e quella finalizzata alla soluzione di controversie, ma, come ricorderemo, non ha impedito diverse forme di intervento armato all'estero.

L'articolo 78 contempla modalità procedurali dirette a deliberare e dichiarare la volontà dello stato intesa a introdurre lo stato di guerra internazionale. Ma si tratta di clausola del tutto priva di attualità rimanendo tuttavia valido il principio della necessaria compresenza degli organi di indirizzo (Parlamento e Governo) e di garanzia (Capo dello Stato) nella assunzione delle decisioni riguardanti la sicurezza internazionale dello stato ivi compreso il ricorso all'impiego della forza armata.

La Costituzione dà copertura soltanto indiretta al modo oggi più utilizzato di impiego della forza armata fuori del territorio nazionale tramite *missioni* militari. Lacuna di evidente gravità colmata da prassi parlamentari e governative. Nessun problema si presenta quanto al rispetto del principio del ripudio ove le missioni di *peace keeping* non comportino attività di natura bellica. Diverso il caso del *peace enforcing* quando le misure costrittive sfumano in attività implicanti il ricorso alla forza.

Nel complesso quella parte del testo costituzionale che costituisce la "*costituzione della difesa*" denota pesantemente i segni del

tempo. La sua utilizzazione odierna impone quindi inevitabilmente una costante *lettura evolutiva* che tenga conto in particolare della influenza e condizionamento imposti dallo scorrere del tempo che ha reso sempre più rilevante il ruolo dei trattati internazionali relativi alla sicurezza che istituiscono apposite organizzazioni abilitate ad assumere determinazioni impegnative per l'Italia tramite i loro organi di governo. A parte i vincoli derivanti dalla partecipazione a organizzazioni quali la NATO vale la pena menzionare almeno quanto previsto dagli articoli 42-45 del Trattato sull'Unione europea (TUE) con riferimento alle missioni che possono essere deliberate in base a tali previsioni dagli organi comunitari e che quindi possono coinvolgere l'Italia.

2. *Il significato dell'art. 11: l'equivoco del ripudio della guerra e la volontà di non isolamento nell'ambito della comunità internazionale*

L'articolo 11, come ben noto, contiene due disposizioni. Nella prima troviamo il ripudio della guerra “*come strumento di offesa alla libertà di altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*”. Nella seconda il consenso “*in condizioni di parità con gli altri stati, alle limitazioni di sovranità necessarie a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*”. A tal fine l'Italia “*promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”.

Di solito l'attenzione viene posta sulla prima parte della disposizione.

È la forte sottolineatura della volontà di rigettare la guerra che ha colpito la attenzione dei commentatori. La prima parte dell'articolo 11 statuisce in termini perentori il *ripudio della guerra*. Si tratta di determinazione non così originale come a volte si afferma, in quanto comune alle costituzioni degli stati debellati al termine del secondo conflitto mondiale, come indicano l'art. 9 della costituzione giapponese del 1946 e l'art. 26 del *Grundgesetz* tedesco del 1949, precetti che appaiono ben più categorici e incisivi nell'imporre il divieto alle politiche bellicistiche e che con varie formule sono reiterati nella generalità dei testi costituzionali, anche recenti, recependo i principi codificati nella Carta delle Nazioni Unite. Sulla base di questa statuizione da diverse parti si è sostenuto che

non solo la partecipazione a guerre che non siano strettamente difensive ma anche la partecipazione a conflitti di minore intensità che guerre non sono, in specie in occasione della spedizione all'estero di corpi armati in virtù del rispetto di obblighi internazionali, si potrebbero porre in contrasto con il ripudio dell'articolo 11.

In realtà in tema di sicurezza nei rapporti internazionali i costituenti avevano assunto una *duplice determinazione di indirizzo*, a valere per i futuri orientamenti degli organi costituzionali: divieto della guerra, salvo quella di legittima difesa, ma ad un tempo inserimento dell'Italia nel quadro di organizzazioni internazionali di sicurezza collettiva. Che quest'ultimo indirizzo, una volta attuato, potesse comportare il vincolo del rispetto di clausole degli accordi di sicurezza collettiva implicanti il ricorso alla forza armata ed eventualmente all'impiego della violenza bellica sfuggiva inizialmente all'attenzione generale ma sarebbe diventato in seguito di tutta evidenza. In pratica quindi, *erano almeno due le ipotesi* in cui in linea di principio poteva individuarsi una deroga al tassativo principio del ripudio: l'ipotesi della difesa da aggressioni esterne e l'adeguamento a decisioni degli organi delle Nazioni Unite che implicassero il ricorso all'uso della forza o addirittura la partecipazione a conflitti armati in osservanza dei principi della Carta ONU.

I costituenti non soltanto avevano presente il proposito di evitare che per il futuro l'Italia si avventurasse in una guerra ma altresì intendevano fermamente consentire all'Italia l'inserimento nel circuito delle Nazioni Unite e, comunque, in quei gangli organizzativi responsabili della sicurezza collettiva che si sarebbero poi variamente articolati nel corso del tempo nel quadro delle stesse Nazioni Unite (Alleanza atlantica e sua organizzazione, UEO, OSCE e più recentemente la PESD e la PESC in seno alla Unione Europea). Va quindi data una lettura bilanciata della prima e della seconda parte dell'articolo 11: *entrambe le previsioni hanno il rango di principio fondamentale*, sia il ripudio della guerra che il principio di partecipazione alle organizzazioni internazionali di sicurezza includente possibili limiti alla sovranità dello stato. Che anche la seconda parte dell'articolo 11 racchiuda un principio fondamentale viene confermato dal fatto che la legge 5 giugno 2003, n. 131, di attuazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, di revisione del titolo V della parte II della Costituzione, nello specificare i vincoli gravanti sulla potestà legislativa statale e regionale ha ritenuto necessario as-

segnare una considerazione puntuale agli “*accordi di reciproca limitazione di sovranità di cui all’articolo 11 della Costituzione*” rispetto alla generalità dei trattati internazionali impegnanti la Repubblica (art 1, comma 1).

La *volontà di non isolamento* nell’ambito di quella organizzazione internazionale che andava ricostituendosi dopo il secondo conflitto mondiale spiega persuasivamente perché i costituenti rifiutarono in modo esplicito di affermare in Costituzione il *principio di neutralità*. Se la volontà di ripudio della guerra avesse dovuto ottenere veramente una portata assoluta, logica avrebbe voluto che non ci si fermasse a statuire un semplice ripudio, concetto ideologicamente forte ma giuridicamente del tutto vago e indeterminato, bensì si inserisse in Costituzione il concetto di neutralità permanente, concetto tradizionalmente impiegato per descrivere la sottrazione definitiva di uno stato alla guerra nel caso in cui ne venisse assunta in sede costituzionale la decisione. La *neutralità permanente* è concetto ben più rigoroso e garantista di un asserito ripudio, poiché la prima è definibile giuridicamente ed è sicuramente rilevante per il diritto costituzionale ed internazionale. La neutralità in via di principio avrebbe soddisfatto l’obiettivo del non coinvolgimento della Repubblica in guerre e di promozione della pace perseguito dai costituenti e avrebbe consentito di evitare alla dottrina costituzionalistica gli equilibrismi definitivi sull’inusitato e fumoso concetto del “ripudio”.

Ciò non è avvenuto e non per caso, in quanto i costituenti erano determinati a collocare l’Italia nell’ambito degli stati protagonisti della politica internazionale e, anche se in modo condizionato, accettavano il rischio di una partecipazione a situazioni conflittuali in attuazione dei principi delle NU.

In realtà le valutazioni circa la ammissibilità degli interventi armati devono rispettare una *lettura bilanciata* di tutte le clausole dell’articolo 11. Il che significa che è del tutto lecito porsi il problema dell’eventuale contrasto con l’articolo 11, prima parte, di decisioni di organismi internazionali o di stati alleati accettate dall’Italia che risultassero non in linea con le esigenze di difesa e con le finalità previste dalla Carta delle Nazioni Unite oltre che con i valori tutelati dalla Costituzione e in particolare col principio del ripudio. In questa prospettiva si è sottolineato che l’osservanza di vincoli giuridici derivanti dall’attuazione della seconda parte dell’articolo 11

avrebbe potuto comportare violazione della prima parte, l'unica contenente, secondo una certa lettura, un principio fondamentale inderogabile. Ed è proprio facendo leva sulla inderogabilità del principio del ripudio che si è sostenuta la violazione dell'articolo 11 nei più significativi casi di interventi armati all'estero quali quelli per la Guerra del Golfo, l'attacco alla Serbia, l'intervento in Afghanistan e infine in Libia. Anche se isolatamente si è poi sostenuta la rilevanza preferenziale della seconda parte dell'articolo mettendo l'accento sull'obbligo di dare attuazione agli accordi internazionali in tema di sicurezza, spostando quindi il baricentro delle scelte decisionali dagli organi costituzionali a quelli delle organizzazioni di sicurezza collettiva.

### 3. *Cosa non dice l'articolo 11: sicurezza e abilitazione alla difesa*

L'articolo 11 viene solitamente richiamato per sottolineare soltanto alcuni dei più evidenti profili della conflittualità armata che la Costituzione rifiuta. Questa non è tuttavia in principio vietata qualora si inserisca nel dovere di difesa inteso ad assicurare la *sicurezza della comunità e delle istituzioni statali*.

Sicurezza significa protezione dalla invasività proveniente da azioni esterne, di terzi stati, di realtà internazionali aggressive, di organizzazioni terroristiche. Sotto questo aspetto la sicurezza assicura la protezione da aggressioni anche (o a volte prevalentemente) armate e richiede apparati di protezione tramite attività di *intelligence* e militari. La Corte Costituzionale ha ben posto in risalto non la sola liceità ma la *doverosità della difesa*. Entriamo qui nel capitolo dei conflitti armati e della capacità di difesa che può assumere il profilo di un vero e proprio conflitto armato. Perno del ragionamento della Corte diviene l'articolo 52 (sentenza n. 110 del 1998; in prospettiva analoga, cfr. sentenze n. 24 del 2014, n. 106 del 2009, n. 86 del 1977 e n. 82 del 1976).

Secondo la Corte rispetto al *valore sicurezza* altri valori – pure di rango costituzionale primario – quali l'esercizio della funzione giurisdizionale sono “fisiologicamente” destinati a rimanere recessivi. La Corte nella sentenza n. 86 del 1977 ha poi precisato che la sicurezza “*trova espressione, nel nostro testo costituzionale, nella formula solenne dell'art. 52, che afferma essere sacro dovere del cittadino la difesa della Patria. Richiamando e sviluppando tale concetto,*

*che trova fondamento nella individuazione di un interesse costituzionale superiore, occorre fare riferimento proprio al concetto di difesa della Patria ed a quello di sicurezza nazionale".* La Corte poi trova conforto alla sua decisione "...nell'art. 87 Cost. che prevede un organo ad hoc denominato Consiglio Supremo di Difesa e che certamente, anche nel silenzio della norma, ha compiti attinenti in maniera rigorosa ai problemi concernenti la difesa militare e, pertanto, la sicurezza dello Stato. E proprio a questo concetto che occorre fare riferimento, ponendo il concetto stesso in relazione con altre norme della stessa Costituzione che fissano elementi e momenti imprescindibili del nostro Stato".

Ecco quindi la inevitabile relazione fra articolo 52 e articolo 11, dovendosi bilanciare il divieto tassativo della guerra di aggressione con la doverosità e liceità di quella difensiva.

#### 4. *L'evoluzione del concetto di guerra internazionale e l'estensione del divieto costituzionale ai conflitti armati*

La Costituzione non offre una definizione di guerra internazionale anche se alcune sue clausole ne trattano lasciando intendere che sarà il diritto internazionale a definirne le caratteristiche. E questo in quanto i costituenti hanno fatto ricorso alla tecnica delle *clausole in bianco*, recependo l'istituto così come prospettantesi nel diritto internazionale. Pertanto il concetto di guerra progressivamente evolutosi nei rapporti internazionali condiziona la lettura delle relative clausole costituzionali e al mutare della definizione della guerra secondo il diritto internazionale muta contemporaneamente il concetto di guerra rilevante per il diritto statale. *Il concetto costituzionale di guerra non si cristallizza quindi necessariamente al momento iniziale delle determinazioni dei costituenti ma subisce adeguamenti seguendo l'evolversi dei rapporti politici e giuridici dei soggetti operanti nella comunità internazionale.*

Al pari di altre costituzioni, anche quella italiana nel suo operare ha dovuto prendere atto del regime giuridico dei conflitti diversi dalla guerra tradizionale come affermatosi nella comunità internazionale. La Costituzione quindi non è rimasta ferma agli anni iniziali del funzionamento della macchina delle Nazioni Unite e alla riduzione della guerra alla sola guerra strettamente difensiva quale era richiesto dalla logica della tutela da paventate aggressioni da

parte degli stati del blocco comunista. In particolare nei decenni trascorsi sono apparsi all'orizzonte nuovi profili della conflittualità internazionale che hanno posto il problema della loro accettabilità nel rispetto della stessa Costituzione.

Di fatto per il diritto l'istituto "classico" della guerra risulta immutato nella sua essenza mentre appaiono in larga parte mutate le circostanze oggettive in cui si colloca e le sue motivazioni. Se quindi prendiamo per utile la tradizionale definizione della guerra come procedimento interstatale caratterizzato dalla applicazione della violenza al fine di consentire al vincitore in caso di *debellatio* l'imposizione della sua volontà che può consistere, tra l'altro, nell'imposizione del cambio di regime dello stato sconfitto, possiamo verificarne ancora oggi l'attualità come dimostra con evidenza il caso della presente guerra di annichilimento della Ucraina. L'impiego del termine conflitto armato al posto di quello di guerra non ha certo eliminato l'esistenza possibile del fenomeno. La rimozione del regime politico unitamente alla imposizione del disegno sostitutivo voluto dal vincitore sono stati la conclusione dei più recenti fatti bellici cui l'Italia ha partecipato nel caso di Serbia, Iraq e Libia. Nel caso odierno l'obiettivo russo della eliminazione di un regime politico statale ucraino si aggiunge alla distruzione della popolazione e dell'economia del paese aggredito.

Se è vero che il concetto di guerra che avevano presente i costituenti a metà degli anni quaranta del secolo trascorso era quello tradizionale ora accennato, consistente nello scontro armato fra stati diretto a debellare il nemico, è anche di tutta evidenza che il testo formale della Costituzione ignorava l'importante sviluppo che si è manifestato nel tempo nella qualificazione e classificazione giuridica internazionale dell'impiego della forza armata.

È ben noto infatti che prassi, trattati e giurisprudenza dei tribunali internazionali hanno progressivamente ristretto il concetto di guerra classico considerandolo il *profilo estremo* della conflittualità internazionale. Il concetto più elastico che ha preso il sopravvento è da tempo quello di *conflitto armato internazionale*, conflitto che può presentare diversa intensità e di cui la guerra finisce per essere ipotesi estrema e solitamente residuale. La pratica ha consentito di individuare diverse ipotesi riferibili a situazioni richiedenti intervento armato (MOOTW: *Military Operations Other Than War*): operazioni di *peace keeping*, *peace building*, *peace enforcing*,

soluzione di crisi, interventi umanitari, interventi di stabilizzazione, con una ricca varietà di ipotesi e qualificazioni a seconda dell'ordinamento cui ci si riferisca e in cui sono comunque individuabili le ipotesi di "conflitto armato", diverse dalla guerra tradizionale. Tali situazioni riportabili all'ambito dei conflitti armati sono state ricordate dalla Corte di Cassazione nel caso Callipari. (*Cass. pen., sez. 1, sentenza 19 giugno 2008 - 24 luglio 2008, n. 31171*). Esse riguardano in particolare quelle situazioni di conflitto definite operazioni di guerra "a bassa intensità" comportanti regole più restrittive di una guerra vera e propria ma pur sempre implicanti un significativo impegno della forza armata. Particolarmente complesso è l'intreccio fra conflittualità che vede protagonisti gli stati territoriali e conflittualità che coinvolge organizzazioni armate presenti all'interno di uno stato con possibilità di distinguere guerre interstatali da guerre intrastatali ed extrastatali.

La legge 27 febbraio 2002, n. 15 ha dato del conflitto armato una definizione che non si allontana in modo significativo da quella di guerra internazionale. Infatti ai sensi del suo articolo 2, che ha modificato l'articolo 165 del codice penale militare di guerra, "Ai fini della legge penale militare di guerra, per conflitto armato si intende il conflitto in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di azioni belliche". Quindi si può prospettare che è conflitto armato un conflitto che fa ricorso alle modalità belliche ma che non implica necessariamente il ricorso a una volontà annientatrice che conduca alla *debellatio*.

Dire che la guerra, quale espressione estrema della categoria dei conflitti armati, appaia residuale non significa però minimizzarne la portata e l'attualità. I casi verificatisi in cui l'Italia è stata coinvolta in guerre e in cui si è posto il problema della compatibilità col rispetto dell'articolo 11 sono di tutto rilievo. La partecipazione alla guerra del Golfo (1990), a quella in Afghanistan (2001) e l'attacco alla Libia (2011) sono riconducibili a una azione di sicurezza collettiva nel quadro dei vincoli internazionali avendo ricevuto l'avallo di determinazioni degli organi delle Nazioni Unite. Quella del Kosovo (1999) veniva giustificata con la difesa di valori superiori quali i diritti umani. Essa veniva determinata dagli organi di una organizzazione regionale, quale la NATO, e non dalle Nazioni Unite. L'Italia non partecipava alla guerra contro l'Iraq (2003)

iniziata da una coalizione guidata dagli Stati Uniti, che veniva unilateralmente qualificata come guerra di difesa preventiva in cui il pericolo imminente avrebbe potuto essere eliminato soltanto applicando la violenza bellica.

In assenza di una previsione esplicita in Costituzione che si occupi del conflitto armato si potrebbe ritenere che il ripudio dell'articolo 11 tocchi solo la guerra in senso stretto e non precluda la partecipazione agli altri conflitti armati. Ma è evidente che una simile affrettata conclusione rischierebbe di presentare ipotesi valutative della partecipazione ai conflitti che andrebbero contro la volontà ultima dei costituenti che vietando la guerra in realtà intendevano vietare il ricorso a qualsiasi *uso della violenza* interstatale tramite la forza armata se non per difesa legittima e per le finalità consentite dalle disposizioni ONU.

*Pertanto resta fermo il divieto di uso della forza armata a fini aggressivi e per risolvere controversie mentre la gamma dei possibili conflitti coinvolgenti l'Italia deve rientrare in ipotesi che consentano il rispetto dei vincoli dell'ordinamento delle NU.*

Piuttosto è il caso di sottolineare come l'indiscusso riconoscimento anche nel nostro ordinamento dell'istituto del conflitto armato, nonostante che tale concetto sia estraneo al lessico costituzionale, è ulteriore prova del fatto che *l'ordinamento recepisce e utilizza le categorie relative ai conflitti, e in particolare alla loro forma estrema della guerra, quali si manifestano nell'ordinamento internazionale*. Questa linea interpretativa è accolta nell'ordinamento italiano e confermata dalla giurisprudenza. La Suprema Corte di Cassazione ha affermato che i conflitti armati *“sono qualificati come tali dal diritto internazionale anche se riguardanti guerre civili interne”* (Cass. pen., sez. 1, sentenza 11 ottobre 2006 - 17 gennaio 2007, n. 1072, sub 2).

##### 5. *Guerra, conflitto armato e grave crisi internazionale*

Il regime della conflittualità che interessa l'ordinamento italiano non solo è complicato dalla rilevata assenza di termini normativi espliciti di cosa debba intendersi per guerra internazionale cui viene avvicinato per la legge penale il conflitto armato ma anche a causa della introduzione in modo del tutto impreciso del concetto di *grave crisi internazionale*.

A livello di *normativa subcostituzionale* la legge 14 novembre 2000, n. 331, articolo 2, ha equiparato una “grave crisi internazionale nella quale l’Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza a una organizzazione internazionale”, implicante il ricorso all’impiego delle forze armate, allo stato di guerra deliberato ai sensi dell’articolo 78 della Costituzione.

Successivamente il Codice dell’ordinamento militare ha in molte sue disposizioni ribadito *l’avvicinamento dello stato di guerra (ipoteticamente dichiarabile ai sensi di Costituzione) alla grave crisi internazionale (di cui tuttavia non si precisa espressamente come debba essere intesa e come debba essere dichiarata o accertata)* (cfr. d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, artt. 370, 621, 1017, 1326, 1929, 1942, 2057, 2097). Queste disposizioni pongono in evidenza come il rispetto per il valore costituzionale della pace e le ragioni di opportunità che sconsigliano di menzionare espressamente il termine “guerra” non possono eliminare la eventualità o la realtà della guerra. *I concetti di grave crisi e di conflitto armato si sono rivelati limitrofi o a volte di fatto coincidenti con quello di guerra.* Inevitabilmente i richiamati interventi legislativi si riconducono alle precedenti previsioni costituzionali e in particolare sono raccordabili agli articoli 11, 52, 78 e 87, comma 9 e 117 comma 1 della Costituzione.

#### 6. *La struttura decisionale: Parlamento e Governo di fronte all’incremento del ruolo del Presidente della Repubblica*

Come anticipato, la Costituzione in modo diretto o indiretto si occupa delle competenze degli organi costituzionali che siano chiamati ad assumere decisioni in tema guerra o di situazioni conflittuali limitrofe quali le gravi crisi o i svariati tipi di conflitto implicante il ricorso alla forza armata.

Fermo restando che l’art. 117 nella sua versione riformata nel 2001 sottolinea che le questioni interessanti la sicurezza e la difesa riguardano una competenza esclusiva statale, l’articolo 78 prevede che l’eventuale conflitto internazionale venga considerato e deciso tramite una convergenza fra Governo e Parlamento con un ruolo dichiarativo del Presidente della Repubblica.

Sappiamo che nel corso del tempo questa clausola non è mai stata utilizzata in concreto in modo tale da potersi intravedere il sopravvenire di una desuetudine (come indica la relazione Vedaschi).

Ma il coinvolgimento dei tre organi costituzionali è stato sempre effettuato con riferimento a decisioni comportanti il ricorso all'impiego potenziale o reale della forza armata in assenza della esigenza di introduzione formale dello stato di guerra.

A livello di deliberazioni parlamentari (risoluzioni e atti legislativi) viene confermato il ricorso ai tre organi con una importante sottolineatura del ruolo del Capo dello Stato. L'occasione per individuare in concreto quale possa essere il rapporto fra organi costituzionali in caso di conflitto – e quindi anche nel caso attuale della guerra in Ucraina – è offerta dalle dettagliate normative introdotte per affrontare il caso delle missioni militari fuori confine. Tali missioni possono coinvolgere il ricorso alla forza armata. L'attuale legislazione, in un quadro costituzionale formalmente invariato, prescinde dall'articolo 78 e dall'articolo 87, comma 9, ma rispetta un principio guida, previsto dagli stessi articoli, che richiede la compresenza di Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica nel decidere l'utilizzo della forza armata.

Significativo per comprendere l'assetto degli organi costituzionali in tema di decisioni relative all'impiego della forza armata, è l'art. 1, lettera a) della legge 18 febbraio 1997, n. 25 (oggi art. 10, comma 1, lettera a) del d.lgs 66/2010, c.d. Codice dell'ordinamento militare) che ha disciplinato il vertice politico-militare e in tale occasione ha previsto che il Ministro della Difesa “*attua le deliberazioni in materia di difesa e sicurezza adottate dal Governo, sottoposte al Consiglio Supremo di Difesa e approvate dal Parlamento*”. In base a tale previsione, pur non risultando chiariti né il momento dell'intervento del Consiglio Supremo nel corso del procedimento, né la natura dei poteri esercitati in seguito alla “sottoposizione” al suo esame, il ruolo dell'organo non appare di mera forma, in quanto il Consiglio Supremo risulta inserito nel processo di formazione delle decisioni di indirizzo concernenti anche la eventuale gestione di crisi internazionali. Vi è dunque nella legge una fase procedimentale intermedia fra decisione governativa e approvazione parlamentare affidata all’“*esame*” del Consiglio Supremo.

Dovrebbero essere le situazioni considerate politicamente di maggior risalto da parte degli organi che possono condizionarne l'ordine del giorno (Presidente della Repubblica e Presidente del Consiglio dei ministri) a indurre a decidere di volta in volta cosa esaminare.

Un chiarimento sul procedimento si desume dalla nota risoluzione parlamentare attuativa dell'articolo 1 della legge 25/1997 (n. 7-011007 della Commissione difesa della Camera dei Deputati del 16 gennaio 2001: *c.d. Risoluzione Ruffino*) da cui risultano quelle che dovrebbero essere le questioni da porsi all'ordine del giorno del Consiglio Supremo. Esse sono “*le deliberazioni di carattere generale in materia di sicurezza e difesa, comprese quelle relative ai criteri generali di impiego delle forze armate*” (paragrafo 1). Inoltre, anche se la formulazione del testo della risoluzione non brilla per coerenza e non si parli espressamente del Consiglio, dovrebbero andare all'esame dello stesso *tutte le deliberazioni relative in concreto all'impiego delle forze armate all'estero*.

La più recente legge 145/2016 prevede all'articolo 3 che la sottoposizione al Consiglio dovrà farsi “*Qualora se ne ravvisi la necessità*”. La normativa precedente prevedeva invece un vincolo di presentazione al Consiglio. A parte questa incongruenza resta assodato che nei casi di maggior rilevanza politica il Consiglio è stato sempre coinvolto con una sottolineatura della importanza della partecipazione presidenziale. Al Consiglio sono andate non solo questioni interessanti in senso proprio missioni ma anche decisioni riguardati attività bellica. I casi dell'attacco alla Serbia nel 1999 e alla Libia nel 2011 non riguardavano missioni oltre confine ma interventi bellici, tra l'altro operati senza invio di unità militari sul territorio di un terzo stato ma facendo ricorso all'impiego della forza aerea.

#### 7. *Violazione del diritto internazionale e inizio di una guerra di aggressione legittimante misure difensive*

L'operazione militare speciale iniziata il 24 febbraio ha comportato la violazione del diritto internazionale consuetudinario in tema di uso della forza e legittima difesa .ma anche di puntuali vincoli pattizi gravanti sulla Federazione russa.

È evidente la violazione dell'art. 2 che vieta il ricorso alla forza e rileva con evidenza la legittimità di una difesa, anche armata, giustificata dall'art. 51 della Carta ONU che assicura “il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite”.

L'aggressione ha provocato reazioni a diversi livelli. Possiamo distinguere tra reazioni scaturenti dal ricorso a competenze di orga-

nismi politici e reazioni imputabili a competenze di organismi giurisdizionali (Iovane).

Per quanto riguarda gli *organismi politici*, nella impossibilità di far ricorso utile al ruolo del Consiglio di Sicurezza, paralizzato dal diritto di veto russo, si è fatto ricorso alla Assemblea Generale che pur essendo priva di poteri coercitivi ha formulato un significativo voto di censura nei confronti dell'aggressore. L'Assemblea nella risoluzione del 2 marzo ha indicato con chiarezza chi ha violato la pace e la sicurezza internazionale (141 Stati a favore della risoluzione, 5 contrari, 35 astenuti).

Con riguardo alle misure di isolamento messe in pratica dalle organizzazioni internazionali si segnala la reazione manifestata dal Consiglio d'Europa. Il 25 febbraio, il Comitato dei Ministri ha sospeso la Russia dai propri diritti come membro di tale Comitato e dell'Assemblea parlamentare. Prevenendo una espulsione il 10 marzo la Russia ha annunciato unilateralmente di voler recedere dal Consiglio d'Europa ai sensi dell'art.7 dello Statuto.

Per quanto riguarda il *profilo giurisdizionale* si sono rivelate utilizzabili alcuni distinti percorsi.

Innanzitutto l'Ucraina ha iniziato un procedimento di fronte alla Corte internazionale di Giustizia il 27 febbraio 2022. L'*application* si fondava sulla clausola compromissoria prevista nell'art. IX della Convenzione di New York del 9 dicembre 1948 sulla "Prevenzione e la repressione del crimine di genocidio". La denuncia era accompagnata da una istanza per misure interinali ai sensi dell'art.41 dello Statuto della Corte. Ed è su questa richiesta che il 16 marzo 2022 la CIG ha accolto (tredici voti a favore due contrari) l'istanza dell'Ucraina volta all'adozione di misure provvisorie sulla base della Convenzione. La Corte ha ordinato alla Russia di «immediately suspend the military operation that it commenced on 24 February 2022 in the territory of Ukraine» e di «ensure that any military or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organization and person which may be subject to its control or direction, take no steps in furtherance of the military operation».

È stata poi accolta l'istanza in via cautelare che il governo ucraino aveva avanzato alla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 39 del Regolamento. La Corte col provvedimento cautelare del 10 marzo in materia di libertà di informazione ha rite-

nuto che le operazioni militari in corso, iniziate il 24 febbraio 2022 in varie parti dell'Ucraina, rappresentassero un rischio per la popolazione civile ed ha pertanto ritenuto presenti i presupposti di pericolo imminente e di danno irreparabile necessari per l'emissione di misure provvisorie ed urgenti.

Interessante è la prospettiva che si delinea a proposito del ruolo che la Corte penale internazionale. Ricorrono, infatti, i requisiti affinché la Corte possa pronunciarsi quanto meno in relazione al crimine di genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Non sussisterebbe invece la giurisdizione della Corte in relazione al crimine di aggressione commesso da cittadini russi. In proposito si ricorda che la Corte può essere attivata sia da uno stato parte, che dal Consiglio di Sicurezza, che dal suo Procuratore. A tutt'oggi 41 stati parti dello Statuto hanno collettivamente deferito la situazione in Ucraina alla giurisdizione della Corte *ex* articolo, 13 lettera a), mentre di propria iniziativa conformemente al dettato dell'art. 15 (3) dello Statuto, la Procura ha iniziato il procedimento ottenendo l'autorizzazione ad aprire l'investigazione in data 2 marzo 2022.

Oltre alla violazione dell'art. 2 della Carta delle Nazioni Unite l'intervento aggressivo ha violato l'impegno pattizio assunto dalla Russia nel momento dello smantellamento dell'armamento nucleare presente sul territorio ucraino.

Il "*Memorandum di Budapest*" del 1994, nel regolare lo smaltimento delle testate nucleari trasferite dalla Ucraina in Russia impegnava la Russia a rispettare l'indipendenza e la sovranità della Ucraina entro i suoi confini di allora; ad astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza contro l'Ucraina; ad astenersi dall'utilizzare la pressione economica sull'Ucraina per influenzarne la politica; ad astenersi dall'usare armi nucleari contro l'Ucraina e a "sollecitare un'azione immediata del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per fornire assistenza" in caso di un "atto di aggressione" contro il Paese. Vi è stata quindi una clamorosa violazione di questo impegno. Ulteriori violazioni riguardano gli Accordi di Helsinki del 1972. Nell'Atto Finale sono compresi obblighi giuridici inderogabili, richiamati in alcuni specifici titoli: "I. Eguaglianza sovrana, rispetto dei diritti inerenti alla sovranità; II. Non ricorso alla minaccia o all'uso della forza; III. Inviolabilità delle frontiere; IV. Integrità territoriale degli Stati; V. Risoluzione pacifica delle controversie VI. Non intervento negli affari interni".

## 8. *La prassi e l'attualità*

Rivolgendoci ora al modo con cui le istituzioni italiane stanno affrontando la crisi ucraina, si deve partire da un cenno alla prassi degli anni trascorsi che denota un riassetto dell'equilibrio decisionale stabilitosi fra organi costituzionali. Mentre una lettura delle previsioni introdotte a livello legislativo pare coerente con le caratteristiche della forma di governo parlamentare la prassi va in diversa direzione. Il ruolo del Parlamento come centro dell'indirizzo e controllo relativamente alle scelte politiche dirette all'impiego dello strumento militare appare appannato. Il che avviene anche in ordinamenti diversi da quello italiano. Nonostante il recente recupero del ruolo di indirizzo di alcuni parlamenti la sostanziale marginalizzazione dei legislativi risulta messa in evidenza dal marcato attivismo degli esecutivi nel frangente dell'emergenza bellica (Vedaschi). Il Governo si conferma il centro preferenziale di decisione in quanto collegato agli organismi di sicurezza internazionali in cui si dibattono e decidono le grandi opzioni che devono essere eseguite a livello interno. Il che richiede spesso immediatezza di attuazione non agevolmente conseguibile in sede parlamentare. A sua volta il Governo risente degli effetti della assunzione di un ruolo marcatamente decisionale del Presidente della Repubblica. E in proposito il Consiglio Supremo si è rivelato la sede più efficace ed utile per affrontare rapidamente l'emergenza. Diviene quindi, anche se soltanto nel momento contingente dell'emergenza, una sorta di *gabinetto di crisi* in cui convergono Presidente del Consiglio, ministri e vertici militari.

Resta comprovato che esistono situazioni critiche in cui il Consiglio può fungere da *sede di codeterminazione* fra Governo e Presidente nella adozione di scelte riguardanti i profili internazionali della sicurezza. Sono quindi riscontrabili occasioni di partecipazione effettiva del Presidente della Repubblica al momento decisionale in materia di difesa e missioni all'estero come indica l'esperienza pregressa.

Quanto avvenuto nei rapporti fra organi costituzionali dimostra in modo evidente la alterazione di una ideale osservanza dei criteri scaturenti dallo schema costituzionale. Funzione del Consiglio Supremo di Difesa è assicurare la garanzia dei valori costituzionali in materia di difesa mentre le deliberazioni in materia verrebbero

prima adottate dal Governo e soltanto dopo sottoposte all'esame del Consiglio Supremo, non viceversa. Se l'inversione si verifica l'effetto tangibile è che il Presidente della Repubblica "in" Consiglio Supremo, organo di garanzia, mette di fronte al fatto compiuto il Consiglio dei Ministri, organo di indirizzo politico (puntualmente Benvenuti).

Nel caso della crisi ucraina il Consiglio si è riunito il 24 febbraio e dal comunicato rilasciato al termine emerge in modo difficilmente smentibile che in quella sede si è definito l'indirizzo politico nazionale sulla crisi ucraina. La riunione del Consiglio dei Ministri ha fatto soltanto seguito il giorno successivo dopo lo svolgimento da parte del Presidente del Consiglio di un'informativa alle Camere. Il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto-legge intitolato "Disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina", poi emanato e pubblicato come decreto-legge n. 14 del 2022 sempre il 25 febbraio 2022, e ha deliberato la "dichiarazione dello stato di emergenza per intervento all'estero in conseguenza del grave contesto emergenziale in atto nel territorio dell'Ucraina". Una seconda volta, il Consiglio dei Ministri si è riunito il 28 febbraio 2022, per approvare un altro decreto-legge, intitolato "Ulteriori misure urgenti per la crisi in Ucraina", poi emanato e pubblicato come decreto-legge n. 16 del 2022 sempre il 28 febbraio 2022, e deliberare la "dichiarazione dello stato di emergenza in relazione all'esigenza di assicurare soccorso ed assistenza alla popolazione ucraina sul territorio nazionale in conseguenza della grave crisi internazionale in atto". Appare in proposito singolare che in una situazione sostanziale di stato di guerra intercorrente fra due stati esteri si evochi a livello nazionale uno stato di emergenza ai sensi del codice della protezione civile. Mentre con il primo decreto legge l'Italia si era limitata ad autorizzare "la cessione, a titolo gratuito, di mezzi e materiali di equipaggiamento militari non letali di protezione alle autorità governative dell'Ucraina" (art. 2), con il secondo, si è stabilita la diretta "cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari".

Come sottolineato (Benvenuti) sia il decreto-legge n. 14 che il decreto-legge n. 16 sollevano dubbi non marginali. Il primo pretende di "derogare" alla legge n. 145 del 2016, ai fini dell'avvio e della prosecuzione per il 2022 della partecipazione dell'Italia ad alcune missioni e, inoltre, dispone la "cessione, a titolo gratuito, di mezzi e materiali di equipaggiamento militari non letali di prote-

zione alle autorità governative dell'Ucraina". Il secondo deroga alla legge n. 185 del 1990 e agli articoli 310 e 311 del decreto legislativo n. 66 del 2010 (il c.d. Codice dell'ordinamento militare) per il 2022 e, in particolare, dispone la "cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle autorità governative dell'Ucraina". Ma in realtà nessuna deroga sarebbe stata necessaria in quanto sia la partecipazione alle missioni che la cessione di materiali di armamento già avrebbero potuto essere effettuate ai sensi e per gli effetti, rispettivamente, della legge n. 145 del 2016 e della legge n. 185 del 1990 (nonché degli articoli 310 e 311 del Codice dell'ordinamento militare).

Il secondo decreto legge prevede che la cessione di armamenti sia preceduta da un atto di indirizzo parlamentare (art.1, comma 1) modificando quindi il precedente provvedimento che non contemplava questa condizione. Ma non si dimentichi che il Codice dell'ordinamento militare prevede(va) per la cessione, in ogni caso, il "previo parere vincolante delle competenti Commissioni parlamentari" (articolo 311, 2° comma). Le risoluzioni di entrambe le camere del 1° marzo hanno comunque legittimato il trasferimento. Ciò non ha del tutto eliminato le perplessità circa il ruolo ridotto dell'intervento parlamentare caratterizzato da una quasi totalitaria adesione alla decisione governativa. Il che è giustificato dal clima di solidarietà e consenso per le scelte dell'esecutivo prodottosi in tempi di governo di unità nazionale. Permangono le notazioni critiche circa la carenza di procedure di controllo sulle scelte governative. In particolare si è notato che la carenza di controllo delle commissioni permanenti di Camera e Senato non possa trovare un sostituto nell'intervento del COPASIR che in una audizione del 2 marzo ha sfiorato l'argomento. Ciò in quanto la funzione di tale comitato include il verificare che "l'attività del Sistema di informazione per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione" ma non contempla interventi in materia di politica estera e di difesa.

