



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 2 | 2021

**Diritto di eccezione  
e sistema costituzionale in Spagna  
di fronte alla pandemia  
da COVID-19**

di Marc Carrillo

EDITORIALE SCIENTIFICA

# DIRITTO DI ECCEZIONE E SISTEMA COSTITUZIONALE IN SPAGNA DI FRONTE ALLA PANDEMIA DA COVID-19\*

*Marc Carrillo*

Catedràtic d'Universitat Dret Constitucional, Universitat Pompeu Fabra

SOMMARIO. 1. INTRODUZIONE; 2. LO STATO DI EMERGENZA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO SPAGNOLO E IL DIBATTITO SULLA SUA APPLICAZIONE PER IL TRAMITE DEL REGIO DECRETO N. 463 DEL 14 MARZO 2020, ATTRAVERSO IL QUALE SI DICHIARA LO STATO DI EMERGENZA PER LA GESTIONE DELLE CRISI SANITARIA DA COVID-19; 3. IL POTERE COERCITIVO STATALE EX ART. 155 E LO STATO DI EMERGENZA EX ART. 55 PRIMO COMMA E 116 SECONDO COMMA DELLA COSTITUZIONE; 4. LIMITAZIONE E SOSPENSIONE DEI DIRITTI: STATO DI EMERGENZA O STATO DI ECCEZIONE?; 5. LO STATO DI EMERGENZA E IL SISTEMA TERRITORIALE DI RIPARTO DELLE COMPETENZE; 6. LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E IL DIRITTO DI RIUNIONE E MANIFESTAZIONE; 7. IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI; 8. I SOCIAL NETWORKS COME SOSTEGNO ALLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E AL DIRITTO DI COMUNICARE E RICEVERE INFORMAZIONI; 9. LO STATO DI EMERGENZA E IL PARLAMENTO.

## 1. Introduzione

La pandemia da COVID-19 ha rappresentato una sfida per gli Stati democratici. Di fronte all'eccezionale situazione sanitaria, che necessitava di interventi rapidi per garantire il primario obiettivo della tutela della salute collettiva nell'ambito della garanzia dell'interesse generale della popolazione, quale doveva essere la risposta normativa delle istituzioni pubbliche? Le istituzioni costituzionali sono state in grado di affrontare la situazione, senza indebolire i tratti identitari dello stato di diritto?

Il ricorso a misure di eccezione espone, infatti, al rischio che, nel corso della loro applicazione, sviluppo e successiva revoca, possano venir compromessi alcuni dei pilastri dello stato di diritto, come la divisione dei poteri e la garanzia dei diritti e delle libertà. Pérez Serrano ha lucidamente descritto la sfida che impegna gli Stati democratici

\* La traduzione italiana del testo e dei brani citati è stata curata da Maria Antonella Gliatta.

quando si trovano nella situazione di dover adottare misure eccezionali e, a proposito della più ampia questione della sospensione delle garanzie, ha affermato che «(...) è una situazione giuridica eccezionale dichiarata in conformità alle norme vigenti, in conformità alle norme vigenti attuata e allo stesso modo ne sono stati regolati gli effetti (...)», sottolineando, in tal modo, che le istituzioni giuridiche di eccezione devono rispettare, tra le altre cose, i principi di legalità e di certezza del diritto, resistendo alla tentazione – possibile in una situazione di emergenza – di operare in via di fatto. Per questo – aggiungeva – la situazione di eccezione non elimina la necessità di una responsabilità «(...) in capo agli organi che in essa avessero agito al di là dei propri limiti». Di conseguenza, l'attenuazione o la sospensione delle garanzie rappresenta «(...) una fattispecie di diritto eccezionale, straordinaria, che conserva, ad ogni modo, la sua qualificazione giuridica. Nemmeno l'inevitabile sfera di discrezionalità conferita e riconosciuta ai pubblici poteri può dunque, nel concreto, dar luogo a manifestazioni giuridicamente non perseguibili (...)»<sup>1</sup>.

Nelle pagine che seguono si analizzeranno alcuni aspetti giuridici connessi alla situazione pandemica. In special modo, saranno sottoposti a valutazione la disciplina costituzionale dello stato di emergenza, come fattispecie specifica del diritto di eccezione disciplinato nell'art. 116, secondo comma Cost. e utilizzato come fondamento giuridico per le misure in atto e la sua incidenza sul sistema costituzionale di distribuzione della competenze fra Stato e Comunità autonome (CCAA); l'esercizio e la garanzia di alcuni diritti fondamentali come la libertà di circolazione e di residenza (art. 19 Cost.), il diritto di riunione e di manifestazione (art. 21 Cost.); il diritto alla protezione dei dati personali (art. 18, quarto comma Cost.), la libertà di espressione e il diritto di informazione; il funzionamento del Parlamento.

## 2. Lo stato di emergenza nell'ordinamento giuridico spagnolo e il dibattito sulla sua applicazione per il tramite del regio decreto n. 463 del 14 marzo 2020, attraverso il quale si dichiara lo stato di emergenza per la gestione delle crisi sanitaria da COVID-19

Il diritto di eccezione è previsto in Costituzione (artt. 55, primo com-

---

<sup>1</sup> N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, 2ª ed. Cívitas, 1984, Madrid, 418.

ma e 116 Cost.) e il suo regime giuridico è stato specificato dalla legge organica n. 4 del 1° giugno 1981, recante la disciplina dello stato di emergenza, di eccezione e di guerra. L'esistenza di una disciplina normativa, anche di livello costituzionale, indica che le diverse situazioni emergenziali non determinano un ordine giuridico alternativo al sistema costituzionale. Contrariamente a quanto affermato da Carl Schmitt, l'emergenza costituzionale non comporta, insomma, una ricollocazione della sovranità in capo al potere pubblico che dichiara la situazione di eccezione<sup>2</sup>.

Lo stato di emergenza è previsto per affrontare situazioni riconducibili a disastri naturali o a crisi sanitarie; lo stato di eccezione, diversamente, è concepito per risolvere situazioni di grave alterazione dell'ordine pubblico e di pericolo per la sicurezza collettiva o per ragioni di natura politica; lo stato di guerra, infine, indica un livello ulteriore di gravità ed è previsto per affrontare situazioni di crisi politiche capaci di mettere a repentaglio l'unità, l'integrità o la sicurezza dello Stato. A differenza dello stato di eccezione e dello stato di guerra, che comportano la sospensione di alcuni diritti fondamentali, lo stato di emergenza consente esclusivamente una restrizione o una limitazione al loro esercizio, ma giammai una loro sospensione.

Il recente stato di emergenza dichiarato in Spagna in ragione della crisi sanitaria da COVID-19 ha aperto un ampio dibattito, non solo dottrinale, incentrato sulla possibilità di ricondurre le misure adottate in sua applicazione alla legislazione in materia sanitaria, con particolare riferimento alla legge organica del n. 3 del 14 aprile 1986 (*medidas especiales en materia de salud pública*) o, al contrario, sulla loro ascrivibilità allo stato di eccezione.

La questione non è di poco momento perché, a differenza dello stato di eccezione e, ovviamente, dello stato di guerra, nel caso dello stato di emergenza *ex art. 55*, primo comma Cost. non è prevista una sospensione dei diritti fondamentali, ma solo un loro esercizio limitato e sottoposto a condizioni a seconda dei casi, come previsto dalla stessa Costituzione (art. 116, secondo comma) e, più specificamente, dalla legge organica n. 4 del 1981 (art. 11).

Al fine di circoscrivere l'ambito e i limiti dello stato di emergenza e di eccezione come fattispecie di diritto eccezionale è necessario

---

<sup>2</sup> Prendo la citazione di Carl Schmitt da F. VELASCO CABALLERO, *Estado de alarma y distribución territorial del poder*, in *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87, Madrid, 2020, 76-85.

analizzare i dibattiti parlamentari che condussero all'approvazione del testo costituzionale e della successiva legge organica n. 4 del 1981. Dagli stessi può desumersi una prima conclusione: la Costituzione e ugualmente la legge organica distinguono tra stato di emergenza e stato di eccezione, riferendo il primo a situazioni riconducibili a disastri naturali ed il secondo a crisi di ordine prevalentemente politico, a condizione che i poteri pubblici non riescano ad affrontare la situazione emergenziale mediante l'esercizio delle ordinarie attribuzioni previste dall'ordinamento giuridico.

Nelle *Cortes constituyentes* che – come noto – operarono anche in veste di legislatore ordinario, la discussione circa il regime giuridico dello stato di emergenza come fattispecie specifica del diritto di eccezione non fu particolarmente intensa. Nel corso del dibattito, tuttavia, emersero i profili essenziali della sua definizione e della delimitazione del suo contenuto e dei suoi limiti. All'inizio della discussione parlamentare, un emendamento presentato a nome del Gruppo Parlamentare Comunista dal deputato Simón Sánchez Mortero, sostenuto dal padre costituente Jordi Solé Tura nella *Comisión Constitucional e de libertades públicas* del *Congreso de los Diputados*, propose la soppressione della previsione costituzionale dello stato di emergenza (originario art. 108, secondo comma del progetto). La contrarietà alla costituzionalizzazione dello stato di emergenza si fondava sui seguenti argomenti: il Progetto non specificava le circostanze eccezionali che ne giustificavano il ricorso (si citavano, come casi possibili, situazioni riconducibili a cataclismi ed eventi naturali; tuttavia, per affrontare questi ed altri simili casi, il Governo già disponeva di poteri sufficienti, dunque a tali fini la costituzionalizzazione dello stato di emergenza risultava pleonastica); in aggiunta a ciò, il testo del Progetto appariva ambiguo in relazione alla portata degli effetti della dichiarazione dello stato di emergenza sulla garanzia dei diritti. Insomma, era evidente che la proposta emendativa comunista celasse il timore nei confronti di una clausola aperta che assegnasse al Governo poteri speciali esercitabili per qualunque motivo o ragione, alla luce dell'esperienza recente e ancora molto viva della dittatura.

L'emendamento fu respinto in quanto si ritenne necessario che la disciplina giuridica degli stati di eccezione prevedesse una fattispecie idonea per affrontare situazioni di emergenza costituzionale di minore gravità. In questo senso, il padre costituente Gabriel Cisneros Laborda (UCD) sostenne la necessità di mantenere la previsione dello stato di

emergenza, considerando che – ove fosse stato soppresso – in una situazione, del tutto imprevedibile, di minore gravità, si sarebbe dovuto ricorrere alla dichiarazione dello stato di eccezione con conseguenze più gravose sull'esercizio dei diritti individuali: un esito paradossale rispetto allo stesso scopo dell'emendamento soppressivo. Per questo motivo, egli propose di adeguare la risposta normativa all'entità del problema, in ragione della varietà dei casi, impossibile da tipizzare nel testo costituzionale. L'emendamento presentato dal gruppo comunista fu respinto, ma la logica garantista ad esso sottesa influenzò la scelta del Parlamento di dare avvio, nel 1981, al procedimento di approvazione della legge organica n. 4 dello stesso anno, recante la disciplina degli stati di eccezione.

