

L'emergenza e il modo di produzione normativa tra limitazioni e sospensioni delle situazioni giuridiche attive a partire dal Portogallo per arrivare in Sudafrica*

di Emma A. Imperato

Abstract: *The emergency and the mode of production between limitations and suspensions of fundamental rights ranging from Portugal to South Africa.* - The present paper attempts to examine different legal orders, ranging from Portugal to South Africa, in order to explore the variety of emergency regimes during the Covid-19 era. In some case we can see the bypass of the emergency law-making-procedures provided in Constitution although shifting competences by authorising other organs than the regular parliamentary legislator to enact norms of general scope in reduced deadlines and limited protection of fundamental rights. In these cases the intervention of the jurisprudence becomes really important. The paper thus analyzes the interpretation of emergency regimes and the limitation or suspension of fundamental rights made by scholarship as well as by case law, with particular reference to that of the Supreme Court, highlighting their weaknesses.

2623

Keywords: State of emergency, limitations, fundamental rights

1. Alcune osservazioni introduttive. L'atto politico e la sua sindacabilità

Nei regimi fondati sui principi dello stato di diritto e di legalità l'ordinamento giuridico pone di regola, come è noto, dei limiti agli atti dell'esecutivo che vedono così fortemente ridotta la pretesa insindacabilità giurisdizionale. La discrezionalità del governo, più in generale, risulta in tal modo eliminata quasi completamente se si esclude gli spazi pre-giuridici riservati alla decisione politica, non ancora tradotta in "atti giuridici" ma configurandosi come meri atti di scelta, non sottoposti ad alcuna regola di natura giuridica e quindi non soggetti a sindacabilità. Sotto un profilo giuridico, lo spazio di discrezionalità politica, anche quando amplissimo come può essere quello che caratterizza l'azione di governo, trova i suoi confini, sotto l'aspetto certamente procedurale, nei principi fondamentali dello stato di diritto costituzionale: giacché «circoscritto da vincoli posti da

* Questo saggio sviluppa l'intervento tenuto al Workshop sul tema "Emergenza e limitazione dei diritti nella comparazione secondo il modo di produzione normativa", presso l'Università di Napoli L'Orientale, il 30 gennaio 2023. Esso è il risultato dell'attività di ricerca che si iscrive nell'ambito del PRIN nazionale finanziato nel 2021 dal titolo "*Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights*".

norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»¹. Anche in presenza di poteri latamente discrezionali, la garanzia della tutela giurisdizionale, resta allora assicurata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di verificare la sussistenza degli 'elementi di fatto' – precisamente stabiliti dalla norma che legittima l'ampio apprezzamento – quali individuati nella motivazione nonché di valutare, «sotto il profilo della logicità, il significato attribuito agli elementi di fatto su cui ci si fonda, e l'iter seguito per pervenire a certe conclusioni»². L'idea di insindacabilità degli atti dell'esecutivo è del resto incompatibile con i principi della effettività della tutela giurisdizionale dei diritti³, presenti in qualunque ordinamento costituzionale, ponendosi come limite all'esercizio delle situazioni soggettive attive anche se garantite dalla Costituzione⁴. Questo discorso non viene meno negli stati di emergenza, mostrandosi, anzi, ancora più necessario in questi casi, come anche addirittura nelle ipotesi della 'legittima difesa dello Stato', il controllo giudiziario.

Qualora infatti gli atti di governo e gli atti politici fossero negli stati di emergenza realmente insindacabili si porrebbe non solo un problema di limiti rispetto ai diritti costituzionali ma anche e soprattutto di controllo della stessa eccezione che in quanto tale deve essere sempre prevista dalla regola generale. Lo stato di eccezione, come insieme di regole da ascrivere alla categoria di quelle di tipo specifico e caratterizzate dalla 'temporaneità', dovendo ripristinare lo stato normale e non già instaurare uno stato sovversivo, presuppone sempre la regola 'generale' e, di questa, quelle che statuiscano esse stesse le condizioni 'particolari' della loro applicazione nonché il ritorno al regime ordinario⁵. L'autorità governativa che, nel caso dell'eccezione, assuma il controllo non facendo appello a competenze e procedure normate costituzionalmente - o comunque in una fonte normativa superiore allo stesso atto di governo - agendo *ex facto*, finisce con l'instaurare una forma di governo al di sopra del diritto, senza alcuna partecipazione e

¹ Corte costituzionale, sent. n. 81 del 5-4-2012.

² Corte costituzionale, sent. N. 103 del 19-03-1993.

³ Cfr. F. Blando, «Atto politico» e «Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale, in *Forum Quad.cost.*

⁴ Così P. Barile, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 220 che in tono critico osserva che «il problema dell'esistenza e della configurazione degli atti di governo e degli atti politici va studiato [...] sotto il profilo della (pretesa o parziale) insindacabilità degli atti medesimi, i quali, se realmente fossero sempre e tutti insindacabili, si porrebbero come degli autentici limiti all'esercizio delle situazioni soggettive attive anche se garantite dalla Costituzione». Vedi, anche, E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 24; C. Dell'acqua, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Torino, 1983 nonché A.A. Cervati, *Artt. 70-72, in Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, 1985, spec., 180. Quanto al rapporto tra atti politici "d'imperio" e giurisdizione, la politica non potendo più godere di uno «spazio naturalmente sottratto alla giurisdizione», V., anche, M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. Dir.*, 1998, n. 3, 365.

⁵ Sul punto sia consentito rinviare al mio, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, Napoli, 2019.

controllo da parte dei destinatari delle norme e con l'accentramento delle competenze in un unico organo.

Un'eccezione, rispetto all'insieme di regole generali, può insomma comportare 'limitazioni', più o meno forti, in alcuni casi potrebbe anche arrivare alla 'sospensione' ma in quest'ultimo caso solo al massimo di parte del regime generale/normale e giammai, come pure qualcuno in dottrina ritiene, dell'intero ordinamento costituzionale. La sospensione del 'tutto' si mostrerebbe invero come una "forma di manifestazione" particolare della rottura costituzionale⁶.

Per difendere l'ordinamento costituzionale da eventuali rotture, alcuni ordinamenti, come è nel caso ad esempio della costituzione lusitana⁷, adottano allora disposizioni che in maniera perentoria ribadiscono la necessità di restare all'interno del sistema costituzionale generale. Essendo ben chiara, anche nella visione dei costituenti del Portogallo, l'idea che uno stato eccezionale può andare a modificare *in peius*, sotto il profilo democratico, il normale quadro costituzionale, nella carta costituzionale lusitana si puntualizza così espressamente che l'alterazione della "normalità costituzionale" può svolgersi "soltanto" nei limiti dello stesso quadro costituzionale. Ovvero, detta con parole del costituente portoghese «solo nei termini previsti nella Costituzione e nella legge e non può in particolare incidere sull'applicazione delle regole costituzionali relative alla competenza e al funzionamento degli organi di sovranità e di governo delle regioni autonome o sui diritti e sulle immunità dei rispettivi titolari» (art. 19, par. 7)⁸. I poteri sovrani poi, in questi casi specifici, devono essere esercitati limitatamente, in particolare con riguardo all'estensione, ai tempi e ai mezzi utilizzati, «a quanto è strettamente necessario al pronto ristabilimento della normalità costituzionale» (art. 19, par. 4).

Non diversamente si pone infine il problema della deroga e dei limiti ai diritti fondamentali nello stato di emergenza. Un punto che diventa centrale in quest'ultimo caso è infatti quello del grado possibile delle limitazioni ai diritti costituzionalmente garantiti. Ci si chiede, in definitiva, se l'autorità che assume decisioni incontra dei limiti quanto allo spazio restringibile relativo a situazioni giuridiche attive tutelate dalla costituzione anche in tempi di emergenza. I casi che si prenderanno in considerazione in questo lavoro, ovvero quello del Portogallo e del Sudafrica, mostrano a tal proposito risposte, da parte del soggetto chiamato a fronteggiare l'emergenza nonché dell'organo deputato a sindacarle, completamente discordanti. L'oggetto di analisi, in entrambe le ipotesi, sarà lo stato di diritto

⁶ Così M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *RivistaAIC*, 2013, 4, in particolare al punto in cui si osserva che le tre nozioni di «rottura, deroga e sospensione pur sovente distinte dalla dottrina, che è «più corretto ricostruire le ultime due come mere forme di manifestazione della prima».