#### 9. *Invio di armi e rispetto dell'art. 11 della Costituzione*

Come già ricordato, l'interpretazione dell'art. 11 va correlata all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, che lascia impregiudicato «il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un membro delle Nazioni

Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale». Inoltre, il ricorso *all'interpretazione conforme al diritto internazionale* aiuta a comprendere cosa significhi la guerra difensiva alla luce del fatto che il diritto internazionale consuetudinario riconosce il diritto di legittima difesa individuale e collettiva consentendo l'intervento armato di terzi stati in aiuto dell'agredito. La Corte internazionale di giustizia, nel caso Nicaragua-Stati Uniti, ha affermato che il principio del divieto dell'uso della forza, consacrato nell'art. 2, par. 4, della Carta, va correlato all'art. 51 consentendo il diritto consuetudinario l'aiuto allo stato soggetto a aggressione (ICJ, *Reports*, 1986, 100, par. 176). Vi è quindi una norma consuetudinaria che legittima l'aiuto. E le consuetudini internazionali hanno rango costituzionale, tramite l'art. 10, comma 1, della Costituzione. Non si può quindi considerare il dettato dell'art. 11 separatamente dalla lettura di queste consuetudini. L'art. 11, in altri termini, non vieta l'utilizzo della forza per prestare assistenza a uno stato che stia reagendo a un attacco armato. Limitandoci quindi a valutare il soccorso all'agredito prestato tramite invio di armi questo appare conforme al diritto internazionale e quindi non contrario all'art. 11. Va quindi sottolineato come il diritto internazionale "agganci" quello costituzionale (Iovane). Per quanto riguarda la questione ucraina, come confermato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, è in corso una aggressione del tutto ingiustificabile dal punto di vista del diritto internazionale cui l'Ucraina sta reagendo in legittima difesa.

La decisione governativa non contrasta con la legge 9 luglio 1990 n. 185 che disciplina l'esportazione, l'importazione e il transito dei materiali di armamento. Essa vieta esportazione e transito di armamenti in casi di «contrasto con la Costituzione, con gli impegni internazionali dell'Italia e con i fondamentali interessi della sicurezza dello Stato, della lotta contro il terrorismo e del mantenimento di buone relazioni con altri Paesi, nonché quando manchino adeguate garanzie sulla definitiva destinazione dei materiali» (art. 1, comma 5). Vieta poi esportazioni e transito «verso i Paesi in stato di conflitto armato, in contrasto con i principi dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, fatto salvo il rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia o le diverse deliberazioni del Consiglio dei ministri, da adottare previo parere delle Camere» (art. 1, comma 6). Diversa è la

situazione quando il conflitto derivi da una aggressione subita e quindi risponda a esigenze di legittima difesa in linea con l'articolo 51 della Carta. In questo caso l'esportazione appare legittima.

L'invio di armamenti a un esercito regolare che operi esclusivamente all'interno del territorio del proprio stato non è qualificabile come uso illegittimo della forza contro l'altra parte belligerante e va considerato come un supporto all'esercizio della legittima difesa individuale da parte dell'Ucraina. Conclusivamente la linea politica seguita dall'Italia nell'affrontare l'emergenza ucraina appare rispettosa delle clausole dell'articolo 11 in collegamento alle prescrizioni della Carta delle Nazioni Unite.

### *Abstract*

Nel presente articolo si analizza la linea politica dell'Italia nel conflitto in Ucraina in relazione alle norme costituzionali e alle previsioni della Carta della Nazioni Unite. L'esame del concetto di guerra, condotto a partire dalle disposizioni costituzionali e dalle varie evoluzioni nella prassi seguita negli ultimi anni, orienta nel comprendere la partecipazione dell'Italia ai conflitti armati internazionali e a giustificarla sulla base delle norme vigenti. A tal fine viene offerta una lettura bilanciata della prima e della seconda parte dell'art. 11, integrata con l'interpretazione delle consuetudini internazionali che legittimano l'aiuto a Paesi aggrediti. Quanto al rapporto tra gli organi costituzionali si rimarca la sostanziale alterazione degli schemi costituzionali, evidenziando il ridotto ruolo parlamentare con evidente sbilanciamento a favore dell'esecutivo.

This article analyzes Italian's political strategy towards the war in Ukraine. More detailed, the article aims to evaluate if this strategy fits in with the rules of Italian's Constitution and with the Charter of the United Nations. The examination of the concept of war, conducted starting from the constitutional provisions and the various evolutions in the practice followed in recent years, guides us in understanding Italy's participation in international armed conflicts and in understanding if it is justified on the basis of current regulations. To do this a balanced reading of the first and second part of art. 11 of the Constitution integrated with the interpretation of international customs that legitimize aid to attacked countries is offered. As regards the relationship between the constitutional authorities, the substantial alteration of the normal constitutional schemes is highlighted, as well as the reduced parliamentary role with an evident imbalance in favor of the Government.



MARIA ALESSANDRA STEFANELLI

PMI, MERCATO DIGITALE  
E REGOLAZIONE GIURIDICA:  
LA DIMENSIONE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Le PMI nel quadro della trasformazione tecnologica del mercato. – 2. L'impresa di dimensione minore nel contesto internazionale e nuove esigenze di regolamentazione giuridica per i mercati digitali. Le Organizzazioni internazionali: il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale. – 3. L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico e l'Organizzazione Mondiale del Commercio. – 4. PMI e mercato digitale: una nuova regolazione giuridica per il capitalismo digitale (anche per le imprese di dimensione minore)?

1. *Le PMI nel quadro della trasformazione tecnologica del mercato*

Nessuno studio che si prefigga di analizzare un istituto giuridico o fenomeno economico può esimersi ai nostri giorni dal considerare almeno due fattori che hanno cambiato radicalmente il modo di fare impresa.

Il primo è certamente l'avvento di Internet, che come noto ha profondamente inciso su ogni attività economica e sociale dell'essere umano.

Il secondo fattore, certamente più recente, è quello della pandemia sanitaria che ha devastato dal 2019 l'intera umanità: anche quando quest'ultima potrà dirsi superata, non ci si potrà attendere un ritorno allo *status quo ante*.

Tutto sarà inevitabilmente diverso e – per certi versi – irreversibile.

Alcuni studiosi sostengono al riguardo che “*non sappiamo quando e come questa pandemia finirà, ma sembra chiaro sin d'ora che il mondo non sarà più lo stesso di prima. Alcuni in un primo tempo avevano creduto che l'inizio e la fine della pandemia sarebbero stati come gli interruttori elettrici: si accende la pandemia nel dicem-*

*bre 2019, poi finisce tutto e tutto torna come prima. Sappiamo che non sarà così*<sup>1</sup>.

Sul primo dei due citati fattori che hanno radicalmente mutato il modo di fare e, prima ancora, di concepire l'impresa, e cioè l'avvento di Internet, in questa sede si ricorda solo che esso trae la sua origine nel settore militare durante il periodo della Guerra Fredda<sup>2</sup> in connessione con l'esigenza di "inviare messaggi digitalizzati fra computer interconnessi"<sup>3</sup>, quindi l'Internet<sup>4</sup> che noi oggi conosciamo è stato costruito "utilizzando una serie di comandi o protocolli che consentono ai computer di creare uno spazio elettronico – il cyber spazio – con proprie regole e funzioni specifiche"<sup>5</sup>, ma pur essendosi sviluppato in un contesto "industriale militare degli Stati Uniti, la tecnologia su cui si fonda è di dominio pubblico"; i diritti furono così messi "liberamente a disposizione di altri, dapprima di un gruppo di scelto di università che collaboravano con l'esercito e altri appaltatori della Difesa, quindi di gruppi sempre più ampi"<sup>6</sup>.

Durante gli Anni Ottanta la "National Science Foundation (NSF) cominciò a diffondere l'uso di questo sistema strategicamente importante al di là dell'ambito militare" e certamente "gli sforzi per aumentare l'utilità degli scambi attraverso la posta elettronica e gli altri servizi contribuirono a stimolare l'aumento delle interconnessioni telematiche"<sup>7</sup>, e facendo sì che Internet e il mondo produttivo si incontrassero in modo assai proficuo, tanto che "il numero di computer installati negli Stati Uniti salì dai 5.000 del 1960 ai 180 milioni circa del 1997 (costituiti nel 95 per cento dei casi da PC)"<sup>8</sup>.

Ma l'impatto delle reti sul mercato fu sorprendente ed immediato soprattutto con riferimento al settore bancario, ove "fra il 1972 e il 1985 le 1.000 banche americane accrebbero la percentuale delle loro spese di esercizio dedicate alle telecomunicazioni dal 5 al 13 per cento e la finanza divenne settore leader per spesa complessiva nelle tecnologie informatiche d'azienda. Alla fine degli anni Ottanta, la Global Telecommunications Network di Citicorp, il più grande si-

<sup>1</sup> B. Milanovic, *Capitalismo contro capitalismo*, Laterza, 2020, VI.

<sup>2</sup> D. Schiller, *Capitalismo digitale. Il mercato globale in rete*, Milano, 2000, 16.

<sup>3</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 16.

<sup>4</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 19.

<sup>5</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 19.

<sup>6</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 18.

<sup>7</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 19.

<sup>8</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 22.

*stema privato al mondo, collegava uffici di novantaquattro Paesi, faceva ogni mese 800.000 chiamate e quotidianamente gestiva scambi in valuta estera per \$200 miliardi. Merrill Lynch, la più grande società americana per operazioni di borsa, spendeva in quel periodo ogni anno \$400 milioni per telecomunicazioni, con una media che era alquanto superiore a quella che spendevano le imprese leader in qualunque altro settore industriale”<sup>9</sup>.*

È indubbio, quindi, che le applicazioni tecnologiche alle attività finanziarie “*produssero profonde conseguenze di natura politica ed economica. Esse permisero aumenti vertiginosi nel volume degli scambi su titoli, su valute estere e su altri strumenti speculativi, consentendo ai flussi di capitali apolidi di frustrare gli obiettivi di politica monetaria degli Stati, anche dei più grandi. Come sottolinea lo storico dell’economia Richard DuBoff, è stata la finanza ad aprire la strada alla globalizzazione del mercato dei capitali”*<sup>10</sup>.

Infatti le grandi banche utilizzarono ben presto i nuovi servizi Internet, così che, ad esempio, “*evitando di aprire nuove filiali fisiche, Citibank è riuscita a lanciare in Gran Bretagna i suoi servizi bancari su web – rivolti a clienti con un reddito annuo di almeno \$49,000. Morgan Stanley, Dean Witter, Discover .... hanno predisposto un attacco all’attività tradizionale delle banche commerciali aprendo un’attività di direct banking su internet con la propria sigla Discover”*<sup>11</sup>.

Internet stava quindi divenendo una piattaforma planetaria “*per le attività economiche fondamentali di calcolo, comunicazione e commercio*”, la base di “*una nuova infrastruttura informatica globale decentrata”*<sup>12</sup>.

Ma se la digitalizzazione produce una accelerazione significativa e inarrestabile per la grande industria, altrettanto non avviene per le PMI, che non sempre possiedono né gli strumenti né le risorse né le conoscenze adeguate a valorizzare le innovazioni digitali più recenti.

Ciò emerge chiaramente anche dalla recente analisi dell’OECD che evidenzia che “*the digitalisation of businesses has continued apace in recent years, but SMEs lag in the transition, despite poten-*

<sup>9</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 22.

<sup>10</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 23.

<sup>11</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 34.

<sup>12</sup> D. Schiller, *op. ult. cit.*, 35.

*tially tremendous benefits. The stake are high because the SME digital gap has proved to weigh down on productivity and to increase inequalities among people, firms and places*<sup>13</sup>.

Il ritardo digitale che caratterizza le PMI pare derivare da “*a range of factors and barriers, including SME lack of information and awareness, skills gaps, insufficient capital or missing complementary assets such as technology itself or organisational practices* (OECD, 2019). *Smaller businesses often face more difficulties in adapting to changing regulatory frameworks, dealing with digital security and privacy issues or simply accessing quality digital infrastructure*”<sup>14</sup>.

Ciò ha sicuramente spinto gli Stati ad intervenire per accelerare la diffusione dell’innovazione digitale all’interno delle PMI definendo invero una serie di interventi molto vasta e diversificata, tanto che dall’analisi delle politiche regolatorie all’interno dei Paesi aderenti all’OECD emerge che “*in some areas, diverging view points on how to unleash SME and entrepreneurs’ digital potential, and account for the great heterogeneity of the SME population and the diversity of their business ecosystems. While some Countries have sought to mainstream SME policy considerations in other policy agendas, others specifically target SMEs with tailor-made instruments, often combined with place-based or sector-wide policy mixes*”<sup>15</sup>.

## 2. *L’impresa di dimensione minore nel contesto internazionale e nuove esigenze di regolamentazione giuridica per i mercati digitali. Le organizzazioni internazionali: il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale*

L’impresa di dimensione minore rappresenta indubbiamente la forma imprenditoriale più diffusa nel mondo, tanto che le stime più recenti della Banca Mondiale evidenziano che “*SMEs account for the majority of businesses worldwide and are important contributors to job creation and global economic development. They represent about 90% of businesses and more than 50% of employment worldwide*”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> OECD, *The digital transformation of SMEs*, Paris, 2021, 15.

<sup>14</sup> OECD, *The digital transformation of SMEs*, Paris, 2021, 38.

<sup>15</sup> OECD, *The digital transformation of SMEs*, Paris, 2021, 38.

<sup>16</sup> World Bank, <https://www.worldbank.org/en/topic/sme/finance>, 2021.

A livello internazionale, la tematica delle PMI è stata però ripresa solo a livello trasversale e non omogeneo: pare allora interessante richiamare il ruolo assunto da alcune Organizzazioni internazionali, e tra esse in particolare dal Fondo Monetario Internazionale (International Monetary Fund - IMF), dalla Banca Mondiale (World Bank - WB), dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (Organization for Economic Co-operation and Development - OECD) e dall'Organizzazione mondiale del Commercio (World Trade Organization, WTO)<sup>17</sup>, che giocano un ruolo di primo piano “*nel diritto internazionale dell'economia*”, che “*è probabilmente maggiore, e comunque più significativo, rispetto a quello rivestito dagli Stati*”<sup>18</sup>.

Come noto, la rilevanza di tali Organizzazioni è risalente nel tempo quando dopo la Seconda Guerra Mondiale “*i Paesi economicamente più forti – ossia le due potenze anglosassoni, Stati Uniti e Gran Bretagna – cominciarono a pensare alla nuova possibilità di costruire un sistema complessivo di rapporti internazionali che spaziassero dalla sfera politica a quella economica, finanziaria e commerciale ... Tuttavia l'ambizione di tali Stati era quella di creare istituzioni che operassero anche nella sfera economica e finanziaria: pertanto, ancor prima che nascessero le Nazioni Unite e che la guerra fosse terminata, nel 1944, a conclusione di una conferenza convocata a Bretton Woods dagli Stati Uniti alla quale avevano partecipato 43 Stati, furono sottoscritti due accordi distinti, che diedero vita a due organizzazioni economico finanziarie internazionali a vocazione tendenzialmente universale proprio come le Nazioni Unite: il Fondo Monetario internazionale e la Banca Mondiale*”<sup>19</sup>.

In particolare, il Fondo Monetario internazionale evidenzia, in relazione al nuovo contesto digitale all'interno del quale le economie dei singoli Stati inevitabilmente oggi si muovono, che “*since the start of 2000s, a new fast-growing phenomenon is changing our societies: digitalization. The digitalization of the economic activity can be broadly defined as the incorporation of data and the Internet into production processes and products, new forms of household and government consumption, fixed-capital formation, cross-border flows, and fi-*

---

<sup>17</sup> E. Sciso, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2021, 8.

<sup>18</sup> E. Sciso, *op. ult. cit.*, 8.

<sup>19</sup> E. Sciso, *op. ult. cit.*, 28.

nance”<sup>20</sup>, e che l’economia digitale “*is sometimes defined narrowly as online platforms, and activities that owe their existence to such platforms, yet, in a broad sense, all activities that use digitized data are part of the digital economy: in modern economies, the entire economy*”<sup>21</sup>.

In questo nuovo e inedito scenario “*a new breed of “superstar” firm has come to the fore of global markets over the last decade. These are businesses at the vanguard of the so-called “digital revolution”, in which technology is being harnessed to redefine traditional business models, provide new ways for buyers and sellers to interact both locally and globally, and support flexible working arrangement. Many of these “tech giants” are capitalizing on first mover advantages and network externalities to boost profitability, secure market dominance, and become some of the world’s most highly-valued companies*”<sup>22</sup>.

Ma la trasformazione digitale riguarda anche una delle problematiche più rilevanti per l’impresa di dimensione minore, e cioè l’accesso alle fonti di finanziamento che “*affects them disproportionately more than large firms*”; in particolare “*studies find that banks in developing economies – compared to those in developed economies – tend to be less exposed to SMEs, and to charge them higher interest rates and fees (Beck et al., 2008). This has been largely due to three factors: (i) informational asymmetries related to SMEs that create risks, e.g. banks are mostly unable to gauge the creditworthiness of SMEs and thus ask for higher charges and collateral requirements; (ii) low revenue per client; and (iii) the need for local presence, and thus for a large branch network, which may not necessarily be optimal from a cost perspective, especially in a developing country setting*”<sup>23</sup>.

Il Fondo Monetario Internazionale in proposito evidenzia il ruolo che la digitalizzazione potrebbe svolgere per facilitare l’accesso ai finanziamenti e la crescita di imprese di dimensione minore soprattutto per le Regioni del Middle East, North Africa,

<sup>20</sup> IMF, *Measuring the Digital Economy*, 2018, 6.

<sup>21</sup> IMF, *Measuring the Digital Economy*, 2018, 7.

<sup>22</sup> A. Aqib, S. Alpa, *Tec(h)tonic Shifts: Taxing the “Digital Economy”*, IMF, 29 Maggio 2020, 5.

<sup>23</sup> P. Stein, O. Ardic, M. Hommes, *Closing the Credit Gap for Formal and Informal Micro, Small, and Medium Enterprises*, International Finance Corporation, World Bank Group, 2013, 11.

Afghanistan and Pakistan (MENAP) e del Caucasus and Central Asia (CCA) sottolineando che *“both capital markets and fintech are still nascent in the MENAP and CCA Regions. A range of policies and reforms have already been implemented across countries to support SME financial inclusion. These include direct interventions to enhance bank credit, such as through state-owned SME banks, credit guarantee schemes, and interest rate regulations. In recent years, a growing number of countries have also developed national strategies to address key obstacles to household and firm financial inclusion”*<sup>24</sup>.

Egualemente la Banca Mondiale (che, si ricorda, *“aveva l’obiettivo di mettere fondi a disposizione dei Paesi più colpiti dal Secondo Conflitto Mondiale per aiutarne la ricostruzione”*<sup>25</sup>), dedica specifica attenzione alle PMI, osservando come esse *“play a major role in most economies particularly in developing Countries, SMEs account for the majority of business worldwide and are important contributors to job creation and global economic development, They represent about 90% of business and more than 50% of employment worldwide, formal SMEs contribute up to 40% of national income (GDP) in emerging economies. These numbers are significantly higher when informal SMEs are included”*; ed in particolare *“according to our estimates, 600 millions jobs will be need by 2030 to absorb the growing global workforce which makes SME development a high priority for many governments around the world”*<sup>26</sup>.

Soprattutto *“East Asia and Pacific accounts for the largest share (46%) of the global finance gap and is followed by Latin America and Carribean (23%) and Europe and Central Asia (15%). The gap volume varies considerably region to region. Latin American and Caribbean and the Middle East and North Africa regions, in particular, have the highest proportion of the finance gap compared to potential demand, measured at 87% and 88% respectively. About half of formal SMEs don’t have access to formal credit. The financing gap is even larger when micro and informal enterprises are taken into account”*<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> N. Blancher, *Financial Inclusion of Small and Medium-Sized Enterprises in the Middle East and Central Asia*, International Monetary Fund, 2019, VI.

<sup>25</sup> E. Sciso, *op. ult. cit.*, 28.

<sup>26</sup> <https://www.worldbank.org/en/topic/sme/finance>.

<sup>27</sup> The World Bank IBRRD IDA 2021, <https://www.worldbank.org/en/topic/sme/finance>.

Anche la Banca Mondiale pone l'accento sulla necessità di rafforzare il canale di finanziamento alle imprese di dimensione minore adottando un approccio *“holistic, combining advisory and lending service to client to increase the contribution that SMEs can make to the economy including underserved segment such as a women owned SMEs”*, assicurando altresì *“advisory and Policy support for SME finance mainly includes diagnostics, implementation support, global advocacy and knowledge sharing of good practice”*, ma soprattutto raccomandando la creazione e l'utilizzo di strumenti di natura digitale, quali *“e-lending platform, use of alternative data for credit decision, e-invoicing, e- factoring and supply chain financing”*<sup>28</sup>.

Tra gli strumenti più utili ed efficaci elaborati dalla Banca Mondiale ricordiamo lo studio *Doing Business 2020*, che *“shows that the developing economies are catching up with developed economies in case of doing business”*<sup>29</sup> <sup>30</sup>, e rimarca la centralità di costruire una regolazione giuridica per i nuovi mercati digitali, ed anzi *“Regulation plays a central role in building the foundations of digital markets. It can provide the legal tools necessary for remote contracts, clarify the rights and obligations of the multiple actors involved in digital transactions, and establish a framework that promotes consumer trust in digital markets, even when the consumer does not know the merchant or when the merchant is in a different country. However, regulation can also further segment digital trade, de facto restricting digital transactions to within national boundaries, or allowing for cross-border transactions with some partners to flourish, while limiting others. This can be the intended result of regulatory measures that limit cross-border data flows or online purchases or may be the undesired effect of regulatory differences across countries that leads businesses to offer different goods and services across boundaries”*<sup>31</sup>.

Pare in questo senso condivisibile sottolineare come *“Laws and Regulations can hence either foster or hinder digital trade. Regulation can play three different roles for digital markets. First, it can*

---

<sup>28</sup> The World Bank IBRRD IDA 2021, <https://www.worldbank.org/en/topic/sme/finance>.

<sup>29</sup> World Bank Group, *Doing Business 2020*, VII.

<sup>30</sup> World Bank Group, *Doing Business 2020*, VII.

<sup>31</sup> L. Daza Jaller, S. Gaillar, M. Molinuevo, *The Regulation of Digital Trade: Key Policies and International Trends*, World Bank, 2020, 2.

*provide essential regulatory tools for remote transactions, such as electronic documents and signatures, as well as electronic payments; secondly, it can improve the conditions for trust in digital markets, by ensuring that consumers are protected and that their information is safe and remains private, hence increasing reliance and bringing new actors to digital transactions. A strong regulatory framework on these pillars can be associated with the expansion of digital trade. Yet, third, regulations can also introduce restrictions that hamper the conditions for digital markets. Restricting the types of goods and services that can be bought online, limiting or increasing costs for the transfer of data – which is necessary for the transactions –, or creating burdensome conditions for online marketplaces, platforms, and services providers, ultimately limits the offer of goods and services in digital markets”<sup>32</sup>.*

Va quindi evidenziato che *“Regulation plays an essential role in bolstering digital markets by promoting trust... Three sets of regulations are particularly relevant to promoting consumers’ trust in digital markets: – An effective framework for online consumer protection helps consumers be better informed about the characteristics of the good or services at hand as well as the terms of the transaction, promoting a greater understanding of the conditions of the transaction; – As consumers are required to provide sensitive personal and financial details, a strong data governance regime is essential to give individuals control over their own information; – Similarly, a cybersecurity framework further improves trust by ensuring that firms meet certain minimum technical standards in the protection of their digital information and that illegal access to such data is duly prosecuted and, if needed, penalized”<sup>33</sup>.*

### 3. (Segue) *L’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico e l’Organizzazione Mondiale del Commercio*

Anche l’*Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD) si caratterizza per essere oggi *“una organizzazione tendenzialmente universale di cooperazione economica, ispirata ai*

---

<sup>32</sup> L. Daza Jaller, S. Gaillar, M. Molinuevo, *op. ult. cit.*, 2.

<sup>33</sup> L. Daza Jaller, S. Gaillar, M. Molinuevo, *op. ult. cit.*, 30.

*principi del liberismo economico*<sup>34</sup>: essa dedica specifica attenzione al ruolo che rivestono le PMI nel contesto globale<sup>35</sup>.

In particolare nel Report intitolato “*Strengthening SMEs and Entrepreneurship for Productivity and Inclusive Growth*”, l’OECD sottolinea l’importanza di realizzare per le imprese di dimensione minore una regolamentazione giuridica adeguata e innovativa rispetto alle proprie dimensioni, dal momento che “*there is no one-size-fit-all model*”<sup>36</sup>, ed indica tra i *key elements* da tenere in considerazione per la definizione di una forma di regolamentazione giuridica adeguata “*the use of digital technologies to reduce administrative burdens and facilitate collaborative relationships with businesses and citizens*”<sup>37</sup>, con un più accentuato ricorso all’“*e-government services, ... such as through the creation of digital “one-stop shops, i.e. single entry points for government services. In this context, the use of digital technologies holds the potential to further streamline procedures for SMEs in particular*”<sup>38</sup>.

Più recentemente con il Paper, *SME Digitalisation to “Build Back Better”* del 2021, l’OECD sottolinea che “*digitalisation of SMEs is crucial in building inclusive and resilient economies and societies. Ensuring the uptake of digital technologies by all SMEs and entrepreneurs is central to fully unlocking the potential of the digital revolution at large*”<sup>39</sup>; tuttavia “*many SMEs risk missing the benefits digitalisation can offer. At the firm level, digital gaps are strongly associated with gaps in productivity, scaling up, innovation and growth. These gaps contribute to inequalities among firms, and, in turn, peo-*

<sup>34</sup> E. Sciso, *op. ult. cit.*, 131.

<sup>35</sup> L’OECD ha istituito anche uno specifico *Centre for Entrepreneurship, SMEs, Regions and Cities (CFE)*, il quale “*works with national and local governments, the business community, and other stakeholders to develop targeted support and evidence for the design, development and implementation of policies, as well as capacity building on entrepreneurship, SMEs, regions, rural and urban areas, local employment, tourism, culture and multi-level governance*”, così OECD, *Discover the Centre for Entrepreneurship, SMEs, Regions and Cities*, 2021.

<sup>36</sup> OECD, *Strengthening SMEs and Entrepreneurship for Productivity and Inclusive Growth*, 2019, 91.

<sup>37</sup> OECD, *Strengthening SMEs and Entrepreneurship for Productivity and Inclusive Growth*, 2019, 91.

<sup>38</sup> OECD, *Strengthening SMEs and Entrepreneurship for Productivity and Inclusive Growth*, 2019, 93.

<sup>39</sup> OECD, *SME Digitalisation to “Build Back Better”*. *Digital for SMEs (D4SME) Policy Paper*, 2021, 11.

*ple and places, with concerns that the benefits of digitalisation could accrue mainly to early adopters*<sup>40</sup>.

In tale contesto le politiche pubbliche “*plays a focal role in enabling SMEs to adapt their business models and practices to the digital economy. Even before the pandemic, SME digitalisation was high on the policy agenda across OECD countries and beyond. This focus has only intensified, with governments introducing recovery tools and legislations aimed at enabling SME digitalisation, as well as newly designed instruments and others that build upon pre-pandemic policies*”<sup>41</sup>. Secondo le analisi condotte dall’OCSE sono rinvenibili “*a large mix of policy approaches targeting SME digitalisation and, in some areas, diverging viewpoints on how to unleash their digital potential. The heterogeneity of the SME population and the diversity of their business ecosystems add to the complexity in designing effective policy. Some countries seek to mainstream SME policy considerations in other policy agendas, others target SMEs, with instruments often tailored to specific places or sectors. In some countries, policy strategies focus on financial support, whilst others focus on consultancy and non-financial support, or a mixture of the two approaches. Similarly, there is a growing focus on the diffusion of targeted technologies such as AI or Blockchain, with tailor-made instruments for specific digital tools*”<sup>42</sup>.

Parimenti l’Organizzazione Mondiale del Commercio - World Trade Organization, WTO -<sup>43</sup> dedica specifica attenzione alle problematiche più significative che affliggono imprese di dimensione minore (per lo studio delle quali ha istituito nel 2017 anche uno specifico *Working Group* dedicato alle micro, piccole e medie imprese<sup>44</sup>) soffermandosi proprio sulla rilevanza assunta dai nuovi

---

<sup>40</sup> OECD, *SME Digitalisation to “Build Back Better”. Digital for SMEs (D4SME) Policy Paper*, 2021, 11.

<sup>41</sup> OECD, *SME Digitalisation to “Build Back Better”. Digital for SMEs (D4SME) Policy Paper*, 2021, 11.

<sup>42</sup> OECD, *SME Digitalisation to “Build Back Better”. Digital for SMEs (D4SME) Policy Paper*, 2021, 39.

<sup>43</sup> Istituita con gli Accordi di Marrakesh, 15 aprile 1994.

<sup>44</sup> WT/MIN(17)/24/Rev.1, 10 December 2017, Ministerial Conference Eleventh Session Buenos Aires. *L’Annual Report 2020*, 51, della World Trade Organization precisa che “*The Group, whose Members account for around 80 per cent of world exports, held four meetings – in February, June, October and November – and a drafting session in December to discuss proposals for a declaration on MSMEs at MC12. The objective is*

strumenti tecnologici e digitali, i quali “*open a range of new opportunities for small firms to play a more active role in global value chains*”<sup>45</sup>.

La rilevanza delle problematiche connesse al ruolo che le PMI hanno all’interno della WTO è approfondita nella recente *Declaration on micro, small and medium-sized enterprises*<sup>46</sup> dell’*Informal working group on MSMEs*, del 2021, nella quale si prende atto che “*promoting the participation of Micro, Small and Medium-sized Enterprises (MSMEs) in international trade is an important issue in the WTO agenda, all the more considering the significant negative impact that the COVID-19 pandemic has had including on MSMEs, as well as the contribution that the WTO can make to support the global recovery*”<sup>47</sup>.

Secondo la WTO le “*MSMEs amount to 95 per cent of business globally and 60 per cent of global employment*”<sup>48</sup>, ma esse sono *underrepresented*; ciò accade poiché “*the international legal environment insufficiently takes their needs and constraints into account, particularly in terms of trade financing, cross-border payments and trade facilitation. Trade finance is essential to allow firms, and particularly MSMEs, to diversify import and export markets, but trade finance tends to be increasingly difficult to obtain in middle – and low – income countries. During the 2008-09 global financial crisis, which significantly impacted the availability of trade finance, the WTO, among other contributions, engaged with regulators to ensure that improved access to trade finance be reflected in the new financial stability rules*”<sup>49</sup>.

In questo nuovo contesto produttivo la tematica della definizione di una nuova regolazione giuridica nell’era digitale diviene allora sempre più centrale, poiché “*a growing number of Govern-*

---

*a declaration that includes recommendations, decisions, calls to action and a work programme. Proposals submitted include the development of a new online platform with links to useful practical tools for MSMEs (online courses, relevant websites) and policy-makers (useful studies, information on good practices)”*.

<sup>45</sup> Global Value Chain Development Report, *Technological innovation, supply chain trade, and workers in a globalized world*, 2019, 121.

<sup>46</sup> INF/MSME/4/Rev.2, 2021.

<sup>47</sup> INF/MSME/4/Rev.2, 2021, 1.

<sup>48</sup> World Trade Organization, *Economic resilience and trade*, World Trade Report 2021, 138.

<sup>49</sup> World Trade Organization, *Economic resilience and trade*, World Trade Report 2021, 138.

*ments have adopted policies aimed at boosting growth through innovation and technological upgrading. The domestic economic fallout linked to the COVID-19 pandemic is leading countries to strengthen these policies*<sup>50</sup>, ma essa assume carattere di urgenza e improrogabilità per le imprese di dimensione minore, che si trovano ad operare in un contesto economico e produttivo del tutto inedito, come si cercherà di illustrare nel proseguo di questo studio.

#### 4. *PMI e mercato digitale: una nuova regolazione giuridica per il capitalismo digitale (anche per le imprese di dimensione minore)?*

Volendo ora trarre qualche considerazione conclusiva, pare opportuno ricordare come ogni riflessione relativa alla definizione di una regolamentazione giuridica del mercato e dell'impresa realmente innovativa debba tenere in debito conto il contesto economico su cui l'impresa inevitabilmente si innesta, ed in particolare modo le trasformazioni tecnologiche che ai nostri giorni stanno segnando profondamente i sistemi produttivi ed industriali a livello planetario.

Ciò è particolarmente vero allorquando ci si propone di definire una regolamentazione giuridica che sia realmente efficace per l'impresa di dimensione minore, sulla quale tali trasformazioni digitali oggi in atto producono un effetto realmente *disruptive*.

La crisi sanitaria da Covid 19 ha infatti duramente colpito le PMI, confermandone alcune vulnerabilità: a livello nazionale, ad esempio, tale vulnerabilità si è evidenziata *“in particolare per quanto riguarda la liquidità,”* e si concretizzata in uno *“shock esogeno che si è contemporaneamente manifestato sul versante dell'offerta e della domanda, con seri rischi di sopravvivenza per più del 50% di esse”*<sup>51</sup>: tale *“così ampio collasso delle PMI, che rappresentano il 60-70% della occupazione dei Paesi aderenti all'OCSE, rischia ovviamente di produrre un forte impatto non solo sulle singole economie nazionali, ma anche sulle prospettive di crescita globale”*<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> World Trade Organization, *Government policies to promote innovation in the digital age*, 2020, 6.

<sup>51</sup> A. Bruzzo, *Per la trasformazione digitale delle Micro-PMI in Italia*, in *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 2020, 333-334.

<sup>52</sup> A. Bruzzo, *op. ult. cit.*, 333-334.

Al fine di comprendere quanto più possibile gli effetti posti in essere dalle politiche economiche dei singoli Stati volte a contrastare gli effetti negativi della pandemia, le Organizzazioni Internazionali hanno esaminato le prime misure che a livello globale i singoli Stati hanno approntato per supportare le PMI colpite dalla crisi sanitaria, suggerendo “*di continuare a supportare il potenziale di crescita delle PMI anche dopo la crisi tramite l'adozione di politiche di investimenti di tipo strutturale, cioè di lungo periodo*”<sup>53</sup>.

Al riguardo particolarmente interessante è il Rapporto OECD “*The territorial Impact of Covid 19: Managing the crisis across levels of Government*” del 2020, ove si sottolinea che “*Across the OECD small and medium-sized enterprises (SMEs) account for 99% of all businesses and between 50% and 60% of valued added. SMEs are particularly vulnerable during the crisis (OECD, 2020). In addition to SMEs, the self-employed represent a considerable share of total employment in a number of OECD countries. Amounting to slightly less than 15% on average, self employment is particularly prevalent in Greece, Italy and Turkey where it exceed 20% (OECD, 2020). The self-employed often less protected by unemployment benefits compared with standards workers*”<sup>54</sup>.

Il medesimo Rapporto sottolinea, poi, come “*many subnational governments also took early action to support their local economies by supporting SMEs, artisans, retailers and self-employed affected by the crisis. Emergency measures taken by regional and local government cover a wide range of areas, from financial support to kore indirect support schemes...*”<sup>55</sup>.

La crisi pandemica ha quindi, di fatto, evidenziato in modo inequivocabile a livello globale il passaggio di carattere epocale da un capitalismo di tipo tradizionale ad un capitalismo di tipo digitale.

La trasformazione digitale che ha travolto il mercato e il sistema capitalistico è oggetto di specifiche indagini, in particolare ad

<sup>53</sup> A. Bruzzo, *op. ult. cit.*, 335.

<sup>54</sup> OECD, *Tackling coronavirus (covid 19): managing the crisis across levels of government*, “*The territorial Impact of Covid 19: Managing the crisis across levels of Government*”, 10 novembre 2020, 38.

<sup>55</sup> OECD, *Tackling coronavirus (covid 19): managing the crisis across levels of government*, “*The territorial Impact of Covid 19: Managing the crisis across levels of Government*”, 10 novembre 2020, 39.

opera di studiosi che ne hanno sottolineato aspetti fondamentali, cui si rinvia<sup>56</sup>.

Per quanto concerne l'oggetto del presente saggio si sottolinea come l'avvento di un nuovo modo di produzione industriale basato sull'utilizzo crescente di strumenti di *Artificial Intelligence*, algoritmi e piattaforme (e di *Platform Development*) ha reso in pochi anni inadeguati non solo i sistemi produttivi tradizionali ma anche le regole giuridiche che presiedono la disciplina del settore industriale sia a livello internazionale sia a livello europeo sia, infine, a livello nazionale.

Comunque ci si proponga di definirlo in relazione ai diversi aspetti che lo connotano, il capitalismo digitale rappresenta, in definitiva, il nuovo modello di cornice economica del prossimo futuro, entro il quale tutte le imprese, di ogni dimensione, dovranno operare.

A fronte dei nuovi processi di irreversibile digitalizzazione dei sistemi economici, sempre più urgente pare la necessità di approntare regole giuridiche che si dimostrino concretamente idonee a guidare e a regolare tale trasformazione economica.

In questo contesto non sorprende allora constatare che a livello globale si stanno sperimentando politiche di regolamentazione giuridica volte ad anticipare – e non a subire passivamente ed *ex post* – gli sviluppi del mercato: si fa riferimento, in altri termini, a politiche pubbliche volte a definire modelli giuridici tesi a governare l'innovazione da parte del regolatore pubblico, mediante la c.d. "*Anticipatory Regulation*"<sup>57</sup>, e cioè attraverso la "*ricerca di nuovi modelli di coordinamento e di cooperazione tra regolatori per*

---

<sup>56</sup> Per tutti si rinvia a G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale: profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; a B. Milancovic, *Capitalismo contro capitalismo: la sfida che deciderà il nostro futuro*, Bari-Roma, 2020; a D. Chandler, C. Fuchs, *Digital objects, digital subjects: interdisciplinary perspectives on capitalism, labour and politics in the age of big data*, Londra, 2019; a J.E. Cohen, *Between truth and power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford, 2019; a S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

<sup>57</sup> Per tutti si vedano S. Gunashekar, S. Parks, *Oversight of emerging science and technology: Learning from past and present efforts around the world*, RAND Europe, 2019; M.K. Kolacz, A. Quintavalle, O. Yalnazov, *Who should regulate disruptive technology?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2019; H. Armstrong, J. Rae, *A working model for anticipatory regulation. A working paper*, NASTA, 2017; W.A. Kaal, E. Vermeulen, *How to regulate disruptive innovation - from facts to data*, in *Jurimetrics*, 2017.

*costruire una ambiente accogliente, ma anche protettivo, per la diffusione di nuove tecnologie*<sup>58</sup>.