Questa legge concluse il suo *iter* approvativo il primo giugno del 1981, a poco meno di quattro mesi dal tentativo di colpo di stato del 23 febbraio. La sua approvazione si rese dunque necessaria, oltre che per l'attuazione di un aspetto tanto rilevante della Costituzione quale il diritto di eccezione – rimasto sfornito di disciplina normativa durante i due anni e mezzo di validità della *norma normarum* –, anche in virtù della ribellione militare contro il regime costituzionale che richiese l'immediata applicazione delle previsioni contenute negli art. 55 e 116 Cost.

Nel corso della discussione parlamentare sulla legge organica recante la disciplina dello stato di emergenza, di eccezione e di guerra, in relazione al primo prevalse l'esigenza di precisare il suo contenuto e i suoi limiti. Emerse la necessità di evitare che una formulazione imprecisa ed ambigua dello stato di emergenza (che, come si accennava, non comporta alcuna sospensione dei diritti fondamentali) potesse costituire una fattispecie aperta per l'esercizio della discrezionalità del Governo nelle situazioni di crisi: a tal fine, il gruppo parlamentare comunista presentò alcune proposte emendative. Così, dinnanzi alla prima formulazione dell'art. 4 della legge organica n. 4 del 1981, in cui a mo' di esempio, tramite l'utilizzo dell'avverbio "come", si elencano le fattispecie che possono giustificare la dichiarazione dello stato di emergenza (non escludendo in tal modo altre ipotesi non espressamente previste), il deputato e padre costituente Solé Tura propose – questa volta con successo – la soppressione del citato avverbio al fine di garantire la certezza giuridica attraverso la prevedibilità dei presupposti. Alla luce di tale soppressione, lo stato di emergenza può essere dichiarato esclusivamente al ricorrere dei quattro presupposti previsti nel citato articolo 4.

Nel medesimo intento di precisare i presupposti dello stato di

emergenza e di garantire l'esercizio dei diritti fondamentali che in tale circostanza avrebbero rischiato la compressione, il gruppo parlamentare comunista, attraverso il deputato Nicolás Sartorius, riuscì a incidere sulla formulazione del punto c) dell'art. 4, la cui iniziale versione risultava eccessivamente imprecisa, tale, cioè, da esporre al rischio di neutralizzazione alcuni diritti fondamentali. Infatti, nella redazione dell'art. 4 punto c) del progetto approvato dalla *Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados* si prevedeva quale motivo per la dichiarazione dello stato di emergenza la: «Paralisi dei servizi pubblici essenziali per la collettività, quando non fosse rispettato il disposto di cui agli artt. 28, secondo comma e 37, secondo comma della Costituzione» ovvero, l'erogazione dei servizi essenziali connessi alla dichiarazione di sciopero (art. 28, secondo comma Cost.) promossa dai lavoratori o dalle imprese (art. 38, comma 2, Cost.).

L'emendamento proponeva la soppressione del punto c) in considerazione dell'incertezza che generava a scapito dell'esercizio effettivo dei diritti fondamentali previsti in entrambi i precetti costituzionali.

La legge organica sugli stati di eccezione non era considerata la sede più adatta per una disciplina sulla garanzia dei servizi essenziali, ai fini della quale sarebbe stata necessaria una legge organica sul diritto di sciopero. L'emendamento soppressivo non fu approvato nella formulazione proposta, ma fu trasferito in un emendamento trasversale, ad opera dello stesso deputato proponente: si manteneva, quindi, il punto c), ma con l'aggiunta del seguente paragrafo «(...) e concorra una delle altre condizioni indicate in questo articolo». In tal modo, si assicurava che il mero esercizio del diritto di sciopero (o qualunque altro conflitto collettivo) di per sé solo non fosse in grado di giustificare la dichiarazione dello stato di emergenza.

Pertanto, in ragione della nuova formulazione, il Governo non avrebbe potuto dichiarare lo stato di emergenza per affrontare situazioni di conflitto sociale se non fosse ricorso qualcun'altra delle condizioni tassativamente previste dall'art. 4 della legge organica n. 4 del 1981. In particolare, le misure previste dai punti c) ed e) di cui all'art. 11 della legge non avrebbero potuto, quindi, essere intese alla stregua di clausole generali, tali da consentire l'adozione di qualsiasi ordine considerato necessario in uno stato di emergenza<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, 78.

In merito al dibattito giuridico apertosi in seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza per via della crisi sanitaria da COVID-19, in relazione specifica all'oggetto dello stato di emergenza e dello stato di eccezione, è utile – per cogliere con precisione la volontà del legislatore – riprendere alcuni dei passaggi del dibattito parlamentare che condusse all'approvazione della legge organica n. 4 del 1981.

Da questi emerge, infatti, senza dubbio che lo stato di emergenza fu inteso per far fronte a disastri naturali, crisi sanitarie o circostanze simili, mentre lo stato di eccezione avrebbe dovuto concernere crisi di natura politica. In questo senso, a sostegno dell'emendamento presentato dal deputato Sartorius, ci si riferiva al dibattito costituente e direttamente all'intervento del deputato e padre costituente Gabriel Cisneros per affermare che «(...) con la fattispecie dello stato di emergenza si contemplanonon situazioni derivanti da conflitti politici o sociali, ma eventi catastrofici, naturali ...» (citandosi, come esempio, il disastro ambientale che colpì la città di Seveso nel 1976). Sulla stessa linea, il deputato Luis Apostúa (UCD) sottolineava che «(...) lo stato di emergenza non è un fatto politico».

Infine, e riguardo alle ripercussioni che le fattispecie degli stati eccezionali producono sull'organizzazione territoriale dello Stato, occorre ricordare l'emendamento presentato durante la discussione sul progetto al Senato dal deputato Zabala Alcibar (del gruppo senatoriale basco), che proponeva che la *Comunidad Autónoma* fosse consultata «(...) solo qualora lo stato di emergenza riguardasse una sola *Comunidad Autónoma*, non due o più». In tal modo, la proposta si inseriva razionalmente nella logica che presiede alla collaborazione tra livelli di governo in uno Stato composto quale quello prefigurato dalla Costituzione. Nonostante ciò, l'emendamento fu respinto. L'art. 5 della legge organica n. 4 del 1981 inaugurò, in ogni caso, un parziale cambio di rotta, attribuendo un potere di impulso alla *Comunidad Autónoma* prevedendo che: «Qualora i presupposti a cui si riferisce il precedente comma riguardino esclusivamente tutta o parte di una *Comunidad Autónoma*, il Presidente della stessa potrà sollecitare il Governo alla dichiarazione dello stato di emergenza». In tal modo, veniva riconosciuto alla *Comunidad Autónoma* la possibilità di stimolare il Governo ad esercitare una competenza costituzionale ad esso attribuita.

All'interno della cornice tracciata dai sintetici lavori preparatori alla Costituzione sul contenuto e sui limiti dello stato di emergenza e da quelli resi in occasione dell'approvazione della legge organica n. 4

del 1981, si è palesata la seconda occasione in cui il Governo ha dovuto dichiarare lo stato di emergenza. La prima fu, come segnalato, nel dicembre del 2010 in seguito agli scioperi messi in atto dai controllori aerei. Tuttavia, come si diceva, è stata l'incontrollata diffusione mondiale della pandemia da COVID-19 ad aver posto i problemi di maggiore rilievo, in seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza per il tramite del regio decreto 463/2020, del 14 marzo, ed alle successive proroghe approvate dal *Congreso de los Diputados* con cadenza quindicinale sino alla perdita di vigenza prevista per la mezzanotte del 21 giugno del 2020.

Il dibattito giuridico si è incentrato su diversi profili che possono essere così sintetizzati: la posizione, seppur solo iniziale, dei rappresentanti di alcune *Comunidades Autonomas*, secondo i quali lo stato di emergenza presupponeva l'attivazione del potere di coercizione statale *ex art. 155 Cost*; l'idea per la quale le misure contenute nel regio decreto 463/2020, del 14 marzo, attraverso cui si dichiarava lo stato di emergenza fossero costituzionalmente inammissibili (in special modo quelle riferite alla limitazione della libertà di circolazione e di residenza) e che, in ragione di ciò, si sarebbe dovuto dichiarare lo stato di eccezione; ed infine, l'ultimo profilo, concernente la sottile distinzione fra limitazione e sospensione dei diritti, a seconda che si delinei la fattispecie dello stato di emergenza o quella dello stato di eccezione.

### **3. Il potere coercitivo statale *ex art. 155* e lo stato di emergenza *ex art. 55* primo comma e 116 secondo comma della Costituzione**

L'assunto secondo il quale lo stato di emergenza sarebbe da ricondursi al potere di coercizione statale *ex art. 155 Cost.* difetta di ogni fondamento giuridico. La fattispecie di cui all'*art. 155 Cost.* non ha, infatti, nulla a che vedere con la previsione di diritto eccezionale di cui agli *artt. 55, primo comma e 116 Cost.* Essa fu prevista dal Costituente come una clausola residuale o di chiusura del sistema di controlli statali sulle *Comunidades Autónomas*. La sua formulazione fu giustamente scarna, dal momento che l'obiettivo di tale procedimento esecutivo è quello di costringere una *Comunidad Autónoma*, una volta esperite le altre vie, a rispettare la Costituzione e le leggi.

Assieme alla disciplina degli stati eccezionali (*art. 116 Cost.*) e alla legislazione d'urgenza (*art. 86 Cost.*), il potere di coercizione statale

rappresenta una specifica manifestazione di diritto eccezionale prevista in via residuale come soluzione dei conflitti fra Stato e *Comunidad Autónoma*<sup>4</sup>, nel caso in cui quest'ultima non rispetti gli obblighi costituzionali. Le somiglianze fra il potere di coercizione e lo stato di emergenza derivano, insomma, dalla comune riconducibilità alla fattispecie del diritto di eccezione.

A partire dagli studi più risalenti sul regime di organizzazione territoriale si è registrato un consenso unanime nel considerare il potere di coercizione statale come uno strumento di carattere straordinario di risoluzione dei conflitti<sup>5</sup>. Configurato in tal modo, esso non può essere inteso come sede di ultima istanza dei procedimenti costituzionali previsti per risolvere i conflitti di competenza fra lo Stato e le CCAA. Si tratta di una fattispecie ben distinta da un ordinario procedimento di ispezione attivabile in seguito all'esercizio di un potere preventivo di vigilanza e di controllo, di cui lo Stato non è titolare, secondo il modello costituzionale spagnolo. Niente che gli somigli. L'esecuzione forzata statale non può, infatti, derivare, come si sostiene a suo tempo, dalle informazioni di cui il Governo può disporre in merito agli atti di una *Comunidad Autónoma*, ottenute mediante l'ispezione o la supervisione, da parte dello Stato, sulla esecuzione della legislazione statale<sup>6</sup>.