⁷ Laddove all'art. 19, par. 7 Cost. si dispone che se lo stato di assedio e di emergenza può alterare la «normalità costituzionale soltanto conformemente alle disposizioni della Costituzione e della legge», in ogni caso «non può, in particolare, pregiudicare l'applicazione delle norme costituzionali relative alla competenza e al funzionamento degli organi di sovranità e di autogoverno delle regioni autonome o ai diritti e alle immunità dei loro titolari».

⁸ V., in proposito, quanto alla costituzione lusitana che si "difende", R. Mateu-Ros Cerezo, *Estados de alarma, excepción y sitio*, in AA VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, 190.

costituzionale nel suo rapporto con lo stato di emergenza, quale determinato in particolare dalla recente crisi sanitaria pandemica, nonché, di questo ultimo, gli eventuali limiti.

Pur trattandosi di ordinamenti giuridici differenti, aventi tradizioni giuridiche diverse - laddove appartenente alla famiglia romano-germanica è solo il Portogallo anche se il Sudafrica, ritenendosi un sistema giuridico “misto”⁹, ben conosce pure elementi, oltre a quelli di *common law* e del diritto consuetudinario, di *civil law* ereditati dal diritto olandese - la comparazione resta a nostro avviso possibile. In questo lavoro, si intenderà invero guardare a concetti giuridici generali, comuni a qualunque ordinamento che si voglia dire ascrivibile a uno stato democratico di diritto, quali la limitazione dell’azione dell’esecutivo, attraverso il rispetto del principio di legalità e la riserva di legge quanto alla limitazione dei diritti fondamentali – garantita quest’ultima, dalla carta costituzionale sudafricana, attraverso il richiamo al “law of general application” di cui all’art.36 Cost.¹⁰ come meglio si vedrà - nonché la giustiziabilità della Costituzione.

Invero, durante la cosiddetta “terza ondata” di democratizzazione degli anni '90, lo stato di diritto va assumendo particolare rilievo anche nel continente africano¹¹, anche se oggi sta entrando in crisi. La Costituzione Sudafricana individua così, in particolare all’art. 1, tra i valori fondanti della Repubblica, insieme alla democrazia, alla dignità umana, e al raggiungimento dell’uguaglianza, del non razzismo e del non sessismo, anche il principio della “supremazia della costituzione e dello stato di diritto”, come poi espressamente richiamato in molte altre disposizioni costituzionali. Si ammette, in quest’ottica, al contempo, altresì la ‘giustiziabilità della costituzione’¹² quale deducibile all’art. 2 Cost.¹³ nonché la tutela del diritto a un’azione amministrativa che sia “lawful (...)” (art. 33, par. 1).

Le ragioni che ci hanno spinto a comparare questi ordinamenti, rivelatesi in ultimo nell’ambito qui indagato non così distanti, sono proprio allora quelle legate all’osservanza di questi principi laddove si mostrerà in questo scritto come la loro attuazione da parte dell’organo esecutivo finisca con il vedere soluzioni molto diverse. Peraltro, anche sotto il profilo della ‘giustiziabilità costituzionale’, il controllo effettuato dagli organi giudiziari chiamati a verificare la conformità costituzionale rivelerà interpretazioni in

⁹ V., in merito, spec. Quanto al ruolo svolto dalle Corti di vertice, M. Nicolini, *L'altra law of the land. La famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe*, Bologna, 2016.

¹⁰ Pur non senza escludere la delega all’esecutivo e il *common law*. Per approfondimento in merito sia consentito rinviare al mio, *Lo stato di emergenza e la tutela dei diritti fondamentali in Sud Africa, a partire dalla sentenza dell’Alta Corte sull’emergenza pandemica, tra graduazione dei fatti e dissonanze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 33/2022, 187.

¹¹ In questo senso, v. C.M. Fombad, *An overview of the crisis of the rule of law in Africa*, in *18 African Human Rights Law Journal*, 2018, 213, reperibile online <http://www.scielo.org.za/pdf/ahrlj/v18n1/12.pdf>.

¹² Secondo il Preambolo «We (...) adopt this Constitution as the supreme law of the Republic (...)» mentre all’art 167(3)(b) e art. 168(3), art. 168(a), si stabilisce, rispettivamente, che la Constitutional Court, la Supreme Court of Appeal, and the High Courts sono chiamati a “decidere” nelle «constitutional matters».

¹³ Ove pure si dispone: «This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled». Vedi, in merito, per un ampio commento, M. V. Staden, *The Constitution and the rule of law: An introduction*, Johannesburg, 2019.

netto contrasto: addirittura in Sudafrica si giungerà a legittimare atti che solo formalmente sono ordinari, configurandosi invece nella sostanza come eccezionali, non previsti espressamente come tali dal diritto generale pur consentendo la limitazione temporanea oppure la deroga di determinati diritti costituzionali e finendos così di fatto con il minare il primato, pure sancito costituzionalmente, della Costituzione e dello stato di diritto costituzionale.

Questo lavoro sarà suddiviso allora in due parti.

Una prima parte – cd. Profili costituzionali – ove l’attenzione, prendendo spunto da alcune pronunce giurisprudenziali meglio esaminate nella seconda parte, sarà soffermata sulle fonti normative costituzionali (nonché eventualmente di delegazione primaria) riguardanti gli stati di emergenze quali previste nei rispettivi ordinamenti esaminati e come poi adottate nel caso specifico della pandemia.

Altro aspetto che sarà poi indagato, in particolare nella seconda parte di questo lavoro denominata ‘Profili applicativi’, è quello relativo al giudizio di conformità degli atti emanati e delle misure previste sotto il profilo non solo della legittimità costituzionale formale della competenza ma anche sostanziale. Nei due paesi esaminati, oltre alle risposte normative diverse, totalmente differenti si sono rivelate, come si diceva, anche le posizioni assunte a livello giurisprudenziale quanto non solo alla legittimità degli atti e strumenti adottati ma anche e ancor prima, come vedremo, quanto al concetto giuridico di stato di emergenza nonché di limitazione/sospensione dei diritti.

Parte I Profili costituzionali

2. Il Portogallo e il Sudafrica: la diversa risposta delle autorità governativa all’emergenza sanitaria da Covid-19

Il Portogallo e il Sudafrica mostrano un diverso approccio quanto alla situazione emergenziale determinata dalla pandemia già a partire dalla scelta delle condizioni di produzione normativa.

Il Portogallo ha infatti cercato di fronteggiare l’emergenza agendo in conformità al testo costituzionale seguendo i criteri previsti come varianti del metodo di produzione normativa rispetto a quello generalmente considerato paradigma dello “stato di diritto democratico”¹⁴, sia anche con qualche slittamento che ha poi pagato caro, trovando prontamente al varco il Tribunale costituzionale. Il Sudafrica, invece, al pari del resto di diversi ordinamenti anche europei, è sembrata rispondere all’emergenza secondo criteri diversi. Qui si è infatti adottata una procedura di produzione normativa che si rivela sì sempre alternativa a quella “regolarmente” applicabile ma tuttavia secondo una fattispecie individuata non già nella carta costituzionale ma in una fonte ad essa subordinata.

¹⁴ Come peraltro espressamente si dispone all’art. 2 Cost., come modificato a seguito della riforma del 1982. Vedi specificamente su quest’ultimo aspetto, J. Bacelar Gouveia, *O Estado de excepção no direito constitucional, entre a Eficácia e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição*, vol. I, Coimbra, 1998, 44.