Tali modelli sono relativi, ad esempio, all’*“utilizzo delle soluzioni tecnologiche per supportare e automatizzare determinate funzioni di regolamentazione, il ReghTech (Arner, Barberis, Buckley, 2017) facilitando il rapporto con i soggetti regolati e abbassando i costi di compliance”*, ovvero, invece, investono *“profili forse meno conosciuti come quello della creazione di un Regulatory Horizon Council indipendente, con il compito di percepire, analizzare e mappare i cambiamenti in atto, identificare le implicazioni derivanti da nuovi scenari tecnologici, dialogare con tutti gli stakeholders, individuare le priorità e consigliare i governi sui disegni di lungo termine di modifica degli assetti regolamentari quantificando il loro impatto economico, secondo un modello in parte già attuato in alcuni ordinamenti (HM Government, 2019)”*<sup>59</sup>.

Le iniziative appena richiamate rappresentano certamente l’emblema di un cambiamento di tipo epocale per l’economia, ma anche per il diritto e per il rapporto esistente all’interno dell’ordinamento giuridico tra regolati e regolatori, tra pubblico potere e soggetti privati all’interno del mercato: lo shock prodotto dalla globalizzazione e dalla pandemia, il c.d. *shock Covid 19*<sup>60</sup>, se da un lato ha mostrato *“l’eterogeneità dei suoi impatti sui sistemi sociali ed economici”*<sup>61</sup>, da altro lato non mancherà di produrre i propri effetti anche sulle regole giuridiche che i regolatori pubblici dovranno ripensare e ri-definire per disciplinare l’attività delle imprese che agiscono all’interno del nuovo sistema economico e capitalistico.

Una sfida, dunque, per il legislatore e per il regolatore a livello globale.

L’auspicio è che tale sfida sia accolta da essi con coraggio e lungimiranza nel definire regole giuridiche ed economiche real-

---

<sup>58</sup> F. Vella, *Crescere su mercati e piattaforme: le piccole medie imprese tra regole e politica industriale*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2019, 265.

<sup>59</sup> F. Vella, *op. ult. cit.*, 2019, 265, precisa che l’obiettivo *“è proprio quello di evitare iniziative dei singoli regolatori, muovendosi in una prospettiva di “a more collaborative, coordinated and systematic approach (Amstrong, Gorst e Rae, 2019)”*, in grado di cogliere nel lungo periodo le implicazioni di scelte di regolamentazione in ragione delle finalità perseguite”.

<sup>60</sup> M. Di Tommaso, *Una strategia di resilienza intelligente per il dopo coronavirus. Sulla centralità della domanda e offerta di politica industriale*, in *L’Industria*, 2020, 4.

<sup>61</sup> M. Di Tommaso, *op. ult. cit.*, 3.

mente innovative per l'industria, e che l'impresa di dimensione minore possa, finalmente, essere considerata come protagonista della nuova evoluzione digitale del mercato e del sistema produttivo del futuro.

### *Abstract*

Il presente studio si propone di analizzare il contesto regolatorio internazionale relativo alle PMI da parte del Fondo Monetario Internazionale, della Banca Mondiale, dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico e dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, soprattutto in relazione alle nuove esigenze di digitalizzazione e al ruolo svolto dalle imprese di dimensione minore come vettore di crescita e sviluppo. L'analisi si concentra poi sulla trasformazione tecnologica e digitale che le PMI devono oggi affrontare per potere entrare e rimanere efficacemente sul mercato, trasformazione resa oggi improrogabile ed irreversibile anche alla luce del contesto post pandemico, per cui l'impresa – in particolare quella di dimensioni minori – si digitalizzerà o cesserà di esistere. Anche la regolamentazione pubblica dovrà necessariamente evolversi, come peraltro dimostrano le sperimentazioni di nuovi modelli giuridici tesi a governare l'innovazione tecnologica mediante la c.d. *Anticipatory Regulation*, che propone inedite forme di coordinamento tra regolatori pubblici e soggetti privati che operano sul mercato digitale.

This study aims to analyse the regulatory international context relative to SMEs by the International Monetary Fund, the World Bank, the Organisation for Cooperation and Economic Development and the World Organisation for Commerce, above all in relation to the new demands of digitalisation and the role of smaller businesses as vehicles of growth and development. The analysis then concentrates on the technological and digital transformation that SMEs must face today in order to enter and stay effective in the market; a transformation today made urgent and irreversible, also in the post pandemic situation which means – particularly for smaller businesses – they must digitalise or cease to exist. Public regulation must also necessarily evolve, as demonstrated by the new legal models developed to govern technological innovation through the so called *Anticipatory Regulation*, that proposes new forms of coordination between public authorities and private parties that operate in the digital market.



EDOARDO C. RAFFIOTTA

L'EROMPERE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE  
PER LO SVILUPPO  
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE  
E DEI SERVIZI AL CITTADINO<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Dalla retorica della digitalizzazione della PA al necessario sviluppo di tecnologie per i servizi pubblici: il ruolo fondamentale dell'intelligenza artificiale. – 2. L'intelligenza artificiale sotto la lente del costituzionalista: per una pubblica amministrazione efficiente. – 3. Poteri pubblici e tecnologia, tra regolazione e implementazione. Il particolare caso dell'intelligenza artificiale. – 4. Quando l'inadeguatezza della tecnologia incide sui diritti e sull'efficienza dell'amministrazione: il caso emblematico della “buona scuola”. – 5. Sulla regolazione dell'intelligenza artificiale e il difficile bilanciamento tra diritti. – 6. L'impiego dell'intelligenza artificiale nei servizi pubblici nell'esperienza europea. – 7. Un coordinamento pubblico per il governo europeo dell'IA.

1. *Dalla retorica della digitalizzazione della PA al necessario sviluppo di tecnologie per i servizi pubblici: il ruolo fondamentale dell'intelligenza artificiale*

È da circa un ventennio che in Italia sentiamo parlare di digitalizzazione della pubblica amministrazione: quantomeno a partire dal dibattito intorno al codice dell'amministrazione digitale<sup>2</sup>. Un dibattito accompagnato dalla consapevolezza che tra i tanti meriti che

---

<sup>1</sup> Testo riveduto e ampliato della relazione tenuta al Convegno su *AI Anthology - Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali e dalla Fondazione Cesifin - Alberto Predieri, i cui Atti saranno pubblicati da il Mulino a cura di G. Cerrina Feroni, C. Fontana, E.C. Raffiotta.

<sup>2</sup> Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, emanato a seguito della delega al governo italiano contenuta nell'articolo 10 della legge 29 luglio 2003, n. 229, entrato in vigore il 1° gennaio 2006. Invero in dottrina già prima si speculava sul rapporto tra tecnologia e amministrazione, v. A. Usai, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione* in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, fasc. 1, 163 ss.

la tecnologia digitale offre vi è quello di favorire uno sviluppo formidabile dei diritti e dei servizi alla persona, inclusi quelli pubblici e di pubblico interesse<sup>3</sup>. Che la tecnologia e più in generale l'innovazione rappresentasse uno strumento di sviluppo economico, sociale e di libertà, era chiaro, quantomeno, da quando la tecnologia digitale ha iniziato ad operare, nei settori più diversi, non solo di interesse economico<sup>4</sup>. Si è però presto compreso come le opportunità mosse dall'innovazione tecnologica non riguardassero solo la sfera privata ed economica. Al contrario, la tecnologia ha presto rappresentato un centro fondamentale di interesse di tutti i pubblici poteri, a qualsiasi livello e a qualsiasi latitudine, dalle organizzazioni internazionali, passando per l'amministrazione dello Stato, sino ai piccoli Comuni. In una duplice veste: anzitutto quella di regolatori, a presidio dei diritti costituzionali interessati dagli effetti della tecnologia, ma altresì, parimenti, di fruitori – nonché promotori – di innovazione. Eppure, in questi anni di digitale e di innovazione all'interno dell'amministrazione – in particolare in Italia – ne abbiamo vista poca.

Nostro malgrado, una spinta è arrivata a seguito della crisi pandemica del 2020. Come noto, infatti, la pandemia ha imposto un distanziamento e spesso una paralisi di molte attività, a cui la tecnologia ha fornito rimedi, talvolta limitati, talvolta significativi, ma in ogni caso fondamentali per non paralizzare lo sviluppo economico e sociale del Paese.

In questo contesto così tragico, si è avuta una diffusa presa d'atto – anche da parte di chi era distante dalla tecnologia – di come il digitale consenta di rendere assai più efficienti molti dei servizi, compresi la maggior parte di quelli offerti dalla pubblica amministrazione e, spesso, rispondenti alla tutela e all'effettività di libertà costituzionali.

Un contesto nel quale si è sviluppata una cultura dell'innovazione, per cui lo sviluppo del digitale, tante volte retoricamente declamato, non era più rinviabile e andava attuato.

---

<sup>3</sup> T.E. Frosini, *Libertè, egalitè, internet*, Napoli, 2015.

<sup>4</sup> Un dibattito invero iniziato nella letteratura statunitense a metà degli anni Cinquanta, a partire dalla conferenza del Dartmouth College del 1956, e il Gruppo sull'IA del *Massachusetts Institute of Technology* istituito nel 1958 da J. McCarthy e M. Minsky. E in quella italiana alla fine degli anni Sessanta, per tutti si vedano i molti pionieristici scritti di V. Frosini, a partire da *Cibernetica diritto e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1968.

È forse questo il modo per meglio spiegare e comprendere molti degli obiettivi concreti della c.d. transizione digitale fissati nel *Next Generation EU* e in Italia dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), alla cui realizzazione, per la prima volta, contribuisce anche l'istituzione di un apposito Ministero per la Transizione digitale (a cui successivamente si è aggiunta l'istituzione del Comitato interministeriale per la transizione digitale)<sup>5</sup>.

Un imponente piano di interventi finalizzati ad assicurare la massima diffusione dell'accesso alla rete e della conversione nonché implementazione dei servizi digitali. Accanto a questi importanti e concreti interventi in risposta alla crisi pandemica, va altresì enfatizzato il piano *Compass* presentato dalla Commissione (marzo 2021) al fine di realizzare la trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030.

All'interno delle menzionate fonti e piani programmatici massima è l'attenzione posta per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e dei suoi servizi, al fine di realizzare una radicale e diffusa trasformazione, rendendola finalmente efficiente ed efficace.

In questo contesto di significativa (e reale) transizione digitale, tra le numerose tecnologie che anche il nostro Paese dovrà sviluppare per raggiungere l'ambizioso obiettivo, un ruolo centrale sarà senz'altro svolto dall'intelligenza artificiale (da ora IA), come abilitatore di numerose differenti tecnologie legate all'attività della PA e ai servizi pubblici da essa forniti<sup>6</sup>.

Del resto, tale constatazione trova esplicita conferma all'interno dello stesso piano *Compass* che pone come ambizioso obiettivo – entro il 2030 – la fruibilità digitale di tutti i servizi pubblici principali, che difficilmente potranno operare senza l'IA abilitatore delle principali tecnologie. Tale necessità è del resto affermata nella strategia europea per l'IA<sup>7</sup> nonché nel recente piano strategico sul-

---

<sup>5</sup> D.l. 1° marzo 2021, n. 22: il comitato è presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri, o, in sua vece, dal Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, ove nominato, ed è composto da: il Ministro per la pubblica amministrazione, ove nominato; il Ministro dell'economia e delle finanze; il Ministro della giustizia; il Ministro dello sviluppo economico; il Ministro della salute.

<sup>6</sup> Una trasformazione talmente dirompente che porta alla mente il noto saggio di A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, che il titolo del presente scritto vuole deliberatamente richiamare.

<sup>7</sup> *The 2021 Coordinated Plan on Artificial Intelligence is the next step in creating EU global leadership in trustworthy AI*, su <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/coordinated-plan-artificial-intelligence-2021-review>

l'IA del Governo italiano<sup>8</sup>. Dove si manifesta la necessità di impiegare e sviluppare precisi algoritmi in grado di lavorare la vasta massa dei dati necessari per offrire i servizi pubblici, che coinvolgono vari attori privati e pubblici.

L'IA, infatti, è senza dubbio la tecnologia al centro della prossima rivoluzione industriale, o meglio, è già protagonista di molte delle più significative innovazioni. Algoritmi e *software* intelligenti, infatti, forniscono servizi da noi utilizzati quotidianamente, che svolgono numerose attività al nostro posto. Eppure, non è ancora chiaro quali e quante altre trasformazioni le tecnologie intelligenti apporteranno nella ormai prossima società del futuro. Lo sviluppo del *Machine Learning* unito alla più avanzata robotica tenderanno ad affiancare – e talvolta sostituire – l'uomo nella maggior parte delle sue attività<sup>9</sup>. Tale tecnologia, come proveremo a dire in questo scritto, se correttamente sviluppata e regolata, potrà apportare una formidabile spinta alla riforma della pubblica amministrazione e ai suoi servizi, nel senso indicato dal dettato della nostra Carta costituzionale.

## 2. *L'intelligenza artificiale sotto la lente del costituzionalista: per una pubblica amministrazione efficiente*

L'IA e le sue tecnologie abilitanti – come accennato – sono note e oramai da tempo utilizzate, anche se principalmente in servizi e applicazioni, per lo più, offerti da soggetti privati. Più di recente (come vedremo con fortune alterne), questa tecnologia inizia ad essere impiegata anche nei servizi offerti da pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, prima di passare all'analisi delle più recenti prassi applicative dell'IA, delle opportunità e dei problemi derivanti da tali impieghi, sia consentita una riflessione più di carattere generale e dogmatica, circa la rilevanza di questa tecnologia – astrattamente intesa – per gli interessi pubblici, ma soprattutto per il diritto costituzionale.

Invero, non si può tacere come – in particolare tra i giuristi pubblicisti – non siano mancate voci fermamente avverse e critiche nei confronti del ricorso agli algoritmi nei servizi, in particolare, di

---

<sup>8</sup> <https://innovazione.gov.it/notizie/comunicati-stampa/intelligenza-artificiale-l-italia-lancia-la-strategia-nazionale/>.

<sup>9</sup> J. Turner, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, London, 2019, 7 ss.

pubblico interesse<sup>10</sup>. Al contrario, vi è chi ha notato come l'utilizzo delle più moderne tecnologie, tra le quali anzitutto l'IA, possa agevolare l'obiettivo di realizzare la c.d. buona amministrazione, anche se ovviamente spetta all'ordinamento assicurare che tali innovazioni mantengano al centro la persona e i suoi diritti<sup>11</sup>.

In tal senso, infatti, l'IA sembra presentare alcune peculiarità insite nella tecnologia stessa, che possono meglio sviluppare e implementare le potenzialità della PA italiana, ma soprattutto i principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione. L'IA può infatti essere impiegata sia nelle attività interne di organizzazione, gestione e coordinamento di dati e strutture amministrative, sia soprattutto nei rapporti con i cittadini.

L'Amministrazione riceve un mandato chiaro dalla Carta costituzionale all'art. 97: la sua attività e la sua organizzazione danno attuazione alle "disposizioni di legge", "in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Come noto, la legge individua le priorità politiche e circoscrive gli interessi pubblici, che poi l'amministrazione con la sua attività e organizzazione deve perseguire in modo imparziale, efficiente ed efficace. Principi che del resto trovano analoga declinazione all'interno dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che assicura a tutti il diritto ad avere dall'amministrazione un trattamento imparziale, equo ed entro un termine ragionevole.

Le caratteristiche insite all'interno dell'IA e delle sue applicazioni sembrano poter dare piena attuazione a tali principi. Anzitutto a imparzialità e terzietà.

Il principio di imparzialità come declinato dall'articolo 97 Cost., così come letto dalla dottrina e applicato dalla giurisprudenza, direttamente collegato al principio fondamentale di egua-

---

<sup>10</sup> Per una più ampia critica si veda la nota riflessione di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, in particolare, 33 ss. Nello stesso senso M. Aini, *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, 19 ss. Sullo specifico tema dei servizi pubblici, si vedano i forse eccessivi timori di F. Costantini, G. Franco, *Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa: verso un "social credit system"?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, fasc. 3, 715 ss., che si pongono il problema di una possibile importazione del *social credit system*, a partire da un'indagine sul sistema cinese.

<sup>11</sup> Si vedano B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e IA*, ora in Id., *Lecture di diritto costituzionale*, Torino, 2020; D.U. Galetta, *La pubblica amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e IA al servizio della trasparenza e dei cittadini?* in *Cyberspazio e Diritto*, 2018, fasc. 3, 319 ss.

glianza previsto dall'art. 3 Cost., disegna un preciso obbligo per la pubblica amministrazione di svolgere la propria attività nel pieno rispetto della legalità, perseguendo l'interesse pubblico, ed evitando ogni discriminazione e arbitrio nell'esercizio delle sue funzioni. Il software dotato della più evoluta tecnologia di IA è in grado di valutare un numero elevato di dati in modo terzo e imparziale, ponendo in evidenza e perseguendo gli interessi pubblici fissati dalla legge e che l'amministrazione deve perseguire. Se il *software* è evoluto (su questo si dirà a breve) e correttamente impostato, il suo risultato sarà il migliore possibile, libero da interferenze e valutazioni soggettive alle quali l'individuo (anche inconsciamente) può essere soggetto. La tecnologia se costruita nel modo corretto è per sua natura terza, imparziale e indipendente. Certo, è bene chiarirlo subito: tale tecnologia (lo diremo meglio analizzando la regolazione in materia) è uno strumento a supporto dell'uomo, e non in sostituzione dello stesso, al quale del resto può e deve restare quella discrezionalità, che però può essere anche essa supportata dai risultati del software, che può, pertanto, significativamente incidere sulle determinazioni dell'amministrazione.

Per meglio rendere l'idea di quanto sin qui argomentato si pensi ad alcune applicazioni concrete a partire dal caso del procedimento amministrativo, in cui come noto l'imparzialità dell'amministrazione trova piena esplicazione attraverso la disciplina della l. 241/1990.

In tale ambito – in parte come può avvenire in quello processuale<sup>12</sup> – anche per il procedimento amministrativo si possono sfruttare la terzietà e la tendenziale precisione del *software* che la contraddistingue. In base ai dati comunicati e ai fini che si vogliono raggiungere, l'algoritmo darà la migliore soluzione in termini di efficienza ed efficacia, essendo in grado tra l'altro di gestire una quantità di informazioni difficilmente gestibili da un umano.

Soprattutto le attività della Pubblica amministrazione sottoposte a procedimento amministrativo potranno trovare nell'IA un formidabile strumento per attuare i principi Costituzionali che regolano l'attività amministrativa, senza precedenti. Infatti, come noto – in ossequio al principio di legalità – la legge fissa limiti, obiettivi e

---

<sup>12</sup> Sul punto per un approfondimento F. Donati, *IA e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 415 ss.

fini politici che l'amministrazione deve perseguire. L'attività dell'amministrazione tendenzialmente deve perseguire tali fini attraverso un procedimento valutando dati, interessi e diritti. Valutazione che deve essere imparziale, mai abusando della propria posizione, in ogni caso finalizzando la sua attività per realizzare al meglio l'interesse pubblico fissato dal legislatore. Ovviamente, tale fine deve essere raggiunto assicurando il buon andamento dell'amministrazione: con efficienza, efficacia ed economicità.

È abbastanza probabile che una macchina dotata di IA possa svolgere tale attività molto meglio dell'uomo. Anzitutto a supporto del responsabile del procedimento amministrativo, ma altresì del cittadino.

Fissati limiti, fini e obiettivi, la macchina – se la sua tecnologia funziona correttamente e non subisce interferenze – può realizzare la scelta più in linea all'indicazione normativa, trattando una quantità di dati che per l'uomo non è semplice gestire, né di certo è facile farlo in tempi ragionevoli. Valutazioni, come detto, svolte entro un margine di discrezionalità che è comunque definito a monte, perseguendo qualsiasi interesse pubblico venga individuato. Ad esempio, accanto all'interesse pubblico generale perseguito con efficacia ed efficienza, possono essere specificati altri interessi come, ad esempio, la sostenibilità ambientale o la parità di genere (o molti altri fattori). Di certo la macchina (se i dati forniti sono regolari) potrà compiere una valutazione priva di fattori di alterazione, come ad esempio la corruzione, o distrazioni colpose. Tale impiego può riguardare qualsiasi attività autoritativa della PA, per l'adozione di qualsiasi provvedimento amministrativo. Inoltre, come dimostra la regolazione che si sta sempre più affermando in materia (di cui diremo tra poco), l'utilizzo di algoritmi può assicurare altresì il principio di trasparenza. Infatti, i dati e processi valutativi posti in essere dal *software* vengono registrati e tracciati dall'algoritmo e per questo possono essere resi noti e, ovviamente, eventualmente contrastati.

Per meglio rendere l'idea, alcuni tra gli esempi di possibile impiego in concreto più rilevanti sono certamente le procedure concorsuali e gli appalti pubblici.

Sono questi probabilmente due ambiti dove ben può emerge il valore dell'imparzialità, ma soprattutto la capacità di elaborazione dei dati (sia in termini di quantità, sia di complessità) da parte del software intelligente.

L'intervento della macchina potrebbe essere previsto, anzitutto, a livello preventivo, nella definizione del bando, formulando così la versione più in linea con l'interesse pubblico da perseguire nell'individuazione del contraente e dell'oggetto che il contratto dovrà realizzare. Ma soprattutto la macchina potrebbe supportare l'eventuale commissione nel valutare i titoli e le prove, individuando il migliore candidato per ricoprire un determinato ruolo. Se le informazioni fornite fossero corrette non potrebbero esservi così fenomeni corruttivi o discriminatori. Inoltre, si potrebbero ridurre sensibilmente i tempi, giungendo a valutazioni più precise ed eque. In tal senso, infatti, con riferimento alle procedure concorsuali di selezione non possiamo dimenticare come in taluni casi le valutazioni siano alterate non da secondi fini, ma semplicemente grandi numeri che portano i valutatori a fisiologiche distrazioni o disattenzioni. La macchina non avrebbe nessuno di questi problemi e potrebbe concludere le procedure in tempi molto più brevi.

Lo stesso dicasi per i procedimenti ad evidenza pubblica, dove la macchina può produrre il bando e individuare il migliore contraente per la stipula di un contratto con la pubblica amministrazione.

A sostegno di tale tesi vanno, infatti, alcune considerazioni. In questi anni – in particolare in materia di contratti pubblici – si sono viste varie forme di circoscrizioni dell'attività amministrativa, finalizzate a, se non ridurre, quantomeno indirizzare la discrezionalità dell'amministrazione, prevenendo e contrastando soprattutto i fenomeni corruttivi<sup>13</sup>.

Il riferimento è ovviamente, anzitutto, alle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, previste dal codice dei contratti pubblici. In ossequio alle previsioni normative contenute nel codice degli appalti, tali atti altro non fanno che guidare, appunto, l'amministrazione a tenere quei comportamenti che possano portare solo al perseguimento degli interessi pubblici senza alterazioni<sup>14</sup>.

È evidente che l'impiego di questa tecnologia richiederà competenze e un ruolo attivo degli organi di governo e della pubblica

---

<sup>13</sup> Più ampiamente G.M. Racca, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'amazon pubblica*, in *DPCE online*, 2020, fasc. 4, 4669 ss.

<sup>14</sup> G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, III, 273 ss.

amministrazione stessa nel creare un sistema di produzione e formazione degli algoritmi finalizzati a supportare l'attività amministrativa. I *software* di IA dovranno contribuire nella costruzione degli algoritmi. Pertanto, fonti come le linee guida potrebbero rappresentare "le istruzioni" comunicate alla macchina affinché raggiunga il risultato prefissato del pubblico interesse. Soprattutto qualora tali applicazioni non fossero lasciate al totale automatismo, ma – come è auspicabile – affiancassero l'uomo. Ma su tale ruolo dell'amministrazione in rapporto con la tecnologia, o meglio sulla complessa e tutta da costruire relazione tra poteri pubblici e tecnologia, è bene soffermarsi.

### 3. *Poteri pubblici e tecnologia, tra regolazione e implementazione. Il particolare caso dell'IA*

Emerge ormai con una certa chiarezza il ruolo duplice dei poteri pubblici e in particolare dell'amministrazione, quali fruitori dei servizi digitali, ma allo stesso tempo di regolatori della tecnologia, specialmente di quella che impiega algoritmi (più o meno evoluti). Invero un ruolo complesso che interessa tutti i livelli di governo, a partire da quello europeo.

Le trasformazioni radicali della tecnologia e la sua centralità nello sviluppo economico e dei servizi hanno posto la medesima al centro dell'attenzione del regolatore. In particolare, la tecnologia, anche a seguito delle potenzialità sviluppate dall'IA, è divenuta oggetto di disciplina del diritto pubblico, in un modo che non conosce precedenti. Il fatto che i poteri pubblici non possano fare a meno di utilizzare la tecnologia; il fatto che servizi pubblici o privati attraverso l'impiego della tecnologia, specialmente dell'IA, possano comportare rilevanti effetti sui diritti costituzionali: questo, evidentemente, ha comportato un particolare e nuovo attivismo del legislatore a tutti i livelli di governo. Si può già osservare una crescente attività regolatoria attraverso il diritto pubblico, governando fenomeni fino ieri rimessi all'autonomia dei privati e alla giurisprudenza dei singoli casi<sup>15</sup>. Inoltre, la portata globale dei fenomeni tecnologici e della loro circolazione vede nel livello europeo il maggiore e

---

<sup>15</sup> Più ampiamente si rinvia a S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2019.

necessario attivismo regolatorio: Digital services Act<sup>16</sup>, Digital Market<sup>17</sup>, Artificial intelligence Act<sup>18</sup>, sono tre esempi di questi processi. Ma già vigenti, altri, esempi sono senz'altro il GDPR<sup>19</sup> e la disciplina della Cybersecurity<sup>20</sup>, ma – non molto distante nei fini – anche la disciplina dei c.d. golden powers<sup>21</sup>. Tutti ambiti nei quali lo Stato si pone in una posizione di controllo, spesso preventivo, in nome di ciò che caratterizza il diritto costituzionale: l'interesse pubblico. Vuoi per la tutela dei diritti, vuoi per la tutela della sua sovranità<sup>22</sup>.

Ma la regolazione non basta al fine di – da un canto – sviluppare le molte potenzialità che la tecnologia offre all'amministrazione e ai servizi pubblici, dall'altro prevenire i possibili rischi per diritti e interessi pubblici che possono essere gravemente violati e compromessi da un uso distorto della tecnologia. Ciò che serve all'amministrazione sono altresì competenze, che non significa necessariamente ed esclusivamente competenze informatiche e puramente tecnologiche, bensì – anche per chi opera nella pubblica amministrazione – anzitutto, una cultura della e sulla tecnologia. Tale considerazione oggi sembra mostrare un nuovo paradigma di necessaria declinazione dell'art. 97 Cost. Non può esserci infatti efficienza senza l'impiego della tecnologia. Ma per far sì che la tecnologia sia pienamente e correttamente utilizzata è necessaria una

---

<sup>16</sup> Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

<sup>17</sup> Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali).

<sup>18</sup> Proposta di Regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione.

<sup>19</sup> Regolamento generale sulla protezione dei dati n. 2016/679.

<sup>20</sup> Tra le numerose fonti, si veda la Direttiva NIS (Direttiva 2016/1148 sulla sicurezza delle reti e dei sistemi informativi), recepita nel nostro ordinamento attraverso il decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 65 (anche detto "decreto legislativo NIS"), in vigore dal 24 giugno 2018.

<sup>21</sup> Si vedano in particolare decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e *Comunicazione della commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari* su <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0719%2803%29:IT:HTML>

<sup>22</sup> Sul punto più ampiamente sia consentito rinviare a E.C. Raffiotta, *L'economia del XXI secolo tra diritto globale e ordinamenti nazionali: la forza del mercato e la debolezza dello Stato*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 499 ss.

piena consapevolezza da parte di chi opera all'interno dell'amministrazione. Non avere adeguate competenze, come del resto la mancanza di un'apposita ed efficiente regolazione, pone a rischio interessi pubblici e diritti costituzionali. Anche perché l'IA sta inaugurando una nuova stagione di servizi pubblici, che l'amministrazione potrà finalmente fornire in piena attuazione di un'efficienza senza precedenti. Perché ciò accada è però assolutamente indispensabile che la tecnologia sia altamente sviluppata ed estremamente efficiente. Se così non è, i danni possono essere assai seri, con l'ulteriore svantaggio di creare una diffidenza nei confronti della tecnologia, che però – ad oggi – è da attribuire appunto alle scarse competenze dell'amministrazione, più che alla tecnologia stessa.

In tal senso, come detto, e quantomeno fino ad oggi, il nostro Paese non sembra potersi annoverare tra i più tecnologici e più attenti all'innovazione. Certo, come anticipato abbiamo un nuovo Ministero dedicato alla transizione digitale. Ma soprattutto abbiamo finalmente (seppur con ritardo rispetto ad altri Paesi europei) una nuova strategia dell'IA.

Ciò rilevato, però – tralasciando le scoraggianti statistiche sulla diffusione della connessione internet veloce sul territorio nazionale – l'Italia non sembra ancora aver conosciuto un reale impiego della tecnologia e in particolare dell'IA nei servizi pubblici e nell'attività amministrativa in generale.

Tale considerazione, che per qualsiasi cittadino italiano non necessita di molte argomentazioni, invero, trova conferma nel rapporto europeo del luglio 2020, redatto dal gruppo di ricerca della Commissione europea AI Watch<sup>23</sup>, che riporta altresì i risultati di

---

<sup>23</sup> Il rapporto distingue l'impiego dell'IA nei servizi pubblici accogliendo un modello proposto in dottrina (Engstrom *et al.*, 2020). Secondo la seguente classificazione: – Applicazioni di esecuzione: in questi casi l'uso dell'IA si riferisce alle applicazioni che danno attuazione a servizi i cui obiettivi sono fissati da una normativa, come nel caso fatto delle decisioni procedurali; – Ricerca, analisi e monitoraggio della regolamentazione: questa categoria si riferisce ai casi d'uso dell'IA che aiutano nei processi di definizione delle politiche, come la raccolta, il monitoraggio e l'analisi dei dati per aumentare le capacità decisionali dei responsabili delle politiche e renderli più basati su prove; – Aggiudicazione: questi sistemi di IA sono utilizzati per assistere o determinare la concessione di benefici o diritti; – Servizi pubblici e coinvolgimento: queste soluzioni di IA includono quelle utilizzate per supportare la fornitura di servizi ai cittadini e alle imprese o per facilitare la comunicazione e la partecipazione del pubblico in generale fanno parte di questa categoria; – Gestione interna: questi casi d'uso dell'IA

un questionario rivolto alle amministrazioni degli Stati membri, fornendo una mappatura certo non completa (solo alcune delle amministrazioni hanno risposto), ma certo ricca di dati e tendenze importanti. Anche perché le amministrazioni (di tutti i livelli di governo) se hanno risposto al questionario è perché hanno, quantomeno, un interesse. Certo, come detto, a partire dal PNRR l'Italia ha posto nuove basi per avviare la tanto declamata transizione digitale, ma per realizzarla due sembrano le strade obbligate: anzitutto forti e consistenti finanziamenti alla ricerca pubblica e alle università per sviluppare tecnologia *in house* e, come detto, nuove competenze, non solo informatiche, ma per una cultura della tecnologia.

4. *Quando l'inadeguatezza della tecnologia incide sui diritti e sull'efficienza dell'amministrazione: il caso emblematico della "buona scuola"*

La mancanza di specifiche competenze – e ancor più di una cultura della tecnologia – è molto probabilmente all'origine dell'ormai (tristemente) celebre caso della c.d. buona scuola. La cui malfunctionante applicazione, tra l'altro, è stata erroneamente qualificata come applicativo di IA, essendo piuttosto uno strumento informatico di calcolo molto semplice e privo di tecnologia avanzata, qualificabile come IA.

I fatti sono abbastanza noti e quindi è bene ricordarli in estrema sintesi. Nel settembre 2015 in ossequio alla legge n. 107/2015 (art. 1, commi da 95 a 104) si diede avvio a un piano straordinario di assunzione a tempo indeterminato di docenti della scuola secondaria di secondo grado. Al fine di assegnare le varie cattedre disponibili sul territorio nazionale, si ricorse ad un algoritmo, appunto uno strumento di calcolo informatico del Ministero dell'istruzione. Senonché, a seguito di tale procedura, un consistente numero di docenti si sono ritrovati destinatari di una nomina su classi di concorso ed ordine di scuola in cui non avevano mai lavorato; inoltre, pur avendo espresso nella domanda di assunzione la preferenza per la scuola superiore di secondo grado, sono risultati destinatari di proposte di assunzione nella scuola superiore di primo grado; in-

---

vengono utilizzati per assistere nella gestione dell'organizzazione interna, come risorse umane, approvvigionamento, sistemi ICT o altre utilità.

fine, molti docenti sono stati destinati in province lontane rispetto a quella di provenienza.

Insomma, l'utilizzo di tale algoritmo ha creato non solo una grossa confusione, pregiudicando diritti e interessi dei singoli, ma altresì l'attività della stessa amministrazione. Infine, oltre a tali palesemente irrazionali esiti, non risultavano noti i criteri e le modalità di funzionamento dello stesso algoritmo.

Come noto, contro tale procedura gli interessati ricorsero alla magistratura amministrativa, che censurò esito e procedimento. Significativa anche per i principi giuridici enucleati pare la decisione del Consiglio di Stato 8 aprile 2019, n. 2270. Il Giudice amministrativo, infatti, ha censurato gli effetti “del meccanismo (c.d. algoritmo)” “sussistendo nel caso di specie la violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, poiché non è dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse. Infatti, l'impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso il citato algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili, costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura”.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, di per sé non è illegittimo l'impiego di una procedura robotizzata nel procedimento amministrativo, l'importante è che tali procedure non eludano i “principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa”.

Il giudice, quindi, afferma – il che ha un certo rilievo, in assenza di espresse regolazioni in materia – che “la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva”.

La decisione assunta per mezzo di un software viene considerata a tutti gli effetti come un “atto amministrativo informatico”. Essa infatti “possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1 l. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.”. In particolare, la trasparenza acquista un valore particolare nel caso dell'impiego di un software perché – nota il Giudice amministrativo – è necessario che siano

chiari i passaggi che portano alla determinazione, in particolare quando la macchina influenza la decisione umana. Ovviamente anche al fine di una sua valutazione e giustiziabilità.

Da tale pronuncia emerge inoltre una significativa idea antropocentrica dell'impiego dell'IA, fatta propria dal Consiglio di Stato. Poiché infatti – per il giudice – “l’elaboratore elettronico è privo” di discrezionalità, non possono essere lasciati spazi applicativi discrezionali: “la discrezionalità amministrativa, se senz’altro non può essere demandata al software, è quindi da rintracciarsi al momento dell’elaborazione dello strumento digitale”. Insomma, il Giudice correttamente pone al centro l’uomo, che viene supportato dalla tecnologia. In questo passaggio vi è tutta l’importanza già richiamata della cultura tecnologica. Il software va istruito e vanno stabiliti in via preventiva tutti gli elementi necessari per giungere a una decisione razionale, proporzionata e trasparente.

Dunque, il Consiglio di Stato con una assai apprezzabile lungimiranza, ha affermato principi fondamentali della regolazione dell’IA che è possibile rinvenire nel GDPR e nei principi che oggi si stanno delineando all’interno del *AI Act*.

Questa vicenda, però, oltre all’importanza dei principi giuridici affermati dal Giudice amministrativo, va altresì richiamata perché rende evidente come l’IA per funzionare necessiti di elevatissime competenze, che oggi non abbiamo e che solo la ricerca scientifica pubblica o una seria e regolata collaborazione tra pubblico e privato possono garantire.

##### 5. *Sulla regolazione dell’IA e il difficile bilanciamento tra diritti*

A questo punto pare evidente come l’IA ponga una duplice prospettiva di analisi. Da un canto il suo sviluppo e la qualità della tecnologia offerta, dall’altro la sua regolazione giuridica. Ovviamente è dovere del giurista e in particolare del costituzionalista interrogarsi su quale regolazione possa assicurare il pieno sviluppo di queste tecnologie unitamente al rispetto dei diritti costituzionali interessati, prima fra tutti la tutela della privacy. In tal senso alcune risposte le troviamo già nella normativa vigente e in particolare nel Regolamento Ue 2016/679 (GDPR) dove il bilanciamento tra interesse pubblico e tutela del dato personale è sempre presente e ben declinato.

In particolare, con riferimento alle decisioni automatizzate – che producano effetti giuridici o che incidano significativamente sulle persone fisiche – è necessario tenere presente la disciplina dettata dall'art. 22, che descrive quantomeno una indicativa tendenza. In generale, infatti, l'individuo ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (art. 22.1), salvo ovviamente tale decisione non rientri tra i casi espressamente previsti dalla medesima disposizione (art. 22.2), che può senz'altro includere le attività della pubblica amministrazione, ovvero i casi in cui la decisione automatizzata sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro. In ogni caso, ovviamente, puntualizza la previsione, dovranno essere precisate altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. Va comunque escluso – salvo rare eccezioni – il trattamento di dati molto sensibili che potrebbero comportare gravi violazioni di diritti fondamentali (come l'orientamento religioso o politico etc.). Inoltre, con riferimento alle decisioni automatizzate – che producano effetti giuridici o che incidano in modo analogo significativamente sulle persone fisiche – varranno sempre le misure minime per la tutela dei diritti, tra cui: il diritto di ottenere spiegazioni sulla logica del trattamento automatizzato, il diritto di ottenere informazioni specifiche sul trattamento, e il diritto di contestare la decisione automatizzata (art. 21)<sup>24</sup>.

A questa disciplina specificamente finalizzata a tutelare i dati personali, si aggiungeranno presto le garanzie derivanti dalla *Regulation on a european approach for artificial intelligence*, meglio noto come *AI Act*, che però al momento è ancora in una versione provvisoria.