D'altra parte, nemmeno il potere di coercizione statale, pensato per affrontare una situazione di grave violazione degli obblighi costituzionali da parte di una *Comunidad Autónoma*, presuppone una posizione di superiorità gerarchica del Governo centrale. L'ispezione statale e la coercizione esercitata dallo Stato nei confronti delle CCAA sono due figure distinte<sup>7</sup> e ciò impedisce di intendere il potere di coercizione statale come la manifestazione di un potere di controllo ordinario dello Stato nei confronti delle CCAA, che non sussiste.

Cosa assai diversa è, invece, ritenere che il carattere straordinario

---

<sup>4</sup> J. GARCÍA TORRES, *El artículo 155 paso a paso*, in *El artículo 155 de la Constitución*. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional/Tribunal Constitucional, Madrid, 2019, 114.

<sup>5</sup> E. ALBERTÍ ROVIRA, *La ejecución estatal forzosa*, in E. AJA e altri, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, 471.

<sup>6</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, in *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1983, 172-173.

<sup>7</sup> J.M. GIL-ROBLES Y GIL DELGADO, L. GIL-ROBLES CASANUEVA, *Artículo 155. El control extraordinario de las Comunidades Autónomas*, in *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Dir. Oscar Alzaga Villaamil. Edersa, Madrid, 1999, 511.

dell'istituto della coercizione permetta allo Stato di collocarsi temporalmente in una posizione di maggiore disponibilità esecutiva del quadro delle competenze disegnato dalla Costituzione rispetto all'azione e agli atti delle istituzioni della *Comunidad Autónoma*. Ciò sempre nel rispetto delle condizioni procedurali e sotto il controllo parlamentare e giurisdizionale. In tal modo, allo Stato è riconosciuta una capacità di intervenire sull'autogoverno della *Comunidad Autónoma*. Detto questo, il potere di coercizione statale non è né può essere inteso come attribuzione, nemmeno provvisoria, di pieni poteri allo Stato. Per questo motivo, la ridefinizione dell'ambito di autonomia politica che consegue in nessun caso esonera lo Stato dal rispetto della Costituzione<sup>8</sup>.

Il bene giuridico protetto dall'art. 155 Cost. è rappresentato, insomma, dalla garanzia dell'ordine costituzionale: dal rispetto della Costituzione e delle leggi. La dichiarazione dello stato di emergenza, quale fattispecie del diritto di eccezione, mira invece ad attribuire allo Stato poteri speciali, come nel caso dell'emergenza sanitaria da COVID-19, al fine di affrontare la crisi con la collaborazione delle CCAA.

#### 4. Limitazione e sospensione dei diritti: stato di emergenza o stato di eccezione?

A pochi giorni dalla dichiarazione dello stato di emergenza per la gestione della crisi sanitaria per il tramite del regio decreto 463/2020, del 14 marzo, tanto sulla stampa quanto in sede scientifica sono apparsi molti commenti sulle scelte normative adottate dal Governo per affrontare la crisi.

Molti hanno ritenuto che la dichiarazione dello stato di emergenza per il tramite del regio decreto 463/2020, del 14 marzo, disponesse di una adeguata copertura costituzionale. Il principale argomento che è stato utilizzato, pur con diverse sfumature, è che lo stato di emergenza *ex art. 116*, secondo comma Cost. e art. 4 b) della legge organica 4/1981 è espressamente previsto proprio per far fronte a: «Crisi sanitarie, come epidemie e situazioni di grave contagio»; altro profilo considerato concerne il fatto che, in conformità all'art. 55, primo comma Cost. e a differenza dello stato di eccezione e di guerra, lo stato di

---

<sup>8</sup> L. ALVAREZ, *La coerción estatal del artículo 155 CE en la estructura del Estado autonómico*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 38, Madrid, 2016, 295.

emergenza non comporta alcuna sospensione dei diritti fondamentali. In appoggio a tale tesi, è stata richiamata la stessa sentenza del *Tribunal Constitucional* del 28 aprile 83/2016, pronunciata in occasione di un *recurso de amparo* riguardante la dichiarazione dello stato di emergenza in occasione dello sciopero dei controllori aerei nel 2010, che operò una distinzione fra la fattispecie della restrizione o limitazione di un diritto (stato di emergenza) e quella della sospensione (stato di eccezione e di guerra).

In quella sentenza il *Tribunal* respinse il ricorso per presunta violazione di un ampio catalogo di diritti fondamentali [il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva – art. 24, primo comma Cost.; il diritto al giudice naturale precostituito – art. 24, secondo comma Cost.; la libertà di espressione (art. 20 Cost.); la libertà di riunione e di manifestazione (art. 21 Cost.); il diritto di associazione politica e sindacale (art. 22 Cost.); il diritto ad essere eletti (art. 23 Cost.); la libertà sindacale e il diritto di sciopero (art. 28 Cost.); il diritto di petizione (art. 29 Cost.)]. In aggiunta, la sentenza confutò le pretese dei ricorrenti sulla base degli elementi regolati dall'atto, dal momento che non consideravano sussistenti i presupposti per la dichiarazione dello stato di emergenza. Il *Tribunal* argomentò la complessa distinzione tra restrizione o limitazione e sospensione dei diritti nei seguenti termini:

«A differenza dello stato di eccezione e di guerra, la dichiarazione dello stato di emergenza non permette la sospensione di alcun diritto fondamentale (*a contrario ex* art. 55, primo comma Cost.) ma solo l'adozione di misure che possono comportare la limitazione o la restrizione del suo esercizio. In questo senso, si prevedono, tra le misure adottabili, la limitazione della circolazione o della permanenza di persone o veicoli in luoghi determinati o la loro subordinazione al rispetto di certi requisiti; sequestri temporanei per ogni tipo di beni e l'imposizione di prestazioni personali obbligatorie; l'occupazione transitoria di industrie, fabbriche, laboratori, fattorie o locali di qualunque tipo, con eccezione dei domicili privati; la limitazione o il contingentamento di servizi o del consumo di beni di prima necessità; l'adozione di ordini necessari all'approvvigionamento dei mercati e al funzionamento dei servizi dei centri produttivi coinvolti da una paralisi dei servizi essenziali per la comunità nel caso in cui non siano garantiti i servizi minimi; e, infine, l'intervento di imprese o servizi, così come la mobilitazione del loro personale, con il fine di assicurarne il funzionamento, essendo applicabile la normativa vigente sulla mobilitazione (...).».

La decisione, in realtà piuttosto apodittica, non chiarì la distinzione e neanche specificò cosa dovesse intendersi per restrizione o limitazione e sospensione dei diritti, limitandosi a riportare quanto previsto dall'articolo 11 della legge organica 4/1981 sulle misure adottabili in uno stato di emergenza. In tal modo il TC rinunciò ad addentrarsi in un terreno assai scivoloso e a fissare qualche criterio interpretativo che potesse aiutare individuare una linea di demarcazione tra restrizione dei diritti e sospensione vera e propria.

Una soluzione, per quanto in verità poco utile, avrebbe potuto essere quella di stabilire che la restrizione, a differenza della sospensione, non può riguardare il nucleo essenziale del diritto, il c.d. nucleo duro. Argomentare in tal senso non avrebbe, tuttavia, risolto i problemi, considerando l'accertata difficoltà di identificare concretamente il contenuto essenziale di un diritto *ex art. 53*, primo comma Cost. come limite alla discrezionalità del legislatore. In ogni caso, questa o altra soluzione meno retorica sarebbero state più utili al fine di attribuire pieno significato costituzionale allo stato di emergenza, come delineato dal legislatore costituzionale. Esso rappresenta una fattispecie di diritto eccezionale, molto diversa dallo stato di eccezione, concepita per fronteggiare le molteplici situazioni che possono prodursi, in cui non è l'ordine pubblico il bene giuridico da tutelare, ma la salute pubblica, di fronte ad una pandemia, la tutela dell'ambiente minacciato da incendi, alluvioni o qualunque altro disastro naturale, l'approvvigionamento dei beni di prima necessità, etc.

In una prima fase, ovvero durante i primi mesi di vigenza dello stato di emergenza, nel dibattito giuridico si è sottolineato come esso non riguardasse l'applicazione del potere di coercizione statale *ex art. 155* Cost.; che tale specifica modalità di diritto eccezionale non comporta la sospensione del regime di riparto delle competenze territoriali, ma solo l'attrazione temporanea di qualche materia in capo allo Stato; e ancora che, tecnicamente, attraverso il regio decreto 463/2020 non veniva proclamato uno stato di eccezione, ma di emergenza, che, in quanto tale, non perde la sua natura di situazione straordinaria che:

«(...) senza sospendere l'ordinario regime di riparto delle competenze, consente allo Stato, all'esclusivo fine di risolvere i gravi problemi conseguenti alla pandemia, di attrarre tutte le competenze in via provvisoria (...). Ciò, non solo è perfettamente conforme a quanto stabilito dall'art.

116 Cost., ma anche alla Costituzione sistematicamente interpretata, non alterando l'ordinario sistema delle competenze»<sup>9</sup>.

Rispetto al regime dei diritti e delle libertà e dei relativi limiti, alcuni degli Autori che hanno sostenuto l'adeguatezza dello stato di emergenza come strumento costituzionale, riferendosi alla sentenza del *Tribunal* 83/2016, hanno affermato che lo stato di emergenza non può comportare una sospensione dei diritti fondamentali. Allo scopo di chiarire la portata della regola generale, ad esempio, rispetto alla situazione pandemica, si è sostenuto che «nessuno può considerare che sottoporre a quarantena – all'interno di un centro medico oppure presso il proprio domicilio – un passeggero di un volo o di una nave affetto ad una malattia altamente contagiosa (si ricordi il caso ebola), significa sospendere i diritti fondamentali»<sup>10</sup>. In relazione alle richieste di ricondurre alla fattispecie dello stato di eccezione le misure predisposte con il regio decreto 463/2020, lo stesso Autore sosteneva che:

«(...) applicare lo stato di eccezione a situazioni causate da eventi naturali o tecnologici, comporterebbe una violazione costituzionale: una violazione di legge e, infine, una violazione della Costituzione (...) (...). I presupposti dello stato di emergenza non hanno carattere politico, al contrario di quelli inerenti allo stato di eccezione»<sup>11</sup>.

Diversa dottrina ha sostenuto, al contrario, che lo Stato stesse facendo un uso esorbitante dello stato di emergenza non solo per:

«(...) legittimare la cancellazione del controllo parlamentare» [ma anche per] «(...) decretare, come è stato fatto, la sospensione generalizzata della libertà di circolazione e di stabilimento dei cittadini spagnoli, misura che può essere adottata solo sotto la vigenza di uno stato di eccezione, come previsto dall'art. 55, primo comma della Costituzione». [E in aggiunta]: «Ordinare una sorta di regime di arresti domiciliari per la gran parte degli spagnoli, come è stato fatto, non significa limitare un diritto ma sospenderlo e ciò risulta difficilmente contestabile da un punto di vista giuridico, e, in tal senso, le misure adottate sono lontane dalla disciplina dello stato di emergenza. Una tale misura corrisponde alla disciplina dello stato di

<sup>9</sup> T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Estado de alarma y lealtad*, in *El País*, 17/3/2020, 9.