Invero in quest'ultimo paese, le autorità governative chiamate a far fronte alla situazione hanno dichiarato lo stato di emergenza secondo quanto previsto non dalla Costituzione ma dal Disaster Management Act-DMA¹⁵: si tratta in quest'ultima ipotesi di una mera legge ordinaria che ben consente, in particolare all'art. 3, la proclamazione del "National State of Disaster", senza trovare alcun riferimento nel testo costituzionale. Nel caso sudafricano non si è del resto mai giunti alla proclamazione dello stato di emergenza neanche allorché sono state adottate misure fortemente restrittive dei diritti e libertà costituzionali. Questo segna una differenza importante con il Portogallo che invece, dal canto suo, come si diceva, ha visto diverse fasi temporali con strumenti normativi emergenziali differenti.

Inizialmente, allorché sembrava fosse possibile tenere sotto controllo la situazione, non intendendosi peraltro adottare misure volte a limitare i diritti costituzionali¹⁶, l'ordinamento lusitano ha visto la proclamazione del mero "stato di allerta", fuori dal quadro costituzionale che non lo prevede affatto e secondo quanto disciplinato invece dal legislatore ordinario con la "legge fondamentale per la protezione civile" del 2006¹⁷. Successivamente si è poi deciso di fare ricorso al costituzionalizzato "stato di emergenza" di cui all'art. 19 Cost.¹⁸ e alle relative condizioni di produzione del diritto mentre nella fase seguente ha dichiarato altresì lo "stato di calamità", stato anche questo non costituzionalizzato che tuttavia ben ha consentito nella pratica, in conformità peraltro al dettato della legge sulla protezione civile che lo disciplina, la restrizione dei diritti fondamentali. Tuttavia, quando si è trattato di introdurre misure fortemente derogatorie e limitative della libertà di movimento, come sono state, ad esempio, quelle relative al confinamento domiciliare oppure alla chiusura di attività commerciali, il Portogallo ha proclamato lo "stato di emergenza" superato poi da altri stati ritenuti idonei

¹⁵ *Disaster Management Act*, 30 dicembre 2002, No. 57, reperibile online all'indirizzo https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a57-020.pdf. Vedi in merito, con tono fortemente critico sugli effetti sostanzialmente 'sospensivi', aggirando così il costituzionalizzato stato di emergenza e le garanzie costituzionali, M. Van Staden, *Constitutional rights and their limitations: A critical appraisal of the COVID-19 lockdown in South Africa*, in *African Human Rights Law Journal*, 2020, 506 ss.

¹⁶ Intendendosi introdurre solo misure «preventive e/o speciali misure di reazione» per affrontare la situazione emergenziale: secondo l'art. 9 della lg. 27/2006 si può disporre diverse misure «preventive e/o speciali misure di reazione» per affrontare la situazione emergenziale, oltre a individuare la «struttura di coordinamento e controllo dei mezzi e delle risorse da rendere disponibili» nonché prevedere l'ambito di competenza territoriale e il limite temporale di operatività (art. 14, lg. 27/2006).

¹⁷ Lg. n. 27/2006, 3 luglio, *Lei de Bases da Protecção Civil*. Questa legge, abrogando la precedente legge n. 222/93 del 18 giugno, istituisce peraltro, all'art. 36, par. 1, in sostituzione del pregresso *Serviço Nacional de Bombeiros e Protecção Civil*, un nuovo organismo di coordinamento in materia di protezione civile – l'*Autoridade Nacional de Protecção Civil*, ovvero la Commissione nazionale per la protezione civile - successivamente disciplinato con Decreto-Legge n° 75/2007 del 29 Marzo.

¹⁸ Sull'impatto in generale delle diverse norme, quanto ai vari stati, da un punto di vista giuridico, v. C. A. Gomes, R. Pedro, *Direito administrativo de necessidade e de excepção*, Lisbona, 2020, ivi in particolare si veda C. Santos Botelho, *Estados de excepção constitucional: estado de sítio e estado de emergência*, 9-57 laddove si evidenzia la differenza tra i vari tipi di stati sottolineando che in ogni caso occorre «riconoscere che l'idea dello stato di eccezione ha effetti sociali, conseguenze psicologiche e costituzionali non trascurabili».

ad affrontare situazioni di allerta di minore entità¹⁹. Non sempre però si è operato in questo senso e il giudice costituzionale lusitano non ha mancato di criticarlo.

In quei casi in cui non si è dichiarato lo stato emergenziale oppure pur proclamandolo non si è adottato l'autorizzazione parlamentare alla misura "sospensiva" della libertà, il *Tribunal Constitucional* ha sempre invero prontamente biasimato l'intervento dell'autorità governativa, decretando puntualmente almeno la incostituzionalità cosiddetta "organica" della norma adottata. La "situazione di calamità" non ha invero, a dire dello stesso giudice costituzionale, rilevanza costituzionale ai fini della sospensione dei diritti, delle libertà e delle garanzie (*ex art. 19, par. 2, della Costituzione*). A differenza dello stato costituzionale di emergenza che è dichiarato con lo scopo costituzionalmente sancito di promuovere il ritorno alla normalità, lo stato "amministrativo" della calamità può più o meno perseguire una finalità simile ma agendo piuttosto che per la sospensione dei diritti fondamentali – costituzionalmente non autorizzata – nell'ambito di un quadro legislativo che comporta «restrizioni specifiche e predefinite di questi stessi diritti»²⁰. Sulla base di questa visione, il giudice costituzionale non ha perciò potuto esimersi dal dichiarare quantomeno l'incostituzionalità per incompetenza della norma oggetto di sindacato di costituzionalità: ciò è perché, per usare parole del giudice portoghese, solo lo stato di emergenza – come del resto lo stato d'assedio – costituisce uno "stato di anormalità costituzionale"²¹ che può consentire, stante il decreto presidenziale e la preventiva autorizzazione dell'Assemblea, come stabilito all'art. 138, par. 1 nonché art. 161, lettera l), e art. 179, par. 3, lettera f), Cost., la restrizione più severa dei diritti fondamentali rispetto a quelli che sono costituzionalmente ammessi in

¹⁹ In particolare, inizialmente, si è dichiarato, con l'ordine n. 3298-B/2020 adottato il 13 marzo dal Ministro dell'Interno e dal Ministro di Sanità, lo stato di allerta su tutto il territorio nazionale valido fino all'aprile 2020. Successivamente, il 18 marzo 2020 è stato invece proclamato, con Risoluzione dell'Assemblea della Repubblica n. 15-A/2020 e Decreto del Presidente della Repubblica n. 14-A/2020, come previsto da Costituzione, lo stato di emergenza in seguito rinnovato fino al maggio 2020. Il governo, al suo scadere, ha dichiarato lo stato di calamità su tutto il territorio nazionale fino al giugno 2020 (Risoluzioni del Consiglio dei Ministri n. 33-A/2020, 38/2020, 40-A/2020 e 43-B/2020). Tra la fine di giugno e fine settembre del 2020 hanno coesistito così nel Portogallo, in diverse regioni, lo stato di calamità e stato di allarme (Risoluzioni del Consiglio dei ministri n. 51-A/2020 e 53-A/2020). Dal settembre al novembre 2020 è entrato invece nuovamente in vigore su tutto il territorio lo Stato di emergenza nazionale rinnovato successivamente (con Risoluzione dell'Assemblea della Repubblica n. 83-A/2020, del 6 novembre, e Decreto del Presidente della Repubblica n. 51-U/2020, del 6 novembre), coesistendo tuttavia con la situazione di calamità fino alla fine di novembre. La dichiarazione dello stato di emergenza viene in seguito adottata nuovamente fino alla fine di marzo del 2021, quando in seguito viene dichiarato lo stato di calamità rinnovato nel tempo sino al marzo 2022. In questa alternanza di stati emergenziali sono state adottate diverse misure limitative talora fortemente restrittive delle libertà fondamentali su cui pure il giudice costituzionale è stato chiamato ad esprimersi.