Da quanto leggiamo nella bozza in circolazione (del 21 aprile 2021) è interessante notare come molte delle attività di interesse per la pubblica amministrazione o comunque di interesse pubblico siano per la loro sensibilità specificamente regolate e in alcuni casi esclusivamente riservate a soggetti pubblici. Come nel caso delle attività vietate, “eccezion fatta per tre situazioni elencate in modo esaustivo e definite rigorosamente, nelle quali l'uso è strettamente

---

<sup>24</sup> A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: IA e il futuro delle libertà*, in A. D'Aloia (a cura di), *IA e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 171 ss., ha qualificato la trasparenza nella comprensione delle decisioni algoritmiche come un diritto costituzionale.

necessario per perseguire un interesse pubblico rilevante, la cui importanza prevale sui rischi. Tali situazioni comprendono la ricerca di potenziali vittime di reato, compresi i minori scomparsi, determinate minacce per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o un attacco terroristico nonché il rilevamento, la localizzazione e l'identificazione degli autori o dei sospettati" di determinati reati (considerando 19). Tra queste, ad esempio, gli algoritmi già operativi di monitoraggio e riconoscimento facciale a fini di sicurezza pubblica, il cui impiego è comunque possibile "solo nel caso e nella misura in cui lo Stato membro in questione abbia deciso di prevedere espressamente la possibilità di autorizzare tale uso nelle regole dettagliate del proprio diritto nazionale" (considerando 22) e in ogni caso fatte salve adeguate garanzie per le libertà e i diritti dei terzi.

Altresì "è opportuno che i sistemi di IA ad alto rischio siano immessi sul mercato dell'Unione o messi in servizio solo se soddisfano determinati requisiti obbligatori. Tali requisiti dovrebbero garantire che i sistemi di IA ad alto rischio disponibili nell'Unione o i cui output sono altrimenti utilizzati nell'Unione non presentino rischi inaccettabili per interessi pubblici importanti dell'Unione, come riconosciuti e tutelati dal diritto dell'Unione." (considerando 27).

Senza entrare troppo nel dettaglio di un testo ancora provvisorio, va notata con piacere la presenza di disposizioni che – in particolare nei casi di sistemi di IA ad alto rischio – affermano in modo tendenzialmente generale due principi già in parte emersi nella regolazione<sup>25</sup> e nella giurisprudenza di alcune Corti degli Stati membri<sup>26</sup>: come all'art. 13 in tema di *trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti*, secondo il quale "1. I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguata-

---

<sup>25</sup> Si vedano la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, che propone un equilibrato, per quanto possibile, contemperamento tra l'intervento della macchina e quello dell'uomo. In esso ripetutamente si afferma l'esigenza che l'uomo mantenga "in qualsiasi momento il controllo sulle macchine intelligenti". Esigenza che, nella fattispecie dei processi decisionali automatizzati e algoritmici, si declina con la "possibilità di verifica e di controllo umani". Nonché altresì la comunicazione della Commissione europea del 25 aprile 2018 sull'"IA per l'Europa" si informa sulla logica dei precedenti atti, ponendo, quindi, la macchina al servizio dell'uomo.

<sup>26</sup> Tra gli altri Consiglio di Stato sentenza n. 2270 dell'8 aprile 2019.

mente. Sono garantiti un tipo e un livello di trasparenza adeguati, che consentano di conseguire il rispetto dei pertinenti obblighi dell'utente e del fornitore di cui al capo 3 del presente titolo. 2. I sistemi di IA ad alto rischio sono accompagnati da istruzioni per l'uso in un formato digitale o non digitale appropriato, che comprendono informazioni concise, complete, corrette e chiare che siano pertinenti, accessibili e comprensibili per gli utenti.”<sup>27</sup>.

O ancora l'art. 14, che prevede la tendenziale necessità della *supervisione umana*, per cui “1. I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso. 2. La sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile, in particolare quando tali rischi persistono nonostante l'applicazione di altri requisiti di cui al presente capo.”.

La bozza di regolamento, inoltre, si pone il problema di bilanciare la regolazione con lo sviluppo della tecnologia. In tal senso vanno infatti lette le c.d. *sandbox* finalizzate a sperimentare l'impatto dell'utilizzo dell'IA nelle attività considerate più a rischio<sup>28</sup>. La finalità di tale previsione infatti pare corretta, consentendo di sviluppare nuove applicazioni di IA, che però prima della loro diffusione siano verificate nell'applicazione, comprendendo l'impatto, non ultimo, sui diritti costituzionali.

La regolazione, dunque, finalizzata ad indirizzare l'IA, anche al fine di proteggere i diritti costituzionali, è in essere e sempre più sarà sviluppata. Ciò che si spera però è che non ci sia un eccesso di normazione e questa regolazione segua una formulazione più per principi che per regole di dettaglio. Una tecnologia in continua evoluzione e di diffusa applicazione, tanto più circolando oltre i confini

---

<sup>27</sup> Per più ampie considerazioni si rinvia C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della Commissione Ue in materia di IA*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2021 fasc. 3, 415 ss.

<sup>28</sup> Truby, J., Brown, R., Ibrahim, I., & Parellada, O., *A Sandbox Approach to Regulating High-Risk Artificial Intelligence Applications*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 1 ss.

nazionali, deve essere libera di svilupparsi, anche se certo bilanciando l'innovazione con la tutela dei diritti<sup>29</sup>.

#### 6. *L'impiego dell'IA nei servizi pubblici nell'esperienza europea*

Le molte questioni di rilievo giuridico di applicazione dell'IA nei servizi, anche pubblici, non sono, come accennato, solo teoriche ma già derivanti dall'applicazione pratica in molti Paesi europei.

Se come ricordato l'Italia presenta pochi casi di impiego concreto di IA nell'attività amministrativa e nei servizi pubblici, al contrario in molti dei Paesi europei il quadro disegnato da AI Watch<sup>30</sup> è abbastanza diverso. In questa sede ovviamente non ha senso né vi è tempo per riportare l'intero rapporto, ma è interessante notare alcune significative prassi registrate, che danno il senso anche del punto cui è arrivato il nostro Paese.

Tra i più di 200 casi individuati dal sondaggio, c'è una tendenziale distribuzione tra una maggioranza relativa (51 casi) di “chatbot, assistenti digitali intelligenti, agenti virtuali e sistemi di raccomandazione”; un numero interessante (36 casi) di applicazioni nei domini di “Predictive Analytics, Pattern Recognition Simulation e Data Visualization”; altre due tipologie (29 casi), che sono legate da un lato a “Computer Vision e Identity Recognition” e dall'altro a “Sistemi esperti e basati su regole algoritmiche a supporto del processo decisionale”. Senza pretese di completezza, rinviando alla lettura dello stesso rapporto, pare invero interessante notare alcune applicazioni, estremamente interessanti perché coinvolgono diritti di libertà, ma allo stesso tempo assicurano all'amministrazione un'efficienza che anche in Italia desidereremmo.

In tal senso, ad esempio, algoritmi evoluti sono utilizzati nelle applicazioni c.d. *audio processing*. Queste applicazioni di IA sono in grado di rilevare e riconoscere suoni, musica e altri input audio, incluso il parlato, consentendo così il riconoscimento delle voci e la

---

<sup>29</sup> Così T.E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'IA*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, in corso di pubblicazione.

<sup>30</sup> Misuraca, G. and Van Noordt, C., *AI Watch - Artificial Intelligence in public services*, EUR 30255 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, ISBN 978-92-76-19540-5 (online), doi:10.2760/039619 (online), JRC120399, su <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/ai-watch-artificial-intelligence-public-services>.

trascrizione delle parole pronunciate. Sfruttando tali opportunità, in Danimarca vengono impiegate per elaborare l'audio delle chiamate di emergenza al fine di rilevare se un cittadino che ha necessità del soccorso d'urgenza potrebbe avere un arresto cardiaco e dunque, in questo modo, poter fornire un'assistenza quanto più immediata e mirata.

Molto diffuse sono anche le c.d. *chatbots*, ovvero assistenti digitali o virtuali, attualmente utilizzati attraverso siti web o risponditori telefonici, al fine di per fornire risposte di carattere generale sui servizi, ma anche raccomandazioni relative al comportamento degli utenti. Ad esempio, in Lettonia, l'avanzata *Chatbot UNA* viene utilizzata per aiutare a rispondere alle domande più frequenti ricorrendo a un software di IA che dà un concreto ed efficiente riscontro agli utenti che lo utilizzano.

Ancora sono già in concreto utilizzati per rendere servizi di pubblico interesse applicazioni di *Cognitive Robotics, Process Automation and Connected and Automated Vehicles*. Tratto comune di queste tecnologie di IA è l'automazione dei processi, che può essere ottenuta tramite hardware o software robotizzati. Ad esempio, il rapporto segnala in Norvegia l'impiego di spazzaneve a guida autonoma in aeroporto, al fine di migliorare lo sgombero neve sulle piste.

Inoltre, in Norvegia, sono state create zone del paese dove sviluppare e collaudare in modo sicuro nuove ed evolute tipologie di veicoli a guida autonoma.

Non mancano inoltre esempi di impiego di applicativi nei servizi pubblici dotati della più evoluta tecnologia di IA, ovvero *Machine Learning* e *Deep Learning*. Così, ad esempio, in Repubblica Ceca e in Finlandia questo tipo di tecnologia viene utilizzata per profilare i cittadini al fine di fornire i più adatti servizi sociali rispondenti alle loro esigenze.

La tecnologia predittiva è invece utilizzata in Svizzera: dal 2012, infatti, la polizia municipale di Zurigo utilizza un software che prevede i furti con scasso, basando le sue previsioni sui dati e sui fattori di rischio del passato. La polizia pertanto orienta le sue attività considerando tali indicatori forniti dal software.

Interessante osservare come non manchino già casi nei quali la tecnologia supporta i poteri pubblici nel difendersi dalla tecnologia stessa. È il caso sempre più diffuso anche in Europa dei *Security*

*Analytics e Threat Intelligence*, ovvero sistemi di IA utilizzati per analizzare e monitorare le informazioni sulla sicurezza, prevenire o rilevare attività dannose ai sistemi informatici dell'amministrazione. Così, l'Autorità di sicurezza nazionale norvegese utilizza un nuovo sistema basato sull'apprendimento automatico, che analizza dati e informazioni rilevando eventuali *malware* e migliorando significativamente la sicurezza informatica.

Peculiare e avanzato è altresì il software di *Natural Language Processing* utilizzato dalla città di Dublino, al fine di analizzare attraverso l'IA le opinioni dei cittadini nella regione per una panoramica delle loro preoccupazioni più urgenti analizzando i *tweet* locali ed avendo un indiretto, ma ulteriore riscontro di soddisfazione da parte dei cittadini medesimi su politiche pubbliche e istanze del territorio.

Tutti questi esempi analizzati dal rapporto e qui solo in parte e rapidamente riportati paiono utili, anzitutto, per confermare – qualora ce ne fosse necessità – che l'impiego, o meglio la rivoluzione dell'IA è già ampiamente iniziata e in alcuni casi ne vediamo gli effetti, soprattutto, all'estero, non solo come comunemente si crede nei servizi digitali offerti dagli operatori privati, bensì anche nei servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni.

Invero, il rapporto *AI Watch* del 2020 ha registrato casi di impiego di IA offerti da pubbliche amministrazioni anche in Italia. Sono registrati 9 casi di cui 2 riferiti ad amministrazioni centrali, 3 regionali e 4 locali. Nel frattempo, dal 2020 ad oggi, i casi sono decisamente aumentati, e molte sono le tecnologie qui ricordate che si stanno sviluppando anche nelle nostre amministrazioni. Anche se l'impressione che si ha al momento è che l'assenza di una strategia nazionale (arrivata solo nel novembre 2021), ma altresì la mancanza di quelle competenze nella pubblica amministrazione che si dovranno realizzare nei prossimi anni, per non dire dei mancati investimenti in ricerca e sviluppo degli ultimi decenni, hanno fortemente rallentato lo sviluppo di questa tecnologia nel nostro Paese, che infatti mostra casi isolati di sviluppo, anzitutto, in singole realtà comunali.

## 7. *Un coordinamento pubblico per il governo europeo dell'IA*

Dunque, l'impiego dell'IA nei servizi, non è una prerogativa dei privati, ma inizia ad affermarsi e diffondersi con rapidità, anche

in forza dei nuovi ricordati programmi di sviluppo europei e nazionali. Non parliamo di un futuro da realizzare, ma di un processo di trasformazione già in atto. In questa sede abbiamo descritto alcune delle molte opportunità che l'impiego dell'IA sta portando e sempre più porterà nell'organizzazione della pubblica amministrazione e nei servizi pubblici, anche analizzando alcuni esempi concreti. Si è anche visto che il tema è oggetto di disciplina giuridica, invero, anche grazie a disposizioni già vigenti, finalizzate a bilanciare i rischi che l'impiego di tale tecnologia può determinare, se priva di limiti, o di fini – si consenta l'espressione – costituzionalmente orientati. Tuttavia, come si è detto, la regolazione dell'IA deve bilanciare tutela dei diritti con progresso ed evoluzione della tecnologia stessa. Pertanto, la sola regolazione non sarà sufficiente: un ruolo fondamentale dovrà essere rivestito altresì da una struttura amministrativa europea di sviluppo e implementazione dell'IA, in particolare nei servizi pubblici. Una attività che orienti e guidi con la flessibilità amministrativa una tecnologia che va creata, costantemente perfezionata, anche osservando e valutandone l'impatto applicativo.

Per farlo, anzitutto, sarà necessario un coordinamento di sviluppo, impiego e valutazione tra le amministrazioni, del singolo Paese ma altresì, laddove possibile e compatibile, anche a livello eurounitario<sup>31</sup>. In tal senso è evidente, infatti, che nonostante i sistemi amministrativi degli Stati membri europei siano spesso molto diversi tra loro, vi sarà la necessità di condividere informazioni, modelli e tecnologia, inclusa la sperimentazione, le applicazioni e le valutazioni.

Tale sistema sarà sicuramente governato dall'"alto", attraverso linee guida e indirizzi da parte della Commissione, ma a differenza di altri ambiti, sembra assolutamente necessario un dialogo istituzionale, indispensabile per implementare tale tecnologia.

Inoltre, pare necessario formalizzare un serio e coordinato piano di sviluppo e collaborazione tra pubblico e privato, anche attraverso partenariati, in particolare con i soggetti privati che oggi detengono la più sofisticata tecnologia algoritmica (IBM, Microsoft, Amazon web services, solo per citare i più noti fornitori). Perché,

---

<sup>31</sup> Cfr. Manzoni, Medaglia & Tangi, *AI Watch. Artificial Intelligence for the public sector. Report of the "4th Peer Learning Workshop on the use and impact of AI in public services"*, 28 October 2021, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.

per la delicatezza dei diritti costituzionali coinvolti, ma altresì delle informazioni che spesso – quando si parla di pubblica amministrazione – concernono interessi nazionali, è assolutamente indispensabile che la tecnologia sia estrematamene sicura ed affidabile.

Certo si potrebbe obiettare che si consegnano informazioni spesso pubbliche e strategiche a soggetti privati, ma per bilanciare i vari interessi e rischi in gioco è importante che i rapporti tra pubblico e privato siano definiti attraverso appositi istituti amministrativi. Non pare possibile in questo momento immaginare che la tecnologia – più complessa – sia autoprodotta dalla sola amministrazione. Del resto, già da tempo, istituzioni pubbliche utilizzano servizi digitali di privati, veicolando informazioni delicate. Basti pensare all'utilizzo dei server di posta elettronica delle Università o delle pubbliche amministrazioni, i cui servizi sono offerti da soggetti privati. In caso di una tecnologia inadeguata e violabile, infatti, il rischio per i dati e i servizi pubblici coinvolti potrebbe essere ancora più alto<sup>32</sup>.

Anche per queste ragioni, però, sarà altresì indispensabile avere adeguate risorse per sviluppare IA prodotta in Europa, meglio ancora se da Enti di ricerca universitari, in grado di garantire massima affidabilità e imparzialità nella gestione dei dati e nel perseguimento dei risultati.

Il rilievo di tale constatazione deriva dal fatto che sino ad oggi l'IA si è principalmente basata su ricerca scientifica sviluppata, da anni, da soggetti privati e pubblici, anzitutto siti in Cina e Stati Uniti, addestrando algoritmi di *machine learning* che uniti alla robotica, ogni giorno, acquistano sempre più efficienza, sviluppando sempre nuove e più precise applicazioni. In continua evoluzione e sviluppo, in quella che oramai è una competizione geopolitica, nella quale ad oggi l'Unione europea è ancora indietro<sup>33</sup>.

Secondo l'*AI Index Report* dell'Università di Stanford<sup>34</sup> l'investimento privato globale in IA (IA) nel 2019 è stato superiore ai 70 miliardi di dollari. Mentre l'ultimo rapporto – January 25, 2021 – dell'*Information Technology & Innovation Foundation*, osservando

---

<sup>32</sup> E.C. Raffiotta, *L'economia del XXI secolo tra diritto globale e ordinamenti nazionali: la forza del mercato e la debolezza dello Stato*, cit., 505 ss.

<sup>33</sup> Cfr. F. Suman, *Chi sta vincendo la corsa globale all'IA?*, su <https://ilbolive.unipd.it/it/news/chi-sta-vincendo-corsa-globale-allintelligenza>.

<sup>34</sup> Vedi [https://hai.stanford.edu/sites/default/files/ai\\_index\\_2019\\_report.pdf](https://hai.stanford.edu/sites/default/files/ai_index_2019_report.pdf).

diversi indicatori tra cui i fondi pubblici destinati allo sviluppo di AI, rileva: “The United States still holds a substantial overall lead in AI, but China has continued to reduce the gap in some important areas and the EU continues to fall behind”<sup>35</sup>. Per non parlare della robotica dove le prime cinque aziende leader sono cinesi<sup>36</sup>.

Sotto questo punto di vista – osservando dall’alto verso il basso – la debolezza istituzionale che negli ultimi anni ha caratterizzato l’UE, da un punto di vista più generale, così come purtroppo l’assenza di strategia e di visione sull’innovazione portata dalla ricerca scientifica, hanno determinato un ritardo che non sarà facile recuperare nello sviluppo di questa tecnologia, come di altre. Una triste consapevolezza che ritengo molto importante quando si pensa allo sviluppo di algoritmi, ma altresì fondamentale quando è necessario fare scelte di strategia geopolitica globale in un settore in cui la contesa è tra Cina e USA, dove l’Europa in questo momento non è nella partita. Ecco perché, come ricordato dal *Next Generation EU*, il vincolo nella destinazione dei fondi è così importante. Da vedere dunque con estremo favore la strategia della Commissione Europea – come riportato in un documento programmatico del 2018 (*Artificial Intelligence: a European perspective*) – di far salire gli investimenti su AI a 20 miliardi l’anno per i prossimi dieci anni.

Anche in ambito tecnologico, infatti, il dibattito non è molto diverso da quello seguito in questi ultimi tempi sui vaccini, dove l’UE si è trovata in una condizione di dipendenza, causa ritardi, rispetto a quei Paesi che hanno investito e si trovano in casa i produttori del vaccino.

E come per i vaccini, anche per l’IA, se il pubblico da solo non sarà in grado di raggiungere il livello di qualità desiderato per l’impiego, in particolare, nel vasto campo dei servizi pubblici, sarà necessario sempre più insistere con serie collaborazioni con i privati, all’interno di un regime regolatorio ben definito.

### *Abstract*

After a critique of PA digitalization more announced than realized, the essay describes the opportunities artificial intelligence can bring for

---

<sup>35</sup> <https://itif.org/publications/2021/01/25/who-winning-ai-race-china-eu-or-united-states-2021-update>.

<sup>36</sup> [https://bai.stanford.edu/sites/default/files/ai\\_index\\_2019\\_report.pdf](https://bai.stanford.edu/sites/default/files/ai_index_2019_report.pdf).

genuine innovation and radical transformation of the administration. This technology can represent how to modernize the administrative organization and ensure more significant compliance with the constitutional principles that regulate it. To do this, however, investments and adjustments to the legal system are necessary, which the paper assesses, also evaluating the opportunities in using artificial intelligence in public services.

Il saggio, dopo una critica sulla digitalizzazione PA più annunciata che realizzata, descrive le opportunità che l'intelligenza artificiale può portare per una reale innovazione e radicale trasformazione dell'amministrazione. Questa tecnologia infatti può rappresentare davvero il modo, non solo ammodernare l'organizzazione amministrativa, essa può assicurare una maggiore conformità ai principi costituzionali che la regolano. Per far ciò sono tuttavia necessari investimenti e adeguamenti dell'ordinamento giuridico, che lo scritto passa in rassegna, anche valutando le opportunità nell'impiego dell'intelligenza artificiale nei servizi pubblici.

# PASSATO E PRESENTE



OTTO GIERKE

IL DIRITTO DELLO STATO DI LABAND  
E LA SCIENZA GIURIDICA TEDESCA<sup>1</sup>

I

Dopo che ormai, con la pubblicazione della seconda parte del terzo volume<sup>2</sup>, la grande opera di Laband sul diritto pubblico dell'Impero tedesco ha trovato il proprio completamento in uno spazio di tempo relativamente breve, potrebbe non essere superfluo dire alcune parole sul significato di questo libro ai fini della nostra scienza giuridica. Perché nessuno che abbia attentamente seguito gli effetti delle singole parti pubblicate autonomamente, negherà una risposta affermativa alla domanda preliminare se al libro debba essere attribuita una valenza più generale. Non certo l'eco delle espressioni di consenso ovvero di rifiuto nella letteratura quotidiana, né l'esagerazione, da una parte, della lode tributata al "nuovo metodo" e, dall'altra, della veemenza della polemica rivolta in senso opposto, contribuiscono a dare al riguardo la misura decisiva. Però, il significato effettivo del libro è testimoniato dal persistente impatto che esso ha subito avuto sul movimento scientifico nell'ambito del diritto pubblico ed anche al di là. Il metodo applicato da Laband viene più volte copiato da altri come l'unico metodo di trattazione "del diritto" ed una parte del suo risultato è stata assunta come verità in-

---

<sup>1</sup> Titolo originale: *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 7 1883, 1097-1195 (anche in *Aufsätze und kleinere Monographien*, 2 voll., a cura di Wolfgang Pöggeler, Olms-Weidmann, Hildesheim Zürich New York, 2001).

<sup>2</sup> Paul Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, terzo volume, seconda parte. Oltre ad un indice analitico comprendente l'intera opera. Friburgo in Brisgovia e Tubinga, 1882. *Akademische Verlagsbuchhandlung von I.S.B. Mohr (Paul Siebeck)*, 440. Il vol. I è uscito nel 1876, il vol. II nel 1878, il vol. III, parte prima, nel 1880 [cfr. parziali trad. italiane *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, a cura di R. Bonghi, in *Biblioteca delle scienze politiche ed amministrative*, Torino, 1914; vol. I, a cura di O. Ranelletti e M. Siotto Pintor, Torino, 1925; e *Il diritto del bilancio*, Milano, 2007, a cura di C. Forte].

contestabile. Le idee di Laband, come mostra ogni esame della letteratura giuridica degli ultimi anni, hanno trovato terreno fertile e hanno sperimentato una forza produttiva nel momento in cui hanno sortito un effetto determinante in ordine alla direzione ed al contenuto del lavoro di pensiero altrui. Nel campo del vero e proprio diritto dello Stato si potrebbe già quasi parlare di una “scuola” labandiana. Piuttosto, è del tutto prevedibile, anche senza avere il dono della profezia, che questo movimento crescerà ancora, essendo il libro concluso. Al riguardo, per quanto concerne gli aspetti essenziali, la scienza di diritto pubblico è solo costretta a seguire una corrente da cui da molto tempo si mostra presa l'intera scienza giuridica tedesca e la cui marea montante ad ogni modo pone fuori di ogni dubbio il fatto che essa corrisponde in qualche modo alle necessità e ai modi di vedere dell'epoca presente. Ma non è destinata a spegnersi neanche l'opposizione divenuta ad alta voce da più parti e già diventata consistente, contro il *quid novi* del sistema del diritto pubblico di Laband e contro le aspirazioni spiritualmente affini di altri. E così all'opera sarà destinato di sicuro, anche in futuro, un ruolo preminente all'interno della lotta oggi divampata nel modo più vivace rispetto ad alcuni decenni e che nei prossimi tempi difficilmente si ammorbiderà, per quanto riguarda i principi di rango più elevato, i fondamenti e le finalità della scienza giuridica.

Nella scienza come nella vita, i progressi trovano realizzazione non senza esagerare unilateralmente su idee in sé e per sé più giuste. La legge sullo scambio tra azione e reazione mostra di valere anche qui. A ciò è collegato il pericolo che il progresso diventi al contempo regresso. Perché con troppa facilità conquiste essenziali dovute a sviluppi precedenti finiscono con l'essere sacrificate sull'altare di un bene particolare al momento caldamente desiderato e tuttavia forse, in ultima istanza, meno prezioso. Anzi, fino ad un certo livello è inevitabile che siano destinate ad essere messe a tacere, per intanto, altre esigenze ancorché fondate, se dev'essere raggiunto un successo duraturo nella direzione di un determinato postulato. Chi intende vincere necessita di armi affilate e deve utilizzarle con un'energia priva di scrupoli. Per lui l'autolimitazione con cui si rende possibile la concentrazione delle forze in un solo punto, è destinata a tornare utile proprio se, sin dall'inizio, si sarà così rinunciato alla sicurezza di un'acquisizione, limitata e provvisoria, di una soluzione globale e definitiva del problema posto. Solo che,

nelle scienze come nella vita, a maggior ragione risulta prescritto in via pervasiva il fatto di rispettare i limiti, per superare i quali però il potere di procedere si capovolge in un torto assoluto. È questo il caso non appena la strada venga scambiata con l'obiettivo e l'unilateralità consentita come strumento per giungere ad una singola posizione venga suggellata come definitiva. Perché da subito lo sviluppo armonico non solo viene provvisoriamente disturbato, ma viene minacciato nei suoi fondamenti. Aumenta il pericolo di un danno permanente ed irreparabile ai beni spirituali elaborati dalle passate generazioni. Che il pericolo non sia una pura chimera, lo insegna la storia. Almeno lo spirito tedesco, con i suoi tratti tipici nei confronti del dottrinarismo, è garantito davanti agli errori nocivi per quanto riguarda il fatto di seguire nuove strade. L'inclinazione a sviluppare subito verso un sistema ogni idea nuova ci trascina troppo facilmente da un estremo all'altro. Non appena un dogma dominante viene riconosciuto come troppo stretto, subito ad esso subentra, bello e pronto, uno nuovo. Lo strumento che serve a far vedere un vincolo dogmatico diventa subito esso stesso un vincolo dogmatico. Così si susseguono scuole dopo scuole e la tirannia di una scuola dopo la tirannia di una scuola! Il movimento delle idee scade in oscillazioni e salti grotteschi, cui dall'esterno spesso si guarda non senza meraviglia. Un sapere sempre più moderno guarda giù in basso con altero disprezzo all'attività della tendenza da esso "superata" e tanto più si preoccupa di rivestire il granello di verità da esso scoperto con le sembianze di una verità definitivamente chiusa rispetto a ciò che è transeunte, invece di liberare e di mantenere con rispetto il contenuto di verità dei sistemi di pensiero quali sono stati costruiti nel corso dei secoli. Un tale comportamento non è destinato a modificare in lungo ed in largo il corso della scienza. Ma ben riesce, ragionevolmente e con attenzione, ad influenzare il contenuto spirituale di un popolo o di un'epoca. Proprio in Germania abbiamo, dunque, tutti i motivi per essere cauti sul fatto che l'incremento del nostro patrimonio spirituale non diventi una perdita su questo piano. E per chi in un qualsivoglia settore creda di scorgere anche i primi sintomi di tali manifestazioni, cresce il sacro dovere di parlare e di mettere in guardia. Se si è davanti ad una prestazione brillante e si saluta con simpatia un progresso significativo con essa avviato, dev'essere però un compito grato il fatto di dare espressione al riconoscimento di questo fatto

scientifico e farsene intermediari al contempo, anche rivelandone carenze ed unilateralità. Ma ciò che la cosa richiede può non accadere. Succede in questi casi di piegarsi ad un facile equivoco. Va respinta la concezione come se, facendo la strada in una determinata direzione, si sminuisca così il merito individuale di chi ha preceduto. Il singolo ha il diritto alla unilateralità. Chi promuove la scienza, secondo la misura della propria impostazione e delle proprie forze nell'ambito di un lavoro serio e solido e spingendo in qualsivoglia delle proprie posizioni, ha già fatto abbastanza! Niente sarebbe più sbagliato del fatto di chiedere a costui di portare avanti il movimento anche su altri punti ovvero persino di rimproverargli di essersi posto, con una consapevole autolimitazione, un compito a lui congeniale ed aver introdotto un obiettivo per lui raggiungibile. L'affermazione secondo cui la scienza è debitrice, per i propri successi di fondo, nei confronti di una divisione del lavoro più intensa, è valida anche in riferimento al perseguimento di direzioni diverse e all'attuazione di metodi disparati. È proprio la "scuola" a preoccuparsi pur sempre di esagerare eccessivamente le carenze dei maestri e di elevare tali carenze a parti essenziali costitutive del nuovo dogma che sarebbe il solo ad avere proprietà salvifiche. C'è quindi tanto bisogno di una separazione tra il giudizio sul valore di una prestazione scientifica in quanto tale e l'individuazione del suo significato in quanto momento interno al movimento scientifico.

Allora: considerazioni di questo tipo hanno una connessione con il libro di cui qui occorre parlare? Per come mi sembra: senza alcun dubbio! Perché il lavoro di Laband testimonia di un progresso decisivo sul piano scientifico. Eppure, si potrebbe far sì che questo progresso diventi un regresso se nella scienza del diritto pubblico andasse persa, in modo permanente e generalizzato, la consapevolezza circa i limiti durevoli del metodo qui applicato nonché circa il carattere unilaterale e provvisorio dei risultati con esso raggiunti. Se dunque l'accurato lavoro dell'autore deve portare i giusti frutti, questa circostanza peculiare deve essere apprezzata in modo imparziale e del tutto oggettivo.

## II

Il progresso scientifico quale è stato realizzato con il libro si basa, al nocciolo, sul fatto che Laband, nella sua rappresentazione

del diritto statale tedesco dell'Impero, con stile magniloquente e con un metodo improntato a stretta consequenzialità, come qualcosa di altro rispetto a lui, ha realizzato l'idea secondo cui il diritto pubblico costituisce diritto e nient'altro se non diritto.

Chi respinge quest'idea, non potrà vedere un progresso anche nel suo ampliamento (*Ausbau*) e con ciò essere costretto a rifiutare tutta l'opera. Solo che, nello spirito del popolo tedesco e nella scienza tedesca, vive ancora incrollabile la convinzione secondo cui il diritto pubblico costituisce in realtà ciò che il suo nome afferma. Ancora crediamo nel compito dei popoli di *Kultur* e soprattutto del mondo germanico, nel senso di attuare le idee del diritto, in lungo e in largo, anche alla vita pubblica e di avvicinarsi così sempre di più alla finalità del diritto pubblico. Ancora ha valore per noi, quindi, anche nella scienza, ogni efficace dimostrazione del principio secondo cui il diritto pubblico costituisce diritto e nient'altro che diritto, senza alcun dubbio come una vittoria delle cose positive. Ben sappiamo che in ogni epoca il pensiero giuridico solo con difficoltà riesce a lottare per la luce a partire dal caos dei poteri e degli interessi e che esso deve essere riconquistato sempre *ex novo* quando si verificano le grandi catastrofi delle storie dei popoli; proprio la forma moderna della vita pubblica, con le sue complicate esigenze, le sue rudi contrapposizioni ed i suoi ideali contraddittori, contrappone difficoltà crescenti quando si tratta di costruire lo Stato conformato sul diritto (*Rechtsstaat*); almeno oggi, non manca, all'interno delle tendenze più autorevoli, il fatto di adoperarsi per ottenere – apertamente o di nascosto – la distruzione delle idee del diritto pubblico. Tanto più prezioso sembra perciò, a noi tutti, ciò che in tale battaglia rafforza il pensiero giuridico! Una seria polemica scientifica non ruota perciò intorno alla questione se il diritto pubblico sia e debba rimanere diritto. Ciò che è oggetto di contestazione è l'essenza del diritto *tout court*. E quando a questo riguardo, nei fatti, il pensiero giuridico tedesco si rivolge di nuovo e ripetutamente verso teorie che minacciano di disgregare e di svuotare dall'interno il pensiero giuridico, non viene posta qui in dubbio l'omogeneità del diritto pubblico rispetto al resto del diritto e si continua a tenere alta la bandiera del diritto anche per il diritto pubblico. Che una tale opera volta a minare le basi delle idee giuridiche, come negazione manifesta della relativa natura giuridica, sia pericolosa proprio per il diritto pubblico è fuor di dubbio. Solo che

è pur sempre peculiare il fatto che non c'è *tout court* nessuna prospettiva per il successo di un orientamento che dichiari apertamente il diritto pubblico come non diritto. Si dovrebbe sorprendentemente finire al fatto che, nella repubblica tedesca dei dotti dalle molte teste, non viene fuori un lottatore neanche per questo semplice e bel programma. Eppure, il coraggioso scrittore che da una serie di anni spreca le proprie energie al servizio della dea della forza troneggiante nella sua solenne nudità, non ha sinora trovato lo sperato seguito di coorti. Piuttosto, la teoria veramente "realistica", che vede nello Stato solo "una signoria", tale da poggiare su una sottomissione di tipo razziale "di una pluralità organizzata su un'altra pluralità", che vede nel cosiddetto "diritto pubblico" una semplice ed unilaterale "norma dello Stato" e nello "Stato conformato sul diritto" una trama cerebrale priva di sostanza, incontra sempre e solo un meravigliato scrollio di spalle. Come, quindi, non ci sarebbe al momento alcuna necessità di una difesa seria da questo attentato, anticipato o posticipato che sia, se esso fosse portato con armi meno ottuse di quelle che si adattano alle argomentazioni di Glumpovitz<sup>3</sup> ed in effetti ogni tanto argute, ma, dal punto di vista filosofico, storico e giuridico, fondate invero su basi fiacche e più volte dilettantesche, così anche l'attacco speciale che Glumpovitz, nell'ambito di una critica consequenziale dal suo punto di vista, rivolge alla tendenza di fondo dell'opera di Laband può qui rimanere fondato solo su sé stesso. Da un certo punto di vista merita, certo, considerazione questa critica peculiare non solo per il fatto di far appropriatamente venir fuori singole manchevolezze, ma soprattutto per il fatto di mostrare, con sorprendente chiarezza, quanto l'unilateralità del metodo labandiano lavori con lo stesso metodo (*in die Hände arbeitet*) degli sforzi radicali degli avversari dell'idea del diritto. Solo che, a proposito della questione principale che ci ha qui soprattutto impegnati, possiamo fiduciosamente passare all'ordine del giorno, al di là del brusco tentativo di una inconsistente negazione. Fino a nuovo ordine rimarrà persino un assioma il fatto che il diritto pubblico è diritto e la sua scienza è scienza giuridica. E finché reggerà quest'idea, sarà apparso come un progresso se, nell'elaborazione scientifica del diritto pubblico, il suo carattere giuridico rimarrà valorizzato in maniera più approfondita rispetto a prima.

<sup>3</sup> Ludwig Glumpovitz, *Rechtsstaat und Sozialismus*, Innsbruck, 1881, 542-548.

Il mezzo per raggiungere un tale successo Laband lo ha trovato in un'applicazione il più possibile stretta ed esclusiva del metodo giuridico. Se il diritto pubblico è veramente diritto, nei fatti il modo ad esso congeniale di atteggiarsi può solo consistere nel metodo giuridico e deve essere comunque esperito ogni passo possibile perché il suo contenuto giuridico venga fuori nel modo più puro tra quelli consentiti. Perché il "metodo giuridico" non è nient'altro che quella forma di procedimento scientifico che viene condizionata dalle speciali particolarità della materia, nella misura in cui questa materia è "diritto". Di conseguenza, lo sforzo consapevole ed energico di Laband di trattare il diritto pubblico dell'Impero tedesco in modo giuridico, è da approvare senza limitazioni. Ciò che è sbagliato non ricade su questo orientamento in sé inoppugnabile. Piuttosto, a prescindere da eventuali imperfezioni nell'attuazione, l'errore principale, soprattutto se presente, si può nascondere solo nel fatto che Laband ha fissato l'essenza del metodo giuridico in modo non corretto ovvero in modo troppo delimitato.