<sup>10</sup> T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Límite y restricción, no suspensión*, in *El País*, 8/4/2020, 9.

<sup>11</sup> *Ibidem*

eccezione che prevede tale possibilità all'art. 55, primo comma della Costituzione e all'art. 29 della legge organica 4/1981»<sup>12</sup>.

In modo parzialmente diverso, ma coincidente nel considerare innegabile «la limitazione a cui sono sottoposti i diritti e le libertà», altro Autore ha sostenuto che, nonostante, «il problema costituzionale conseguente alla dichiarazione dello stato di emergenza per affrontare il COVID-19 non rappresenti un problema di per sé, sarebbe stato più appropriato dichiarare lo stato di eccezione nei limiti dei poteri governativi di emergenza». In questo senso, lo stesso Autore sottolineava la necessità di sottoporre i poteri del Governo al limite di tempo e al vincolo di proporzionalità nella sua applicazione<sup>13</sup>.

Nella stessa logica di riconoscere, da un punto di vista costituzionale, lo stato di emergenza come sostegno alla situazione creata dalla pandemia, si ricorda la posizione sostenuta da un *ex* presidente del *Tribunal Constitucional*: fermo restando che l'emergenza è di portata tale «(...) da non essere perfettamente riconducibile a nessuna delle fattispecie di stato di emergenza previste, di emergenza, di eccezione o di guerra», l'Autore, in un passaggio che è utile riprodurre, sottolinea così le differenze fra lo stato di emergenza e quello di eccezione:

«(...) abbiamo potuto disporre di un istituto ideato per affrontare catastrofi di questo tipo, in base al quale concordare misure drastiche ma necessarie. La palese restrizione nell'esercizio di alcuni diritti fondamentali ha insinuato il dubbio circa l'idoneità della scelta dello stato di emergenza che, per il suo scopo e a differenza dello stato di eccezione e di guerra, non consente la sospensione di alcun diritto fondamentale. Lo stato di eccezione, infatti, come configurato nel nostro ordinamento, rappresenta una possibile risposta ad un conflitto di natura politica. Sarebbe concepibile la configurazione di uno stato di eccezione sovrapposto a quello di emergenza in una situazione dal primo difficilmente gestibile, e tuttavia ciò non è in alcun modo accaduto, per cui sarebbe scorretto attribuire i caratteri di una emergenza di ordine pubblico alle misure restrittive così ampiamente rispettate dalla popolazione»<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> M. ARAGÓN REYES, *Hay que tomarse la Constitución en serio*, in *El País*, 11/4/2020, 9.

<sup>13</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *La Constitución, la peste y la economía*, in *El País*, 27/4/2020, 11.

<sup>14</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución bajo el estado de alarma*, in *El País*, 17/4/2020, 9.

In maniera simile, si è affermato che la pandemia ha provocato in Spagna un gravissimo problema di ordine sanitario, con ampie ricadute in ambito familiare, lavorativo, sociale, etc., «(...)non configurandosi tuttavia come problema di ordine politico»<sup>15</sup>.

Rispetto alle riflessioni condotte durante le prime settimane di emergenza occorre soffermarsi soprattutto sulla principale fra esse, ovvero sulla conformità a Costituzione della decretazione dello stato di emergenza. In aggiunta a ciò, rilevano i poteri attribuiti al Governo per la sua esecuzione e la loro incidenza sul sistema di distribuzione delle competenze in un modello di Stato composto come quello designato dalla Costituzione, profilo – questo – che tuttavia meriterebbe di una specifica attenzione e che per diversi aspetti trascende l’oggetto di questo lavoro.

Nel dibattito costituente furono fissati la *ratio* e la finalità dello stato di emergenza quale modalità di diritto di eccezione. L’obiettivo non era quello di predisporre strumenti per affrontare problemi di ordine pubblico, ma dotare le istituzioni dello Stato e, in special modo, il Governo e il *Congreso de los Diputados*, di uno strumento giuridico tale da consentire l’adozione di decisioni speciali per affrontare eventi impreveduti, originati da disastri naturali, crisi sanitarie, situazioni di carestia, paralisi dei servizi pubblici, ecc. Lo stato di emergenza come fattispecie di diritto di eccezione, come configurato nel corso del dibattito costituente, non riguardava situazioni emergenziali originate da problemi di ordine politico che dovessero impedire il libero esercizio dei diritti e delle libertà, il normale funzionamento delle istituzioni rappresentative o una grave alterazione del regime dei servizi pubblici.

Nella situazione occasionata dalla pandemia da COVID-19 l’ordine pubblico non ha, dunque, subito alterazioni, né è stato compromesso il funzionamento delle istituzioni, se non per le ragionevoli limitazioni al contatto fisico riguardanti tanto i rappresentanti politici che i cittadini. L’unica vera alterazione è quella che ha riguardato il sistema sanitario nazionale e la salute dei cittadini. Solo questo e non altro<sup>16</sup>.

Con la fattispecie dello stato di emergenza, il costituente volle articolare una speciale forma di intervento del potere politico per situa-

---

<sup>15</sup> M.A. PRESNO LINERA, *Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por el coronavirus*, in *The conversation*, 26/3/2020, 3.

<sup>16</sup> M. CARRILLO, *Impact constitutionnel sur l’État de droit des mesures adoptées en Espagne*, in *Droits International, Comparé Et Européen / Dice*, 2020, 6.

zioni che, pur essendo complesse o gravi, non richiedono l'adozione di misure tanto drastiche da comprimere del tutto l'esercizio dei fondamentali diritti dei cittadini. La *ratio* dello stato di emergenza è, in questo senso, quella di riservare al potere politico uno spazio di manovra che permetta l'adozione di misure graduali e proporzionate alla gravità dei fatti da affrontare. Misure – queste – che non sono riferite all'ordine pubblico inteso come sinonimo di ordine negli spazi pubblici. E, pertanto, come stabilito dall'art. 4 punto c) della legge organica 4/1981, in nessun caso può servire come strumento per affrontare i conflitti sociali (politici, sindacali, economici, etc.).

Più concretamente, lo stato di emergenza non può servire per affrontare, per esempio, i problemi derivanti dalla proclamazione di uno sciopero (art. 28, secondo comma Cost.) o dall'adozione di misure di conflitto collettivo da parte delle imprese rispettose della legislazione di settore (art. 37, secondo comma Cost.) per la risistemazione della pianta organica prima di una crisi economica o per la cessazione dell'attività di impresa, con le inevitabili conseguenze sociali ed economiche. In questi casi, il Governo non può ricorrere allo stato di emergenza, salvo il caso in cui queste situazioni di conflitto sindacale/imprenditoriale non si realizzino in concomitanza ad una catastrofe naturale, crisi sanitaria, paralisi dei servizi pubblici essenziali per la collettività. Questo, del resto, era il significato dell'emendamento presentato dal gruppo comunista durante il dibattito sulla legge organica 4/1981.

Il concetto di ordine pubblico su cui poggia l'applicazione dello stato di eccezione, e non dello stato di emergenza, è un concetto giuridico indeterminato e polisensu, caratterizzato da un utilizzo mutevole in diversi rami del Diritto. Così, esso opera nell'ambito del Diritto Civile, per esempio, per limitare i patti sottoposti a cause o condizioni nei contratti privati (art. 1555 CC). O nel Diritto Penale, per tipizzare il reato di atti contrari all'ordine pubblico (art. 557 CP). Nel Diritto Amministrativo il concetto di ordine pubblico è ampliato per precisare, tra le altre cose, i vizi che implicano la nullità dell'atto amministrativo. Tuttavia, per quanto riguarda l'oggetto di questo lavoro e in questo ambito del Diritto, esiste un concetto di ordine pubblico distinto e che, come è stato segnalato, corrisponde alla «(...) tranquillità materiale, all'ordine nelle strade pubbliche (...) all'assenza di perturbazioni della tranquillità. Questo aspetto dell'ordine pubblico rimanda automaticamente all'attuazione governativa e ai poteri di polizia tramite i quali l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione pubblica com-

petenza in materia, così come, cambiando piano, alle eventuali conseguenze penali dei reati contro l'ordine pubblico ...»<sup>17</sup>. Questa nozione di ordine pubblico, inteso quale sinonimo di tranquillità materiale e ricorrente nei sistemi democratici è stata, senza dubbio, utilizzata in formula generica, distorta, e pertanto arbitraria, nelle diverse forme di governo autoritarie che hanno segnato la storia dello Stato spagnolo contemporaneo. La Costituzione e la legislazione attuativa hanno rigettato il significato assunto dalla nozione durante queste fasi. Ed infatti, l'attuale disciplina costituzionale contempla l'ordine pubblico come limite all'esercizio dei diritti fondamentali, ad esempio, rispetto alla libertà religiosa (art. 16, secondo comma Cost.) e al diritto di riunione e di manifestazione (art. 21, secondo comma Cost.); come strumento, insomma, destinato a bilanciare la libertà del cittadino con l'interesse pubblico. Si afferma, pertanto, una nuova dimensione in cui la tutela dell'ordine pubblico non può presupporre una generale autorizzazione alla limitazione dei diritti fondamentali, ma rappresenta un limite interpretato in maniera restrittiva. Di conseguenza, la nozione di ordine pubblico non possiede altro significato «(...) che la sua intima connessione con il libero esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà, la cui protezione giustifica il riconoscimento all'Amministrazione, precisamente all'autorità di pubblica sicurezza, di poteri che altrimenti sarebbero carenti di giustificazione»<sup>18</sup>. Poteri – questi – che sia in una situazione ordinaria sia eccezionale restano pur sempre sottoposti al controllo giurisdizionale.

Proprio tale nozione di ordine pubblico fu utilizzata in sede costituente per tracciare le differenze fra lo stato di eccezione e quello di emergenza. Ed è la stessa a cui si riferisce l'art. 13, primo comma della legge organica 4/1981 che ne delimita l'oggetto. Le circostanze della propagazione della pandemia in Spagna e la dichiarazione dello stato di emergenza non permettono di concludere che si sono registrati i presupposti a cui si riferisce la disciplina legislativa prevista a tutela dell'ordine pubblico.

L'ordine pubblico rappresenta una condizione ineludibile per l'esercizio dei diritti e delle libertà<sup>19</sup>. L'emergenza provocata dalla pan-

---

<sup>17</sup> J. BARCELONA LLOP, *Orden Público (Dº Administrativo)*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1995, 4631.

<sup>18</sup> J. BARCELONA LLOP, *Orden Público (Dº Administrativo)*, cit., 4634.