²⁰ Cfr. M. Nogueira de Brito, *Modelos de emergência no direito constitucional*, in *Revista e-Pública*, n.º 1, 2020, disponibile online all'indirizzo www.e-publica.pt, 8. Su queste problematiche vedi altresì P. Lomba, *Constituição, estado de emergência e administração sanitária: alguns problemas*, in *Revista e-Pública*, cit., 28 nonché C. Santos Botelho, *Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência*, cit. In giurisprudenza v., anche, Tribunal Const. n. 424/2020, 5 marzo, punto 2.2.

²¹ Così, in particolare, Tribunal Const. n. 477/ 2022, 5 luglio.

circostanze normali, autorizzando la “sospensione collettiva” dei diritti fondamentali²².

2.1 *Segue.* Le fonti normative emergenziali nell’ordinamento portoghese e in quello sudafricano

A fronte di uno stesso evento i due ordinamenti in questo lavoro presi in considerazione hanno adottato, come anticipato, strumenti normativi differenti malgrado entrambi disciplinassero in Costituzione metodi di produzione del diritto attivabili nei casi emergenziali.

La Carta costituzionale portoghese prevede infatti all’art. 19, par. 1, lo “stato di emergenza” insieme allo “stato di assedio”²³, quali stati eccezionali legittimanti, tra l’altro, allorché “proclamati secondo le modalità previste dalla Costituzione”, la “sospensione” delle situazioni giuridiche attive. Quest’ultimo effetto giuridico può andare a coinvolgere, nel caso specifico dello stato di emergenza, soltanto «alcuni diritti, libertà e garanzie suscettibili di essere sospesi» (art. 19, par. 3) mentre in nessun caso, sia esso d’assedio o di emergenza, può andare a «intaccare i diritti alla vita, alla integrità personale, alla identità personale, alla capacità civile e alla cittadinanza, la irretroattività della legge penale, il diritto di difesa degli imputati e la libertà di coscienza e di religione» (art. 19, par. 6). Comune ai due stati è poi la possibile “alterazione fondamentale dell’ordine costituzionale, di validità transitoria, che rafforza il potere pubblico”²⁴, allorché, come è senza dubbio nel caso emergenziale, si verificano situazioni “anormali”, dannose per l’ordine costituzionale stesso a cui occorre porvi fine. Tutte e due le ipotesi, quali stati eccezionali riferiti, in maniera piuttosto generica, a più situazioni, riguardano invero, tra l’altro, una «grave minaccia o perturbazione dell’ordine costituzionale democratico o di calamità pubblica» (art. 19, par. 2). In assenza di una chiara definizione del concetto – spesso assente anche nella manualistica costituzionale²⁵ - e stante invece la sua ampiezza malgrado la tipicità delle cause di eccezione²⁶, la differenza tra

²² Cfr. cfr. J.J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2003, 1091.

²³ La differenza tra i due stati non disciplinata dalla costituzione ma dalla lei n.º 3/2008, del 22 febbraio (“Regime do estado de sítio e do estado de emergência”) consisterebbe, secondo la citata legge, nella gravità delle circostanze che giustificano l’eccezione. Ai sensi del paragrafo 1 dell’art. 9 della legge, «[lo] stato d’assedio è dichiarato quando sono verificati o imminenti atti di forza o di insurrezione che mettano in pericolo la sovranità, l’indipendenza, l’integrità territoriale o l’ordine costituzionale democratico e non possono essere eliminati con il normale mezzi previsti dalla Costituzione e dalla legge».

²⁴ In tal senso, J. Bacelar Gouveia, *O estado de exceção no direito constitucional*, vol. II, Coimbra, 1999, 1265 e ss.

²⁵ Come è per esempio nel caso dei testi di J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV – Direitos Fundamentais*, 4.^a ed., Coimbra, 2008, 394 ss. nonché J.J. G. Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., 1103 ss.

²⁶ Di fenomeno di tipo “esogeno” nel caso di aggressione e fenomeno “endogeno” nell’ipotesi di turbamento dell’ordine costituzionale parla invece C. Santos Botelho, *Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência*, cit. Come situazione sia esogena che endogena, oltre che profondamente atipica, è vista la pandemia da Covid da L. Heleno Terrinha, *Estado de Exceção Biopolítico e Suspensão de Direitos Fundamentais*, 2020,

le due fattispecie sembra data da un diverso grado quanto all'entità del pericolo, stabilendosi nel testo costituzionale espressamente che le condizioni previste nel caso dello stato di emergenza sono "di grado minore" rispetto a quelle dello stato di assedio. Questa gradualità basata su eventi non ben definiti sembra tuttavia rinviare a una valutazione che, mostrandosi priva di parametri individuati *a priori* nel dettato costituzionale ma anche nella legge di attuazione, può comportare un alto grado di discrezionalità al fine dell'inquadramento degli eventi realizzatesi nell'una o nell'altra fattispecie. Probabilmente è anche perciò, al fine cioè di limitare quanto più è possibile questa discrezionalità, che la Costituzione lusitana mostra una "alta positivizzazione"²⁷, accentuata soprattutto nelle successive revisioni costituzionali, delle fasi procedurali dirette alla proclamazione dello stato di emergenza²⁸. In ogni caso va detto che qui stabilendosi espressamente all'art. 19, come si diceva, che la sospensione dell'esercizio dei diritti può essere disposta soltanto nei casi eccezionali previsti costituzionalmente (quali sono lo stato di assedio e di emergenza), al contempo disponendosi all'art. 18, par. 2, che «solo la legge può restringere i diritti, libertà e garanzie nei casi espressamente previsti nella Costituzione», si finisce con il porre implicitamente un limite costituzionale. Si esclude, cioè, che altri stati al di fuori di quelli costituzionali – quali possono essere, ad esempio, lo stato di allerta ma anche di calamità a cui pure si è fatto cenno – possano essere legittimati a porre rigidi limiti a diritti fondamentali. La legge fondamentale sulla protezione civile del 2006²⁹ stabilisce tuttavia, all'art. 21, che è ben possibile con la mera dichiarazione dello stato di calamità "comprimere" un diritto fondamentale quale è quello alla circolazione. Ivi si prevede, invero, che per motivi di sicurezza delle persone si possono disporre «limiti o condizioni per il movimento o la permanenza di persone, di altri esseri viventi o dei veicoli» (lett. b), specificamente attraverso "barriere sanitarie e di sicurezza" (lett. c). Su quest'ultimo punto, ovvero sull'interpretazione del grado di 'compressione' possibile, si giocherà peraltro l'interpretazione giurisprudenziale delle misure restrittive delle libertà quali sono quelle relative al confinamento domiciliare adottate durante l'emergenza pandemica e su cui pure si tornerà.

Lo stato di emergenza – e solo questo – è previsto altresì dalla carta costituzionale sudafricana, in particolare all'art. 37³⁰.

Dichiarabile unicamente con atto del Parlamento questo stato può essere attivato soltanto, come espressamente stabilito, al ricorrere di due condizioni, ovvero: nei casi in cui «la vita della nazione è minacciata da guerre, invasioni, insurrezioni generali, disordini, calamità naturali o altre

disponibile online all'indirizzo
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3592726.

²⁷ Così J. Bacelar Gouveia, *O Estado de exceção no direito constitucional, entre a Eficácia*, cit., 593 ss.

²⁸ Sia consentito in merito rinviare al mio, *Il Portogallo al banco di prova dell'emergenza sanitaria*, in questa *Rivista*, 2/2020, 1616.

²⁹ Lei n.° 27/2006, cit.