Ora, a questo riguardo Laband ha comunque anzitutto riconosciuto e realizzato una delle condizioni di base di tutti i modi di atteggiarsi tenuto conto del diritto, nella misura in cui ha iniziato a staccare il diritto pubblico dal suo contenuto altro, in quanto aspetto giuridico della vita dello Stato, ed a mostrare così, anche qui, il diritto nella sua autonomia. Le manifestazioni del diritto possono allora essere concepite nelle loro caratteristiche proprie se vengono estrapolate dalla totalità delle manifestazioni della vita sociale e vengono collegate l'una con l'altra all'interno di un sistema. Questo procedimento si basa, certo, su un'astrazione, che prescinde dalla reale unità di vita quale attraversa il corpo sociale in tutte le sue parti, riassumendo in un'unità ideale certi elementi funzionali che operano tutti insieme. Solo con un tale processo spirituale inizia *tout court* la vita comune che conosciamo e quindi quella umana. Senza di esso non ci sarebbe in particolare il diritto. Perché il diritto è, per sua propria sostanza, una quintessenza non di fatti, ma di idee. Un'esistenza particolare è solo l'opera di processi consapevoli della persona umana in conseguenza dei quali essa si costruisce una serie di rappresentazioni proprie in riferimento ad un contenuto parziale dell'esistenza sociale in tal modo ritagliato sul piano ideale. Al di fuori della coscienza giuridica non c'è diritto. Compito della scienza giuridica è quindi, sin dall'inizio, la ricerca di

un mondo immaginato astraendo dal mondo reale, che valga la pena di isolare in quanto tale per rintracciarne il contenuto prioritario e le relative connessioni interne. Così come però, in base all'esperienza, tanto più il diritto si sviluppa compiutamente e produce effetti con forza e tanto più le corrispondenti rappresentazioni si rendono autonome da quelle idee volte a porre delle limitazioni ed acquisiscono un forma autonoma, tanto meglio anche la scienza giuridica assolverà al proprio compito quanto più, in modo puro e profondo, essa avrà estrapolato, portandolo ad espressione, il vero e proprio pensiero "giuridico" a partire da quelle incrostazioni che pur sempre ancora la avvolgono nella rappresentazione popolare che si ha di essa. Proprio in questo modo il fruttuoso effetto di retroazione del pensiero giuridico sulla vita del diritto viene condizionato in una sua parte essenziale. Per tal via, anche nei fatti, a partire dall'epoca dei giuristi romani, la scienza del diritto privato si è mossa con crescente successo. Per contro, la scienza del diritto pubblico ha imboccato simili strade più lentamente e in modo meno completo. Anzitutto, la scienza del diritto pubblico si è liberata tardi del modo di pensare ad essa affibbiato nell'antichità, grazie al quale, su questo terreno, l'autonomia del pensiero giuridico ha fatto un passo indietro davanti alla reale unità della vita dello Stato. Fino all'epoca recente il diritto pubblico è confluito in una dottrina generale (politica) dello Stato, con l'ulteriore contenuto relativo alla vita dello Stato. Solo che anche se dopo, nel corso degli ultimi secoli, questo punto di vista era stato superato teoricamente ed era stato garantito al diritto pubblico tanto "generale" quanto "particolare" il carattere delle discipline giuridiche autonome, tradizionalmente qualche elemento estraneo rimaneva pur sempre mischiato alla materia del diritto. Anzi, ancora oggi, lavori di diritto pubblico non raramente richiedono in coscienza un privilegio ben acquisito, di mantenersi cioè all'interno di quella nebbiosa atmosfera in cui i confini tra discussione giuridica e considerazioni di carattere politico, etico ovvero economico si confondono in modo poco chiaro. Davanti a queste inclinazioni radicate, in fondo, è del tutto giustificato il movimento formalmente introdotto da Gerber nella più recente dottrina tedesca di diritto pubblico, che, secondo lo sperimentato modello della civilistica, punta in alto, nell'aria pura del pensiero giuridico. Laband si è pertanto conquistato un merito eminente, aver imboccato, cioè, in questa direzione il ruolo-

guida e di aver aperto più volte nuove strade per avvicinarsi all'obiettivo<sup>4</sup>. Ciò in quanto, in modo più consequenziale rispetto a chiunque altro prima di lui, egli mantiene fermo che il diritto pubblico in quanto tale deve operare solo con concetti giuridici e risolvere solo questioni giuridiche. Con sguardo sicuro egli sa scoprire le parti costitutive non giuridiche, spesso profondamente nascoste, delle consuete rappresentazioni del diritto pubblico e sa ridurre al loro contenuto giuridico le grandi questioni dibattute in ordine alla vita dello Stato. E con un'energia senza riguardi egli espelle tutto ciò che egli stesso non ha riconosciuto come appartenente al regno del diritto. Si può dubitare se non sia più conveniente collegare in forme espresse alla rappresentazione del diritto pubblico, come sempre, le parti della dottrina dello Stato adiacenti ed indispensabili in ordine alla totale comprensione di quel diritto. Laband, pur limitandosi al riguardo ad una misura il più possibile circoscritta, non è del tutto riuscito a respingere le spiegazioni degli scarni principi di diritto facendo ricorso a considerazioni politiche, etiche, economiche e tecniche. Proprio il terzo volume offre alcune prove al riguardo, in particolare a proposito dell'ordinamento giuridico militare e finanziario. Solo, però, che ciò che non è diritto non può essere fatto passare come diritto. E a questo riguardo l'isolamento concettuale dell'aspetto giuridico della materia non può andare troppo in là. Soprattutto, la sana divisione del diritto dalla politica costituisce uno dei compiti più eccelsi della dottrina pura del diritto pubblico. Che Laband abbia del tutto realizzato l'ideale da lui stesso descritto nella premessa, nessuno se lo aspetta. Un diritto pubblico completamente impolitico potrà essere probabilmente scritto nella stessa scarsa misura della famosa opera storica di carattere puramente oggettivo. Anche le argomentazioni di Laband non solo lasciano trapelare un determinato punto di vista politico dell'autore, ma devono non di rado il loro orientamento e risultato finale a considerazioni politiche del tutto concrete. Talvolta si ha la sensazione come se nella discussione di una questione di principio, mentre vengono soppesate con chiarezza, l'una di fronte all'altra, solo basi giuridiche, alla fine si è solo taciuto il motivo politico che

---

<sup>4</sup> Naturalmente ciò significa, per la concezione così come rappresentata da Gumpowitz, solo il punto culminante di un enorme smarrimento. Lo scopo sta dunque, piuttosto, nel nuovo scioglimento del diritto *pubblico* in una parte della "politica".

è quello che invece ha dato il là alla decisione. Solo che così come l'ideale non perde nulla del proprio valore se è irraggiungibile, la seria preoccupazione dell'autore in ordine alla comprensione del diritto pubblico non è per questo meno degna di imitazione, dal momento che il successo, per la natura delle cose umane, può essere sempre e solo parziale.

Nel realizzare progressi individuando l'oggetto della trattazione del diritto pubblico ed assolvendo in una certa direzione al compito puramente "giuridico" in tal modo posto, egli ha apprezzato ed utilizzato gli strumenti offerti dal "metodo giuridico" meglio dei suoi predecessori. Perché egli adopera dappertutto, in modo più consapevole e drastico, le forme autentiche del pensiero giuridico, verso le quali possiede una profonda conoscenza ed una felice predisposizione. Che ci siano forme tali da consentire di differenziare in modo specifico l'attività spirituale del diritto da ogni altra attività spirituale, nessuno lo può negare con facilità. L'esperienza insegna però che ad una buona "testa giuridica" appartiene un'impostazione propria che non coincide con nessun'altra capacità. Più difficile è determinare l'essenza dello specifico modo di pensare giuridicamente. Se alla fine le colonne che sorreggono l'edificio della scienza giuridica possono derivare solo dalle due grandi officine della filosofia e della storia, senza dubbio la costruzione della scienza giuridica in quanto tale non è l'opera di una semplice combinazione tra un lavoro spirituale di tipo filosofico e di tipo storico. Altrimenti, i dotti del diritto romano, che erano cattivi storici e filosofi ancor peggiori, non avrebbero potuto essere dei buoni giuristi. Nel pensiero giuridico si aggiunge, piuttosto, qualcosa di nuovo, ciò che conferisce ad essi una tipologia particolare. Questo elemento di novità risulta da un caratteristico mescolamento di elementi spirituali, riconducibili forse alle due parti costitutive della logica formale e del senso pratico. Se ne deduce che il pensiero giuridico mostra una certa parentela con la matematica, da un lato, e con l'arte, dall'altro. Come per la matematica, spesso si è denominato il pensiero giuridico come un "contare e pensare per concetti". Nei fatti, una parte essenziale di tutto il lavoro concettuale giuridico consiste nella deduzione logica di concetti da concetti. Solo che il materiale è qui costruito non da costanti e grandi concetti matematici, ma da concetti di relazione più o meno liberamente conformati, i quali, a seconda del punto di vista prescelto,

possono essere sussunti a partire dall'infinita messe dei fluidi rapporti di vita – in tutti i casi debbono accogliere in sé una relazione dal punto di vista materiale – ed infine tollerano, anche reciprocamente, una diversa collocazione. La pura logica formale quindi non solo è, qui come dappertutto, incapace di produrre sostanziali concetti di fondo, ma non basta affatto per controllare l'adeguatezza della costruzione e dello sviluppo dei concetti. Anche il più zelante sostenitore di un procedimento puramente logico non potrà contestare che anche l'intimo carattere concludente di una serie di concetti giuridici non offre nessuna difesa, avuto riguardo alla propria coerenza, rispetto alle esigenze della coscienza giuridica e della vita del diritto. Poiché la logica sviluppa in questo campo la propria forza cogente sempre e solo nel quadro di condizioni modificabili, c'è sempre una logica di costruzione del diritto egualmente possibile e diversa, all'interno della quale la scelta deve essere fatta in base a punti di vista diversi da quelli logici. Deve ora qui venire in aiuto anzitutto quel senso tattico del diritto, il cui esercizio faceva apparire già ai Romani il pensiero giuridico come una "ars". Cresciuto a partire da una raffinata ispirazione dal sentimento generale del diritto e dalla visione sensoriale vissuta dell'esperienza pratica del diritto, esso si esprime anzitutto nel dirigersi verso ciò che è adeguato ed utile, insegnando ad enucleare ciò tra quel che è possibile e quel che è variegato sul piano logico. Esso manifesta inoltre l'impulso verso una conformazione plastica ed un completamento armonico dei modelli di pensiero giuridico. Proprio nel collegamento così voluto tra opportunità e bellezza si sviluppa allora, nei fatti, una componente artistica. Vedremo dopo che per l'odierna scienza giuridica il completamento del processo attraverso l'ingenua attività creatrice dell'istinto giuridico non è affatto sufficiente. Non può mai mancare al giurista l'esercizio di quell'arte così come un tempo l'hanno costruita i giuristi romani con ineguagliata maestria. Avendo Laband ora realmente trattato le forme specifiche del pensiero giuridico in un modo così brillante che ognuno che sia imparziale avverte nella sua opera l'aleggiare dello spirito del diritto, anche in lui questo successo si basa sul collegamento tra le due accennate parti costitutive di fondo di cui al procedimento giuridico vero e proprio. Tuttavia, la tendenza che prevale in modo deciso è quella verso lo sviluppo concettuale della logica formale. Così come il suo sforzo in prima linea è di dedurre tutto il diritto dello Stato

da un numero il più possibilmente ridotto di premesse, il merito principale dell'opera sta tutto nello sviluppo dell'elemento logico e la sopravvalutazione di quest'ultimo costituisce il suo tallone d'Achille. Ma non si rende giustizia all'autore se si pongono i meriti del suo libro esclusivamente nella forza e nella profondità della deduzione logica. E si ricade in un'ingiustizia diretta contro di lui se lo si crede persino capace dell'*incipit* particolare di costruire, a partire dal materiale a disposizione e con il solo l'aiuto della logica formale, un sistema di diritto pubblico. Laband possiede piuttosto, ad un livello elevato, anche il tratto pratico ed il senso formativo che connotano i giuristi puri. Egli ha uno sguardo troppo ricercato in ordine ai rapporti reali della vita dello Stato ed una comprensione troppo profonda in ordine alla necessaria chiarezza delle rappresentazioni giuridiche, per perdersi in giochi logici e vuote astrazioni. Ma di tanto in tanto persino in lui il senso per lo smisurato spezza la consequenzialità logica. Così egli non può decidersi nel senso di negare all'Impero o ai singoli Stati la caratteristica di "Stato", come, per amore della consequenzialità, sulla base di premesse simili, altri sostenitori della scuola moderna [fanno] a cuor leggero. Anche dove procede logicamente, egli viene regolarmente guidato, nella scelta del punto di partenza e nella conformazione dei risultati, da un sentimento giusto, che lo mantiene su un terreno reale. Solo di rado quest'ultimo lo lascia del tutto in asso, di fronte ad una conseguenza presuntamente logica, come a proposito delle decisioni autoritative (*Machtsprüche*), attraverso cui egli restringe il novero dei cittadini dell'Impero a 25 persone giuridiche e degrada tutti i singoli tedeschi a membri non diretti dell'Impero (*Reichsmittelbaren*) (I § 8 e 13), oppure, di tanto in tanto, mutila il diritto ereditario, sotto la rubrica "monopolio", come grande riflesso di una minaccia penale tesa a limitare la libertà di commercio (II p. 469), oppure mette in dubbio l'esistenza giuridica di un esercito imperiale come un tutto unitario tale da raggruppare i contingenti (III p. 6 ss.).

Liberando, dunque, il diritto pubblico dalla politica, per quanto possibile, e sottoponendolo alle forme proprie del pensiero giuridico, Laband si trova in accordo con le richieste che vanno nel senso di un "metodo giuridico" effettivo. Sebbene nell'attuazione non abbia evitato errori, egli in linea di principio ha sinora aperto la strada nei confronti di un pensiero corretto. Egli deve alla forza purificatrice di un tale modo di procedere i successi che rimangono ac-

quisiti nel dettaglio. Come nei primi volumi<sup>5</sup>, questi successi sono evidenti, nel modo più incontestabile possibile, nel volume finale, là dove viene rappresentato il dettaglio, sviluppato e sovrabbondante, delle norme giuridiche che valgono per il singolo ramo dell'amministrazione. Nell'ordinamento militare dell'Impero, che riempie l'intera prima parte del terzo volume, e nell'ordinamento finanziario, che prende la seconda metà della seconda parte, ma parzialmente anche nella dottrina ivi sviluppata del sistema giudiziario dell'Impero, l'autore trova di nuovo ripetutamente l'occasione per introdurre per la prima volta, in alcuni settori distanti tra di loro, la luce di un pensiero giuridico rigoroso. Tuttavia, la ruvida materia costringe l'autore, qui più di prima, e soprattutto nel capitolo sull'ordinamento della guerra, ad accontentarsi parecchio con un'enumerazione ed una riproduzione del contenuto di leggi positive e di ordinanze. Senza dubbio, in ordine alla penetrazione nel diritto da parte di questo potente complesso normativo, rimane ancora molto da fare, anche in futuro. Solo che tale lavoro di là da venire dovrà essere collegato all'*incipit* fatto da Laband. Nella cernita del materiale, nell'enucleazione degli elementi giuridici, nella relativa imputazione alle idee giuridiche dominanti, nel rinvenimento di principi comuni più elevati, nella suddivisione e nella conformazione degli istituti giuridici così strutturati e nella loro costruzione esclusivamente sul piano concettuale, egli ha operato a fondo. Se in qualche dettaglio c'è necessità di revisione, non possono essere cancellate *in toto* le linee profonde e quelle di demarcazione emerse ogni dove dall'antico buio, dove l'autore ha gettato il fulgido raggio dell'illuminante apparato giuridico. Ma anche i pensieri di fondo di diritto costituzionale che incorniciano e portano a termine questi dettagli di diritto amministrativo Laband li ha fissati nella maniera più felice e li ha più volte formulati appropriatamente e in modo davvero speciale, nella misura in cui si tratta dell'esito di strutture particolari del nostro sistema statale tedesco nonché del rapporto tra l'Impero e i singoli Stati. Inoltre, egli ha chiarito in modo differenziato ed ha sostenuto i concetti di diritto pubblico generale, in particolare, allestendo e conseguentemente applicando determinate categorie formali tali da dimostrare la propria forza ordinatrice e di garanzia. Tra queste an-

<sup>5</sup> Nell'annuncio del secondo volume, in *Grünbuts Zeitschrift für das Privatrecht und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. VI, 221-235, ho già fatto riferimento a ciò che hanno offerto a questo riguardo i primi volumi.

novero per esempio, nonostante la contraddizione sollevata da v. Martitz, la differenza delle leggi in senso formale e materiale, così come le diverse modalità delle ordinanze e delle disposizioni; la demarcazione del confine tra norme di diritto costituzionale e norme di diritto amministrativo nonché la suddivisione di queste ultime in base al loro possibile contenuto; la separazione delle forme in cui l'amministrazione si presenta con i suoi comportamenti; la scomposizione dei diritti riservati allo Stato in un determinato settore nelle corrispondenti parti costitutive di cui alla sovranità ed alla regalità e via dicendo. Un altro incontestabile merito Laband lo ha conquistato per il fatto di tentare di suscitare e di sfruttare meticolosamente i principi di diritto pubblico che hanno trovato espressione nella codificazione del diritto penale e del diritto processuale, in tal modo ampliando più volte l'orizzonte del diritto pubblico. Ed infine egli, sottoponendo sempre i concetti materiali di fondo, prima di lavorare con essi, ad una revisione di base, ha fornito comunque, anche ai fini della discussione circa le domande più elevate della scienza del diritto pubblico, alcune nuove e fruttuose sollecitazioni.

Solo che qui si colloca allo stesso tempo il punto in cui chiaramente emergono i limiti di capacità del suo modo di procedere. Mentre per il resto si hanno solo singoli errori e singole incompletezze, ove i problemi di fondo del diritto pubblico vengono discussi in via diretta ovvero intervengono in via indiretta, si manifesta con tutta evidenza una carenza di principio nel metodo. Fallisce il presunto metodo solo "giuridico". Ben è riuscito all'autore qualche colpo in queste regioni: solo che nonostante ciò che è nuovo e peculiare nello strumento applicato, piuttosto che a causa di ciò! È venuta piuttosto a mancare in misura significativa una revisione dei concetti di base, nel senso di sfidare una protesta vigorosa per la difesa dell'idea di diritto e nell'interesse della scienza giuridica. Il "metodo giuridico", così come Laband lo intende, non è destinato ad essere quindi tutto il "metodo giuridico", quale corrisponde all'essenza del diritto.

### III

Tra tutte le cose che non rivestono carattere dottrinario un ruolo guida lo svolge l'unanimità circa il fatto che le carenze e le unilateralità di quest'opera nonché di tutta la tendenza che essa

rappresenta si presentino in intima connessione con la sopravvalutazione prima accennata del patrimonio di capacità della logica formale. Qui si radica nei fatti l'errore principale del metodo labandiano.

Laband assegna alla logica una forza produttiva che necessariamente manca ad essa. La stessa legge della logica porta a riconoscere che, su una linea puramente logica, possano essere in eterno trovate sempre, solo e di nuovo categorie logiche. Laband, per contro, non ha mai rotto con l'antico errore che ritiene la logica capace di sviluppare da sé il concetto di realtà. Egli crede alla possibilità di una definizione effettiva che va solo adeguatamente reperita al fine di creare da essa stessa una serie di idee congruenti rispetto alla realtà delle cose. Per lui non c'è affatto differenza tra definizione e concetto reale. Per lui la determinazione logica coincide con il rilevamento del contenuto, la deduzione logica coincide con il chiarimento della causa, il riordino sul piano logico coincide con la sintesi del pensiero. Egli crede di far uscire verità materiali da ciò che è giusto formalmente e nelle argomentazioni di carattere dichiaratamente conclusivo egli vede una base sufficiente per decisioni definitive sulle questioni. La forma di pensiero deve aprire al contenuto di pensiero, la figura della apparizione deve far venir fuori definitivamente, nelle sue linee e nei suoi rapporti, l'essenza più intima della questione. Così Laband, credendo di procedere senz'altro logicamente, si pone in contrasto proprio con la logica.

Tuttavia, proprio nella scienza giuridica il procedere per logica ha un valore specifico. La logica formale non solo è, qui come dappertutto, l'indispensabile compagna di ogni operazione mentale, ma deve giocare in misura considerevole un ruolo autonomo. Qui non solo trova vendetta ogni errore logico, nel suo particolare ed in forme espresse, ma il successo dipende essenzialmente dallo sviluppo della energia logica positiva. Solo che, anche qui, la logica riesce sempre a venire a capo solo dell'aspetto logico dell'oggetto. Ma il diritto non si esaurisce per niente nel suo elemento logico. Da quando è stata superata l'antica illusione giusnaturalistica dell'astratto diritto razionale ovunque eguale a stesso, ognuno sa che il diritto è tanto poco un prodotto puramente logico quanto per ciò che riguarda la lingua. Ciò che si trova in esso come elemento di pensiero necessario e costante, è solo una componente della sua vita spirituale di per sé incapace di vita autonoma. La molteplicità e lo

scambio appartengono all'essenza del diritto, come di tutte le costruzioni organiche e storiche: proprio con l'attività creatrice di una concreta potenza spirituale essa riceve vita e individualità. Per questo, neanche la scienza riesce a concepire *tout court* con mezzi puramente logici l'intero contenuto del diritto. Nei fatti, anzi, oggi nessuno crede più ai dogmi del razionalismo, il quale, a partire da un'affermazione della ragione umana presunta come valida per tutti, ha cominciato in modo aprioristico a dedurre logicamente un diritto di natura ed a misurare su di esso il diritto positivo. Solo che, se il pensiero giuridico ha imparato ad accettare ed a considerare la materia data del diritto positivo come realtà storica, esso non ha affatto dominato del tutto l'illusione razionalistica nel senso di dare una forma di pensiero a questo materiale e rischia di nuovo di impelagarsi profondamente proprio nella strada battuta da Laband. Perché, sempre e di nuovo, la sopravvalutazione unilaterale della logica formale porta a trattare i concetti di diritto nel senso delle categorie logiche. Sempre e di nuovo finisce nel dimenticatoio il fatto che i concetti giuridici sono piuttosto quadri spirituali viventi di carattere storico, che il giurista che riflette deve sì comprendere, sviluppare e formare a partire dalle idee in essi immanenti, ma che non deve pensare, strappare e rimodellare in base ad uno schema logico portato dall'esterno. Sempre e di nuovo il pensiero giuridico ricade nell'oscuro insuperbirsi dell'intelletto sovrano, che vuole padroneggiare la vita con l'insufficiente apparato di rubriche concettuali morte, anziché spiegare gli antichi concetti nell'inesauribile fonte della giovinezza della vita e creare nuovi concetti. Regna al riguardo la stessa illusione che ha dominato abbastanza a lungo, per esempio, anche nella grammatica. Anche la grammatica ha anticamente scambiato, per esempio, il caso, per amore del suo elemento logico, con le categorie logiche e lo ha introdotto in quanto tale in un numero e in un significato della lingua tale da determinarsi da sé, invece di concepirlo come sviluppato storicamente e come pensiero linguistico conformato autenticamente in coerenza con lo spirito di ogni lingua. Solo che sarebbe difficile, nella moderna scienza linguistica, una teoria del caso che ricada in tali errori<sup>6</sup>. Nella scienza giuridica, per contro, è del tutto moderno operare con con-

---

<sup>6</sup> Si vedano ad es. le osservazioni di Ziemer nel *Zeitschrift für Völkerpsychologie u. Sprachwissenschaft*, vol. XIV, 1883, 203-214, in particolare 207.

cetti come “Stato”, “comune”, “sovranità”, “proprietà”, “diritto reale”, “obbligazione” etc., come se fossero categorie di pensiero necessarie e come se essi risuonassero allo stesso livello di pensieri come “tempo”, “spazio”, “numero”, “circolo”, “triangolo” etc. Eppure, anche per questi concetti giuridici più elevati, la logica condiziona solo la relazione formale tra il proprio contenuto posto per una volta e gli altri contenuti ordinati, sovraordinati e subordinati, mentre la sua sostanza di pensiero risulta elaborata storicamente ed esprime una tipologia più o meno generale, in forza della regolarità storica, solo nella misura in cui quest’ultima produce effetti in termini di una coerenza di carattere materiale con le relazioni di vita verso l’esterno e con gli impulsi spirituali dei popoli e delle ere o forse persino dell’intero genere umano.

Che Laband, con questo disconoscimento in via di principio dei limiti del campo logico, non abbia del tutto commesso errori, egli lo deve, come prima è stato osservato, alla sua conoscenza di ciò che è vasto, ad una ricca esperienza di vita e ad un forte sentimento nei confronti della realtà del tratto giuridico da lui segnato. Ma se egli, ciò nonostante, si è sbagliato nel rispondere ad essenziali domande di fondo, il suo esempio mostra che quest’attività di operazione logica, con un elemento più o meno istintivo e naturalistico, non porta così lontano da poter compensare gli errori del metodo di fondo. La nostra scienza vuole e deve, anzi, essere coerentemente scienza. Essa deve pertanto impadronirsi con modalità scientifiche anche dell’aspetto sostanziale del proprio oggetto. Non rileva il fatto di respingere questa necessità con l’obiezione secondo cui i giuristi romani hanno fatto un gran lavoro senza i mezzi scientifici che oggi sono a nostra disposizione in questa direzione. Ogni epoca ha il proprio compito. Se non raggiungiamo forse, da qualche punto di vista, quel modello classico proprio perché per il nostro spirito critico è andata irrimediabilmente persa la forza delle concezioni degli antichi giuristi, sta a noi perseguire in modo tanto più deciso e consapevole in quelle stesse strade che ci ha dischiuso proprio il nostro arricchito modo di vedere, approfondito sul piano scientifico. Comunque, non possiamo assolutamente evitare di sollevare questioni e di porre compiti che sono rimasti lontani dai Romani e che, ove fossero stati ad essi noti, avrebbero rappresentato un elemento di conforto per la loro arte giuridica. Ciò vale per es. per la questione della “natura giuridica” e del compito relativo alla

“costruzione giuridica” di cui anche l’opera di Laband si occupa in forma così variegata. Nei fatti, possiamo riconoscere come “metodo giuridico”, puro e completo, solo un modo di procedere che garantisca la possibilità di concepire in modo scientifico, accanto alla forma, la sostanza interna del pensiero giuridico.

Da questo punto di vista è chiaro che la prima premessa sta nel costante apprezzamento del rapporto di causalità esistente tra il diritto e le altre manifestazioni della vita sociale. Prima abbiamo senz’altro approvato lo sforzo di Laband nel senso di liberare concettualmente la parte giuridica della vita dello Stato dal suo contenuto altro. Solo che Laband trasferisce questa giusta idea nell’idea non giusta di un isolamento genetico del diritto. Ora, certo, in effetti la gran parte del lavoro giuridico quotidiano può agevolmente fluire nel campo del diritto se si limita il campo visivo. Ma non è così che si può acquisire una comprensione totale ai fini dell’essenza e del contenuto degli istituti giuridici, come è indispensabile se debbono essere risolte questioni di principio ovvero debbono essere ristrutturati concetti di base. Perché ciò che deve essere compreso sul piano scientifico deve essere anzitutto chiarito sul piano genetico. Ma il diritto non evolve e non cresce di per sé stesso. Certo, esso è una potenza peculiare e spirituale uguale solo a sé stessa, tale da sviluppare del tutto la propria forza proprio nella conformazione della propria sfera di effettività in termini di potere autonomo. Solo che, al contempo, esso rappresenta una singola funzione sociale e costruisce una parte della vita comune, tale da essere vincolata unitariamente attraverso un legame intimo e mediante lo scambio incessante tra tutte le sue funzioni. Per questo il divenire del diritto è al contempo, ad ogni piè sospinto, condizionato e determinato dal divenire di tutti i rapporti di vita esterni e dei punti di vista interni della collettività. E le modalità e il potere della sua efficacia dipendono essenzialmente dai molteplici rapporti di armonia o di disarmonia in essere tra le norme giuridiche, da un lato, e dalle corrispondenti costruzioni materiali ed ideali dei settori ad esso vicini, dall’altro. Quindi, se il pensiero giuridico persegue anche lo scopo di far sgorgare il diritto nella sua purezza, esso deve allora sempre tenere in vista, lungo il percorso di questa finalità, i fattori diversamente conformati che condizionano e determinano il diritto nel suo divenire e nel suo funzionare. Almeno la scienza del diritto pubblico può fare a meno di una tale ampiezza di orizzonte.

Essa deve isolare profondamente il diritto dalla politica. Ma per comprendere il diritto pubblico, essa deve tirare in ballo le condizioni e le idee sotto il cui influsso esse sono diventate norme e concetti di diritto pubblico e nei cui confronti esercitano la loro autonomia efficace. Inoltre, sono le prospettive religiose ed etiche, da un lato, ed i rapporti economici e sociali, dall'altro, ad intervenire nella costruzione del diritto in determinati punti della vita dello Stato ed in modo così potente che è impensabile comprendere scientificamente il contenuto interno del quadro giuridico senza dare un fondamento a questa possibilità (*Konneres*). Neanche Laband ha trascurato, naturalmente, il significato di questi momenti per il diritto pubblico ed egli si è basato più volte su di essi. Solo che egli non accoglie nel procedimento scientifico il tentativo di collegamento tra diritto e vita dello Stato. Ciò che in lui avviene a proposito di questi legami è un procedere senza metodo e come casualmente, di fianco alla vera e propria deduzione. All'interno del "metodo" egli non ha alcun posto per questo. Qui il diritto viene sviluppato solo a partire da sé stesso. I concetti giuridici nascono da evoluzioni logiche e si innestano presto nel potere assoluto come se agissero in solitudine ed esistessero nel mondo solo grazie a sé stessi. In tal modo manca ogni garanzia che essi costituiscano l'espressione adeguata della vera essenza delle cose e si mostrino di utilità pratica dal punto di vista della loro attuazione. Nel momento in cui il "metodo giuridico" viene limitato con un equivoco ad una tecnica giuridica unilaterale, che, con la sua opera volta a conferire una forma, non può gettare nessuno sguardo al di là del diritto, esso fissa la tendenza verso una conoscenza scientifica della sostanza giuridica contenuta nelle forme giuridiche.

Ora, per quanto il diritto possa essere considerato, nel suo contesto genetico, insieme al complesso delle manifestazioni della vita sociale oppure possa essere semplicemente considerato in sé e per sé, ogni giudizio più approfondito dipende però, nella sua intima essenza, dalla ricerca storica. Come prodotto storico esso può essere concepito solo a partire dalla sua storia. Il "metodo giuridico" deve essere al contempo, da cima a fondo, "metodo storico", se deve soddisfare tutte le esigenze della scienza effettiva. Su questo non regna alcuna polemica, a partire dalla vittoria della scuola storica del diritto. Solo che, in tutti gli sviluppi della ricerca di storia del diritto in quanto tale, oggi viene di nuovo e ripetutamente di-

sconosciuto il vero significato del fondamento storico ai fini del pensiero giuridico dommatico. Con la sopravvalutazione dell'elemento logico va di pari passo una certa esteriorizzazione del rapporto tra diritto vigente e relativi processi di sviluppo. Si utilizza la storia per dichiarare l'esistenza della singola norma giuridica e del singolo istituto giuridico; ben si sfruttano, anche nella relativa costruzione concettuale, analogie storiche: ma così non si fa strada nel profondo del procedimento interno, che legittimamente produce il contenuto concettuale del diritto. Non si considera la storia come l'officina vivente della nostra coscienza giuridica, che vale la pena di origliare nel suo divenire, perché i concetti vengano conformati a partire dalla sua ispirazione, ma la si considera solo come il grande arsenale da cui si possono prendere armi di molteplice contenuto tipologico per sostenere questa o quella combinazione concettuale arbitrariamente escogitata. Così si ricade alla fine, nel momento in cui ci si prende cura dall'esterno del lavoro di carattere storico, in una concezione fondamentalmente non storica! Ora, anche a questo riguardo il pensiero giuridico riesce ad assolvere felicemente alla gran parte del proprio lavoro quotidiano di carattere dogmatico senza un approfondimento storico. Se si tratta però di una nuova concezione dogmatica, ogni carenza si vendica nel momento in cui si vanno a porre le fondamenta dal punto di vista storico. Perciò, proprio a causa dell'elevato obiettivo che Laband ha nascosto nella dogmatica, il successo del suo lavoro è stato danneggiato essenzialmente dal fatto che il suo metodo fa a meno di tutta la forza del fondamento storico. Quando Laband, nella rappresentazione del diritto vigente dello Stato imperiale, segue la sua genesi nel più recente sviluppo tedesco quale è venuto fuori nel 1866, formalmente non gli si può contestare nulla. Nell'elaborazione di questa materia in linea generale è stato finora utilizzato un modo di procedere simile. Sulla spinta del compito che si è determinato per essa con la grande trasformazione politica, è chiaro che la dottrina del diritto pubblico ha per intanto dovuto rinunciare a ciò che sta più lontano, per affrontare ciò che sta più in prossimità. Solo che occorre fare espressamente riferimento al fatto che, con un tale modo di trattare le cose, è impossibile che possa essere trovata la forma definitiva della nostra scienza del diritto pubblico dell'Impero. Perché essa può eventualmente essere sufficiente per comprendere da un punto di vista pratico l'ampia dimensione della materia positiva. Dal

punto di vista del contenuto e del carattere scientifico, però, il recente diritto pubblico dell'Impero ben si collocherebbe defilata rispetto al diritto pubblico tedesco di prima, generale e particolare, se rimanesse incardinato in via permanente su un fondamento così debole. Se la nostra nuova costruzione del diritto dello Stato fa a meno della continuità giuridica rispetto alle precedenti forme dell'esistenza politica complessiva del popolo tedesco, essa non rappresenta per questo un inizio privo di storia! Non solo il materiale ad essa vicino, ma anche l'essenziale della sua struttura derivano dal passato tedesco. Il vero e proprio pensiero giuridico nazionale in essa incorporato, lo ha elaborato il nostro popolo nell'ambito di una lunga storia del diritto. L'Impero ha accolto questo pensiero in una dimensione significativa e con una perfetta e pronta formulazione a partire dal diritto pubblico dei singoli Stati e in particolare della Prussia, sicché qui il diritto pubblico dell'Impero appare, dal punto di vista materiale, solo come la prosecuzione unitaria del diritto pubblico tedesco di allora, sia pur limitato territorialmente. Ed anche dove la conformazione esteriore è riuscita solo con l'Impero, si tratta di un substrato concettuale che appare come il prodotto di un processo di sviluppo molto risalente. Queste connessioni interne la dottrina del diritto pubblico dell'Impero non le può ignorare, se non vuole perdere altrimenti l'elevato compito di pervenire ad una comprensione totale, su basi scientifiche, del vero e proprio pensiero nazionale in fatto di diritto, quale vive e produce effetti nel nostro diritto pubblico. Oppure, non è che si insinuerà a tal riguardo, in ogni lettore che abbia familiarità con la nostra più antica letteratura sul diritto pubblico e con la sua faticosa battaglia in vista di un approfondimento storico, una seria riflessione sullo studio dell'opera di Laband? Può non essere più all'improvviso indispensabile scavare più in profondità per costruire più in alto? Per es., diversamente che rispetto alle notazioni occasionali sul divenire e sugli sviluppi delle idee di base decisive nella storia del diritto tedesco, l'ultima parola sui principi di diritto pubblico del nostro sistema giudiziario deve poter essere detta senza parlare di prima del 1866? Il sistema giuridico della nostra costituzione di guerra può definitivamente saltar fuori da una rappresentazione che penetri, sì, nelle venature più sottili del dettaglio tecnico, ma che, ai fini dell'origine e delle trasformazioni dell'idea del servizio militare obbligatorio generalizzato, non faccia rimanere (*übrig hat*) neanche i con-

suetti accenni? La storia del pensiero tedesco sull'unità prima del memoriale del 15 settembre 1863 deve poter essere messa da parte come priva di significato se si tratta delle fondamenta della natura dell'Impero e del suo rapporto con il singolo Stato? Sicuro! Il diritto pubblico dell'Impero è chiamato a diventare più storico oppure già nella sua prima età esso è destinato a fossilizzarsi e ad irrigidirsi! Esso ben si spingerà anche oltre la storia tedesca del diritto e in ciò si sarà creato il contenuto spirituale delle forme in vigore del nostro diritto pubblico a partire dal profondo della nostra antica vita di popolo. Solo che il frutto più nobile della scienza giuridica storica è destinato ad avvizzire se si strappa il legame tra di essa e la dottrina dogmatica del diritto pubblico, se ci si preoccupa in quest'ultima esclusivamente del culto della forma giuridica e se verrà scoperta la relativa nascita solo dall'esterno, in una serie di leggi ed ordinanze della nostra epoca. È quindi, in pratica, nell'interesse della cosa stessa rammaricarsi del fatto che il primo lavoro in grande stile dedicato alla scienza del diritto pubblico tedesca non abbia costruito un modello migliore da questo punto di vista. Laband, davanti a tali esposizioni, può però pur sempre richiamarsi all'impostazione complessiva del proprio libro e al suo scopo pratico. Un tale richiamo è per contro escluso nella misura in cui egli al contempo porti, nella rappresentazione del diritto pubblico positivo dell'Impero, ad una nuova fondazione teorica della dottrina generale del diritto pubblico. Ma così è quasi sempre. Il suo libro contiene al contempo, concentrandosi sulla materia concreta, il progetto di un "diritto pubblico generale". E qui ora si fa valere in modo molto ancor più preoccupante l'inadeguatezza del fondamento storico. Lo stesso autore, nel tentativo di trasformare i concetti di base dominanti, ben sembra essere sopraffatto dal sentimento di insufficienza nei confronti della deduzione puramente logica. Egli ha quindi inserito, ai fini della relativa integrazione, divagazioni storiche degne di apprezzamento. Solo che esse contengono così tante cose apprezzabili nel dettaglio, ma che allo stesso modo portano con sé *in toto* il timbro di ciò che è occasionale e casuale. Esse appaiono quasi solo come un ornamento decorativo, che potrebbe anche mancare senza che andrebbe perso qualcosa nella questione principale. Si tratta, al riguardo, soprattutto e solo di acquisire un'analogia, come per esempio a proposito del fatto di utilizzare l'omaggio del vassallo per chiarire il rapporto giuridico del

funzionario dello Stato (I p. 386 ss.). Ora, un concetto può essere posto in luce in modo più preciso attraverso una sua contrapposizione, come per il frequente parallelo tra istituzioni dell'Impero e strutture che rappresentano un discostamento rispetto ai più antichi sistemi di Stato, oppure ai fini della contrapposizione tra l'antica e l'odierna suddivisione delle funzioni giurisdizionali (III 2 p. 27 n. 1). Ovvero – in merito alla discussione circa i requisiti della legge (II § 56) – viene piuttosto effettivamente intrapreso una sola volta un tentativo di evidenziare idee di diritto pubblico che valgano per tutti a partire dalle loro manifestazioni storiche: anche se, anche in questo caso, il materiale storico prodotto pur sempre solo in modo frammentario è stato usato in verità non per scoprire ma per confermare i concetti, sicché dunque, nei fatti, ampliando la base storica, appare insostenibile anche la nuova teoria dei quattro momenti – da suddividere concettualmente, ovunque e necessariamente, all'interno del processo legislativo – relativi alla creazione della norma giuridica, alla sua sanzione, alla sua promulgazione nonché alla sua pubblicazione<sup>7</sup>. Inoltre, Laband non ha fatto neanche il tentativo di dare un fondamento storico alla propria costruzione concettuale. E così manca ad essa il sicuro terreno che l'acume logico non riesce a sostituire.