<sup>19</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, 84.

demia ha provocato effetti gravissimi sulla salute di molte persone ed ha colpito la capacità di resistenza del sistema sanitario, ma non ha rappresentato un problema di ordine pubblico, causando, piuttosto, la limitazione dell'esercizio di alcuni diritti al solo fine di preservare la salute collettiva. Allo stesso modo, fino all'emersione del problema sanitario, le istituzioni rappresentative e giudiziarie hanno esercitato le proprie funzioni normative e di controllo in maniera del tutto regolare. E lo stesso vale per il funzionamento dei servizi pubblici essenziali per la comunità. Non sono state, dunque, le esigenze collegate alla tutela dell'ordine pubblico ad aver giustificato il ricorso allo stato di emergenza, bensì una crisi sanitaria, accertata dall'Organizzazione mondiale della sanità, provocata da una pandemia, dall'origine ancora oggi non scientificamente acclarata. Alla luce del quadro costituzionale e legislativo, non sembra, dunque, affatto convincente ritenere che sarebbe stato necessario decretare lo stato di eccezione per giustificare la limitazione e le restrizioni dei diritti e delle libertà, come previsto nel regio decreto 463/2020, del 14 marzo.

Un ulteriore profilo riferito all'applicazione dello stato di emergenza che necessita di attenzione è quello che concerne le modalità di esercizio da parte del Governo dei poteri speciali di cui esso dispone in virtù della situazione, con particolare riferimento al rispetto del principio di proporzionalità. In conformità a questo principio, i limiti che il legislatore o l'autore della norma appongono all'esercizio di un diritto fondamentale devono essere giustificati dalla finalità che perseguono. I vantaggi derivanti dagli interventi limitativi devono compensare i sacrifici (limitazioni o restrizioni) che i titolari del diritto e, in generale, la società devono sopportare. Se in questo bilanciamento fra la difesa della libertà personale e la garanzia di un interesse collettivo un giudice dovesse ritenere prevalente il diritto limitato, la norma sarebbe incostituzionale. La norma sarebbe, al contrario, pienamente conforme a Costituzione se l'interesse generale dimostrasse di avere priorità di tutela<sup>20</sup>.

Il giudizio o il *test* di proporzionalità su una misura restrittiva di un diritto fondamentale consiste, in primo luogo, nel verificare se la stessa è necessaria per affrontare la concreta situazione che l'ha provocata o se sono applicabili misure meno gravose; in secondo luogo, se la misu-

---

<sup>20</sup> C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. CEPC, Madrid, 2007, 763-764.

ra adottata è idonea alla finalità perseguita ed infine se, *stricto sensu*, è proporzionale o meno. Al riguardo, come ripetutamente affermato dal *Tribunal Constitucional* fin dall'inizio della sua attività, quale giudice supremo dei diritti fondamentali, il giudizio di proporzionalità ha frequentemente riguardato proprio questi ultimi:

«Così come riconosciuto da questo *Tribunal* in numerose sentenze nelle quali ha dichiarato che la sproporzione fra il fine perseguito e le misure messe in atto per conseguirlo può dare luogo ad una accusa di incostituzionalità quando ciò implica un sacrificio eccessivo e non necessario dei diritti garantiti dalla Costituzione (...) SSTC 62/1982 (...) STC 19/1988 (...) STC 66/1955». [STC 136/1999, del 20 luglio, FJ 22].

Di conseguenza, essenzialmente in questi termini dovrà esaminarsi lo scopo delle misure di limitazione o restrizione contenute nel regio decreto 463/2020, del 14 marzo, con il quale si è dichiarato lo stato di emergenza.

## 5. Lo stato di emergenza e il sistema territoriale di riparto delle competenze

La dichiarazione dello stato di emergenza è una delle manifestazioni del diritto di eccezione che lo Stato può dichiarare in via esclusiva. È, tuttavia, necessario sottolineare che si tratta di una attribuzione che si proietta su un modello di Stato composto, ovvero decentrato, così come delineato dalla Costituzione (art. 2 e Titolo VIII) e dagli Statuti delle *Comunidades Autónomas* (CCAA).

Ovviamente le misure eccezionali adottate a livello centrale in applicazione dello stato di emergenza occasionato dalla pandemia da COVID-19 hanno inciso sulle competenze delle *Comunidades Autónomas*. Tra queste, in special modo, sulla competenza in materia di sanità, scuola e sicurezza urbana.

In una situazione ordinaria, infatti, le *Comunidades Autónomas* dispongono della competenza normativa in materia sanitaria e scolastica, sempre all'interno della cornice normativa fissata dalla legge statale. La dichiarazione dello stato di emergenza consente allo Stato di intervenire su queste materie in collaborazione con i governi delle *Comunidades*. Si tratta, quindi, di una competenza attratta in via straordinaria e provvisoria a livello statale durante il periodo di

emergenza<sup>21</sup>, essendo lo Stato l'unico potere abilitato alla dichiarazione dello stato di emergenza.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che fino al ritorno della normalità il regime di decentramento territoriale stabilito dalla Costituzione sia sospeso, ma solo che lo Stato – in conseguenza della crisi sanitaria – attragga in parte alcune competenze delle *Comunidades*, nel rispetto del principio di leale collaborazione.

Il regio decreto 463/2020, del 14 marzo, attraverso il quale si dichiara lo stato di emergenza per la gestione della situazione generata dalla crisi sanitaria da COVID-19, ha stabilito che l'autorità competente per la sua applicazione fosse il Governo sotto la direzione del Presidente del Consiglio e per il tramite dei ministri competenti, ovvero della Difesa, dell'Interno, dei Trasporti, della Mobilità e Agenda urbana, della Salute (art. 4). Ciò non significa che gli atti legislativi ed amministrativi adottati dalle *Comunidades* perdano efficacia giuridica in forza dell'attrazione temporanea di alcune competenze. Solo in caso di contrasto con la normativa statale, questa prevarrà in forza del principio di prevalenza (art. 149.1.3 Cost.)<sup>22</sup>.

Come si vedrà più avanti, gli atti del Governo sono sottoposti al controllo politico del Parlamento e al controllo giurisdizionale del *Tribunal Constitucional* (dal momento che il decreto con il quale si dichiara lo stato di emergenza è, secondo la giurisprudenza costituzionale, un atto avente forza di legge) e alla giurisdizione amministrativa (le disposizioni e gli atti amministrativi attuativi dello stato di emergenza).

Come si è già detto, lo stato di emergenza è rimasto in vigore in tutto il territorio nazionale fino al 21 giugno del 2020, data a partire dalla quale le *Comunidades* hanno recuperato la pienezza delle proprie competenze. Tuttavia, con tutta evidenza, la crisi pandemica non si è arrestata e, nel momento in cui si scrive (settembre 2020), si assiste a un incremento molto significativo dei contagi, il più alto rispetto agli altri stati europei.

Sia prima che dopo la fine dello stato di emergenza, le *Comunidades* hanno adottato misure territoriali per fronteggiare la crisi sanitaria.

---

<sup>21</sup> F. VELASCO CABALLERO, *Estado de alarma y distribución territorial del poder*, in *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87, Madrid, 2020, 80.

<sup>22</sup> F. VELASCO CABALLERO, *Estado de alarma y distribución territorial del poder*, cit., 81.

Queste ultime, tuttavia, non possono prevedere una limitazione nell'esercizio dei diritti fondamentali in assenza della deliberazione dello stato di emergenza (di esclusiva competenza statale).

Ad attribuire la competenza alle *Comunidades* sono gli statuti regionali e la legge organica 3/1986, del 14 aprile, sulle misure speciali in materia di salute pubblica, che stabilisce: «allo scopo di controllare la diffusione delle malattie trasmissibili, l'autorità sanitaria, oltre a mettere in campo azioni di prevenzione generale, potrà adottare le misure necessarie per il controllo delle persone infette, delle persone che sono entrate in contatto con esse e dell'ambiente circostante, oltre a quelle che si considerano necessarie nel caso di rischio di trasmissibilità» (art. 3). Queste misure si riferiscono, però, a persone concrete che rischiano di essere infettate direttamente o indirettamente, segnalandosi, dunque, per la loro natura individuale. Se, al contrario, esse dovessero assumere carattere generale e riguardare l'esercizio dei diritti fondamentali, sarebbe lo Stato, mediante la dichiarazione dello stato di emergenza, a recuperare la competenza relativa alla loro adozione<sup>23</sup>: tale competenza è esercitabile o d'ufficio o su richiesta del Presidente della *Comunidad Autónoma* interessata (art. 5 della legge organica 4/1981), rappresentando, questa, l'unica via attraverso cui gli enti territoriali possono intervenire nella dichiarazione dello stato di emergenza.

Il controllo sulle misure adottate dal governo statale e da quello regionale (per esempio, le zone rosse o le restrizioni di movimento in alcuni comuni) spetta alla giurisdizione amministrativa. In armonia con quanto stabilito dalla legge 29/1998, sulla giurisdizione amministrativa, spetta al giudice amministrativo «(...) l'autorizzazione o la convalida delle misure che le autorità sanitarie [dello Stato o delle *Comunidades*] considerano urgenti e necessarie per la salute pubblica e che comportano una privazione o restrizione della libertà o di altro diritto fondamentale» (art. 8.6.2).

L'adozione di misure restrittive da parte delle *Comunidades*, in assenza di una dichiarazione di stato di emergenza pone un problema giuridico: qual è lo scopo e quali i limiti delle misure che i governi territoriali possono adottare, specialmente qualora esse comportino una restrizione o una limitazione dei diritti? Infatti, ove si trattasse di misure restrittive dei diritti, esse dovrebbero essere adottate attraverso una previa dichiarazione di uno stato di emergenza sul territorio, di

---

<sup>23</sup> T. DE LA QUADRA SALCEDO, *Rompiendo el espejo*, in *El País*, 14/9/2020, 11.

competenza statale e non regionale. È pur vero che tra le competenze gestionali delle CCAA – ad esempio – in materia sanitaria e la competenza statale sull'emergenza esiste un ambito intermedio che resta indeterminato ed in cui gli strumenti costituzionali di cooperazione devono giocare un ruolo importante. Su questo versante emerge il problema collegato, per l'appunto, al basso livello di cooperazione fra lo Stato e le CCAA, così come quello della carente lealtà istituzionale<sup>24</sup> che rappresenta un *deficit* nel funzionamento del sistema istituzionale decentralizzato in Spagna. È una questione antica, che la crisi sanitaria da COVID-19 ha evidenziato in modo particolarmente chiaro. Ad esempio, durante la vigenza dello stato di emergenza si è realizzato un modello di gestione unitaria statale; in seguito, dopo la cessazione dello stato di emergenza il 21 giugno del 2020, il recupero da parte delle CCAA delle competenze ordinarie nelle materie interessate dalla pandemia (tra le altre, sanità e scuola) si è prodotto per il tramite di uno scarso livello di cooperazione e molte volte in maniera del tutto unilaterale. In definitiva, dall'inizio della pandemia la cooperazione interistituzionale ha peccato per eccesso e per difetto<sup>25</sup>: una forte centralizzazione all'inizio e, in seguito, una decentralizzazione eccessiva, che non ha tenuto in sufficiente conto che il problema non ha dimensione locale, ma generale e nazionale.