³⁰ Su questo e in generale sulla vicenda sudafricana durante la pandemia da Covid-19, si v. in maniera più ampia, il mio, *Lo stato di emergenza e la tutela dei diritti fondamentali in Sud Africa, a partire dalla sentenza dell'Alta Corte sull'emergenza pandemica, tra graduazione dei fatti, aporie definitorie e dissonanze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 33/2022, 172.

emergenze pubbliche (...)» e quando è necessario «per ristabilire la pace e l'ordine». La costituzione sudafricana definisce poi in modo stringente i termini di durata, proroga nonché le garanzie giudiziarie e le tutele dei diritti e libertà. In particolare questi ultimi sono derogabili, secondo una formula per la verità piuttosto generica, soltanto quando ciò si configuri come “strettamente” necessario³¹ in base all'emergenza (art. 37, par. 4, lett. b) mentre al par. 5, lett. c, dello stesso art. 37, il testo costituzionale introduce anche, come ulteriore garanzia, la “table of non-derogable rights”, ovvero, come meglio si vedrà, un elenco tassativo in cui si individuano i diritti sottratti da un'eventuale deroga.

3. La prova dell'emergenza innanzi alle Corti. Il caso del Portogallo

Malgrado le cautele adottate dalle autorità portoghesi e quindi l'adozione di stati di gestione dell'emergenza alternati tra loro - a seconda dell'aggravarsi o meno della situazione - il *Tribunal Constitucional* non sempre ha mostrato un atteggiamento benevolo soprattutto laddove si è trattato di sindacare norme recanti misure restrittive dei diritti fondamentali.

Se invero a fronte delle forti limitazioni dei diritti e delle libertà costituzionali introdotte allorché si è adottato il regime costituzionale dello stato di emergenza, il Tribunale costituzionale, in una sentenza del 2021³², ha deciso per la non incostituzionalità di una norma adottata con decreto dall'autorità governativa³³ che andava ad aggravare la pena prevista in materia di reati per il caso di disobbedienza all'ordine di isolamento a casa – prevedendosi, in particolare, in caso di «disobbedienza e resistenza agli ordini legittimi delle autorità competenti», pene «sempre aggravate di un terzo, nei limiti minimi e massimi, ai sensi del n.4 dell'art. 6 della Legge 3 luglio 2006 n.27» (art. 23) - in altra pronuncia emessa nel 2022, sempre relativa alla pena per disobbedienza, la decisione assunta è stata diversa. Particolare interesse assumano le motivazioni che hanno portato all'adozione di due pronunce diametralmente opposte.

Nel primo caso, infatti, il giudice costituzionale ha ritenuto che l'esecutivo, agendo nell'ambito dell'esecuzione della dichiarazione presidenziale dello stato di emergenza ed esercitando così una competenza basata sull'art. 19, par. 8 della Costituzione, ben avesse il potere di produrre norme non soltanto disciplinanti aspetti di diritti, libertà e garanzie contemplati dal decreto presidenziale ma anche incidenti sulla materia dei

³¹ Il requisito della “necessità” suggerisce, secondo alcuni autori, un “test di proporzionalità”. V., in tal senso, I. Currie, J. Dewaal, *States of Emerhency*, in I. Currie, J. De Waal (eds), *The Bill of Rights*, Cape Town, 5th Edition, 2005, 804.

³² Tribunal Const. n. 352/2021, 27 maggio. In questo caso, la Corte costituzionale è stata chiamata a esaminare, nell'ambito di un controllo di costituzionalità, un ricorso presentato contro una decisione emessa dalla Corte giudiziaria del distretto di Lisbona Nord che aveva rifiutato l'applicazione, per incostituzionalità “organica”, dell'aggravante prevista dall'articolo 43, par. 6, del decreto 2 aprile 2020, n.2-B, al caso di disobbedienza all'ordine di reclusione domiciliare. Per un ampio commento v., P. Fernández Sánchez, *A Modificação das Regras de Competência dos Órgãos de Soberania em Estado de Excepção: o Caso Exemplar da Aprovação de Normas sem Autorização Parlamentar em Matéria Penal*, in *Rev. Port. Direito Constitucional*, 1, 2021, 110.

³³ Decreto n.2-B/2020 adottato il 2 aprile, disciplinante la proroga dello stato di emergenza.

reati e delle pene «strettamente connessi con la sua funzione di difesa dell'ordine costituzionale». Malgrado la garanzia di cui al par. 7 dello stesso articolo 19 giochi un ruolo fondamentale al fine di assicurare che il sistema delle funzioni costituzionali – ovvero delle norme costituzionali relative «alla competenza e al funzionamento degli organi sovrani» – resti inalterato in tutti quegli ambiti non interessati dalla sospensione in caso di dichiarazione di eccezione/emergenza, il giudice delle leggi sembra legittimare l'intervento dell'esecutivo considerato al pari, come meglio si dirà, di un "legislatore straordinario". Agendo secondo un modo di produzione non ordinario che vede uno slittamento 'eccezionale' delle competenze anche normative in capo ad un organo diverso da quello democraticamente eletto si ritiene, in definitiva, conforme a costituzione l'adozione di norme 'normalmente' riservate al Parlamento e quindi anche, infine, la disposizione sottoposta a vaglio di costituzionalità. Se l'obiettivo di cui all'art. 19, par. 7 Cost., come meglio si dirà, è quello di evitare che gli organi che partecipano alla dichiarazione o all'esecuzione dello stato d'eccezione finiscano con il tramutarsi in un "dittatore sovrano", specie in ambiti per i quali la Costituzione prevede una riserva in favore dell'assemblea parlamentare (in particolare all'art. 165, par. 1, lett. c) Cost.), la giurisprudenza costituzionale sembra dare un'interpretazione diversa come se lo stesso art. 19, par. 7 potesse essere oggetto di sospensione³⁴. Il discorso appare invece diverso, come si diceva, per il reato di disobbedienza nel caso specifico deciso nel marzo 2022³⁵ che ha visto l'impugnazione di una norma disciplinante la chiusura dei locali commerciali che ha colpito, nell'ipotesi specifica, un ristoratore³⁶.

Pur partendo dalla constatazione che anche in quest'ultimo caso il governo non si è limitato, con una delibera del Consiglio dei ministri, a imporre una misura, disponendo invece, dice il *Tribunal Constitucional*, "elementi veramente centrali per la definizione della condotta proibita", ciò è tuttavia accaduto non già durante il periodo dell'emergenza ma allorché vigeva il meno grave stato di calamità peraltro non costituzionalizzato. In questa ipotesi a nulla vale la copertura giuridica alle azioni del governo, pure invocata dallo stesso organo esecutivo, data dalla legge fondamentale sulla protezione civile n. 3/2006 non contendendo quest'ultima norma di competenza quanto alla "privazione" della libertà, né tantomeno alla privazione della libertà attraverso il confinamento³⁷. In ragione di ciò e della conseguente mancante legittimazione a dettare regole riguardanti profili fondamentali in ambito penalistico la Corte si è espressa, in quest'ultimo

³⁴ Specifica critica in tal senso viene sollevata da M. Caldeira, *A Pandemia e a Jurisprudência: Primeiros Desenvolvimentos*, in *Rev. Jurídica*, n. 32-33, 2021, 7 laddove si analizza poi anche la giurisprudenza in materia di "incostituzionalità organica" e la riconosciuta "competenza normativa allargata".

³⁵ Tribunal Const. n. 350/2022, 12 maggio. In particolare in questa pronuncia si ritiene che «è inequivocabile che il governo non ha alcuna competenza ad approvare una norma come quella qui esaminata senza essere autorizzato dall'Assemblea della Repubblica».

³⁶ In particolare, art. 2 *ter*, par. 5-B del regolamento allegato alla Risoluzione del Consiglio dei Ministri n° 40-A/2020, del 29/05, come modificato dalla Delibera del Consiglio dei ministri n° 45-B/2020, del 22/06.

³⁷ Così anche in altra pronuncia Tribunal Const. 89/2022, 1 febbraio.

caso, per la incostituzionalità organica della disposizione oggetto di impugnazione.

La via di uscita utilizzata così dal giudice costituzionale nel Portogallo per risolvere questioni particolarmente spinose appare essere quasi sempre quella della illegittimità costituzionale di tipo formale per ragioni di ‘competenza’. Come si vedrà si è talora tuttavia riuscita a spingere anche oltre.

3.1 *Segue*. Limitazione o sospensione dei diritti costituzionali?