Il “metodo giuridico” richiede però, nella misura in cui voglia essere elevato ai compiti tra i più nobili della scienza del diritto, un modo di pensare non solamente storico, ma anche filosofico. Sinora la dottrina del diritto pubblico ha almeno dubitato a tal riguardo. Essa ha fatto forse persino troppo bene, da un lato, sul piano della sopravvalutazione dell'efficacia del momento speculativo, d'altro lato per quanto riguarda lo scambio tra generalizzazioni filosofiche e realtà. Solo che di fronte agli eccessi della filosofia dello Stato e del diritto deve essere fortemente messo in luce che ogni Stato rappresenta una individualità vivente e che non c'è alcun altro diritto se non quello storico e positivo e che ciò che è generale può essere chiarito solo a partire dal concreto e nel concreto: anche se rimarrà così, per sempre, impensabile un diritto pubblico scientifico senza una base filosofica. Il “diritto pubblico particolare” non esisterebbe

---

<sup>7</sup> Cfr. la dimostrazione nella mia indicazione del secondo volume *op. cit.*, 229-230. Il concetto di “sanzione” è indispensabile solo nella monarchia costituzionale, ed in particolare il concetto di “promulgazione”, soprattutto.

affatto nella sua conformazione odierna senza il “diritto pubblico generale”. Esso lavora ad ogni piè sospinto con concetti che avrebbe preso da quest’ultimo e che mai sarebbe riuscito a ricavare solo dalla propria sostanza; esso sarebbe destinato a decadere a mero manifesto di diritto pubblico se volesse cessare di porre il criterio di un sistema di pensiero onnicomprensivo a proposito delle istituzioni del singolo Stato. Il “diritto pubblico generale” non è però casualmente solo il figlio della filosofia greca! Il pensiero filosofico sullo Stato e sul diritto gli è così indispensabile esattamente come il fatto di fissare e comparare i modelli di diritto pubblico dati storicamente. Dalla semplice statistica di ciò che è coerente e di ciò che è differente nelle istituzioni statali e nella relativa serie, avuto riguardo agli sviluppi, si possono acquisire solo rubriche morte ed astrazioni schematiche. L’analisi comparata dei fenomeni concreti può fornire concetti generali vividi e significativi solo se essa viene effettuata dal punto di vista delle idee universali dell’umanità, quali in materia sono andate manifestandosi. Per necessità interna, la dottrina generale del diritto pubblico ha da sempre posto in collegamento le proprie operazioni logiche con i problemi metafisici ed etici che si nascondono nelle questioni circa il fondamento, l’essenza e lo scopo dello Stato e del diritto. Un “realismo” che prescindesse del tutto da queste questioni sarebbe altamente irrealistico sol per il fatto che le idee sviluppate dallo spirito umano a partire dai tentativi per darvi risposta hanno funzionato come poteri molto effettivi nella storia mondiale ed hanno più volte determinato i modelli giuridici positivi. Ma la scienza però non può neanche fare a meno, dal canto suo, di queste questioni, perché entrerebbe in contraddizione con la natura e con le esigenze dello spirito pensante se rinunciasse all’inserimento dei fenomeni fluttuanti al loro interno di cui all’eterno contesto mondiale. Essa non può fare a meno dello sfondo ideale se non vuole smettere di ricercare la verità dietro la realtà e se in tal modo non vuole arrendersi. Nei fatti, tutti i tentativi di fissare su una base puramente di diritto positivo le dottrine generali del diritto pubblico senza prendere posizione nelle battaglie di principio di carattere filosofico, sfociano nella delusione. Perché nessuno si rivolge ad una tale impresa senza portare una determinata idea a proposito delle materie che utilizzano il pensiero filosofico sullo Stato e sul diritto, prima di inoltrarsi nella specifica sfera giuridica. Così si può portar con sé, per

esempio, questa o quell'idea di rapporto tra individuo e collettività, circa l'essenza dei legami e dell'organizzazione sociale, circa la posizione del modo articolato delle associazioni umane all'interno dell'ordinamento dell'esistenza sociale e nei confronti dell'esistenza individuale, circa i compiti e i limiti del potere mondiale più elevato, circa le relazioni tra forza, potere e convenienza e via dicendo. Idee di tal tipo però pregiudicano inevitabilmente il quadro di pensiero giuridico posto in sé e per sé ed apparentemente ancora così grezzo. Oppure non dipenderà più o meno dal fatto di essere questo o altro, la forma che, per esempio, assumono le dottrine dei diritti fondamentali, della soggettività giuridica dello Stato, del rapporto giuridico tra le associazioni e lo Stato, dei diritti di sovranità, delle funzioni della legislazione, dell'amministrazione e del pensiero giuridico e via dicendo? Il rifiuto delle questioni filosofiche pregiudiziali significa quindi solo che giunge ad effettività in modo non metodico e frammentario una qualche visione del mondo che forse verrebbe, sì, portata molto poco ad evidenza scientifica attraverso il pensiero filosofico, ma che dovrebbe almeno indicare ed a provare il proprio contenuto sul piano scientifico in modo sperimentato. Così anche Laband è riuscito a bandire dal proprio campo visivo le questioni del fondamento, dell'essenza e dello scopo dello Stato nonché del diritto. In verità, esse emergono dappertutto sullo sfondo e ad esse si risponde, almeno indirettamente, in una determinata direzione. Occasionalmente, persino l'autore dimentica il proprio programma e parla per esempio espressamente dei "compiti dello Stato". Ad ogni modo, tutta la costruzione concettuale del suo sistema giuridico si basa su una serie di premesse che stanno e cadono insieme con questo o quel tentativo in vista della soluzione di quei problemi. Ma nel fatto che lo stesso Laband disconosca questa relazione e piuttosto creda di allestire un diritto pubblico indipendentemente da premesse di tal genere, si cela una carenza disastrosa nel suo metodo. Perché nella misura in cui questo metodo inizia e finisce con punti di vista puramente giuridici, senza riuscire a ritagliare l'imponente influsso delle decisioni preliminari latenti sulle questioni generali di fondo, il vero e proprio fondamento di tutte le costruzioni viene spostato dal terreno scientifico a quello del puro modo di pensare e della pura opinione. In effetti, Laband crede sì di sbarazzarsi, insieme al fondamento filosofico rifiutato con consapevolezza ed intenzione, degli elementi ipotetici quali sono aggrappati

a tutte le teorie filosofiche sullo Stato e sul diritto e che riflettono sempre e di nuovo una polemica tra visioni del mondo non appiabile in via argomentativa. Ma, nei fatti, egli ha solo scambiato gli assiomi filosofici con supposizioni arbitrarie diseguali, che per il fatto di essere sottratte (in quanto affermazioni che si presumono ovvie in base alla razionalità umana per come è stato possibile accertare) ad ogni verifica e ad ogni controllo, non acquisiscono un oggettivo valore scientifico. Nella misura in cui egli emancipa espressamente il pensiero giuridico dalla filosofia, si involge in una rete di opinioni prive di base ed in sé contraddittorie, quali spuntano dai modi di pensare naturalistici adesivi nell'apparenza e tali da cambiare il proprio punto di vista a seconda delle esigenze. Con tutto il suo acume critico egli, nelle sue conclusioni logiche, si ferma davanti a queste premesse altamente discutibili. E così, per conquistare al pensiero giuridico su questo terreno una sovranità pur tuttavia solo fittizia, egli sottrae al diritto pubblico quell'approfondimento e quel consolidamento di base che il sottofondo filosofico ha sinora garantito e che ne costituisce l'unica garanzia nel futuro.

Ma se ora Laband, con la sua concezione troppo ristretta del "metodo giuridico", perde la possibilità di dare fondamento al contenuto materiale del pensiero giuridico mediante una ricerca scientifica delle sue fonti e dei suoi contesti, da dove trae egli quindi i mezzi per colmare questo deficit? Come supera quindi l'assoluta infruttuosità del modo di procedere puramente logico? Da dove crea ciò che, a partire da lui stesso, fornisce contenuto e colore a concetti autentici pur costruiti in modo così variegato?

Come è stato già notato, ciò nei cui confronti sono debitori i modelli di pensiero di questo libro, per le sue parti costitutive positive, è di gran lunga l'intuizione che sta al di là del metodo. Solo che l'autore non è riuscito a collocarsi esclusivamente su questo terreno così incerto. Almeno in una direzione egli ha aggiunto al suo stesso metodo un correlato di logica formale che lo pone nella condizione di colmare in modo sistematico e scientificamente verificabile le lacune che si spalancano. Egli stesso ha fatto cenno, nella premessa di tutta l'opera, a questo strumento di ausilio metodologico da lui adoperato trasversalmente. Lo stesso accade con l'apprezzamento generale, ai fini della costruzione del diritto pubblico, dei concetti giuridici sviluppati dalla scienza del diritto privato per il diritto privato. Va affermato che questa fase del suo procedere,

nel determinare le vistose particolarità dei risultati trovati, ha reso possibile al massimo livello proprio l'attuazione del metodo prescelto. Perché in tal modo, tra la materia bruta e la deduzione logica, è stato inserito un fattore produttivo di origine scientifica. Nel momento in cui egli recepisce i concetti di diritto privato, ne acquisisce non solo le categorie logiche, ma i concetti giuridici viventi, il cui contenuto concreto è stato fissato e sviluppato fin nei dettagli da un lungo ed intenso lavoro scientifico. Egli si appropria di un potente materiale di idee che presenta sufficiente forza riproduttiva da dare realizzazione ad una funzione creativa anche tenendo conto di un trapianto di tale tipo. Egli può farsi bastare, dal canto suo, fino ad un certo livello, l'operazione di logica pura, facendo proprio, con il sistema concettuale civilistico prontamente inserito, l'intero lavoro scientifico già fatto e al contempo in tal modo salvaguardato. Viene così parzialmente nascosta, a lui stesso ed agli altri, l'infruttuosità del formalismo logico. Ma certo! In tal modo, però, l'errore principale del suo metodo non viene compensato, bensì ampliato. Perché l'espedito introdotto in esso è di un tipo particolarmente preoccupante e soprattutto è responsabile dell'equivoco di fondo che l'autore crea riguardo alla questione. Nonostante tutta la riluttanza, egli su questa strada ha spinto verso una violenza nei confronti del diritto pubblico con pensieri estranei che non si conciliano con l'intima essenza di quest'ultimo. Nell'opera di trasferimento dei concetti giuridici egli è seriamente impegnato a tener conto della differenza tra diritto pubblico e diritto privato. Solo che tutta la sua arte è fallita dal punto di vista del compito di armonizzare ciò, a partire dal sistema di pensiero sviluppato da un materiale che presenta una forma diversa e che è stato accostato dall'esterno al materiale suo proprio, con la vita interna di questo nuovo materiale. Per nessuno di questi concetti si sono esplorate le tracce della loro origine giusprivatistica, nessuno di essi, nell'adattarsi alla condizione di cui alla nuova patria, si è trasformato nel suo figlio puro, nessuno di essi ha accolto lo spirito che anima il diritto pubblico e lo tiene unito. E così, nei fatti, il surrogato metodologico con cui l'autore copre dall'esterno le carenze sul piano scientifico circa il fatto di procedere in modo puramente logico, è diventato, per il libro, più dannoso che non quelle stesse carenze.

Che la scienza del diritto pubblico possa sperimentare, a partire dal suo legame interno con il pensiero giuridico di diritto pri-

vato, incoraggiamenti di vario tipo, non può essere affatto negato. Essa può imparare infinitamente molto dalla sua sorella più antica in ordine all'esercizio del pensiero giuridico. Essa può attrarre utilmente analogie dal diritto privato nella misura in cui le rimane familiare che dette analogie si limitino a fornire spiegazioni, ma non prove per l'opposto modello pubblicistico. Essa non potrà mai tralasciare il vivace legame tra i due campi del diritto, nel quale si manifesta trasversalmente la più elevata unità esistente al di là delle contrapposizioni. Solo che i concetti di fondo essa li deve elaborare da sé e non li può ricevere come regalo della civilistica. Tuttavia, costituisce una verità profonda e ancora non sufficientemente apprezzata che Laband si esprima con le parole: "ritornano sul terreno del diritto pubblico numerosi concetti che hanno sì trovato la loro determinazione e formazione scientifica sul terreno del diritto privato, ma che per loro essenza non rappresentano concetti di diritto privato, bensì concetti generali di diritto". La dottrina generale del diritto quale esiste nelle sue ramificazioni prima di ogni suddivisione del diritto, è finora venuta sviluppandosi secondo l'antica tradizione, preferibilmente nella "parte generale" delle discipline del diritto privato. Solo che Laband trae subito da un'idea corretta una conseguenza non corretta, nel momento in cui assegna al diritto pubblico il fatto di prendere a prestito quei concetti dal diritto privato e a tal riguardo pone solo la condizione che questi ultimi "vengano" prima "ripuliti dalle specifiche caratteristiche del diritto privato". Perché una "ripulitura" non può naturalmente implicare nulla di ciò che già non stia in essi. Il fatto è che i concetti civilistici rimangono, perché è la scienza del diritto privato e non l'intero pensiero giuridico ad aver attuato la "determinazione e l'esercizio sul piano scientifico" di quei concetti solo per le esigenze proprie e senza riguardo alla loro portata generale! Quasi trasversalmente, piuttosto, in essi solo un frammento di tale pensiero ha trovato un'espressione unilaterale al massimo livello. Il che viene tanto più brutalmente fuori quanto più la forma loro data dalla scuola della dottrina dominante viene considerata come rilevante. Perché, sino ad ora, tali concetti risultano creati, nel loro significato corrente, essenzialmente solo a partire dalle fonti giuridiche romane. Essi sono dunque concepiti nello spirito del diritto privato romano, che si esaurisce nell'autorizzare i poteri unilaterali, limitati solo dall'esterno, delle volontà singole in sé concluse e che non sa nulla di

una dipendenza reciproca e del carattere giuridicamente condizionato delle volontà. Essi rispecchiano una concezione nei cui confronti ancora non c'è affatto apertura da parte del pensiero germanico relativo all'unità interna del diritto privato e pubblico, ma alla cui base compare solo la relazione individuale quale vero rapporto giuridico ed ogni relazione collettiva si pone come puro rapporto di natura ordinamentale. Se vengono misurati, quindi, all'interno di un'idea di diritto che abbraccia anche il diritto pubblico, essi si rivelano subito come troppo angusti, anzi in gran parte come deformati e storpiati. È per questo che essi sono inutilizzabili dal punto di vista del diritto pubblico anche dopo una "ripulitura", pur così meticolosa. Essi piuttosto debbono essere verificati fino al loro nocciolo all'interno di punti di vista generali, debbono superare i propri limiti e debbono veder saltar fuori i propri vincoli, deve essere ampliato ed approfondito il loro contenuto a partire dal diritto pubblico e così in verità si deve iniziare a crearne di nuovi. Solo se si sottopone a questo trattamento, la scienza del diritto dello Stato riesce a fissare un solido fondamento concettuale per il proprio edificio. Contemporaneamente, però, essa riesce, con una tale libera attività creatrice a partire dalla scienza del diritto privato, a sminuire progressivamente il debito a questa dovuto nel momento in cui la aiuta ad ottenere la correzione di concetti scolastici a lungo non più sufficienti anche ai fini dell'uso puramente civilistico. Così, il consenso che può spuntar fuori dal legame tra i modi di pensare del diritto pubblico e del diritto privato dipende anzitutto dal fatto che la scienza del diritto pubblico si mantenga in totale autonomia di fronte alla dottrina civilistica. Per Laband però, nei fatti, la mancata osservanza di questo essenziale precetto è diventata una preoccupante fonte di errori. Egli non ha basato la propria grande struttura concettuale sull'ordinario sistema di pensiero del diritto privato, sicché il rimprovero spesso a lui rivolto di un deperimento del diritto pubblico mediante l'applicazione di un "metodo giusprivatistico" per esso inadeguato, non ha affatto bisogno di una giustificazione<sup>8</sup>. Senza considerare ciò, egli recepisce le dottrine tradizionali

---

<sup>8</sup> Alcune appropriate annotazioni le fa a questo proposito Glumpowitz, *op. cit.*, che però, da un lato, vede in modo completamente rovesciato il maltrattamento "giusprivatistico" del diritto *pubblico* come una conseguenza inevitabile di ogni trattamento "giuridico" di quest'ultimo, perché tra "giuridico" e "civilistico" non c'è differenza (p. 523 ss.), d'altro lato dimostra, per parte sua, un'incredibile assenza di cono-

della parte generale del sistema delle pandette, come fossero verità incontestabili e valide per tutti, tali da non necessitare di un'ulteriore verifica. La sua critica altrimenti così profonda e la sua dialettica spesso corrosiva si arrestano davanti al dogma del pensiero giuridico romanistico. Come da un'apparizione, egli crea da questa fonte il "concetto generale di diritto". Egli non considera con quanta fatica queste formule dogmatiche tradizionali danno attuazione in modo improvvisato, nel loro ambito, solo ai doveri ad esse posti; [non considera] con quanta forza esse in effetti risultano scosse dal libero e profondo lavoro di pensiero della scienza moderna all'interno del diritto privato, anche tra i cultori del diritto romano; [non considera] con quanta nostalgia gli stessi pensieri svuotati in schemi, dai quali egli si aspetta una nuova conformazione dei concetti di fondo del diritto pubblico, attendono in parte proprio dal diritto pubblico il momento liberatorio destinato a renderli attuabili con nuova vita e con forze fresche.

Così dunque, alla fine, le carenze nell'oggettiva concezione di base dell'autore costituiscono non solo il risultato necessario, ma al contempo la premessa, che non può essere ignorata, del suo metodo formalistico. Sulla strada da lui battuta egli poteva pervenire solo ad una concezione unilaterale ed esteriore dell'essenza dello Stato e del diritto. Solo che, per trovare come praticabile *tout court* questa strada e per non essere trascinato via dalla sua propria strada, sin dall'inizio egli doveva immaginare l'essenza dello Stato e del diritto all'interno di una certa limitatezza. In base a questa intima relazione di scambio, necessaria ai fini della propria efficacia, tra la natura dei mezzi applicati e quella del materiale lavorato, trova chiarimento il tratto di fondo quale viene fuori dal sistema di pensiero dell'autore e che conferisce ad esso, in tutte le sue parti, un carattere chiuso ed unitario. Ma, al contempo, diventa in questo modo comprensibile tutta la coerenza che sussiste, riguardo alla concezione per principi dello Stato e del diritto, tra il lavoro di Laband e un gran numero di moderni lavori di diritto pubblico, che ad un primo esame mostrano di non aver nulla in comune con esso se non il metodo. Non appena questo metodo venga accolto, è di-

---

scenza del dogma civilistico, nel momento in cui, per es., afferma che una persona giuridica può essere al contempo una società ed ogni società è dal punto di vista giusprivatistico una persona giuridica (p. 539 ss.)

sponibile così un quadro rigido, anche ai fini del contenuto astratto all'interno del quale rimangono possibili le più rudi contrapposizioni, pur ritornando sempre determinate idee di fondo. A questo punto sia pur sempre ed ancora consentito qui constatare nei contorni quale forma assumono ora, dal punto di vista del contenuto, il pensiero dello Stato, da un lato, e il pensiero del diritto, dall'altro, all'interno del modo di procedere di Laband.

#### IV

A proposito delle considerazioni sullo Stato Laband parte coeentemente dalla giusta valutazione del fatto che, per il diritto pubblico, il punto mediano di tutta la costruzione giuridica è costituito non dallo Stato come istituzione oggettiva, ma dallo Stato come soggetto di diritto e di doveri. La possibilità della piena realizzazione dell'idea del diritto nel diritto pubblico coesiste, in pratica, con la possibilità di esporre il contenuto delle norme giuridiche che costituiscono l'ordinamento dello Stato, al contempo senza considerare le sfere di volontà soggettive limitate giuridicamente. Va pertanto assolutamente approvato il fatto che Laband spinga al centro dei concetti di cui al diritto pubblico quello della personalità dello Stato.

Solo che già all'inizio egli si pone sulla libera ed ampia scia quale è sembrata aprirsi in tal modo. Perché, in riferimento all'essenza della personalità dello Stato, il suo metodo inadeguato lo porta subito ad una concezione in virtù della quale si verificano inevitabilmente lo svuotamento ed il deperimento dell'idea di Stato. Del tutto correttamente egli vede nel concetto di personalità dello Stato solo la crescita al livello più elevato del concetto generale di personalità dell'associazione. Egli pensa, troppo chiaramente e troppo sobriamente, di rivendicare misticamente per lo Stato un modo diverso di esistere rispetto a quanto si addice, in base alla legge, ad ogni complesso umano legato alla collettività. Egli non teme di trarre le conseguenze da questo modo di vedere nel momento in cui utilizza la tipologia generale dell'associazione ai fini della costruzione della soggettività giuridica pubblica. Solo che invece di sottoporre, a partire dal punto di vista così acquisito, ad una ricerca autonoma il concetto di personalità dell'associazione, accetta senz'altro il concetto di persona giuridica sviluppato dalla teo-

ria civilistica dell'associazione, come concetto di base valido per tutti. La "pulizia dalle specifiche caratteristiche del diritto privato" consiste a tal riguardo solo nel fatto che al soggetto finto vengono attribuiti diritti di sovranità invece che diritti di proprietà. Così, dunque, quel sistema di ombre spettrali che non può vivere e non può morire nel diritto privato, mantiene il proprio accesso nel diritto dello Stato. Solo che quest'ultimo non si accontenta del modesto ruolo che viene ad esso assegnato dalla teoria civilistica, di fianco alla singola persona, ma esige per sé il primo ed il più elevato posto. Tale diritto avanza la pretesa di sovranità ed aspira per sé al diritto sulla vita e sulla morte degli uomini in carne ed ossa!

Ora, nello stesso diritto privato la forma di pensiero assunta da Laband riguardo alla personalità dell'associazione prolunga in fondo solo un'esistenza tollerata che essa deve quasi esclusivamente alle differenze di opinione circa il sostituto da creare al suo posto. Tale personalità, per come si è sviluppata storicamente, è pur sempre praticabile a certe condizioni. Però, la sua trasmissione allo Stato in quanto tale non ha assolutamente senso, sul piano storico e logico. Perché il dogma civilistico della persona giuridica, per come è stato conformato nello spirito del diritto romano, coesiste con una concezione per la quale non ci può essere affatto un concetto di associazione di diritto privato in comune con il diritto pubblico. Questa *fictio*, in forza della quale una *universitas* viene trattata come se fosse un individuo, appartiene, per origine e finalità, esclusivamente alla sfera di influenza di uno "*jus quod ad singulorum utilitatem spectat*". Nel rappresentare l'espressione di una struttura rozza-mente individualistica del diritto privato, essa presuppone al contempo il completo isolamento di quest'ultimo nei confronti di un diritto pubblico in senso centralistico. Essa è possibile solo finché l'equiparazione di certe associazioni alle singole persone nel diritto di proprietà venga considerata del tutto in sé e per sé ed il collegamento di questa manifestazione con le parti costitutive dell'ordinamento sociale di natura pubblicistica venga trattato come una circostanza di natura esteriore e casuale. Questo concetto di individuo artificiale non solo non raggiunge la soggettività giuridica dello *jus publicum*, ma richiede, come necessario correlato, un concetto di Stato tale da esprimere, in totale contrapposizione ad una persona giuridica di tal genere, l'idea di un carattere generale diverso nella sua essenza rispetto agli individui. Chi pertanto vede nella teoria

della *fictio* civilistica la soluzione finale del problema della personalità dell'associazione deve rinunciare ad utilizzare questo concetto di genere ai fini della costruzione del diritto pubblico. Chi per contro spinge il concetto di persona giuridica al centro del diritto pubblico, lo deve anzitutto riconformare dalle fondamenta. Anzi, in tal modo risulta già fatta una parte del lavoro preliminare in ordine ad una tale riconformazione. Perché l'operazione riesca, c'è bisogno della sinergia tra pensiero giuridico civilistico e pensiero giuridico pubblicistico. Il diritto dello Stato non può aspettare allora oziosamente fino a che ad esso non venga consegnata dal diritto privato una teoria nobilitata delle società. A partire da sé stesso esso deve cercare di produrre con forza creativa il concetto di una personalità dell'associazione che abbia la qualità di accogliere e mantenere il potere terreno più elevato.

Già ho dato spesso espressione al mio convincimento circa il fatto che il concetto di persona giuridica è utilizzabile per il diritto pubblico solo se viene concepito e conformato in coerenza con la sua reale essenza in quanto concetto riferito alla personalità complessiva. Con il che non si ottiene null'altro se non la formulazione di una circostanza in essere. Rimane acquisito che l'intero così come esiste e vive, viene riconosciuto come soggetto di diritto. Per fare il proprio ingresso come soggetto nel diritto, esso non può essere trasformato grazie ad una *fictio* in un'essenza singola e non può essere pensato come qualcosa che non è, in realtà. Il diritto pubblico deve piuttosto essere, anche qui, concepito come un'essenza comune, come ciò che si manifesta nel mondo reale. La differenza peculiare tra diritto pubblico e diritto privato sta proprio nel fatto che, mentre il secondo regola solo le relazioni esterne delle singole esistenze che non sono raggiungibili per esso nella loro vita interna, il primo pone norme per la vita interna del sistema collettivo. Se pertanto il diritto pubblico vuole semplicemente attuare il concetto di personalità, è impossibile dover prescindere al riguardo dalla specifica differenza tra l'unità in tutto sociale e l'unità dell'individuo. Esso deve pertanto in lungo e in largo portare ad attuazione l'idea secondo cui per il sistema collettivo è adatta una personalità di ordine più elevato, che assuma la forma, con modalità disciplinate dalla legge, a partire dalla personalità di ciò di cui si compone. Invece di lacerare l'associazione di cui alle società nelle personalità individuali che sussistono di per sé artificialmente e naturalmente,

esso deve concepire tale associazione come un essere sociale vivente, in cui, da un lato, come nell'organismo naturale, al mutevole concetto di parte si contrapponga un'immanente unità dell'intero che la contiene, ma, d'altro lato, si verifichi una relazione giuridica impensabile in un organismo naturale tra l'essere collettivo e l'essere componente. Pertanto, il diritto pubblico deve al contempo concepire l'intero associativo nella sua reale unità come personalità di carattere generale e conservare alle parti associative, avuto riguardo alla loro posizione nei confronti della totalità, la personalità del membro. Sarà possibile – il che è incomprendibile per il pensiero di cui al diritto privato e con cui quindi coesiste la possibilità di un diritto pubblico – che una totalità ed una sua parte, senza per questo venir fuori da tale loro ordinamento complessivo, si pongano come soggetti con diritti e doveri reciproci. A partire da questo è subito chiaro, allora, che nel diritto pubblico, con le relazioni, del tutto sconosciute al diritto privato puro, all'interno di un ordinamento esistenziale interno, inizia anche una serie del tutto nuova di concetti giuridici che non trova alcuna analogia nella sfera dei rapporti individuali. Questi concetti specifici di diritto pubblico ricevono attuazione nel diritto di cui allo Stato, ma non appartengono ad esso in via esclusiva, bensì si sviluppano già, in misura totale, minore o maggiore, nel diritto costitutivo ed amministrativo di ogni associazione. Tuttavia, le analogie ricavate dal diritto delle società, per come Laband le utilizza in modo così ricco, risultano di valore inestimabile per il diritto pubblico. Solo che esse riescono a svolgere la loro funzione in modo soddisfacente ed a preservare il diritto pubblico dai modelli del diritto privato solo se prima è riconosciuto e portato ad attuazione, nelle società, proprio ciò su cui poggia la loro essenziale somiglianza con lo Stato.

Nel momento in cui segna un modo di procedere direttamente opposto e riduce da tutti i punti di vista la personalità dello Stato alla figura civilistica di una singola personalità inventata, Laband perviene alla fine – e necessariamente – ad una costruzione dello Stato puramente individualistica, cioè persino di natura giusprivatistica. Tutte le relazioni giuridiche di diritto pubblico si sciolgono per lui in legami esterni e meccanici tra titolari, in sé isolati, di sfere di volontà chiuse. La personalità giuridica dello Stato, nonostante il suo apparente significato centrale, è destinata ad esercitare in verità, al riguardo, solo la funzione di un apparato tecnico d'ausilio.

Essa offre il punto di collegamento permanente ed unitario per i diritti e i doveri contenuti all'interno del potere dello Stato, i quali potrebbero altrimenti essere concentrati solo da un punto di vista oggettivo all'interno di un'unità permanente e dovrebbero essere sottoposti, da un punto di vista soggettivo, allo scambio ed alla suddivisione. Con quest'attività formale si esaurisce il suo patrimonio. Perché, davanti a tutta l'onnipotenza ad essa attribuita, essa è condannata tuttavia, come essenza solamente pensata, ad un'eterna impotenza. Essa è, come ogni persona giuridica, "incapace in sé di volere e di agire" (I p. 87). Pertanto, non può far valere i propri diritti e non può assolvere ai propri doveri. Per questo, ha bisogno della rappresentanza di persone "capaci in sé di volere e di agire", cioè di individui ovvero di complessi di individui. Laband descrive queste persone naturali come "organi" della persona giuridica, ma concepisce del tutto la loro condizione nel senso di una delega di diritto privato da parte di una persona ad un'altra persona. Al contempo, non appena la formula astratta venga provata nelle questioni concrete della vita dello Stato, la persona giuridica è naturalmente destinata a sparire in base a ciò che succede sul piano pratico, a tutto vantaggio del suo unico rappresentante vivente. Così, nel punto decisivo, nel diritto pubblico così come nel diritto privato, emergono gli individui come uniche potenze effettive e la "comune essenza organica" (I p. 86) rimane un guscio vuoto di carattere linguistico nonostante essa sia stata elevata a soggetto del potere dello Stato. Si potrebbe persino quasi dubitare se una personalità dello Stato di tale tipo non farebbe meglio a sparire del tutto. Se eventi recenti hanno osato tentare di mettere di nuovo da parte l'idea della soggettività giuridica dello Stato conquistata in lunghi secoli, almeno viene meno l'assurdità per cui un sistema apparentemente dotato di capacità di volere e di agire venga dichiarato come soggetto di potere di rango più elevato. Le nebbie della *fictio* si diradano e con chiarezza appare l'evidente realtà secondo cui lo Stato non è altro che il contenuto dei rapporti di sovranità di questi individui su quegli individui. Ora sì che lo Stato può essere davvero costruito "realisticamente" da capo a piedi! Il risultato è certo inaccettabile per la

---

<sup>9</sup> La teoria qui pertinente di M. Seydel l'ho criticata in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 30, 170 ss. Il suo "realismo" lo ha nel frattempo superato Gumplovitz, nel momento in cui egli rende titolare del potere dello Stato non,

coscienza moderna<sup>9</sup>. Però è solo l'ultima parola della stessa concezione atomistico-meccanica ad essere nascosta, più che superata, dall'apparato artificiale connesso alla personalizzazione.

Questo tratto fondamentale condizionato dalla carenza di un concetto di personalità davvero di natura giuspubblicistica è una caratteristica tanto della costruzione messa in opera da Laband del vertice dello Stato, quanto in particolare della costruzione dello Stato confederale richiesta anzitutto dal suo oggetto. Ovunque, con il conseguente recupero dell'idea di personalità dello Stato vengono ottenute formule giuridiche di convincente correttezza, mentre l'attuazione di queste formule, con il contenuto di vita di un reale sistema collettivo, naufraga nel vuoto fantasma della persona giuridica di diritto civile con la volatilizzazione della personalità dello Stato.

## V

Per ciò che riguarda anzitutto lo Stato, Laband ha inquadrato correttamente la natura giuridica dei rapporti soggettivi di fondo in cui si realizza l'ordinamento oggettivo della comunità, nella misura in cui colloca tale natura all'interno della categoria dei rapporti giuridici riferiti alla persona. Egli mostra in modo convincente che il vincolo giuridico in essere tra lo Stato e i suoi membri, i suoi funzionari, le sue associazioni etc. non si esaurisce in un nesso di obbligazioni in senso giuridico, ma coglie la personalità in quanto tale. Egli fa valere a buon diritto (*mit Fug*) il fatto che qui è contenuta una caratteristica che i diritti pubblici hanno in comune con i diritti di famiglia del diritto privato di oggi e con i diritti di sovranità dei ceti del precedente diritto privato. Solo che in questa analogia egli trascura la differenza essenziale tra i rapporti giuridici personali di diritto pubblico e quelli di diritto privato. La sua concezione della persona giuridica gli preclude la possibilità di riconoscere quel tipo di diritto, nuovo e caratteristico, in crescita con i rapporti societari, che una persona considerata come parte della generalità detiene su sé stessa come componente e quest'ultima detiene su sé stessa in

---

come il primo, colui che è sovrano con modalità formalmente autorizzate, bensì l'indeterminata molteplicità della classe effettivamente dominante. Si potrà avere ciò solo come fatto consequenziale!

quanto membro della generalità. Egli riesce, sì, a rappresentare il fatto di trattare lo Stato come una società, ma fornisce in cambio, per questo, un modello societario non meno di diritto individuale. Ed egli acquisisce, sì, una forma di pensiero a proposito del rapporto in essere nello Stato tra sovraordinazione e subordinazione, ma perde al contempo l'idea del rapporto collettivo che è quella che permea lo Stato in virtù dell'ordinamento complessivo delle parti con il tutto.

Che lo Stato per propria essenza sia sovranità, l'autore lo ha giustamente riconosciuto e lo ha mantenuto fermo fin nei dettagli. Che però lo Stato per propria essenza sia anche cooperazione, la comprensione di ciò gli manca. Con acume egli ha individuato il momento della sovranità all'interno delle numerose espressioni della vita dello Stato e a partire da qui egli ha operato brillantemente ai fini dell'analisi e della sintesi dei diritti di sovranità dello Stato. Solo che il contenuto delle determinazioni di volontà si esaurisce per lui *tout court* nei rapporti di dominio e di sottomissione. Solo ciò che sta dentro la formula del "comandare ed ubbidire" costituisce per lui la materia pura e specifica dei poteri e delle responsabilità di diritto pubblico. Questo sistema non offre spazio alcuno per una qualsivoglia relazione di comunità sociale. Così, in un contesto di rozza unilateralità, l'idea di Stato viene privata del suo nocciolo interno. L'essenza comune, in cui Savigny vedeva la "forma vivente della comunità spirituale del popolo"<sup>10</sup>, viene trasformata, nelle considerazioni riguardanti il diritto dello Stato, in un puro apparato costrittivo di natura esterna.

All'interno di una tale concezione è inevitabile una separazione forzosa tra Stato e popolo. Lo Stato fa la sua apparizione all'esterno e al di sopra del popolo. Il popolo però si pone, come il territorio, come puro oggetto del diritto di sovranità dello Stato. Se la teoria più antica contrapponeva ad una personalità dello Stato costruita in tal modo una personalità particolare del popolo in quanto titolare dei diritti del popolo, con questa eco Laband ha fatto piazza pulita sin dalle fondamenta della costituzione dualistica dello Stato dei ceti. Ma egli ha mancato di ripagare il popolo a questo riguardo, nel momento in cui trasferisce la personalità unitaria dello Stato nella collettività organizzata. Egli dichiara tuttavia il popolo quale "sub-

<sup>10</sup> *System des römischen Rechtes*, vol. I, 22.

strato” dello Stato. Solo che, anche qui, egli mette del tutto sullo stesso piano “*Land und Leute*”<sup>11</sup> e non intende con ciò esprimere null’altro se non che entrambi rappresentano le “premesse essenziali” dello Stato (I p. 184). Nei fatti, anzi, la persona giuridica nel senso di cui alla teoria da lui recepita si contrappone da lontano e dall’esterno al suo cosiddetto “sostrato”. La personalità dello Stato è dunque sospesa, come un’unità puntualmente pensata al di sopra del popolo. Quest’ultimo non costituisce però un’unità soggettiva dal punto di vista del diritto pubblico, una collettività, una comunità, ma solo una pluralità mutevole di individui. Così, il rapporto di diritto pubblico tra Stato e popolo si esaurisce nella somma dei “rapporti di forza” che si basano, per il soggetto finto di cui al potere dello Stato, sui singoli appartenenti allo Stato. Ed il sistema assume un innegabile tratto assolutistico, che viene ridotto alla dottrina costituzionalistica qui riportata solo per mezzo di qualche concessione, accolta in senso limitato ed in modo non conseguenziale.