## 6. La libertà di circolazione e il diritto di riunione e manifestazione

La limitazione della libertà di circolazione prevista nell'art. 7 del regio decreto 463/2020, del 14 marzo, dichiarativo dello stato di emergenza, ha suscitato critiche in alcuni ambienti politici ed in parte, ma in minor misura, in campo giuridico, perché considerata sospensiva della libertà di circolazione, ossia di un diritto fondamentale (art. 19 Cost.). Alcune settimane dopo, quando il *Congreso* aveva già approvato alcune proroghe dello stato di emergenza, la critica si è estesa ad alcune decisioni aventi ad oggetto il diniego di autorizzazione, per motivi sanitari, di alcune manifestazioni. In alcuni casi, i giudici ordinari hanno

---

<sup>24</sup> L. COTINO HUESO, *Los Derechos Fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, in *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87, Madrid, 2020, 97.

<sup>25</sup> S. LEÓN, *Por exceso y por defecto*, in *El País*, 10/9/2020, 22.

considerato la lesione del diritto di riunione e di manifestazione (art. 21 Cost.)

Considerando lo stretto legame tra i due diritti fondamentali, in special modo tra la libertà di circolazione e di transito per le strade e il diritto di manifestazione, l'esame dei problemi, sollevati tanto dalle decisioni governative quanto giurisdizionali, ne richiede una trattazione congiunta. E ciò perché, al di là degli ambiti materiali e delle proprie specificità, i diritti fondamentali non possono essere concepiti separatamente. È paradigmatica la relazione esistente tra la libertà di circolazione e quella di manifestazione, la quale altro non è che una modalità di transito per le strade pubbliche di un gruppo di persone allo scopo di esprimere idee o esternare una certa posizione.

A) *La libertà di circolazione.* Il diritto di circolare liberamente sul territorio nazionale, la libertà dei cittadini di spostarsi da un luogo all'altro, o semplicemente di camminare, comporta l'obbligo per i poteri pubblici di astenersi dall'interferire sulla libera scelta di ogni persona di spostarsi da un luogo all'altro. Perché l'intervento dei pubblici poteri sia legittimo è necessario che una norma, costituzionale o legislativa, espressamente lo preveda (tra le altre, SSTC 169/2001, del 16 luglio, FJ 6;184/2003, del 23 ottobre, FJ 6 b)<sup>26</sup>. Ad esempio, stabiliscono in via generale norme autorizzative dell'intervento dei pubblici poteri la già citata legge organica 4/1981 (che indica i casi in cui è lecita la dichiarazione dello stato di emergenza), la legge organica 5/2015, del 30 marzo, (finalizzata a tutelare la sicurezza pubblica nelle città), nonché la legge 4/2000 (che stabilisce norme specifiche in materia di immigrazione, concernenti i diritti e le libertà degli stranieri in Spagna, prevedendo limitazioni in via temporanea per i migranti).

Il fondamento costituzionale e legislativo delle misure restrittive della libertà personale o della libertà di circolazione<sup>27</sup> previste nell'art. 7 del regio decreto 463/2020 si rinviene in primo luogo nell'art. 116, secondo comma della Costituzione ed in secondo luogo, negli artt. 4.b e 11.a della legge organica 4/1981. Nel momento in cui la situazione sanitaria generata dal COVID-19 è stata qualificata come pandemia,

---

<sup>26</sup> H. LOSADA GONZÁLEZ, *Artículo 19*, in *Comentarios a la Constitución española* (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y Maria Emilia Casas Baamonde), Tomo I. BOE/ Fundación Wolters Kluwer Madrid, 2018, 572.

<sup>27</sup> V. ALVÁREZ GARCÍA, *El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, in *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87, Madrid, 2020, 16.

che in Spagna come in molti altri Stati ha avuto ampia diffusione su tutto il territorio nazionale, lo Stato assume la competenza ad adottare misure restrittive dei diritti in via generale e non individuale, su tutto il territorio nazionale senza distinzione<sup>28</sup>. In tal senso, la dichiarazione dello stato di emergenza era inevitabile e i suoi effetti non potevano essere previsti da disposizioni adottate al di fuori del diritto di eccezione.

Resta fermo che, per quanto riguarda le misure adottate specificamente in ambito sanitario, possono invocarsi in via complementare e non alternativa le previsioni contenute nell'art. 3 della legge organica 3/1986, del 14 aprile, riguardanti le misure speciali in materia di salute pubblica, soprattutto per armonizzare l'adozione delle misure sanitarie con il quadro delle competenze delle CCAA, in concorrenza con lo Stato (art.149.1.16 Cost.).

La limitazione o restrizione alla libertà di circolazione prescritta nell'art. 7 del regio decreto 463/2020 non ha rappresentato una sospensione del diritto fondamentale, la quale impedirebbe, in ogni caso, il suo esercizio. La stessa ideazione di livelli diversi di graduazione nella sua applicazione, dalla fase 0 alla fase 4, permette di considerare che le restrizioni sono state assunte in funzione della diffusione e della gravità del contagio. Ciò, anche nella fase iniziale, non ha tuttavia impedito ai cittadini di recarsi a comprare i necessari beni alimentari, medicinali, ricevere assistenza sanitaria, recarsi a lavoro nel caso di attività essenziali.

Come si è già detto, con la fattispecie di diritto di eccezione rappresentata dallo stato di emergenza, il Costituente ha predisposto una forma speciale di intervento dello Stato per situazioni di crisi gravi che tuttavia non richiedono una totale sospensione dei diritti. Le misure contenute nell'art. 7 e in altre disposizioni ad esso collegate del regio decreto 463/2020 hanno risposto precisamente a questa logica.

B) *Il diritto di manifestazione*. Probabilmente, gli effetti delle misure predisposte per fronteggiare la pandemia hanno posto problemi giuridici più complessi in relazione all'esercizio del diritto di manifestazione. Ed infatti, se, come ha sottolineato la giurisprudenza costituzionale, la dichiarazione dello stato di emergenza comporta restrizioni o limitazioni dei diritti, ma non una sospensione (STC 83/2016, FJ 8), potrebbe risultare paradossale il divieto governativo di manifestazioni formalmente convocate, giustificato dalla necessità di tutelare la salute

<sup>28</sup> J. BARNÉS VAZQUEZ, *Un falso dilema*, in *El País*, 14/08/2020, 9.

collettiva e il funzionamento del sistema sanitario. È un paradosso in realtà relativo perché, indipendentemente dalla dichiarazione di uno stato di emergenza, ciò è possibile tanto in una situazione di normalità quanto di eccezionalità dal momento che, come prevede la Costituzione, «le (...) riunioni in luogo di transito pubblico (...) possono essere vietate dalle autorità (...) quando sussistano rischi per l'ordine pubblico, con pericoli per persone e cose» (art. 21.2).

Il diritto di manifestazione rappresenta una specifica modalità di riunione che si caratterizza per la episodica aggregazione di persone in uno spazio pubblico, allo scopo di esternare idee, opinioni e posizioni su temi di interesse settoriale o generale, rivolgendosi alle istituzioni rappresentative o alla collettività e richiedendone l'attenzione. Per questo motivo, il diritto di manifestazione è in stretta relazione anzitutto con la libertà di espressione e, in maniera indiretta, – come si è visto – con la libertà di circolazione dei partecipanti alla aggregazione. Dunque, la manifestazione limita o può limitare la libertà di circolazione di chi non vi partecipa.

Riguardo alle limitazioni all'esercizio del diritto di manifestazione, la giurisprudenza costituzionale e convenzionale ha imposto all'autorità governativa un'osservanza rigida del principio di proporzionalità che si è sopra indicato come criterio interpretativo essenziale del corretto esercizio da parte del Governo e degli altri poteri pubblici delle speciali attribuzioni ad essi affidate durante la vigenza dello stato di emergenza.

Tra i principi enucleati dalla giurisprudenza, rilevanti per l'oggetto di questo lavoro, occorre ricordare, per esempio, quello per cui il limite della tutela dell'ordine pubblico deve presupporre un rischio fondato e ragionevole – non un mero sospetto – per l'integrità di cose e persone (SSTC 101,1985, 68/2005, o STEDH Stankov c. Bulgaria, del 2 ottobre 2001); la nozione di luogo di transito pubblico ha da interpretarsi in maniera restrittiva, ovvero come sinonimo di luogo aperto al pubblico (STC 196/2002); la mancata previa comunicazione non giustifica il divieto di manifestazione, né tanto meno l'uso della forza; i disagi al traffico vanno intesi come conseguenza inevitabile, sempre che non trasmodino in un'alterazione dell'ordine pubblico (SSTC 265/2006 e 31/2007); ed ancora, sempre nel rispetto dell'ordine pubblico, l'autorità amministrativa non può vietare né sottoporre a condizioni le modalità scelte dai promotori (STC 99/2004); allo stesso modo, la vigenza di un periodo preelettorale non legittima le *Juntas Electorales* a proibire

una manifestazione, non corrispondendo al principio di proporzionalità (STC 96/2010)<sup>29</sup>.

Durante l'intero periodo emergenziale, dal 14 marzo fino alla sesta ed ultima proroga scaduta il 21 giugno del 2020, sono state indette diverse manifestazioni. In alcuni casi, la controversia sulla mancata autorizzazione o sulla competenza giurisdizionale è giunta all'attenzione dei giudici e delle Corti.

Una settimana dopo la dichiarazione dello stato di emergenza, il 21 aprile, a Pontevedra la *Subdelegacion* del Governo ha emesso un'ordinanza rivolta a vietare la manifestazione indetta dalla *Central Unitaria de Trabajadores* (CUT) in occasione del primo maggio. Il conseguente ricorso del sindacato dinanzi all'ufficio competente del *Tribunal Superior de Justicia* ha avuto esito negativo. Dopo avere respinto la richiesta dei ricorrenti di sollevare questione di costituzionalità del decreto legge n. 463/2020, il Tribunale con la sentenza del 28 aprile 2020, nel giudizio di bilanciamento ha, infatti, ritenuto che la tutela della salute pubblica (i drammatici effetti della pandemia, il numero dei morti e dei contagi, la diffusione del virus, etc.) dovesse prevalere sul diritto di manifestazione finanche escludendo – come proposto dai ricorrenti – la possibilità di manifestare circolando all'interno delle automobili.

Il sindacato ricorse dunque, in via *de amparo*, dinanzi al *Tribunal Constitucional*, il quale con una ampia pronuncia della sua Sala Primera – ATC 40/2010 del 30 aprile – ancora una volta respinse le argomentazioni dei ricorrenti, valutando che, nella particolare situazione sanitaria, il diritto all'integrità fisica delle persone (art. 15) e alla salute (art. 43) risultava prevalente. Conviene, tuttavia, sottolineare che il *Tribunal* precisò come a venire in rilievo non fosse la tutela dell'ordine pubblico, bensì la funzione dei citati diritti.