Un punto centrale in queste pronunce, su cui pure peraltro si tornerà, si rivela l’interpretazione del termine “sospensione” nella sua differenza con il concetto di limitazione³⁸, quanto ai diritti e alle libertà fondamentali.

Il testo costituzionale lusitano, come del resto anche quello sudafricano, non sembra disporre nulla sul contenuto di tale espressione (nel caso sudafricano ritenuto equivalente al lemma costituzionale di ‘deroga’). Peraltro anche a livello internazionale, in particolare nell’ambito dei diritti umani, non sembrerebbe si disponga niente in merito. Il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966 sembra addirittura escludere la legittimazione di qualunque deroga ai diritti in esso contenuti (art. 5, par. 2³⁹), almeno nei casi ordinari, prevedendosi invece per l’ipotesi di «pericolo pubblico eccezionale, che minacci l’esistenza della nazione» la possibilità per gli Stati di assumere misure che vanno a “derogare” gli obblighi dalla stessa convenzione previsti (art. 4).

La dottrina, dal canto suo, in particolare nel caso portoghese, sembra ravvisare nella sospensione un fatto giuridico che, presupponendo una dichiarazione di emergenza quale lo stato d’assedio o di emergenza come previsto dalla Costituzione lusitana, «pregiudica i diritti, le libertà e le garanzie in modo da incidere astrattamente su taluni effetti di tutela dello stato di diritto fondamentale»⁴⁰. Qualcun altro sottolinea invece il carattere temporaneo della ‘inibizione dell’esercizio’ di taluni diritti fondamentali⁴¹. Tutte queste definizioni, piuttosto tautologiche, non appaiono tuttavia idonee a indicare in modo chiaro se e in che misura i diritti possano essere sospesi. Parte della dottrina individua pertanto quattro elementi concomitanti al fine della definizione del regime di sospensione, vale a dire il

³⁸ Questa distinzione è intesa come un tema estremamente “delicato” sotto il profilo giuridico. V. in proposito, in particolare, J. de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, 435 nonché J. Bacelar Gouveia, *O estado de exceção*, cit., 170.

³⁹ «Nessuna restrizione o deroga a diritti fondamentali dell’uomo, riconosciuti o vigenti in qualsiasi Paese in virtù di leggi, convenzioni, regolamenti o consuetudini, può essere ammessa con il pretesto che il presente Patto non li riconosce o li riconosce in minor misura».

⁴⁰ Così, J. De Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2011, Parede, 132-133, nonché J. Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra ed., Coimbra, Lisboa, 193.

⁴¹ Cfr. J. Reis Novais, *As Restrições aos direitos fundamentais*, cit., 133 ss. nonché L. Heleno Terrinha, *Estado de Exceção Biopolítico e Suspensão de Direitos Fundamentais*, disponibile online https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3592726

contesto, la gravità della lesione dei diritti e la relativa procedura di afflizione nonché, in ultimo, la durata della lesione dei diritti fondamentali⁴².

Il significato del termine sospensione, in ogni caso, non può essere ricondotto a quello di mera ‘restrizione’ ovvero limitazione, malgrado secondo alcuni non possa neanche essere inteso come eliminazione totale ma soltanto come mero “indebolimento”⁴³ di alcune situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette.

Appare a nostro avviso allora opportuno qui distinguere, alla luce del dettato costituzionale, la limitazione dei diritti potremo dire di tipo ‘ordinaria’ – giacché adottata con procedura normativa ordinaria, non eccezionale – dalla limitazione/sospensione in casi specifici quali sono quelli emergenziali, eventualmente espressamente delegata (dalla stessa carta costituzionale), laddove in queste ultime ipotesi le legislazioni speciali non possono, in linea di principio, sostituirsi alle deleghe costituzionali specifiche (mentre il caso sudafricano dimostrerà tuttavia il contrario).

La limitazione ordinaria dei diritti si basa invero su ipotesi diverse da quelle valide nei casi emergenziali tesi alla sospensione come anche alla limitazione, avendo il primo caso come presupposto la necessità non già di preservare lo stato di diritto – come è nell’ipotesi emergenziale – ma di tutelare diritti costituzionali che, in una società democratica, non possono essere intesi come assoluti dovendo essere garantiti nel rispetto dei diritti detenuti da altri. Le costituzioni prevedono così, in generale, le condizioni rispetto cui certi diritti possono essere limitati e oltre le quali non si può andare a pena di un giudizio di incostituzionalità.

In quest’ottica, per citare un caso riguardante, tra gli altri ordinamenti esaminati, quello del Portogallo, qui ben si legittima, in tempi non eccezionali, la limitazione di determinati individui della libertà personale, non generalizzata, al pari della Costituzione italiana, stante la riserva di legge e di giurisdizione, per tutelare altri diritti. Nondimeno è la Costituzione sudafricana che all’art. 36, in virtù di una “clausola di limitazione generale”, considerabile quale una sorta di riserva di legge ben comprensiva tuttavia del *common law*, consente la limitazione, giustificata e ragionevole, dei diritti fondamentali attraverso la “law of general application”.

Peraltro, altro elemento di differenziazione nel caso della limitazione (ordinaria) rispetto alla sospensione è quello di tipo temporale. Se sotto quest’ultimo profilo la sospensione – come pure la limitazione delegata – è soggetta a limiti, la limitazione ordinaria ha una «vocazione di definitività e permanenza nel tempo»⁴⁴ giacché prevista da una legge ordinaria con la conseguenza che finché quest’ultima resterà imm modificata e in vigore la limitazione permane.

⁴² C. Santos Botelho, *Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência*, cit., 10.

⁴³ Così J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Coimbra, 2012, 315.

⁴⁴ J. de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais*, cit., 135. Sul punto vedi anche J. Bacelar Gouveia, *O Estado de exceção no Direito constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Almedina, 1998, II, 1362

Discorso diverso è insomma nel caso di restrizioni delle situazioni giuridiche attive nei casi emergenziali, eventualmente a fronte di delega alla legislazione emergenziale. Occorre a questo punto operare un'ulteriore precisazione prima di analizzare la possibile distinzione tra effetti limitativi e sospensivi.

I regimi previsti in generale per limitare gli effetti dei poteri eccezionali rispetto all'esercizio dei diritti e libertà fondamentali possono invero essere differenti, adottandosi tecniche che essenzialmente appaiono diverse nelle Costituzioni, ovvero: stabilire espressamente i diritti e le libertà rispetto ai quali possono derivare limitazioni dalla proclamazione dello stato eccezionale (con eventuale indicazione di limiti) oppure, al contrario, vietare semplicemente la violazione di precisi diritti e libertà. Un ultimo caso è quello che non vede alcuna disposizione in merito, come è ad esempio nell'ipotesi italiana e tedesca, non prevedendosi espresse tutele per i diritti. Non ponendosi espressamente né divieti, né permessi, rispetto ai diritti fondamentali, la scelta qui potrebbe essere soggetta a interpretazione. Si potrebbe, in altri termini, sottintendere non solo un divieto ma anche una sorta di 'autorizzazione' generale, implicita, a derogare, lasciando tuttavia prima al soggetto attuatore e poi agli organi giurisdizionali la discrezionalità interpretativa circa gli eventuali confini. Anche le altre due tecniche sono peraltro soggette a critiche. La conseguenza della scelta proibitiva se può essere quella di creare una sorta di 'zoccolo duro'⁴⁵ per taluni diritti, elevati per questa via a super-diritti essendo inderogabili e inviolabili, al contempo potrebbe finire con il legittimare, implicitamente ma anche esplicitamente – come è nel caso lusitano a quanto si vedrà – per tutte le altre libertà la loro derogabilità senza alcun limite. La tecnica legittimante la deroga solo per alcuni diritti senza prevedere espressamente l'inderogabilità degli altri potrebbe finire infine con il far rientrare questa ipotesi, sia pure solo per i diritti non espressamente regimentati, nel caso succitato dell'assenza di disposizioni⁴⁶.