In modi con tratti molto peculiari i vantaggi e le carenze di una tale idea di Stato si fanno subito sentire nella costruzione dei rapporti giuridici di cittadinanza. In questo Laband si distanzia con decisione dalla dottrina puramente assolutistica, nel momento in cui vede in termini di contrapposizione la relazione tra Stato e singoli cittadini, la quale dà fondamento da entrambi i lati tanto a diritti quanto a doveri. Gli torna chiaramente utile il fatto che, immettendo l’analogia con i rapporti di forza del diritto di famiglia, non gli sta davanti agli occhi la *potestas* romana, bensì il *mundium* germanico<sup>12</sup>. Egli assegna allo Stato, all’interno e con il suo diritto di sovranità, l’obbligo generale di esercitare non solo tale diritto per il bene dei dominati, bensì i doveri determinati con legge nei confronti di ogni suddito. E rivendica per i cittadini, come correlato dell’obbligo di sottomissione, il cui contenuto egli esprime in maniera eccellente con i due punti di vista dell’obbedienza e della fedeltà, una pretesa della cittadinanza alla difesa e all’utilizzo collettivo delle istituzioni statali giuridiche e di *welfare*, così come inoltre, nello Stato costituzionale, rivendica il diritto, certo ancora alla condizione di ulteriori premesse, ad una partecipazione, sulla base

<sup>11</sup> [letteralmente “paesi e genti”, dal libro del tardo Ottocento di W.H. Riehl, per indicare il popolo delle campagne nell’ambito di un modello tradizionale - *N.d.C.*]

<sup>12</sup> [potere assoluto del capo famiglia - *n.d.C.*].

della costituzione, all'attività in cui si esprime la volontà dello Stato. Solo che egli non porta ad espressione l'essenza vera e propria della cittadinanza in quanto essere componente di una collettività, quale condizione impressa sul rapporto giuridico da parte della persona-socio all'interno della persona complessiva. Per questo egli in fondo costruisce i diritti civili in base allo schema della pretesa, quale può spettare anche ai componenti di un istituto al fine di godere dei vantaggi da esso offerti e forse anche ai fini della partecipazione all'amministrazione, senza raccogliere però il carattere dell'istituto. Per questo egli cancella, successivamente, la principale differenza tra diritti di cittadinanza e diritti individuali. Per questo egli non riesce alla fine a riconoscere, al di fuori delle categorie da lui stesso poste, un diritto dei cittadini nei confronti dello Stato fondato sul livello del soggetto e per questo egli contesta non solo il carattere giuridico dell'"essere indigeno", ma anche l'esistenza di "diritti di base" collettivi. Ora, l'essere indigeno non è null'altro se non la pretesa del cittadino di essere trattato dal proprio Stato come un suo membro e non come un estraneo – una pretesa che, con l'ampliamento all'"essere indigeno sul piano collettivo" nello Stato federale, accoglie in sé la nuova caratteristica di un diritto da parte di ogni cittadino dello Stato complessivo nei confronti di ogni Stato-membro, ma perde in tal modo la natura di un tale diritto. E per ciò che riguarda i diritti fondamentali, è certo fuor di dubbio che sotto questa rubrica, nelle carte costituzionali e nei libri di dottrina, siano finiti alcuni principi cui non corrisponde alcuna facoltà e che non appartengono affatto al diritto dello Stato. Solo che i diritti fondamentali puri sono diritti effettivi, di contenuto afferente al diritto pubblico. Perché essi si pongono, oggettivamente, come norme che delimitano una volta per tutte la sfera dello Stato di contro alle sfere degli individui (o anche di associazioni più ristrette). Ma da questo deriva un obbligo per lo Stato, dal punto di vista soggettivo, e per gli individui (o per le associazioni più ristrette) un diritto al fatto che vengano mantenuti questi limiti. Il singolo cittadino riceve nei diritti fondamentali una pretesa, conforme a costituzione, a che il suo Stato lo tratti in determinate relazioni come un individuo libero e non come un membro. I diritti fondamentali rappresentano una conformazione concreta e di diritto positivo della grande idea secondo cui l'uomo non si scioglie nel cittadino e l'associazione di cui allo Stato assorbe solo una parte della personalità,

ed anche per la collettività esiste, nel senso più elevato, un regno inviolabile di libertà individuale. Ma, al pari dell'occupazione di un determinato posto all'interno del sistema della collettività, la garanzia di una determinata misura circa un'essenza del singolo svincolata dal fatto di far parte di un'associazione ben può essere pensata come contenuto di un diritto soggettivo quale spetta alla persona in quanto membro della persona generale. Questo diritto ha un contenuto negativo nei confronti dello Stato. Solo che da quando i diritti di interdizione non appartengono ai diritti? Laband perde il necessario "oggetto" ai fini dell'esistenza di un diritto (I p. 149), poiché verrebbe garantita solo la "naturale libertà di movimento" del singolo all'interno di una determinata dimensione. Egli tralascia al riguardo il fatto che, quando, in sintesi, si parla anche di un diritto di libertà di credo e di coscienza, di stampa, di associazione e via dicendo, con ciò non si descrive affatto come "diritto fondamentale" il diritto a porre in essere certi comportamenti. Il "diritto fondamentale" si nasconde piuttosto nel diritto collocato al contempo nel fatto di essere membro dello Stato, di chiedere allo Stato il riconoscimento dell'incerta sfera dei comportamenti come di un terreno non statale di attività individuale e, di conseguenza, nel fatto di chiedere la cessazione degli attacchi di disturbo in queste sfere sottratte al vincolo con la collettività. Non meno leggero è il peso delle obiezioni che vengono sollevate a partire dalla possibilità logica di una suddivisione e di un aumento a piacere dei diritti fondamentali, obiezioni destinate ad andare a finire nella risibile questione del perché non si statuisca anche un diritto fondamentale afferente alla capacità di scambio in generale ovvero persino un diritto riguardante il fatto di passeggiare, di bere birra e di dormire indisturbati. Nei fatti dipende solo dagli sviluppi storici e dai bisogni pratici se e come un singolo diritto fondamentale venga smontato e rimontato, considerando il terreno vitale della singola persona attraverso lo Stato, in singoli diritti fondamentali limitati e garantiti. Alla fine, il concetto dei diritti fondamentali non può essere superato considerando che in ogni momento essi possono essere tolti di mezzo con un atto di legge dello Stato. Perché questo vale egualmente per tutti i diritti soggettivi. La rappresentazione giusnaturalistica di diritti dell'uomo dappertutto eterni ed eguali di certo si scioglie davanti a questa asciutta considerazione. Anche i diritti fondamentali sono diritti positivi, i quali vengono determinati ma-

terialmente dalla relativa coscienza giuridica e sottostanno, fondamentalmente, alle disposizioni sovrane dello Stato. Solo che finché essi esistono, lo Stato stesso li riconosce come un'espressione della consapevolezza sul piano del diritto circa il fatto che essi pongono alla sua sfera di volontà un limite che lo vincola giuridicamente. Tuttavia, i diritti fondamentali non hanno un analogo nel diritto privato. Essi non hanno neanche un modello nel diritto di una qualche altra società pubblica. Perché nessuna associazione al di fuori dello Stato coglie la personalità umana in modo tale da avere l'occasione oppure anche solo il diritto di garantire nei particolari ai propri membri il piacere di una sfera di diritti precipi inviolabili da parte della collettività. Ciò di cui c'è bisogno nelle garanzie circa la libertà individuale di contro al potere della società viene concesso dall'ordinamento giuridico dello Stato e solo da esso. Proprio per questo, però, i diritti fondamentali hanno un significato specifico riguardante il diritto dello Stato, dal cui disconoscimento, nel sistema del diritto pubblico di Laband, si è determinata una lacuna tanto caratteristica quanto sensibile. Il fatto che si tratti solo di una rappresentazione del diritto pubblico dell'Impero cui manca una formulazione dottrinarica dei diritti fondamentali nella carta costituzionale, non cambia nulla al riguardo. Perché l'Impero non solo non ha negato con ciò l'esistenza di diritti fondamentali, ma ha in parte statuito ed costruito, con la propria legislazione di diritto positivo, anche una massa di diritti fondamentali e in parte ha modificato e completato le statuizioni di cui alle costituzioni degli Stati in ordine ai diritti fondamentali. È compito della scienza rintracciare da questo materiale disperso i principi che, in riferimento al rapporto tra individuo e collettività, stanno alla base del diritto pubblico dell'Impero. Nel momento in cui Laband si sottrae a questo compito, egli porta ad espressione in modo imperfetto il contenuto e la dimensione dell'idea di Impero. Solo in parte egli, di tanto in tanto, considera le "libertà" realizzate dall'Impero, ma le sottopone solo alla prospettiva di norme-guida per i singoli rami dell'amministrazione, e lascia privo di apprezzamento il loro significato fondamentale dal punto di vista del diritto pubblico. Egli tratta così in modo insufficiente soprattutto la legislazione che garantisce e limita la libertà di movimento personale nonché la libertà economica all'interno dell'Impero tedesco. Egli tralascia del tutto altri diritti di libertà normati dalle leggi dell'Impero. Nella rappresentazione del-

l'aspetto concernente il diritto pubblico del sistema giudiziario egli riserva, sì, spazio a tutti i dettagli della dottrina dei testimoni coatti, ma rinvia solo al diritto di rito le determinazioni del diritto processuale penale dell'Impero attraverso cui viene, al contempo, riconosciuto e limitato il principio di inviolabilità della persona e dell'abitazione (III 2 p. 17). E la legge dell'Impero sulla stampa egli la cita solo una volta, nel momento in cui si esprime sulle limitazioni della libertà di stampa all'epoca dello stato di guerra (III 1 p. 46). Egli non dà avvio a null'altro, inoltre, per quanto concerne la libertà di stampa all'interno del diritto pubblico. Certo, una conseguenza appropriata di contro alle premesse concettuali, dalle quali essa fa derivare il fatto di evocare debolmente le preoccupazioni più serie!

Circa la dottrina delle "basi naturali dell'Impero" di cui al "*Volk und Land*"<sup>13</sup>, con Laband si chiude subito la dottrina dell'"organizzazione del potere imperiale". Pensata come uno schema di diritto pubblico generale, questo ordinamento lascia intravedere certo una carenza, riportata nella dottrina più recente, nella costruzione sistematica. Perché le singole persone costituiscono il corpo dello Stato non come una somma di atomi tra loro eguali, ma all'interno di una determinata articolazione di diritto pubblico in virtù della quale esse ricevono un valore giuridico diseguale ai fini della totalità ed un raggruppamento determinante ai fini della composizione elementare della totalità. Se dunque il sistema collettivo deve essere costruito sul piano giuridico, la rappresentazione delle rilevanti differenze di diritto pubblico all'interno della collettività del popolo deve anzitutto ricollegarsi alla determinazione del contenuto ed alla dimensione dell'appartenenza. Questo compito allora si scompone nuovamente in due parti, in cui richiedono considerazione, da un lato, le differenziazioni del diritto di cittadinanza in base a qualità individuali (nascita, sesso, età, mestiere, cultura, apprezzabilità, proprietà etc.) e, dall'altro, le associazioni di tipo societario tra singolo e Stato. Il diritto pubblico dell'Impero può e deve, sì, lasciare queste materie tra le cose principali del diritto di cui allo Stato nazionale. Ma per due aspetti l'assenza di un concetto giuridico di articolazione del popolo ha avuto un effetto negativo sulle argomentazioni di Laband. Anzitutto egli, in

<sup>13</sup> [lett. "popolo e territorio", sintesi del pensiero conservatore tedesco dell'epoca - *n.d.C.*].

mancanza di una teoria soddisfacente in merito all'articolazione societaria dello Stato unitario, anche a proposito della costruzione dello Stato confederale ha concepito impropriamente la situazione della composizione di uno Stato complessivo nei singoli Stati. Su questo ritorneremo più avanti. Subito dopo però egli ha riunito con il concetto di organo statale quello di partecipazione particolarmente qualificata, nella misura in cui non lo fa rifluire in quello relativo alle premesse per l'esercizio di certi diritti di cittadinanza. Su questa base egli ha determinato letteralmente in modo insufficiente l'essenza della monarchia (I p. 87). Il monarca non è semplicemente l'organo più elevato dello Stato, bensì il vertice del popolo, dal punto di vista del diritto pubblico. Da sempre è attribuita a lui, dal diritto pubblico, una posizione semplice ed unica all'interno dell'organismo statale, un significato specifico e peculiare per la collettività, un valore personale incomparabile. Egli non è semplicemente uno tra i membri dello Stato, che viene chiamato, in base alla costituzione, ad esercitare i diritti di sovranità dello Stato, ma si differenzia dagli altri membri dello Stato per il modo in cui appartiene a quest'ultimo. Come per ogni cittadino, egli ha un proprio diritto nei confronti dello Stato circa il fatto di esserne membro, così come il monarca ha un diritto proprio verso lo Stato nella posizione di vertice. Questo diritto, che è rappresentabile come un diritto di cittadinanza potenziato, costituisce il fondamento della sua nomina ad organo più elevato del potere dello Stato. Solo che esso va differenziato dal punto di vista concettuale: va al di là nei suoi effetti (per es. in riferimento al diritto alla cosiddetta inviolabilità e alla intangibilità della persona); esiste indipendentemente dall'esercizio effettivo dei diritti di sovranità ad esso collegati (per es. in caso di reggenza); non viene affatto determinato, nella sua intensità, dalla maggiore o minore dimensione dei pieni poteri del monarca. Tenere conto di questa situazione riveste un significato particolare se deve essere risolta la questione circa la natura giuridica della solennità dell'imperatore tedesco. Molto appropriatamente Laband spiega (I p. 210 ss.) che l'imperatore quale organo dello Stato non ha i diritti del monarca, ma che, ciò nonostante, la sua posizione non si basa su un puro diritto d'ufficio. Ma egli non esaurisce in una direzione positiva il concetto di impero (*Kaisertum*), nel momento in cui lo riconduce ai due momenti di un'organicità imperiale autonoma e diretta, da un lato, e, dall'altro lato, di un "diritto particolare" spet-

tante allo Stato prussiano e al suo re in ordine a tale organicità. La categoria degli “*jura singulorum*”, in cui egli inserisce questo “diritto di appartenenza privilegiato”, esprime il significato di tale diritto ai fini del rapporto tra gli Stati all’interno dell’Impero e per l’Impero. In verità, però, al contempo è attribuita all’imperatore in quanto tale una posizione eminente all’interno di tutto l’Impero, un diritto di cittadinanza imperiale potenziato, in breve, la qualità personale di un vertice del popolo tedesco dal punto di vista del diritto pubblico. Egli non è quindi, anche per l’Impero, un semplice organo, ma una personalità di componente unica nel suo genere e la più elevata possibile. Qui sta la natura monarchica della solennità imperiale, natura che, nonostante tutte le deduzioni contrarie, permea sempre ed in modo rinnovato la coscienza giuridica. Quale organo dell’Impero, l’imperatore necessita della pienezza del potere monarchico, nel momento in cui esercita solo determinati diritti monarchici ed anche questo esclusivamente in rappresentanza dell’insieme dei sovrani tedeschi. Per poter attuare massicciamente questo compito non monarchico di contenuto in parte monarchico, egli viene nominato al titolo giuridico di monarca e, nella posizione personale di monarca, viene nominato al vertice dell’Impero. Solo che occorre ricordare, inoltre, che anche i monarchi dei singoli Stati in quanto tali (del tutto a prescindere naturalmente dallo loro partecipazione ai privilegi dell’alta nobiltà) costituiscono, dal punto di vista del diritto dell’Impero, una classe con caratteristiche proprie di cittadini dell’Impero, i quali vengono valutati non come semplici membri, ma persino come vertici di aggregati di membri all’interno della personalità complessiva dell’Impero, senza che a questo accresciuto diritto di cittadinanza dell’Impero sia collegata una qualche organicità nell’Impero autonoma e diretta. Ma occorre espressamente mettere l’accento sul fatto che lo stesso Laband, in un altro campo, ha apprezzato con gran successo la differenza concettuale tra la personalità qualificata di membro e la nomina ad organo. E questo settore è l’ordinamento dei funzionari (I p. 382 ss.). Perché il fondamento principale di questa dottrina consiste, da parte dell’autore, nella realizzazione dell’idea di fondo secondo cui i concetti di “funzionario” e di “ufficio” non coincidono ed anzi l’essenza del rapporto di servizio del funzionario consiste in un legame particolare di diritto personale indipendente dal conferimento di un ufficio, in un’elevazione della cittadinanza statale ad una sorta di ser-

vitù di servizio ed in una modifica, determinatasi in tal modo, della personalità di cui alla cittadinanza. Va anche rappresentato il fatto che anche qui, di nuovo, risulta realizzata la costruzione del reciproco diritto alla persona tra lo Stato e il funzionario, fondato sul modello dell'omaggio feudale del vassallo, ed è perciò venuta a mancare quella costruzione puramente individualistica<sup>14</sup>.

Nella trattazione dell'organizzazione dello Stato Laband lascia perdere una determinazione precisa del concetto di "organo". Solo che è molto chiaro, in base a quanto prima osservato, che egli concepisce una persona capace di intendere e di agire come quella chiamata alla rappresentanza, in base alla costituzione, in quanto persona giuridica capace di intendere e di agire. Pertanto, con il suo concetto di organo, egli non riesce a far pervenire ad espressione corretta proprio il rapporto associativo indicato con questa parola come modello. Perché, se si fa sul serio con l'idea della sostanza comune, l'organo compare piuttosto come la persona nel cui intendere e nel cui agire si manifesta, in base alla costituzione, l'unità di vita invisibile della persona complessiva. Un tale concetto giuridico è destinato ad essere necessariamente lontano rispetto al puro diritto privato, dal momento che quest'ultimo è un moderno ordinamento dell'esistenza tra unità di volontà individuali in sé conchiuso e non ha nulla a che vedere con la struttura interna di una

---

<sup>14</sup> All'interno del punto di vista circa una differenziazione del diritto di cittadinanza statale in forza di una particolare posizione di membro *all'interno del* sistema generale ricade inoltre non solo anche il rapporto di servizio personale degli ufficiali etc. (III 1 p. 209 ss.) ed il diritto particolare del personale militare soprattutto (III 1 p. 252 ss.), ma in egual modo la più elevata difesa dei membri della rappresentanza popolare (I p. 570 ss.). A ragione Laband nega qui, pertanto, in effetti, l'esistenza di "diritti soggettivi di determinati individui fondati sul privilegio". Egli va al di là però dello scopo quando in materia non intende accogliere affatto alcun diritto soggettivo. Come la stessa cittadinanza nell'Impero costituisce una condizione giuridica di natura pubblicistica acquisita e persa in forme particolari, la garanzia a ciò integralmente collegata di contro a certi attacchi del potere dello Stato riguarda una pretesa pubblicistica concessa alla persona in questa sua qualità di membro. A partire dalla natura di tale pretesa puramente di diritto pubblico, da un lato, e dalla relativa appartenenza al fatto di far parte del *Reichstag*, dall'altro, trovano abbastanza chiarimento le differenze fatte da Laband rispetto ai diritti privati autonomi. Certo, questi diritti non si possono conquistare e perdere da sé, non possono essere effettivamente dati o ceduti, non possono essere fatti valere mediante una denuncia; la legge non li può cancellare con una legge senza un risarcimento; essi appartengono ai loro *titolari* non per amor proprio, ma per amore del bene pubblico. Solo che tutto ciò si addice a moltissimi diritti pubblici!

volontà personificata. Esso deve, per contro, venire necessariamente alla luce nel diritto societario, non appena questo venga concepito come ordinamento interno dell'esistenza di un sistema collettivo e con ciò venga anche riferito al rapporto tra unità e pluralità nell'ambito di una volontà comune messa insieme a partire da volontà particolari. Perché, dove si contrappongono come persone una totalità e le sue parti, anche l'ordinamento complessivo vero e proprio delle parti sul totale contraddistinto come "organizzazione" (nella misura in cui costituisce ordinamento di volontà) deve formare oggetto di norme giuridiche e di rapporti giuridici. Il diritto pubblico, in quanto "diritto costituzionale", deve suggellare come concetti giuridici quei concetti che sgorgano dall'idea di un sistema di vita che si manifesta, esprime volontà ed agisce attraverso i movimenti dei suoi membri. Esso deve fissare le premesse alle quali un'umana azione di volontà condizionata e determinata dalla collettività non viene giuridicamente attribuita agli individui che vi prendono parte per il fatto di esistere di per sé, ma viene riconosciuta quale espressione di vita del sistema comune; esso deve portare ad espressione anche sul piano giuridico il reciproco rapporto tra unità parziali diseguali per cultura e per attività, che producono effetti, nel complicato organismo del sistema comune, quale strumento della medesima unità complessiva. È così che il concetto di "organo" diventa concetto giuridico. Questa relazione non può essere sussunta nella categoria della "rappresentanza", nel senso individualistico del diritto privato, senza distruggere il relativo nocciolo. Una "delega" è presente qui solo nel senso della rappresentanza di una totalità per mezzo della sua parte, non nel senso dell'azione di una totalità al posto di un'altra totalità. La persona-membro rappresenta giuridicamente, come organo all'interno della sua funzione conforme a costituzione, la persona generale, così come l'occhio rappresenta le persone nel vedere e la mano nello scrivere<sup>15</sup>. Il sistema collettivo intende ed agisce mediante l'organo che esprime volontà ed azione secondo costituzione, sicché, nella dimensione quale in tal modo risulta fissata, l'intendere e l'agire della componente visibile della società si identificano semplicemente con l'intendere e l'agire della persona non visibile di cui alla società. Di conseguenza, anche il concetto di diritto individuale di cui alla "de-

---

<sup>15</sup> Cfr. già H. Grozio, *De Jure belli ac pacis*, I c. 3 § 7.

lega” è inutilizzabile ai fini dell’aspetto esteriore di questo rapporto, così come, per i suoi aspetti interni, il concetto di diritto individuale di cui all’“incarico”. Interviene qui piuttosto, per il concetto di delega, quello generale di “competenza” secondo costituzione e, per il concetto di incarico (in base alla legge o al negozio giuridico), quello generale di “nomina” secondo la costituzione (diretta ovvero mediata attraverso un atto di volontà). A questo pervengono, allora, ulteriori concetti giuridici precipui, i quali si riferiscono alla struttura interna degli organi complessi. In particolare, da un ordinamento complessivo di tipo cooperativo di organi parziali verso organi emerge il concetto di “consiglio” (*Kollegium*), in cui i concetti di unità generale collegiale e di organizzazione collegiale ritornano con significato immutato come riproduzioni dei corrispondenti concetti sociali. Ed analogamente, da un collegamento attinente alla sovranità tra parti di un organo segue il concetto di “superiore” e di “subordinato”, laddove, nel campo del rapporto di servizio, i concetti dell’unità concentrata nel vertice, della sovraordinazione e della subordinazione, della forza di comando e dell’obbligo dell’obbedienza, rispecchiano il tipo di rapporto sovrano. Tutti questi concetti sono anzitutto concetti di diritto oggettivo, il quale fissa – a proposito dell’esistenza – la competenza, la cultura e la struttura interna degli organi quali istituzioni permanenti. Solo che alle norme corrispondono, anche qui, rapporti giuridici soggettivi che non possono essere disconosciuti per il fatto di non piegarsi a nessuna categoria di diritto privato. Ciò in quanto la posizione di organo o di parte di organo rappresenta del tutto, come quella di membro, una condizione della personalità di una parte all’interno della personalità complessiva. Intorno ad una posizione di tale genere può essere quindi sviluppato un dovere o un diritto nei diversi gradi di forza. A quel punto la caratteristica della titolarità di una funzione organica giuridicamente fondata per una persona o per una generalità di persone appare come una relazione di carattere pubblicistico in virtù della quale il sistema generale ha, sul proprio sistema parziale, un diritto a realizzare determinati compiti ed il sistema parziale ha, sul sistema generale, un diritto alla cessione della sfera di attività quale è stata posta in tal modo. Alla fine, i diritti e i doveri che l’organo deve esercitare e tutelare in forza delle proprie competenze nei confronti di altri organi, nei confronti degli organi parziali e nei confronti dei singoli membri dello Stato, sono effettivamente diritti

e doveri dello Stato: solo che anche in questa direzione sussiste, per la personalità dell'organo in quanto tale, un indiscutibile diritto soggettivo all'esercizio dei diritti ed un indiscutibile obbligo soggettivo ad attuare i doveri.

Esistono così, dunque, effettivamente, a partire dal principio dell'esistenza collettiva, categorie concettuali di diritto pubblico con il cui aiuto possono essere giuridicamente costruiti i rapporti di organizzazione di diritto pubblico complicati e variamente differenziati, senza distruggere il loro specifico contenuto, mentre Laband viene portato alla fine in errore, nel momento in cui conferisce tutto il sostegno a questa dottrina partendo dal suo principio di fondo individualistico, e soprattutto non riesce a rintracciare, in una serie di relazioni, il rapporto giuridico soggettivo corrispondente all'ordinamento. Senza arrivare al dettaglio in tutto, vogliamo dare rilievo in tre direzioni ad alcuni punti particolarmente importanti per quanto riguarda le differenze che vengono in luce tra gli organi dello Stato.

Una prima differenza deriva dal fatto che la posizione dell'organo talora è direttamente collegata ad una determinata posizione di membro all'interno dell'esistenza collettiva, talora è l'effetto di un particolare atto di nomina da parte dello Stato. In quel modo, al contempo, al monarca (ovvero all'imperatore per l'esercizio del potere imperiale) spetta l'esercizio del potere più elevato quale vertice, mentre la partecipazione all'atto del voto spetta ai cittadini aventi diritto quali membri a pieno titolo. I diritti dei ceti appartengono qui alle funzioni statali, così come la nomina, secondo costituzione, da parte delle associazioni circa gli organi dello Stato unitario e da parte degli Stati membri circa gli organi dello Stato confederale. Qui è ovunque contenuto un diritto soggettivo alla posizione di organo quale parte costitutiva indivisibile all'interno dei corrispondenti diritti di appartenenza<sup>16</sup>. Lo stesso fatto di essere organo viene quindi acquisito e perso solo unitamente alla posizione di membro cui esso appartiene, mentre l'autorizzazione all'esercizio effettivo della funzione statale con ciò assegnata può temporaneamente basarsi a partire da fondamenti particolari<sup>17</sup>. In altri casi, per

<sup>16</sup> Questo lo riconosce anche Laband in riferimento al diritto dell'Impero, ai diritti dello Stato nel *Bundesrat* e ai diritti elettorali nei confronti del *Reichstag* nell'Impero tedesco.

<sup>17</sup> In riferimento al diritto elettorale, Laband dà correttamente attuazione alla differenza tra silenzio ed assenza permanente o temporanea (I p. 525 ss.) del diritto.

contro, la chiamata ad una posizione organica ha luogo per mezzo della nomina o del voto quali trovano attuazione attraverso atti di volontà dello Stato per mezzo di organi a ciò competenti e dotati dunque, dal canto loro, di diritti di nomina ovvero di diritti elettorali. Vengono fuori al riguardo, nel loro significato principale, differenze drastiche ed apprezzate ovunque da Laband, dopo che l'assunzione della funzione risulta rimessa alla libera volontà ovvero risulta imposta ai cittadini dello Stato come dovere dei sudditi. Un diritto soggettivo ad una chiamata di tal genere non esiste, di regola e, soprattutto, non è contenuto nel riconoscimento della "capacità" in riferimento ad una funzione. Con la realizzazione della chiamata, tuttavia, viene dato fondamento ad un diritto soggettivo ad essere organo. Solo che esso, per contenuto e dimensione, può essere in tal modo conformato, per solidità e durata, in modo estremamente diseguale. Così, l'appartenenza al *Reichstag* è un diritto che non può essere sottratto ad un'autonoma gestione della volontà del *Reichstag*, mentre l'appartenenza al *Bundesrat* è un diritto, revocabile a volontà, a collaborare come organo votante di uno Stato in occasione della formazione all'atto della volontà del *Bundesrat*<sup>18</sup>. Allo stesso modo, l'ufficio può dare fondamento ad una solida pretesa all'esercizio indipendente della funzione statale con ciò affidata, come è suggellato nel modo più chiaro possibile a proposito dell'ufficio del giudice, ovvero può conferire solo una facoltà, sia a determinate premesse sia in modo perfettamente libero e revocabile, per quanto concerne la gestione dei diritti di sovranità statali. Ma il titolare dell'ufficio, finché la posizione organica non gli venga revocata oppure sospesa in base al suo esercizio, ha sempre un diritto

---

Occorre solo aggiungere che manca al contempo il pieno diritto attivo di cittadinanza non solo alle donne e ai minorenni (*Altersunreifen*), ma anche a quanti sono sottoposti a tutela, a quanti non sono indipendenti economicamente e ai disonesti.

<sup>18</sup> L'essenza dell'appartenenza al *Reichstag* Laband la descrive correttamente ed elimina al riguardo, felicemente, i concetti di "mandato" e di "rappresentanza" (I p. 502 ss.). Per contro, per quanto concerne l'appartenenza al *Bundesrat*, egli lavora con il concetto di "rappresentanza", a proposito della quale "mandato" e "delega" cadono a pezzi (I p. 236 ss. e 244 ss.). In verità, il deputato del *Bundestag* si trova in una posizione organica in due modi, nel momento in cui egli, da un lato, è semplicemente l'organo dipendente del proprio Stato ai fini della votazione e dall'altro, in base a questa posizione e per la sua durata, funge come membro formalmente autonomo di un organo dell'Impero. Più o meno allo stesso modo starebbe il deputato se si pensasse realizzata la richiesta radicale di cui al mandato elettorale imperativo, responsabile e revocabile senza ulteriore modifica del diritto parlamentare.

soggettivo a rappresentare la personalità dello Stato in una determinata sfera dell'intendere e dell'agire<sup>19</sup>.

Una seconda differenza tra gli organi dello Stato sta nella relazione che passa tra di loro. Da questo punto di vista si possono suddividere organi statali diretti ed indiretti, a seconda se un organo è indipendente da un altro organo ovvero vi è sottoposto. Organi diretti dell'Impero tedesco sono l'imperatore, il *Bundesrat*, il *Reichstag* e l'elettorato. Perché nessuno di questi organi è subalterno e responsabile nella propria sfera, secondo la costituzione, all'intendere e all'agire rispetto ad un altro organo<sup>20</sup>. Agli organi indiretti appartengono le commissioni del *Bundesrat*, le commissioni del *Reichstag* e soprattutto gli uffici, tra i quali però i tribunali, nella misura in cui esercitano la funzione della giurisdizione, debbono essere considerati, intesi in senso stretto, come organi diretti dello Stato. Gli organi indiretti compaiono come sotto-organi di un organo diretto, ma si trovano di nuovo, l'uno nei confronti dell'altro, nelle relazioni più variegata riguardo la composizione complessiva e l'integrazione. Il grado di dipendenza e le forme della responsabilità possono essere normati in modo molto diverso. Anche qui, alle norme oggettive di diritto attraverso cui vengono regolate tutte queste condizioni di collocazione collaterale, da un lato, e di collocazione sovra- o subordinata, dall'altro lato, corrispondono diritti e doveri soggettivi. Ogni organo in quanto tale ha un dovere, che a che fare con il diritto pubblico, di agire secondo la misura del contenuto della legge ovvero del contenuto mediato attraverso l'ordine, secondo legge, da parte di un organo sovraordinato, e di astenersi dall'esorbitare dalla propria competenza. Esso ha al contempo una facoltà di diritto statutale, con i mezzi che stanno a sua disposizione,

---

<sup>19</sup> Laband contesta semplicemente ogni diritto del funzionario alla funzione collegata all'ufficio (I p. 293 ss. e 460). Egli illustra appropriatamente il fatto che il funzionario non tratta diritti propri, ma diritti autoritativi dello Stato, e dunque non è il loro "soggetto", ma lo "strumento" per mezzo del quale lo Stato li esercita. Solo che c'è persino un diritto sul fatto che ci sia un tale strumento! Altrimenti anche il diritto elettorale lo sarebbe e, anzi, il diritto del governo da parte del monarca non sarebbe un diritto. Altrettanto evidente è l'obiezione secondo cui la salvaguardia della funzione dell'ufficio è soprattutto un obbligo. Doveri e diritti appartengono, qui come molto spesso, ai rapporti pubblicistici. Giusto è solo che nei confronti dello Stato questo diritto possa avere il carattere di un *quid* puramente *precarium*.

<sup>20</sup> Che un organo venga costruito o sciolto, venga posto in attività o fuori attività, non contrasta con la sua autonomia funzionale.

di esercitare i diritti dello Stato ad esso affidati e di rifiutare intrusioni nella propria competenza da parte di organi non autorizzati. Al riguardo, non si tratta però, certo, di diritti “veri e propri”, essendo tutta la competenza dell’organo solo una parte costitutiva della sfera di potere unitaria dello Stato. Solo che ne segue che questi diritti non possono essere costruiti nel senso dello Stato dei ceti, con forme del diritto privato. L’organo in quanto tale non ha affatto la capacità di avere diritti veri e propri, perché non è una “persona giuridica”, non è un soggetto di diritto in sé e per sé<sup>21</sup>. Se però manca all’organo la personalità completa dell’individuo e dell’associazione con modello societario, esso non necessita affatto, ancora, della soggettività giuridica. Ad esso deve essere piuttosto attribuito il significato di un’unità parziale soggettiva all’interno del sistema collettivo ed in tal modo una personalità di organo all’interno della personalità complessiva. Dunque, l’organo in quanto tale è senza dubbio un soggetto idoneo quanto a diritti e doveri di natura pubblicistica. Che gli organi diretti dello Stato e che, in particolare, nell’Impero l’imperatore in quanto tale, il *Bundestag* ed il *Bundesrat*, abbiano un “diritto” alla rappresentanza della personalità dello Stato in una determinata sfera, Laband non sembra contestarlo. Per contro, egli accorda un tale diritto agli organi indiretti dello Stato ed in particolare agli uffici (I p. 294 ss.). Eppure, sussiste qui solo una differenza per gradi! Ciò che Laband obietta è giusto, alla lettera, sia per il *Bundesrat* che per il *Reichstag* e dimostra semplicemente e solo che gli uffici non hanno un diritto individuale al potere d’ufficio secondo la tipologia del potere legato alla proprietà o della forza di una società. L’ufficio non costituisce una persona piena dal punto di vista giuridico come la rappresentanza popolare, ma è una persona organica così come la rappresentanza popolare<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Un collegio, un’autorità, il *Reichstag*, il *Bundesrat* non sono affatto persone giuridiche. Laddove però al contempo lo sia una persona singola ovvero una persona collettiva, la titolarità dell’organo deve essere allora concettualmente separata dalla personalità che esiste di per sé.

<sup>22</sup> Laband dichiara l’autorità anzitutto anche come un “soggetto ideale”, ma, successivamente, in riferimento allo Stato, la dichiara semplicemente come “una ruota o una vite all’interno di un macchinario”. Un’equiparazione tra la posizione di diritto pubblico dell’autorità e quella di diritto privato delle *stationes fiscali* mostra in modo particolarmente chiaro come l’errore principale, anche qui, sta nella trattazione della personalità dello Stato come di una personalità individuale di natura artificiale. Il paragone dimostra l’opposto di ciò che deve non appena il diritto *pubblico* venga concepito come un ordinamento interno di sussistenza di un sistema comune.

Esso esercita, come il *Bundesrat*, solo diritti di sovranità dello Stato, ma ha, come quest'ultimo, insieme al dovere, il diritto all'esercizio di tali diritti. Come per le controversie costituzionali (I p. 271), anche le controversie sulla competenza rappresentano veri e propri comportamenti giuridici, in cui organi dello stesso Stato si contrappongono come parti. Lo Stato certo, in base alla propria valutazione, così come può istituire, trasformare e sopprimere uffici, può anche modificare e trasferire competenze. Esso può del pari anche trasformare i propri organi di base e spostare le loro sfere d'azione. Il fatto che ci sia bisogno al riguardo di una modifica della costituzione nei cui confronti debba collaborare l'organo interessato, mentre gli uffici non hanno un diritto di opposizione, fornisce una base solo per una differenza avuto riguardo alla garanzia per tale diritto dal punto di vista della sua sottrazione. Con la modifica del diritto oggettivo ad opera dello Stato, diventano non validi soprattutto i corrispondenti diritti soggettivi, senza che per questo essi abbiano meno la natura di diritti soggettivi. Ogni modifica dell'organizzazione statale è però una modifica del diritto oggettivo. Se c'è bisogno al riguardo della modalità formale di cui alla legge, solo nella misura in cui l'organizzazione risulti fissata con legge, anche le disposizioni attraverso cui un organo a ciò autorizzato con legge modifica qualche cosa nell'istituzione o nella competenza degli organi ad esso sottoposti, non si pongono come disposizioni amministrative, bensì come disposizioni di natura giuridica, norme giuridiche materiali<sup>23</sup>. È evidente, alla fine, che la maggiore o minore autonomia di un ufficio nel suo ambito di effettività ha un significato de-

---

<sup>23</sup> In questo punto, molto importante dal punto di vista pratico, Laband è certamente di altro parere (II p. 207 ss.). Solo che egli entra in contraddizione con sé stesso quando dichiara qui gli atti di volontà statali di contenuto perfettamente eguale dal punto di vista materiale a seconda della forma per essi necessaria, ora come "attività di creazione delle norme", ora come "gestione d'affari", mentre diversamente determina ovunque la natura interna dei comportamenti statali solo in base al loro contenuto. O anche le leggi sull'organizzazione dell'autorità sono solo leggi in senso formale oppure le disposizioni su questa materia contengono altrettanto norme giuridiche. Il parallelo di Laband tra corporazione e società per azioni (I p. 208) non è esatto: la creazione di nuovi "organi" è, anche qui, un atto di autonomia, mentre la divisione dei "pieni poteri" così come la conclusione di un "contratto di servizio", qui come nello Stato, è un negozio giuridico appartenente alla "gestione d'affari", ma tuttavia non cambia nulla nell'organizzazione. – In base ad un avvenimento che lo ha riguardato, anche il tribunale dell'Impero si è deciso perché l'organizzazione dell'autorità sia norma giuridica; *Entsch.* v. 24 sett. 1880, Z.S. II n. 19 p. 65.

cisivo, in effetti, per la dimensione e per il contenuto dei diritti e dei doveri insiti nella sua funzione organica, ma non riguarda il concetto di diritto alla funzione.

Una terza differenza tra gli organi dello Stato deriva dal fatto che tra di loro uno deve essere il più elevato, perché l'unità della personalità dello Stato spinge inevitabilmente verso un organo centrale unitario. Laband specifica che, nell'Impero tedesco, questo organo "sovrano" può essere trovato solo all'interno del contenuto unitario degli organi sovrani degli Stati membri (I p. 87 ss.). Questo organo centrale dell'Impero non diventa, certo, mai visibile ed attivo nella sua unità. La sua funzione si esaurisce nel fatto che, attraverso i comportamenti separati dei suoi membri, la formazione e la determinazione di volontà del *Bundesrat* producono effetti ed inoltre pongono l'imperatore come suo membro più elevato. Solo che, anche nella moderna repubblica, l'organo sovrano costituisce una generalità, che viene solo immaginata come unità senza mai riunirsi effettivamente e che funziona nei fatti solo negli atti di volontà separati dei propri membri. Un tale organo centrale necessita naturalmente di organi rappresentativi, che esercitino effettivamente a suo nome i più elevati diritti di cui al potere statale, ed individua tali organi, in base alla costituzione dell'Impero, nell'imperatore e nel *Bundesrat*. Rimanendo tutelata l'unità dell'organo più elevato, questa distribuzione tra più organi delle funzioni relative all'esercizio della rappresentanza non crea intralcio, come anzi accade più volte nella repubblica moderna in riferimento alle stesse relazioni. Imperatore e *Bundesrat* non sono pertanto né unitariamente né isolatamente "sovrani" dell'Impero, ma debbono, insieme e *pro parte* in sé stessi, esercitare nell'Impero i diritti del sovrano, mentre la sovranità, non ritagliata e non suddivisa, dell'"insieme dei principi e delle città federate" si manifesta, come sempre, nel fatto che la dignità dell'imperatore è collegata in modo indivisibile alla sua posizione predominante di membro di questa generalità ed il *Bundesrat* è posto ed è continuamente gestito da tutti i suoi membri secondo la misura della loro posizione di componenti diseguali secondo costituzione. Anche Laband sembra essere del tutto d'accordo con questa concezione (I p. 251). Solo che egli vi rinuncia nella misura in cui mette in parallelo l'Imperatore e il *Bundesrat* con la "presidenza" e "l'assemblea generale" di una società per azioni (I p. 225 e 252). Questo paragone non funziona neanche da lontano. Perché

l'assemblea generale è essa stessa l'organo centrale della società, dietro cui non c'è più nessun organo ed accanto al quale la presidenza non deve esercitare nessun più elevato potere societario. Ma imperatore e *Bundesrat* utilizzano, insieme e l'uno nei confronti dell'altro, la funzione sovrana al posto di un organo centrale che sta dietro ad entrambi e che non tiene lontane, da parte sua, le "assemblee generali". Laband sposta la posizione dell'imperatore nel momento in cui lo sminuisce a "gestore dell'Impero" (I p. 227 e 298). Egli dipinge il quadro del *Bundesrat* in maniera ancora più insolita nel momento in cui lo eleva ad "assemblea dei membri" dell'Impero e piuttosto riserva ancora spazio, dietro di esso, ad una posizione particolare dei singoli membri (I p. 251). Egli perviene così all'errata supposizione di una "doppia natura" del *Bundesrat* (I p. 232 ss.), in virtù della quale esso è contemporaneamente un organo dei singoli Stati in ordine all'esercizio dei diritti di appartenenza ed un organo dell'Impero quale persona unitaria. In verità, il *Bundesrat* in quanto tale è da tutti i punti di vista solo un organo dell'Impero. Una "doppia posizione" ce l'ha solamente il singolo appartenente al *Bundesrat*, nel momento in cui è al contempo un organo votante dipendente dal proprio Stato nonché una parte organica autonoma dell'organo collegiale di cui all'Impero formato a partire da tali organi votanti. Il "principio federativo" portato in tal modo ad attuazione all'interno della struttura del *Bundesrat* è, ai fini della sua posizione organica di diritto statutale, tanto poco rilevante quanto l'opposto principio, attuato all'interno della struttura del *Reichstag*, di cui ad una rappresentanza popolare unitaria ai fini della posizione organica del *Reichstag*. Il *Bundesrat* è esattamente "organo dello Stato" solo nello stesso senso "storico-politico" in cui il *Reichstag* è "organo del popolo". I "diritti degli Stati nel *Bundesrat*" (I p. 234 ss.) rappresentano solo parti costitutive ed integrative della sua formazione determinata in modo peculiare in forza delle idee federative, in quanto organo dell'Impero.