Può convenirsi sulla ragionevolezza della posizione assunta dal *Tribunal*. Infatti, se per motivi collegati alla stringente necessità di tutelare la salute delle persone, lo stato di emergenza prevede una limitazione della libera circolazione delle persone, il distanziamento fisico, uscite contingentate e distinte sulla base dell'età, etc., e tutte le altre misure adottate per evitare l'acuirsi della pandemia e il collasso del sistema sanitario, allora, e sempre in funzione della situazione sanitaria

---

<sup>29</sup> L. M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Artículo 21*, in *Comentarios a la Constitución española* (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y Maria Emilia Casas Baamonde), Tomo I. BOE/Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, 649.

di ciascun territorio, risulta ragionevole il rigetto del ricorso e il divieto di manifestare pronunciato dal TSJ della Galizia, sempre con la dovuta ponderazione richiesta dal caso.

In seguito, e durante tutto il periodo di vigenza dello stato di emergenza, si sono succedute diverse pronunce di giudici ordinari in tema di diritto di manifestazione, occasionate da ricorsi avverso le decisioni amministrative di divieto. In quelle che qui rilevano, i giudici hanno dato prova di applicare la regola del bilanciamento fra diritti e, in alcuni casi, di valorizzare il *test* di proporzionalità sulla decisione amministrativa. Tutte le pronunce riconoscono la prevalenza del diritto di manifestazione. In via generale, vengono tenute in considerazione le condizioni di evoluzione della situazione sanitaria e le misure predisposte dagli organizzatori al fine di tutelare la salute collettiva. Senza dubbio, in qualche pronuncia si può rilevare una erronea concezione del rapporto fra la libertà di circolazione e il diritto di manifestazione.

Per esempio, la sentenza del 29 aprile del 2020, pronunciata dalla *Prima Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia dell'Aragona*, in occasione dell'applicazione delle misure previste nell'art. 7 del regio decreto 463/2020 ha stabilito una rigida e, per questo motivo, difficile distinzione fra la libertà di circolazione e il diritto di riunione e manifestazione. Si afferma che «ciò che caratterizza e qualifica il diritto di manifestazione, rispetto alla libertà individuale o di circolazione, è che il necessario veicolo personale, la concentrazione di cittadini in un determinato luogo, opera «al servizio dello scambio e della libera espressione delle idee, della difesa degli interessi o per la diffusione di problemi o istanze rivendicative» (FJ 3). È certamente così. La giurisprudenza costituzionale e lo stesso TSJ nella sua sentenza intendono il diritto di manifestazione come un canale di espressione delle idee in difesa di certi interessi (tra le altre, STC 193/2001). Tuttavia, è ovvio che per riunirsi in uno spazio pubblico e manifestare per una causa è necessario poter circolare. Dunque se, come afferma lo stesso TSJ di Aragona, durante la vigenza dello stato di emergenza «(...) sarà possibile limitare gli spostamenti in misura più o meno maggiore, però mai allo scopo di impedire l'esercizio del diritto di manifestazione» (FJ 3), la distinzione proposta dal citato Tribunale risulta del tutto incoerente. Per esercitare il diritto di manifestazione, infatti, è necessario disporre della libertà di circolazione. Per questo motivo, la distinzione appare assai rigida perché intende erroneamente i due

diritti alla stregua di compartimenti stagni, mentre essi sono intimamente correlati.

Durante il mese di maggio, nonostante un leggero allentamento delle misure restrittive e di controllo sanitario della diffusione del virus, alcune manifestazioni sono state vietate dall'autorità amministrativa: decisioni poi annullate in diverse occasioni. Il *Tribunal Superior* della *Castilla e León*, con sede nella città di Valladolid, prima Sezione, con la sentenza del 21 maggio del 2020, in applicazione del principio di proporzionalità, considera, ad esempio, sufficienti le misure di prevenzione apprestate dal partito di estrema destra VOX per la celebrazione di una manifestazione con l'utilizzo di autoveicoli. Orientamento analogo è assunto dalla terza Sezione della *Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña* con la sentenza 1391/2020, del 22 maggio, pronunciata in occasione della convocazione di una manifestazione da parte della stessa forza politica; o, ancora, dalla sentenza pronunciata dalla decima Sezione della *Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia* di Madrid, del 21 maggio del 2020, in occasione della convocazione di una manifestazione da parte del *Partido Comunista de los Pueblos de España* (PCPE), nonostante l'annullamento della risoluzione amministrativa negativa sia stato accompagnato da un'indicazione dello stesso TSJ circa le modalità di svolgimento.

## 7. Il diritto alla protezione dei dati personali

L'attenzione dei giuristi nei confronti del tema della protezione dei dati personali si spiega considerando la possibilità – mai prevista prima in nessuna specifica disposizione normativa – per le autorità sanitarie di controllare i cittadini sottoposti a quarantena nel proprio domicilio, tramite il telefono cellulare. L'obiettivo è quello di controllare i movimenti al di fuori del proprio domicilio per evitare che la persona contagiata violi l'obbligo di quarantena e ponga a rischio la salute pubblica.

Il diritto all'*habeas data* o diritto all'autodeterminazione informatica garantisce al cittadino di disporre dei propri dati personali che circolano in rete e di impedire che essi vengano diffusi in assenza di previo consenso, salvo che nei casi eccezionali previsti nel Regolamento europeo e dalla legislazione nazionale. È chiaro che la rete internet e il telefono cellulare, insieme agli altri social network, rappresentano

un campo di possibile accesso ai dati del cittadino, senza che esso ne sia al corrente.

In ogni caso, se fosse applicata una misura del genere, essa potrebbe considerarsi legittima solo qualora il controllo dei dati del cittadino fosse riferito direttamente alla protezione della salute e se, quale conseguenza della diffusione della pandemia, vi fosse un rischio per la salute pubblica. E, in aggiunta, con la necessaria garanzia che i dati non siano utilizzati ad altri fini. Il regolamento europeo 2016/679 del 27 aprile relativo alla protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento e alla diffusione dei dati personali, in deroga alla Direttiva 95/46/CE (Regolamento generale di protezione dei dati) stabilisce alcuni principi fondamentali che dovrebbero essere rispettati ove gli Stati membri dovessero approvare una norma di tal genere: uno di essi è il principio di minimizzazione dei dati e l'altro è il principio che si riferisce alla legittimità del loro trattamento. Secondo il primo, i dati suscettibili di essere raccolti devono essere: «adeguati, pertinenti e necessari ai fini previsti» [art. 5.1, c)]; in accordo al secondo, affinché il trattamento dei dati sia lecito, occorre che sia «necessario per la soddisfazione degli interessi legittimi del responsabile del trattamento o di un terzo, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedano le protezione dei dati personali, in specie ove si tratti di un minore. Il disposto della lettera f) del primo comma non troverà applicazione nei confronti delle autorità pubbliche nell'esercizio delle funzioni proprie» [art. 6.1, f]. Ovviamente rientra tra le funzioni pubbliche la protezione della salute pubblica (art. 43 Cost.) nel quadro del riparto di competenze fra lo Stato e le CCAA (art. 149.1 16ª Cost.).

## **8. I *social networks* come sostegno alla libertà di espressione e al diritto di comunicare e ricevere informazioni**

L'impatto della pandemia sui mezzi di comunicazione e, tra essi, sui *social networks* è noto. In questi tempi difficili, l'esercizio della libertà di espressione ha prodotto risultati differenti: dalle più brillanti manifestazioni del pensiero, in specie quando essa è presieduta dalla ragione come segno di identità, a quelle più miserevoli, passando per quelle irrilevanti, episodiche e ottuse di cui gli uomini possono altresì essere capaci.

Come principio generale, lo Stato liberal-democratico deve offrire copertura a tutte le manifestazioni del diritto fondamentale alla libertà di espressione. Esso non è, infatti, un diritto il cui esercizio obbliga al raggiungimento di un risultato specifico. Sarà, infatti, il contesto e l'insieme della società ad attribuire valore a ciò che viene espresso.

La libertà di espressione rappresenta un pilastro essenziale di ogni sistema che voglia dirsi democratico. Chiaramente, i soggetti titolari del diritto sono le persone fisiche e non – di certo – le istituzioni rappresentative che devono rispettare uno scrupoloso dovere di neutralità nelle proprie esternazioni pubbliche. La garanzia della libertà di espressione è una *conditio sine qua non* per l'effettivo esercizio di altri diritti, come la libertà di pensiero. L'attribuzione del carattere di diritti fondamentali e la loro importanza per la qualità democratica della società non implicano, comunque, che essi debbano essere declinati in senso assoluto. Ad eccezione del diritto a non essere sottoposto a tortura e a trattamenti disumani e degradanti, gli altri diritti sono generalmente sottoposti a limiti.

È innegabile che i *social networks* abbiano incrementato le possibilità per i cittadini di esprimersi su disparati argomenti. Tuttavia, se oggettivamente essi rappresentano un formidabile spazio di espressione e di partecipazione, sono anche la sede di espressione di idee sciocche e rappresentative di bassezza morale, o per la conquista di patetici momenti di presunta gloria personale.

Con la creazione di una rete diffusa di utenti dei *social networks*, sempre in costante comunicazione fra loro, la distribuzione dei messaggi comunicativi che, fino all'apparizione delle diverse piattaforme del *World Wide Web* restava sotto il controllo dei tradizionali mezzi di informazione, subisce un'alterazione. La diffusione delle reti ha comportato che, nell'attuale società dell'informazione, divenissero meno importanti i contenuti rispetto all'obiettivo di attrarre di volta in volta l'attenzione. Il neologismo "virale" riferito ad una certa informazione o a quei contenuti che ottengono un impatto o raccolgono attenzione su fatti e persone concrete, è diventato spesso sinonimo di un uso irresponsabile e finanche lesivo dei diritti fondamentali *ex art. 20 Cost.* Durante la crisi sanitaria da COVID-19, per il tramite della diffusione di notizie false, episodi di questo tipo, come insulti nei confronti dei rappresentanti politici e dei professionisti sanitari, sono stati frequenti.

L'idea secondo la quale, a seconda del caso, la volontà popolare possa prevalere sulla legalità democratica si è insinuata in alcuni set-

tori dell'immaginario collettivo, attraverso la diffusione di opinioni e persino informazioni che offrono soluzioni semplici a problemi complessi<sup>30</sup> quali l'individuazione delle cause della pandemia e dei rimedi per affrontarla, per loro stessa natura molto articolati. Una parte dei rappresentanti politici, diversi divulgatori, professionisti dell'informazione e cittadini utenti dei *social networks* hanno assunto un approccio populista al problema, rifiutando qualunque intermediazione o formale condizionamento della volontà popolare. Con tale logica, gli attori politici hanno mostrato un totale disprezzo nei confronti dell'obbligo costituzionale alla verità informativa che richiede principalmente, ai fini della protezione giuridica del contenuto informativo, che questo sia stato ottenuto con diligenza professionale.

La pandemia da COVID-19 ha rappresentato un perfetto banco di prova per verificare l'uso che i diversi attori sociali hanno fatto tanto della libertà di espressione [art. 20.1 a) Cost.] quanto della libertà di comunicare e di ricevere informazioni veritiere [art. 20.1 d) Cost.]. Ciò obbliga a ricordare alcuni principi di elaborazione giurisprudenziale su cui poggia la protezione di entrambi i diritti fondamentali.