3.1.1 *Segue.* Il caso specifico degli stati emergenziali e la 'graduazione' delle restrizioni

Tornando alla limitazione e sospensione/deroga nell'ipotesi specifica dei casi emergenziali, si può sostenere che la distinzione tra le due fattispecie è data dalla 'quantità', ovvero dal 'grado' di restrizione che questi due istituti possono implicare per i diritti fondamentali⁴⁷. Se in entrambi i casi il presupposto può essere una dichiarazione emergenziale come prevista in

⁴⁵ Peraltro, questa tecnica è adottata soprattutto nelle Costituzioni dell'est europeo, come quelle della Bulgaria, dell'Ungheria, della Slovenia, della Russia e della Polonia. V., su queste costituzioni e la tecnica di tutela dei diritti, L. Fontaine, *La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits? L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XXe siècle*, in *CRDF*, 2008, n. 6, 54.

⁴⁶ In generale, su queste tecniche e alcune costituzioni, sia consentito rinviare al mio, *L'eccezione nella regola*, cit., 274 ss.

⁴⁷ In questo senso, v. G. Erasmus, *Limitation and Suspension*, in D. van Wyk, J. Dugard, Bertus de Villiers & D. Davis (eds), *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (1994), 640.

Costituzione⁴⁸ - giacché per la gestione dell'emergenza non può essere considerata sufficiente l'adozione delle procedure di legislazione ordinaria - l'ipotesi della limitazione emergenziale, a differenza della deroga, può estendersi sempre solo sino a un punto. Non può cioè essere tale da travolgere il nucleo fondamentale dei diritti e quindi comportare la loro provvisoria completa interruzione, quest'ultima possibile, almeno in teoria, allorché la carta costituzionale non stabilisca espressamente la inderogabilità di questo piuttosto che di quell'altro diritto fondamentale oppure non disponga dei limiti chiari in merito ad una eventuale sospensione. Generalmente infatti i testi costituzionali e normativi non 'quantificano' la sospensione e talora neanche la limitazione, non prevedendo le fattispecie relative ai diritti alcuna graduazione differenziata. Se perciò l'organo chiamato a intervenire nell'emergenza dispone di un'abilitazione ampia o comunque di una delega costituzionale senza o addirittura in deroga alle garanzie generalmente applicabili, la sospensione può arrivare ad equivalere ad 'annullamento', seppure in via provvisoria, dei diritti e libertà fondamentali. In questi casi insomma la sospensione, a differenza della restrizione che si riferisce alla limitazione dell'ambito di protezione di un diritto, concentrandosi, a parere altresì della dottrina lusitana, sull'esercizio del diritto piuttosto che sul suo contenuto⁴⁹, potrebbe ben tradursi in misure che possono arrivare a rendere impossibile il totale esercizio di uno o più diritti nel caso concreto. In queste ipotesi, allora, la valutazione del grado di limitazione/sospensione può essere rimessa agli organi giurisdizionali chiamati ad apprezzare il limite che può costituire una violazione del margine giuridicamente accettabile. A quest'ultimo proposito, un tentativo volto ad elaborare criteri più precisi viene inizialmente dalla Corte costituzionale federale tedesca che ha introdotto per prima il principio della proporzionalità⁵⁰, oggi ampiamente diffusa in Europa anche tramite la Corte europea⁵¹, quale peraltro richiamato altresì dalla Costituzione lusitana come

⁴⁸ Così, in particolare a proposito della sospensione, J. Miranda e R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2010, Tomo I, 410.

⁴⁹ Cfr. J. de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais*, cit., 135

⁵⁰ Il suo esordio a livello giurisprudenziale è con la nota decisione "Farmacie" pronunciata nel 1958. Oggetto del sindacato giurisdizionale della Corte costituzionale federale tedesca è la legge sulle farmacie adottata dal Land di Baviera nel 1952 e in particolare l'art. 3, par. 1, laddove il legislatore aveva previsto che l'autorizzazione per l'apertura di una nuova farmacia non potesse essere accordata se non a condizione che questa fornisse beni farmaceutici di interesse pubblico e non costituisse una minaccia in termini economici per le farmacie preesistenti. Nel caso concreto viene così contestata la lesione del diritto fondamentale della libertà professionale (art. 12, par. 1 GG). Nel dichiarare l'incostituzionalità della norma impugnata - grazie al distinguo tra condizioni soggettive di accesso alla professione e condizioni oggettive di esercizio - la Corte invocò allora, secondo una lettura evolutiva del principio originario elaborato nel 1882, il principio di proporzionalità in senso stretto. BVerfGE 7, 377, *Apotheken*, 11.06.1958, 1 BvR 596/56. Sulla teoria detta anche dei "tre livelli", v., in particolare, F. Hufen, *Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, p. 47. Contra, v. J. Lücke, *Die Berufsfreiheit*, Müller, Heidelberg, 1994.

⁵¹ In tal senso, vedi tra tutti, D. Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 11 e ss.. Id., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005, p. 541 ss. La dottrina richiama, in proposito, un caso risalente nel tempo, seppure le connotazioni del principio di proporzionalità non si mostrano ancora tali da farne

a breve si dirà. Secondo questa teoria una limitazione come anche una sospensione può essere introdotta solo se ricorrono tre diversi elementi, ovvero la idoneità – mezzo idoneo a raggiungere lo scopo giustificato - la necessarietà – ossia il mezzo ‘più mite’, meno invasivo - e la proporzionalità in senso stretto (o ancora, della adeguatezza), intesa come una ponderazione comparativa laddove la misura legislativa (o amministrativa) adottata volta a perseguire lo scopo non deve essere tale da gravare in maniera eccessiva e in modo intollerabile sull’interessato.

Spesso, come si vedrà, le Corti invocano questo principio, ovvero il connesso giudizio c.d. di bilanciamento - implicando questi un conflitto tra norme di pari rango relative alla tutela, in un caso, di un diritto fondamentale, nell’altro, dell’interesse collettivo, “superiore” quale è la salvaguardia dell’ordine costituito nel caso emergenziale - che impone al giudice l’osservanza di una sorta di “struttura analitica”⁵² al fine della risoluzione del conflitto e valutare l’eventuale soglia della limitazione/sospensione oltre la quale, anche se in nome dell’interesse superiore, non si può andare se non incorrendo in una illegittimità costituzionale.

Letta in questi ultimi termini, può essere corretto allora ritenere, come pure parte della dottrina lusitana sostiene, che una «sospensione astratta e totale potrebbe risultare sproporzionata e, quindi contraria a Costituzione»⁵³ con la conseguenza che non necessariamente deve implicare la esclusione completa dell’esercizio di un diritto o libertà costituzionale.

3.2 Le limitazioni/sospensioni nelle carte costituzionali lusitana e sudafricana

Alla luce di quanto sinora visto nonché della giurisprudenza costituzionale lusitana, il regime sancito dalla Costituzione del Portogallo e specificamente all’art. 19 Cost., può essere interpretato come un “modello di sospensione regolamentata”⁵⁴, al pari peraltro di quello sudafricano, prevedendosi in

un principio votato a sindacare la legittimità dell’azione dei poteri pubblici. Il caso invocato è quello Kreuzberg del 1882: una Corte amministrativa prussiana dichiarò l’invalidità dell’ordinanza di chiusura di un negozio alimentare, nel quale si vendeva alcool, privo di licenza, non avendo l’autorità valutato la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minor gravità. Sul punto v., *in primis*, D. Urania Galetta., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 12 e, di recente, G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in S. Mangiameli (a cura di), *Ordinamento Europeo. L’esercizio delle competenze*, vol. II, Milano, 2006, p. 228 ss. Il giudice europeo nel mutuare il principio di proporzionalità dal diritto tedesco apporta, tuttavia, modifiche sostanziali ai concetti di “idoneità” e “necessità” finendo con elaborare criteri propri e, in ultimo, un principio del tutto autonomo rispetto al modello tedesco. Praticamente la teoria passa da quella dei “tre livelli” a una di “due livelli”, giacché nella sostanza, ai fini del vaglio di legittimità, porta la sua attenzione principalmente sulle condizioni della idoneità e della necessità. Sulla mancanza del sindacato di proporzionalità in senso stretto, salvo casi eccezionali, nella giurisprudenza dei giudici UE, v. ancora D. Urania Galetta, *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, voce on line, in *Treccani.it*.