Ma per ciò che riguarda ora l'importante questione circa la posizione dell'organo sovrano all'interno dello Stato e del suo rapporto con gli altri organi, anche a questo riguardo Laband attua in maniera imperfetta una giusta idea di base, perché la sua concezione della personalità dello Stato lo spinge subito verso altre strade. Egli parte dal principio della "sovranità dello Stato" e dichiara esclusivamente lo Stato in quanto tale come il vero e proprio

“soggetto della forza statale” (I p. 85 ss.). Solo che, anche se egli con ciò vede nel “sovrano” – possa essere il monarca oppure il popolo oppure chiunque altro – solo un organo della personalità dello Stato sovrano esclusivamente in base ad un diritto originario, come risultato egli identifica lo Stato in un’essenza che agisce completamente insieme al suo organo sovrano. Perché, in modo non sottolineato, egli sostituisce al concetto di organo più elevato quello di “titolare della forza dello Stato” (I p. 87). Quindi, da una parte, tutta la reale esistenza della personalità dello Stato è collocata in questo “titolare”, così come anche, in riferimento all’Impero, viene totalmente ed ulteriormente abbandonata la differenza tra personalità dell’Impero e collettività pensata come unità di principi e di liberi cittadini. E, d’altra parte, è nella “forza dello Stato” che è concentrato tutto il diritto statale, soprattutto sul piano concettuale, intorno all’organo sovrano, che, “come titolare unico della forza dello Stato indivisa ed indivisibile” (II p. 6), non lascia spazio alcuno per un diritto egualmente originario ed autonomo da parte di un secondo organo. Laband combatte a ragione la dottrina della divisione dei poteri (II p. 7 e ss.). Solo che egli assume a torto che in ogni chiamata di organi non sovrani in ordine all’esercizio in comune della vera e propria “forza dello Stato” si collochi una divisione dei poteri. In verità, è del tutto compatibile con l’unità dell’esistenza collettiva una distribuzione delle funzioni contenute nel potere dello Stato tra più organi diretti ed autonomi chiamati a rappresentare la personalità dello Stato. Incompatibile con questa unità è solo la lacerazione meccanica delle funzioni dello Stato in più sfere di potere indicate in organi divisi in quanto “poteri” autonomi. Per questo c’è bisogno di un organo più elevato che, nella posizione di “organo centrale”, prenda parte essenzialmente ed in posizione di guida ad ogni funzione statale. Non è però del tutto escluso che questo organo “sovrano” debba esercitare, in determinate direzioni, la “forza dello Stato indivisa ed indivisibile” solo insieme ad un organo non sovrano. Proprio qui, piuttosto, sta l’essenza dello Stato costituzionale, in cui nei fatti il sovrano non è l’“unico” titolare del potere dello Stato, ma è riconosciuto “contitolare” dello stesso. Nel momento in cui sostiene il contrario, Laband butta fuori dalla porta, insieme al falso costituzionalismo, il vero costituzionalismo! Ma di nuovo egli non è consequenziale. Perché, in base alle sue premesse, è costretto ad attribuire ad ogni

organo non sovrano solo un'autorizzazione all'esercizio di diritti statali desunta dall'organo sovrano, dal momento che l'organo sovrano ha già tutto il potere dello Stato e non esistono diritti dello Stato al di fuori del potere dello Stato<sup>24</sup>. Laband sembra, per contro, attribuire anche al *Reichstag* ed ai suoi elettori una competenza statale originaria ed autonoma, una partecipazione diretta, di derivazione statale, alla sua attività di volontà e all'esercizio dei diritti di sovranità (I p. 505). Non è propriamente evidente, tuttavia, da dove egli prenda lo spazio per una collocazione di tale tipo della rappresentanza popolare e, rispettivamente, della generalità del popolo. Perché, avendo egli già trovato nel *Bundesrat* l'"assemblea generale" dell'Impero, il *Reichstag* cade del tutto nel vuoto. Ed avendo egli già assegnato tutto il potere dello Stato, manca la materia per un'autorizzazione statale parallela nei confronti della rappresentanza popolare. Così dunque, nei fatti, è venuta a risultare poco chiara e poco sicura la formulazione generale dei rapporti tra l'organicità del *Reichstag* nell'Impero e la titolarità del potere dell'Impero prima completata con tutto il suo apparato. In fondo, alla fine, al *Reichstag* viene assegnato, senza eccezioni, il suo posto in modo più collaterale che non all'interno dello "Stato", nel momento in cui – in un modo, certo, molto arbitrario – il concetto di Stato viene ristretto secondo necessità. Se si guarda al nocciolo, per Laband "lo Stato" come soggetto attivo di diritto coincide così con il "governo", mentre la rappresentanza popolare in un certo qual modo compare solo come una commissione di parti interessate dello Stato chiamata dall'esterno, al cui assenso questo "Stato" è vincolato per legge circa le decisioni di volontà importanti ed al cui controllo esso è sottoposto per legge. Se Laband avesse ulteriormente portato avanti il parallelo con la società per azioni, avrebbe dovuto forse comparare il *Reichstag* ad un'assemblea di obbligazionisti primari chiamata, in base allo statuto, ad autorizzare certe decisioni ed a controllare l'amministrazione! In questo senso dunque, senza ecce-

---

<sup>24</sup> Questa conseguenza la tira Zorn (*Staatsrecht des deutschen Reiches* I, 138), nel momento in cui, sulla base della stesse serie di idee (sovranità della "finta personalità dello Stato", esigenza di un "titolare naturale" ed identità della "sovranità" con il "potere dello Stato"), nella monarchia egli realmente attribuisce al "popolo" solo una "compartecipazione concessa" dal sovrano in ordine "all'esercizio del potere dello Stato" e quindi dichiara come "ottriata" anche ogni carta di tipo costituzionale (inclusa quella dell'Impero tedesco).

zioni, il momento autenticamente “statale” di ogni azione dello Stato viene collocato esclusivamente in un “comando” ed ogni partecipazione del *Reichstag* viene dedotta a partire da questo comando, anche se non può essere contestato al *Reichstag* il diritto ad una compartecipazione nella preparazione del comportamento dello Stato ovvero ad una verifica successiva della relativa legittimità e della relativa opportunità. Così, anzitutto, a proposito della legislazione e similmente a proposito della conclusione di accordi di Stato, la funzione del *Reichstag* viene al contempo teoricamente destatalizzata e praticamente mutilata<sup>25</sup>. In forme non meno rozze emerge però, nella teoria di Laband, l’identificazione dello “Stato” con il “governo” in merito alla “gestione delle entrate e delle spese senza legge di bilancio” (III 2 p. 367-376). Tutta questa teoria crolla quando ci si allontana dall’implicita premessa secondo cui i diritti e i doveri dello Stato coincidono con i diritti e i doveri del più elevato organo dello Stato. Tuttavia, continuano a rimanere, in una situazione di assenza del bilancio, il diritto dello Stato alle entrate che ad esso pervengono per legge e gli obblighi per lo Stato che ad esso spettano per legge. E tuttavia costituisce un’ineludibile necessità il fatto che la finanza pubblica non sia inerte ed accada almeno ciò che è necessario per le entrate e per le spese. Solo che con ciò non è affatto detto che la gestione finanziaria, che per costituzione può aver luogo solo sulla base di una unità di volontà fissata da parte di più organi in forma di legge, spetti piuttosto ad uno degli organi che prendono parte alle forme della legislazione, anche senza il fondamento di una tale autorizzazione. Lo Stato stesso ha taciuto dove avrebbe dovuto parlare: il suo organismo giuridico ha mancato in conseguenza dell’inattività o della divisione dei propri organi. Ne deriva inevitabilmente una lacuna giuridica nella vita dello Stato. La sola condizione alla quale può essere gestita, secondo costituzione, la funzione dell’amministrazione della finanza non risulta realizzata. Fino a che non si realizza tale premessa in questa sfera, anche l’organo più elevato non può pertanto funzionare secondo costituzione, nonostante la sua posizione sovrana. Ciò che può e deve accadere è solo una questione politica. Di sicuro, le finanze dello Stato in effetti non possono e non vengono sospese. La bancarotta

<sup>25</sup> Cfr. il mio annuncio in Grünhut, *op. cit.*, 229-231. – Zorn formula ancora più approfonditamente *op. cit.*, 111 ss. il pensiero di Laband.

del diritto pubblico non impedisce la prosecuzione della vita dello Stato. Perché lo Stato non è un semplice organismo giuridico, ma un organismo sociale naturale nonché spirituale e morale, il cui ordinamento esistenziale è sì necessariamente al contempo ordinamento giuridico, ma che non deriva affatto da esso. Tuttavia, ogni rottura nella vita costituzionale significa per lo Stato una patologia, che, in caso di un “conflitto” permanente tra gli organi chiamati dalla costituzione ad una volontà unitaria, può alla fine metterne in pericolo l'intera esistenza. Solo che, come per ogni organismo, lo Stato possiede la capacità e la tendenza alla conservazione della vita, nonostante rilevanti disturbi nel normale corso degli accadimenti della vita, e riesce con ciò a superare e ad appianare anche severe crisi del proprio ordinamento giuridico. Così, anche l'assenza della legge di bilancio, sebbene renda impossibile la legittima prosecuzione della gestione della finanza pubblica, non blocca affatto tale prosecuzione. Piuttosto, come sempre, lo Stato incasserà e spenderà danaro attraverso un qualche organo che è effettivamente autorizzato a ciò, nonostante l'assenza dell'autorizzazione secondo costituzione. Solo che a decidere sull'esercizio di questa funzione statale durante la condizione di assenza del bilancio non è il diritto, ma il potere. Per quanto il se ed il come dell'attuale gestione delle finanze possano derivare in modo così necessario e naturale dai rapporti organici di cui al sistema collettivo, non viene più per questo trasformato in diritto ciò che anche solo per una volta non è diritto secondo la costituzione<sup>26</sup>. Con una situazione oggettiva di tale tipo è specialmente il governo, gravato della responsabilità quale organo di rango più elevato, ad essere posto davanti alla scelta di sottrarsi con le dimissioni alla necessità di agire senza diritto ovvero di continuare a gestire le finanze dello Stato senza titolo giuridico. È possibile che esso sia politicamente ed eticamente autorizzato o persino

---

<sup>26</sup> Laband (III 2 p. 368) suppone, sbagliando, che debbano necessariamente esserci “regole giuridiche” per risolvere ogni conflitto di diritto statale. Solo che qui si è in presenza proprio di un caso in cui il diritto dello Stato costituzionale si mostra insufficiente. Quindi v. Martitz e Zorn non hanno meritato il rimprovero di “arbitrarietà” e di “luogo comune” quando essi argomentano che il pensiero giuridico in quanto tale non sa più andare avanti qui, quando “vengono poste questioni che non appartengono più al campo del diritto”. L'affermazione, certo, secondo cui in tali casi “lo Stato si trova sull'orlo dell'abisso”, colpisce al di là dell'obiettivo. Perché soprattutto è il diritto ad essere minacciato nella sua esistenza, ma con questo non - ovvero non necessariamente - lo Stato.

obbligato a decidere per accollarsi la responsabilità di una gestione finanziaria incostituzionale. Ma la sua azione rimane incostituzionale ed esso si accolla in tal modo una colpa sul piano giuridico. Da questo punto di vista è anche del tutto indifferente se e chi venga toccato da una colpa soggettiva per il fatto di continuare a gestire la situazione di emergenza, per quanto possa essere importante in questo l'apprezzamento politico ed etico del comportamento del governo. Tanto meno la situazione di necessità in quanto tale costituisce una base per lo sgravio per il governo, non essendoci in ogni caso alcuna necessità giuridica che proprio questo governo continui a gestire la finanza, e la decisione al riguardo viene fuori, piuttosto, da una libera scelta sul piano giuridico<sup>27</sup>. Perciò, non c'è alcuna altra strada per liberare il governo da una tale colpa sul piano del diritto pubblico, se non la "legge di sanatoria" (*Indemnitätgesetz*). Non si può però al riguardo tralasciare il fatto che, di fianco alla responsabilità annullata con la concessione della "sanatoria", rimane l'ulteriore responsabilità la cui rimozione avviene attraverso la concessione del "*decharge*" [discarico-*n.d.C.*]. Nel primo caso si tratta del fatto che è stata gestita la finanza, nel secondo caso si tratta delle modalità di tale gestione. Quando il governo viola la costituzione per il fatto semplicemente di gestire senza legge di bilancio, ancora non è diventato con ciò inapplicabile il criterio della giustezza o meno in ordine alle singole entrate ed alle singole spese. E a questo riguardo le argomentazioni di Laband sulla gestione delle entrate e delle spese senza legge di bilancio mantengono il loro valore teorico e pratico. Non solo risulta pagato in modo giuridicamente valido ciò che è pagato per conto dello Stato sulla base di un obbligo giuridico ovvero in base ad una pubblica necessità per lo Stato da parte di un governo non autorizzato ovvero a questo governo. Anzi, il governo è anche libero da ogni responsabilità finanziaria in riferimento a tali entrate e a tali spese, mentre ha bisogno della copertura formale ad esso assicurata dalla legge di bilancio. Se gli viene concessa la sanatoria, ha al contempo un diritto alla concessione del *decharge* in riferimento a quelle entrate e a quelle spese

---

<sup>27</sup> Questo Laband lo trascura totalmente; egli contesta a ragione che la situazione di fatto di assenza del bilancio costituisca una "ferita della costituzione" (III 2 p. 368), ma tace sulla "ferita della costituzione" che si accolla chi gestisce entrate e spese dello Stato in una tale situazione; la possibilità delle dimissioni del governo nello Stato costituzionale egli non la considera affatto.

la cui conformità alla legge e la cui necessità esso riesca a documentare, ma ben esso può rimanere, nonostante ciò, gravato in ragione dell'uso e del reperimento arbitrario di mezzi dello Stato.

La costruzione di Laband delle funzioni dello Stato si pone in stretta connessione con questa concezione dell'organizzazione statale. Da tutto il libro emerge l'idea secondo cui in tutta l'attività dello Stato l'unico momento veramente statale si nasconde nel comando, garantito attraverso l'esecuzione forzosa, da parte del sovrano sui sudditi. Nei fatti una specifica caratteristica che suddivide lo Stato dalle altre associazioni consiste in effetti non solo nello sviluppo di un potere di volontà generale, ma nel far valere il potere di volontà più elevato e superiore su ogni volontà singola, particolare o comune. Solo che non è solo per questo che si può porre "l'essenziale sul piano giuridico" di tutta l'attività dello Stato esclusivamente in questa forma incrementata in essa in modo peculiare. Il comando liberato del suo contenuto costituisce, anzi, un'astrazione priva di essenza. Se si pensa lo Stato come un vuoto apparato di comando, che può essere riempito con un contenuto a piacere, si ottiene così un concetto di Stato senza realtà. L'essenziale funzione umana dello Stato si manifesta dappertutto ed in ogni tempo non solo nel fatto di esprimere il comando, ma in ciò che comanda. Tuttavia, non si può rilevare *a priori* un contenuto dell'attività dello Stato realizzato ovunque ed in ogni tempo in maniera eguale. Alla base di ogni determinazione e di ogni conformazione di diritto positivo della sfera di effettività dello Stato si trova una determinata coscienza giuridica che, con il concetto di Stato, pone come dato un determinato contenuto funzionale di carattere materiale. Ma solo sul terreno di una determinata coscienza giuridica può essere sviluppato, soprattutto, un concetto di Stato utilizzabile dal punto di vista del diritto pubblico. Il diritto pubblico quale per noi intende avere un significato, deve fare i conti con le nostre idee circa l'essenza dello Stato, senza lasciarsi fuorviare al riguardo dal fatto di considerare ciò che per una volta un popolo ha considerato come legittimo ambito di effettività del proprio despota oppure di considerare ciò che dappertutto nega un'origine scarsamente vincolata del suo potere statale. Per noi, però, il concetto di Stato richiede che esso assuma e perda in una determinata dimensione i compiti di difesa e di rappresentanza degli interessi dell'esterno e quelli di realizzazione e di cura del diritto e della cultura dell'interno; che esso

quindi, quale essenza comune più elevata ed onnicomprensiva, non escluda dal proprio ambito di effettività alcun aspetto delle finalità della comunità umana; che esso tuttavia non faccia deperire, per gli individui e per le società, i loro ambiti di vita propri ed entri in tali attività da questo punto di vista solo in via sussidiaria. Ne derivano, in riferimento alla determinazione ed alla delimitazione delle funzioni statali, principi di diritto pubblico di primo rango, che si sviluppano subito in una quantità di norme giuridiche concrete di contenuto di diritto pubblico e sfociano, nell'ordinamento di dettaglio, proprio in regole più o meno condizionate tecnicamente. Di fronte a questo, Laband non disconosce affatto il significato politico e storico della questione della dimensione e del contenuto dell'attività dello Stato. Solo che egli crede, a partire dal punto di vista del diritto pubblico, di dover scorgere qualcosa di puramente effettivo e casuale nel se e nella misura in cui lo Stato si pone come obiettivo la realizzazione di questi o di quei compiti di vita nazionali. Lo specifico interesse di diritto statutale aumenta per lui proprio non appena lo Stato, per l'attuazione di una qualche finalità da esso prescelta, mette in movimento il proprio potere di sovranità e con ciò dà attuazione alla forma del comando e della costrizione come strumento. Con ciò l'idea dello Stato – a prescindere da se per lui rimanga garantita la relativa pienezza sotto il profilo delle considerazioni di carattere politico e storico – si rattrappisce in una formula vuota ai fini della concezione sul piano giuridico. Naturalmente Laband non ha potuto evitare di caratterizzare, nella rappresentazione delle funzioni di potere dell'Impero, anche il contenuto dell'attività dello Stato. Solo che, nel momento in cui egli dappertutto colloca la questione cruciale nella sua forma partendo dal contenuto materiale della vita dello Stato, egli sposta completamente le linee della situazione che vale nella realtà. Dobbiamo qui rinunciare a mostrare i buchi e le unilateralità quali sono venuti fuori nel sistema di Laband grazie al fatto che il compito culturale dello Stato risulta eliminato dalla relativa concezione sul piano giuridico. In quale modo, per contro, abbia avuto conseguenze la concezione puramente formale dei compiti giuridici dello Stato con modalità distruttive sulla idea di fondo dell'essenza del diritto, lo vedremo più innanzi.

Alla fine, all'interno delle dottrine che si riferiscono allo Stato *tout court*, ancora le teorie del fondamento e dell'esaurimento (*Endigung*) delle condizioni di esistenza dal punto di vista del diritto

pubblico vengono caratterizzate come un campo in cui Laband, in diverse parti della sua opera, è stato portato, dalle sue insufficienti idee sullo Stato, a costruzioni carenti. Se lo Stato viene concepito come un'essenza comune, ogni modo di procedere che crea o distrugge la sua esistenza è un modo di procedere che ha a che fare con la vita, il cui contenuto giuridico consiste nel porre o nell'annullare una personalità complessiva. Un tale modo di procedere può chiaramente essere molto poco costruito come negozio giuridico come nel caso della nascita o della morte della singola persona. Esso si caratterizza piuttosto solo come il realizzarsi di una circostanza cui il diritto oggettivo ricollega un effetto giuridico. Quindi, nella misura in cui uno Stato come l'Impero tedesco deriva da un atto di volontà, mai più questo atto costitutivo può ricadere nelle categorie della conclusione di un accordo. Tuttavia, rispetto alla creazione di un sistema comune, possono venire prima accordi attraverso cui i relativi e futuri membri si obbligano l'uno con l'altro a porre in essere i necessari comportamenti fondativi e si fissano al contempo le condizioni di vita del futuro sistema comune. Solo che lo stesso fondamento viene in questo modo solo preparato e determinato, ma non attuato. Anche Laband concepisce correttamente allo stesso modo il momento dell'accordo, come a proposito della fondazione della Confederazione degli Stati tedeschi (I p.17 ss.). Ma, per ciò che riguarda la determinazione positiva della natura stessa dell'atto fondativo, egli rimane a metà strada. Egli denomina in modo del tutto appropriato le leggi territoriali di assenso ai fini dell'introduzione della costituzione confederale, in quanto dichiarazioni di volontà espresse in forma di legge da parte dei singoli Stati, che con ciò hanno posto in essere nei fatti la fondazione della Confederazione (I p. 30-33). Solo che egli costruisce questi atti dei singoli Stati solo come una somma di comportamenti individuali, attraverso cui ogni Stato ha dichiarato per sé il proprio ingresso nella Confederazione, e non riesce pertanto semplicemente a rendere comprensibile come ne potesse derivare un nuovo soggetto giuridico unitario. Perché la Confederazione sussista come persona di diritto pubblico, essa necessita di una norma giuridica oggettiva che la dichiari tale. Una siffatta norma giuridica però era impossibile che derivasse dal diritto precedente e tanto meno che venga creata sul suo terreno attraverso la legislazione del singolo Stato. In verità, occorre distinguere, nei comportamenti di volontà dei singoli

Stati, un doppio momento. I singoli Stati si sono ripiegati su sé stessi nel momento in cui si sono posti come membri di un sistema comune di livello più elevato. Ma essi hanno al contempo disposto di questo sistema comune nel momento in cui, come membri di questo sistema, pongono, ciascuno, l'intero nella propria parte. Nello stesso momento in cui si sono dichiarati membri, essi hanno già agito come membri. Al contempo, con l'alienazione della volontà che ogni Stato doveva intraprendere autonomamente, la conseguenza era una costruzione delle volontà possibile solo attraverso la generalità di cui allo Stato. Gli Stati, nello stesso atto in cui come Stati singoli hanno ceduto una parte della loro personalità, come organo primario del nuovo Stato complessivo hanno però dato luogo all'autoimposizione di una personalità complessiva. Qui, come in ogni costituzione di società per mezzo di un atto di volontà, l'ultima attività libera dall'associazione di una somma di volontà individuali coincide dunque con la prima dichiarazione della nuova volontà comune unitaria. Il rimprovero della "*generatio aequivoca*", che Laband non a torto solleva di contro alla costruzione di Hänel con la sua suddivisione tra le dichiarazioni dello Stato sulla costituzione confederale e la dichiarazione della Confederazione sul fatto di appropriarsi di questa costituzione (I p. 29), non è giusto nella misura in cui si mantiene fermo che si tratta solo di due pagine del medesimo atto creativo, tale da apparire, verso il passato, come un'azione molteplice di una somma di individui che cedono con ciò il loro essere divisi e, verso il futuro, come un'azione unitaria di una collettività che pone con ciò la propria subordinazione. Al riguardo, però, la fondazione di uno Stato si differenzia in punti essenziali da quella di una società all'interno dello Stato, per il fatto che, nel secondo caso, la norma giuridica oggettiva che decide sul riconoscimento della nuova unità associativa quale soggetto giuridico, già sussiste nell'ordinamento giuridico in essere, mentre, nella fondazione di un nuovo Stato, la corrispondente norma giuridica sorge proprio con la nascita della personalità di carattere generale. Perché lo Stato non può ricevere il principio fondamentale del proprio diritto statale da un ordinamento giuridico posto al di fuori di esso<sup>28</sup>. Esso deve piuttosto, inevitabilmente,

<sup>28</sup> Qui parliamo naturalmente solo della validità, dal punto di vista del diritto pubblico, dell'esistenza dello Stato per i cittadini, non della sua validità dal punto di vista del diritto internazionale per gli altri Stati.

porre la propria esistenza come esistenza giuridica a partire dalla completezza dei poteri e con ciò dichiararsi esso stesso come la persona complessiva più elevata<sup>29</sup>. Conformemente a ciò, nei fatti la Confederazione degli Stati del Nord ha “messo con sé al mondo” il contenuto della propria costituzione, ma vi ha assegnato, dal proprio punto di vista, forza di legge. Essa ha accettato le condizioni della propria esistenza, prontamente poste dagli altri fattori, all’atto del passaggio della propria produzione, contemporaneamente all’affermazione di questa esistenza con una sua propria decisione di volontà, e con ciò si è creata, proprio nel momento della propria nascita, le basi del proprio diritto pubblico. Questa condizione ha trovato la propria espressione adeguata nella nuova pubblicazione della costituzione della Confederazione. Laband nota a ragione che questa pubblicazione non è una sanzione: essa è solo l’annuncio di un suggello, attuato dalla Confederazione in quanto tale, su come essa già era presente e su come non poteva affatto mancare, se semplicemente ci doveva essere un diritto pubblico confederale. – In termini analoghi, ogni modifica dell’essenza del sistema comune deve essere concepita come la sua istituzione ovvero la sua soppressione. Si tratta al riguardo di un modo di procedere che ha a che fare con la vita, il cui contenuto giuridico consiste nel realizzare in modi diversi (*Anderssetzung*) una personalità generale. Neanche questo procedimento è un negozio giuridico e, in particolare, nel caso della sua realizzazione con un atto di volontà, non costituisce un accordo, sebbene esso possa essere reso possibile e possa essere determinato per mezzo di accordi. All’interno del giusto apprezzamento di questo rapporto, Laband ha del tutto differenziato in modo profondo tra di loro, in occasione dell’ampliamento della Confederazione tedesca del Nord all’Impero tedesco (I p. 37 ss.) nonché in occasione dell’inglobamento dell’Alsazia-Lorena (I p. 52 ss.), le basi contrattuali della modifica e dell’atto costitutivo di cui alla modifica. Solo che egli, a proposito della nascita dell’Impero, tratta nuovamente le dichiarazioni di ingresso degli Stati tedeschi del Sud e le dichiarazioni di accoglimento da parte della Confederazione tedesca del Nord, solo come comportamenti singoli di consenso comune, invece di scorgere in ciò, al contempo, l’atto com-

<sup>29</sup> Questo è il giusto nocciolo nelle argomentazioni di G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienna, 1882, 253-271.

plessivo unitario della personalità generale che si assesta diversamente mediante la collaborazione dei suoi nuovi membri e l'auto-trasformazione della Confederazione ampliata ad Impero. – Infine, tutte le modifiche interne nella struttura del sistema comune possono essere costruite giuridicamente solo all'interno degli stessi punti di vista. Ciò vale in particolare per le incessanti modifiche personali che provocano uno scambio nella composizione, nell'articolazione ovvero nell'organizzazione dello Stato. Ogni presentazione ovvero ogni cessazione di una cittadinanza, ogni acquisizione o perdita di una posizione di membro vera e propria, ogni chiamata o destituzione ad e da una posizione organica costituisce un procedimento vitale di carattere interno, il cui contenuto giuridico consiste nel dare fondamento ovvero nell'annullare una qualsivoglia condizione relativa alla personalità parziale all'interno della personalità complessiva. Nella misura in cui, pertanto, gli atti di volontà giocano un ruolo, si tratta, di nuovo, di un atto costitutivo unitario della sostanza comune, quale si costruisce o si demolisce da sé attraverso la propria attività in un qualsivoglia punto. È possibile certamente, anche qui, un accordo concluso tra lo Stato ed un suo membro futuro o presente, accordo che può portare ad un obbligo a porre in essere il corrispondente comportamento sociale ovvero, rispettivamente, alla sottoposizione a quest'ultimo, e che al contempo può determinare più precisamente, all'interno dello spazio d'azione lasciato libero dal diritto pubblico, il rapporto da realizzare avuto riguardo alle condizioni. Solo che è impossibile che l'accordo abbia la forza di intervenire direttamente apportando modifiche nella composizione, nell'articolazione oppure nell'organizzazione dello Stato. Il concetto di accordo appartiene all'ambito delle idee del diritto individuale ed è sufficiente quindi solo fino al punto in cui singoli o società si mettono d'accordo in quanto titolari di sfere di volontà divise intorno ad un atto di volontà comune. Esso diventa per contro inapplicabile dove iniziano le idee specifiche del diritto societario e quindi pone in dubbio la relazione tra le volontà all'interno di una sfera di volontà comune unitaria. Pertanto, dipende di nuovo dalla concezione di base di diritto individuale di Laband circa la struttura interna dello Stato il fatto che egli riconosca questi limiti del principio dell'accordo e soprattutto costruisca l'accoglimento della cittadinanza e la concessione della qualità di funzionario come "accordi di diritto pubblico", quali debbono

essere concepiti secondo il modello preliminare giusprivatistico dell'adozione, da un lato (I p. 166 nota 2), e dell'omaggio feudale del vassallo, dall'altro (I p. 386 ss.)<sup>30</sup>. Inoltre, egli non è conseguente al riguardo. Perché se deve bastare l'esigenza della concordia delle volontà per suggellare come contratto un atto di tal genere circa l'attività della vita dello Stato, così anche il voto necessario per l'accettazione a deputato del *Reichstag* oppure il trasferimento, vincolato al voto favorevole dell'interessato, del membro dell'ordinamento giudiziario dovrebbe essere sottoposto al concetto di accordo di diritto pubblico.

(prima parte)  
(traduzione di Clemente Forte)

---

<sup>30</sup>V. più in dettaglio nel mio saggio "Gemeindebeamte" presso v. Holzendorf, *Rechtslexicon* (3. Ed.) II, 53-54.

CLEMENTE FORTE

## POSTFAZIONE

*Viene qui proposto, necessariamente suddiviso in due parti, lo splendido saggio del Gierke maturo su Il diritto pubblico di Laband e la scienza giuridica tedesca, che può essere considerato una pubblicazione dalla valenza autonoma e concentrata sull'obiettivo di sottoporre a critica l'impostazione generale di diritto pubblico di P. Laband. Ovviamente, non si possono qui affrontare questi temi di vasta portata e che impregnarono la scienza giuridica del secondo Impero tedesco della seconda metà del XIX secolo.*

*Seguendo la chiara impostazione del M. Fioravanti di Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco<sup>1</sup>, a fronte del movimento di pensiero alimentato da Gerber e da Laband circa una scienza del diritto platonica, astratta dalle contingenze ed in sé conchiusa, come risposta alla crisi della metà dell'Ottocento, si erse solitaria la voce di Gierke. Il quale, senza invero rinnegare l'organicità dello Stato ed il mito della statualità tout court, ebbe il merito, sia pur con una prosa non sempre chiara e diretta, tipo quella di Jellinek (tanto per fare un esempio), di non voler abbandonare il valore delle individualità, pensando ad un sistema di diritto pubblico basato sulla idea della corporazione, il cui merito consisterebbe nel conciliare la onnicomprensività del fenomeno statuale, da un lato, e il riconoscimento della pluralità delle volontà individuali, dall'altro. Laddove la derivazione giusprivatistica di Laband tendeva invece a trasferire l'organicità della società in quella dello Stato.*

*Ecco il motivo di critica a Laband che serpeggia in tutto lo scritto.*

*Gerber (di contro a Laband) afferma che va sempre tenuto presente quel rapporto di causalità esistente tra il diritto e le altre manifestazioni della vita sociale, evidentemente ignorato da Laband, per il quale invece va pensato un isolamento genetico del diritto ed il cui*

---

<sup>1</sup> Milano, 1979.

*successo risulterebbe danneggiato essenzialmente dal fatto che il suo metodo fa a meno di tutta la forza del fondamento storico e filosofico del diritto medesimo, secondo Gierke. Una concezione – quella di Laband – nei cui confronti non ci sarebbe affatto apertura da parte del pensiero germanico relativo all'unità interna del diritto privato e pubblico, ma alla cui base comparirebbe solo la relazione individuale quale vero rapporto giuridico ed ogni relazione collettiva si porrebbe come puro rapporto di natura ordinamentale. La trasmissione da parte di Laband allo Stato in quanto tale del sistema del diritto privato non avrebbe assolutamente senso, sul piano storico e logico, secondo Gierke: non ci può essere affatto un concetto di associazione di diritto privato in comune con il diritto pubblico. In questa analogia con il diritto privato Laband trascurerebbe così la differenza essenziale tra i rapporti giuridici personali di diritto pubblico e quelli di diritto privato, senza tener conto del fatto che la differenza peculiare tra diritto pubblico e diritto privato sta proprio nel fatto che, mentre il secondo regola solo le relazioni esterne delle singole esistenze che non sono raggiungibili per esso nella loro vita interna, il primo pone norme per la vita interna del sistema collettivo. Laband perverrebbe alla fine – e necessariamente – ad una costruzione dello Stato puramente individualistica, cioè persino di natura giusprivatistica. Tutte le relazioni giuridiche di diritto pubblico si scioglierebbero per lui in legami esterni e meccanici tra titolari, in sé isolati, di sfere di volontà chiuse. Appare in Laband l'evidente realtà secondo cui lo Stato non è altro che il contenuto dei rapporti di sovranità di questi individui su quegli individui. Il contenuto delle determinazioni di volontà si esaurirebbe per lui tout court nei rapporti di dominio e di sottomissione. Solo ciò che sta dentro la formula del "comandare ed ubbidire" costituirebbe per lui la materia pura e specifica dei poteri e delle responsabilità di diritto pubblico. Questo sistema non offrirebbe però spazio alcuno per una qualsivoglia relazione di comunità sociale. Così, in un contesto di rozza unilateralità, l'idea di Stato verrebbe privata del suo nocciolo interno, osserva Gierke. Esistono così, per Gierke, effettivamente, a partire dal principio dell'esistenza collettiva, categorie concettuali di diritto pubblico con il cui aiuto possono essere giuridicamente costruiti rapporti di organizzazione di diritto pubblico complicati e variamente differenziati, senza distruggere il loro specifico contenuto, mentre Laband viene portato alla fine in errore, nel momento in cui conferisce tutto il sostegno ad un principio di fondo in-*

*dividualistico, e soprattutto non riesce a rintracciare, in una serie di relazioni, il rapporto giuridico soggettivo corrispondente all'ordinamento, secondo Gierke. Se si guarda al nocciolo, per Laband "lo Stato" come soggetto attivo di diritto coinciderebbe così con il "governo", mentre la rappresentanza popolare in un certo qual modo comparirebbe solo come una commissione delle parti interessate dello Stato chiamata dall'esterno, al cui assenso questo "Stato" sarebbe vincolato per legge circa le decisioni di volontà importanti ed al cui controllo esso è sottoposto per legge. Il che finisce per il riflettersi anche sulle sue famose teorie di diritto del bilancio.*

*Si tratta di riflessioni che non possono non essere considerate attuali, proprio nel momento in cui, in tempi di crisi, lo Stato sembra aver riconquistato spazi che la precedente epoca della cd. "globalizzazione" aveva ad esso progressivamente negati.*



Hanno collaborato a questo fascicolo

CONNOR CASEY

*Lecturer in Law, University of Liverpool School of Law & Social Justice (Great Britain)*

CLEMENTE FORTE

*Consigliere della Corte dei Conti, già Direttore del Senato della Repubblica*

PASQUALE COSTANZO

*Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università di Genova*

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

*Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università di Bologna*

TOMMASO E. FROSINI

*Professore ordinario di diritto pubblico comparato nell'Università di Napoli, Suor Orsola Benincasa*

ANDREA GATTI

*Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Teramo*

CHIARA GIUSTINIANI

*LL.M. Graduate, Washington College of Law, American University (Stati Uniti d'America)*

ULRIKE HAIDER-QUERCIA

*Professoressa associata di diritto pubblico comparato nell'Università di Roma G. Marconi*

MARCO FÉLIX JOBIM

*Adjunct Professor at PUCRS Law School (Brasile)*

ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU

*Professoressa associata di Diritto pubblico, Sciences Po Bordeaux (Francia)*

FERNANDA G. NICOLA

*Professor of Law, Washington College of Law, American University (Stati Uniti d'America)*

LUCIA SCAFFARDI

*Professoressa ordinaria di diritto pubblico comparato nell'Università di Parma*

IRENE SPIGNO

*Direttrice Generale dell'Accademia Interamericana de Derechos Humanos (Messico)*

MARIA ALESSANDRA STEFANELLI

*Professore Ordinario di Diritto dell'Economia nell'Università di Bologna*

LARA TRUCCO

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università di Genova*

EDORARDO C. RAFFIOTTA

*Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Milano Bicocca*

SILVIA ROMBOLI

*Professoressa di Diritto Costituzionale nell'Universidad Ramon Llull, ESADE, Barcellona (Spagna)*

ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA

*Adjunct Professor at PUCRS Law School (Brasile)*

TAMÁS SZABADOS

*Professore associato nel Department of Private International Law and European Economic Law, ELTE Eötvös Loránd University, Budapest (Ungheria)*