In accordo con la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, il giudice costituzionale, fin dai suoi esordi, ha interpretato la libertà di espressione come garanzia del diritto di critica e, più specificamente, di critica politica, senza, tuttavia, legittimare l'insulto. Tuttavia, nell'ipotesi in cui, per il suo contenuto o per la persona cui si riferisce, l'espressione del pensiero abbia una particolare rilevanza pubblica, la libertà di critica gode di un maggior grado di protezione.

Già nel lontano 7 dicembre 1976 (Caso *Handyside*) e dieci anni dopo, l'8 luglio del 1986, la Corte di Strasburgo offrì una precisa interpretazione della libertà di espressione, consacrata nell'Accordo di Roma sulla garanzia dei diritti fondamentali, affermando che «essa non copre solo “informazioni” ed “idee” che sono accolte favorevolmente o si considerano innocue o indifferenti, ma anche a quelle che offendono, feriscono e molestano. Ciò è richiesto dal principio pluralista, dal valore della tolleranza e dell'apertura mentale, senza i quali non si avrebbe una società democratica» (Caso *Lingens*).

---

<sup>30</sup> Y. MOUNK, *Le peuple contra la démocratie*, Éditions de l'Observatoire (trad. francese dell'originale: *The people v. Democracy. Why our freedom is in danger & how to save it.*, Harvard University Press. Vi è una traduzione spagnola, *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla*, Paidós, Barcelona 2018, 18.

Nei vigenti sistemi democratici, non può ricorrersi immediatamente al diritto penale quando la libertà di espressione raggiunge il limite dell'eccesso gratuito. Certamente, la libertà di espressione non è da intendersi in senso assoluto. Il limite per le espressioni di pensiero deprecabili dovrebbe essere uno ed invalicabile; ci si riferisce a quello su cui si fonda la nota dottrina del giudice Holmes, ovvero la regola del *clear and present danger test*: la diretta incitazione alla violenza. Al di fuori di questi casi, è preferibile che sia la società a riconoscere gli autori delle manifestazioni di pensiero miserevoli e a trarne le dovute conseguenze. Tutte le esternazioni pur odiose o che possono provocare disprezzo, ma carenti della volontà di provocare una immediata azione violenta, non possono essere colpite da una misura penale; soprattutto, tenendo in conto l'ambiguità della fattispecie oggettiva del reato di incitazione all'odio di cui all'art. 510 del codice penale, e ciò senza disconoscere lo sforzo interpretativo contenuto nella Circolare 7/2019, del 14 maggio, della Procura Generale, recante linee guida per la definizione della fattispecie.

Infine, per quello che concerne la comunicazione e l'informazione per il tramite dei *social networks*, il fatto che il mezzo tecnico di diffusione permetta molteplici modalità di accesso generalizzato, non solleva l'autore dalla responsabilità per quanto detto. Devono, infatti, intendersi estensibili all'ipotesi di diffusione di notizie false in rete le regole previste per l'informazione sui tradizionali mezzi di comunicazione; ovvero, continuando ad essere vigenti alcuni dei criteri interpretativi stabiliti dalla giurisprudenza costituzionale, quando la rete è il mezzo attraverso il quale ci si esprime o in quelle situazioni in cui è chiara la difficoltà di determinare in concreto l'autore responsabile.

Di conseguenza, per sintetizzare, anche rispetto alla comunicazione in rete sarà corretto: 1) distinguere tra la libertà di espressione e il diritto a comunicare e ricevere informazioni veritiere: la prima sussistendo in presenza di elementi valutativi, il secondo in caso di rilevanza fattuale dell'oggetto dell'informazione (tra le altre, SSTC 6/1988; 178/1993, 138/1996). 2) sarà necessario tenere in conto che il diritto all'informazione, in alcuni casi, occupa una posizione di prevalenza rispetto ai diritti della persona : a) quando l'oggetto dell'informazione è rappresentato da questioni rilevanti o di interesse generale, o i fatti risultano degni di risalto; b) quando l'oggetto dell'informazione riguarda persone che, in ragione della loro dimensione pubblica, per il ruolo che occupano, per la funzione rappresentativa che esercitano (perso-

naggi pubblici) o per l'attività lavorativa che svolgono (personaggi famosi), appaiono di interesse pubblico (SSTC 171/1990 E 134/1999). 3) Il diritto di critica nei confronti delle istituzioni pubbliche e di chi le rappresenta è una conseguenza logica della libertà di pensiero e del pluralismo politico (STC 20/1990, o la già citata STEDH dell'8 luglio del 1986 (Caso *Lingens c. Austria*). 4) La veridicità delle informazioni è un limite costituzionale che, tuttavia, è da intendersi in senso relativo e non assoluto; per cui godrà di protezione costituzionale quella informazione elaborata e diffusa con diligenza e buona fede professionale, ovvero, con scrupoloso rispetto dei codici deontologici dei giornalisti, anche nell'ipotesi in cui si sia potuti incorrere in errore (STC 6/1988); e se si tratta di una persona in particolare come soggetto attivo dell'informazione, non rimarrà esente da responsabilità in caso di notizia falsa. 5) la veridicità dell'informazione non sempre solleva da responsabilità: la veridicità non legittima infatti l'ingiuria (SSTC 105/1990, 171/1990 e 172/1990); 6) la rilevanza giuridica dell'obbligazione costituzionale alla veridicità dell'informazione non è la stessa quando essa si confronta con il diritto all'onore o con il diritto all'intimità. Nel primo caso, essa opera quale causa di legittimazione delle intromissioni lesive dell'onore, ma ha una rilevanza diversa se il bene giuridico da proteggere è quello all'intimità personale. In tal caso, l'intromissione sarà legittima solo se essa può essere giustificata in funzione dell'interesse pubblico che trascende l'informazione diffusa (STC 171/1990).

## 9. Lo stato di emergenza e il Parlamento

In conformità alla disciplina costituzionale del Diritto di eccezione (art.116.5 Cost.), il Governo rimane responsabile davanti alle *Cortes Generales* (Parlamento) e, specificamente, davanti al *Congreso de los Diputados* (camera bassa), e in nessun caso la situazione di emergenza può escludere un controllo politico sulla sua attività: «Non potrà procedersi allo scioglimento del Congresso durante la vigenza di alcuno degli stati compresi nel presente articolo, venendo le Camere convocate automaticamente qualora non fossero in periodo di sessione. Il loro funzionamento, come quello degli altri poteri costituzionali dello Stato, non potrà interrompersi durante la vigenza di tali stati». Analogamente, «se si verificasse una delle situazioni che danno luogo a uno qualsiasi di detti stati, quando il Congresso sia sciolto o scaduto

dal suo mandato, le competenze del Congresso saranno assunte dalla sua Deputazione Permanente»<sup>31</sup>. In ogni caso, secondo quanto previsto dall'art. 116.5 Cost. «La dichiarazione degli stati di allarme, di eccezione e di assedio non modificherà il principio di responsabilità del Governo e dei suoi agenti riconosciuto nella Costituzione e nelle leggi». In conseguenza di ciò, il Governo continua ad essere responsabile davanti al Parlamento e gli atti normativi prodotti sono sottoposti al controllo giurisdizionale, tanto del *Tribunal Constitucional* (la risoluzione con la quale il *Congreso de los Diputados* dichiara lo stato di emergenza ha valore di legge, STC 83/2016, del 28 aprile, par. 11) quanto della giurisdizione ordinaria (le disposizioni di natura regolamentare o gli atti amministrativi attuativi delle misure adottate in forza dello stato di emergenza).

Nelle eccezionali circostanze provocate dalla diffusione della pandemia da COVID-19, in che modo le *Cortes Generales* hanno esercitato le proprie funzioni costituzionali?

In primo luogo, è necessario precisare che per prescrizione costituzionale la funzione di controllo parlamentare sul Governo, durante la vigenza dello stato di emergenza, spetta in via prevalente al *Congreso de los Diputados*.

Ciò, del resto, è perfettamente in linea con la posizione secondaria, finanche residuale, del Senato nel sistema costituzionale spagnolo, caratterizzato da un bicameralismo imperfetto e asimmetrico. Come si è visto in precedenza, la dichiarazione dello stato di emergenza adottata dal Governo soggiace al termine massimo di 15 giorni, dopo la sua comunicazione al *Congreso*. Se il Governo decide di prorogare lo stato di emergenza, esso necessita di una autorizzazione del *Congreso*, approvata a maggioranza. Tra il marzo e il giugno 2020, il Governo ha deciso di prorogare lo stato di emergenza per sei volte, su autorizzazione del *Congreso*. I dibattiti parlamentari sulle decisioni di proroga riflettono perfettamente non solo le divergenze sul come affrontare la crisi sanitaria, ma anche i contrasti politici più generali, in occasione dei quali tanto i partiti dell'opposizione conservatrice e dell'estrema destra, quanto i secessionisti catalani hanno indirizzato i propri attacchi al governo di coalizione progressista.

---

<sup>31</sup> La *Diputación Permanente* è un organo parlamentare che esercita alcune delle funzioni della Camera (in nessun caso la potestà legislativa) quando il Parlamento è stato anticipatamente sciolto o ha terminato la legislatura.

Per quanto riguarda la funzione legislativa, le *Cortes* hanno esercitato una funzione dimidiata, essenzialmente limitata procedimento di conversione di un significativo numero di decreti legge emanati dal Governo per fronteggiare in via d'urgenza la situazione pandemica. Per questo motivo, la situazione costituzionale è stata valutata come una sorta di parlamentarismo sfocato<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda l'organizzazione delle sessioni parlamentari, la situazione di emergenza provocata dal COVID-19 ha obbligato ad una rigida separazione fisica dei parlamentari e, in applicazione ad una interpretazione flessibile del regolamento parlamentare, i lavori parlamentari sono stati organizzati con un numero inferiore di deputati e senatori e le votazioni sono avvenute in forma mista, ovvero in presenza e principalmente in via telematica.

\* \* \*

## ABSTRACT

ITA

L'articolo affronta le principali ricadute istituzionali conseguite alla dichiarazione dello stato di emergenza nell'ordinamento giuridico spagnolo per il tramite del regio decreto n. 463 del 14 marzo 2020, con specifico riguardo alla garanzia dei diritti costituzionali coinvolti dalle misure restrittive (la libertà di circolazione, il diritto di riunione e manifestazione, il diritto alla protezione dei dati personali), alla tenuta del sistema di riparto competenziale fra Stato e Comunità autonome e al funzionamento dell'organo parlamentare.

EN

The article deals with the main institutional repercussions of the declaration of a state of emergency in the Spanish legal system through the Royal Decree no 463 of 14 March 2020, with specific regard to the guarantee of the constitutional rights involved in the restrictive measures (freedom of movement, the right of assembly and demonstration, the right to the protection of personal data), the maintenance of the competent division system between the State and the Communities and the functioning of the Parliament.

---

<sup>32</sup> A. RUIZ ROBLEDO, *El parlamentarismo difuminado*, in *El País*, 31/08/2020, 9.



# *Costituzionalismo.it*

*Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)*

*Registrazione presso il Tribunale di Roma*

*ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)*