⁵² Cfr. M. Kumm, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, in *Int’l J. Const. L.*, 2004, 574, 579.

⁵³ Così, J. C. Vieira de Andrade, cit., 315.

⁵⁴ Tribunal Const. n. 352/2021, cit.

entrambe le ipotesi forme straordinarie di intervento che possono tradursi nella restrizione o addirittura “sospensione” dell’esercizio dei diritti, salvo alcuni specifici diritti e libertà fondamentali.

In particolare, nel caso lusitano, la limitazione di un diritto fondamentale impone, alla luce della costituzione, il rispetto di diversi requisiti di cui ai dettami dei par. 2 e 3 dell’art. 18 Cost., tra cui la preservazione del nucleo essenziale del diritto stesso. Qui si prevede poi un atto esclusivamente legislativo, stante una sorta di riserva di legge di cui all’art. 18 Cost., nonché di competenza dell’Assemblea della Repubblica o del Governo (in quest’ultima ipotesi su autorizzazione legislativa)⁵⁵, come stabilita all’art. 165⁵⁶: solo la legge, con il suo carattere generale e astratto, nei casi ordinari, può restringere i diritti, le libertà e le garanzie nei casi espressamente previsti nella Costituzione, nei limiti, tra l’altro⁵⁷, di quanto «necessario per salvaguardare altri diritti o interessi costituzionalmente protetti». In ogni caso, si puntualizza ivi, non si può andare a «diminuire l’estensione e la portata del contenuto essenziale dei precetti costituzionali»⁵⁸ (art. 18, par. 2 e 3). La Costituzione portoghese sembra in tal modo autorizzare il legislatore a dettare restrizioni ai diritti fondamentali nella loro portata per prevenire eventuali conflitti tra diritti fondamentali oppure con valori comunitari costituzionalmente tutelati (quali sono quelli relativi, ad esempio, alla pubblica sicurezza oppure alla sanità pubblica)⁵⁹. Discorso diverso si deve formulare ovviamente per i casi costituzionali “eccezionali” legati alla dichiarazione dello stato d’assedio nonché di emergenza, che possono vedere attuate deroghe “collettive” anche importanti per i diritti fondamentali, più severe di quelle ammesse in circostanze normali⁶⁰, seppure con i limiti a cui si è già fatto cenno in precedenza non potendo, secondo espressa disposizione, comunque intaccare, tra gli altri, «i diritti alla vita, alla integrità personale, alla identità personale» (art. 19, par. 6). Giacché connessi con lo Stato di diritto costituzionale-democratico in maniera ‘permanente’, al di là degli obiettivi della emergenza che assumono invece i caratteri della “immediatezza”⁶¹, anche i diritti relativi ad aspetti organizzativi e funzionali del sistema

⁵⁵ C. Santos Botelho, *Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência*, cit., 11.

⁵⁶ Alla luce, in particolare, dell’art. 165, par. 1 «È di competenza esclusiva dell’Assemblea della Repubblica legiferare nelle seguenti materie, salvo autorizzazione al Governo: (...) b) Diritti, libertà e garanzie».

⁵⁷ La disposizione costituzionale al paragrafo 3 dello stesso articolo puntualizza invero diversi vincoli, ovvero: «Le leggi restrittive di diritti, libertà e garanzie devono assumere carattere generale e astratto e non possono avere effetto retroattivo, né diminuire l’estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali». Sui “limiti dei limiti” secondo la carta costituzionale del Portogallo, v. J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, 451.

⁵⁸ Sul complesso concetto di “nucleo essenziale”, si veda J. Miranda e J. Pereira da Silva, *Anotação ao artigo 18 Cost.*, in J. Miranda e R. Medeiros (ed.), *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., 310-404, 392-404.

⁵⁹ Parte della dottrina definisce questo tipo di restrizioni costituzionali tacite come “limiti immanenti”, spostandosi così verso la teoria interna dei vincoli. V, in merito, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2004, 1. ed., spec. 215.

⁶⁰ Cfr. J. G. Canotilho, cit, 1085.

⁶¹ Così, G. Camus, *L’état de nécessité en démocratie*, Pichon et Durand-Auzias, 1965, p. 316.

giudiziario – per intenderci, «la irretroattività della legge penale, il diritto di difesa degli imputati» - non possono essere derogati senza determinare, al contempo, il venir meno degli elementi fondamentali dello stato di diritto democratico. Dal canto loro, tutti gli altri diritti diversi da quelli espressamente tutelati (questi ultimi considerabili come “molto fondamentali”⁶², ovvero “diritti fondamentali assoluti”⁶³), risulteranno, in questi casi di necessità costituzionale, soggetti a deroghe non solo implicite quali derivanti dall’esclusione dalla lista dei diritti ‘super-protetti’ prevista all’art.19, par. 6, ma anche espresse stante la disposizione legittimante addirittura la “sospensione” di cui al par. 1 dello stesso articolo. Ivi invero nell’escludersi per gli “organi di sovranità” il potere di sospensione, “congiuntamente o separatamente”, dell’esercizio di diritti, libertà e garanzie, si eccettua il «caso di stato d’assedio o di stato di emergenza, dichiarati nella forma prevista nella Costituzione». Anche se non si ammette la sospensione integrale della Carta, si finisce così in definitiva con il legittimare la sospensione di tutte quelle norme costituzionali non espressamente dichiarate come ‘intoccabili’.

In quest’ottica, visto quanto già detto in precedenza, elemento fondamentale diviene allora la difesa “proporzionale” dell’ordine costituzionale.

Il principio di proporzionalità è infatti richiamato espressamente nella disposizione disciplinante gli stati di emergenza di cui all’art. 19 e specificamente al par. 4 laddove si dispone che la dichiarazione (ed esecuzione) dello stato d’assedio come anche dello stato di emergenza «devono rispettare il principio di proporzionalità e limitarsi», in particolare per quanto riguarda la loro estensione, la durata e i mezzi utilizzati, «a quanto è strettamente necessario al pronto ristabilimento della normalità costituzionale». Non solo ma a chiusura della suddetta disposizione, al par. 8, nel ribadirsi la necessità di una gestione emergenziale volta al “pronto” ripristino della normalità costituzionale ben si invocano qui gli elementi fondamentali della proporzionalità quali sono quelli della necessità e della adeguatezza dei provvedimenti. Il requisito della proporzionalità deve insomma intervenire in ogni momento nell’applicazione del regime dello stato di eccezione, dalla dichiarazione alla modalità, alla durata, alla proroga, ad ogni aspetto insomma della esecuzione emergenziale. La preoccupazione di fondo, nel momento in cui si legittima, attraverso la regolamentazione, la sospensione è quella di evitare che il potere di emergenza si trasformi in potere dittatoriale. In questa luce può leggersi altresì la clausola dei limiti circostanziali di revisione costituzionale contenuta nella disposizione normativa di cui all’art. 289 dove si dispone lapidariamente che «Nessun atto di revisione costituzionale può essere compiuto durante lo stato d’assedio o stato di emergenza».

Peraltro, come si anticipava anche la Costituzione sudafricana regola le restrizioni dei diritti e delle libertà fondamentali nei casi emergenziali cercando di circoscriverli con garanzie.

⁶² In tal senso, v. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, cit., 314 nonché J. Casalta Nabais, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 400, 1990, spec. 28.

⁶³ Cfr. J. Bacelar Gouveia, *O estado de exceção*, cit., 1463 ss.

All'art. 37 disciplinante lo “stato di emergenza” nell’ammetersi in generale “deroghe” al *Bill of rights* si puntualizza pure, secondo una formula per la verità piuttosto generica, che ciò deve essere nei limiti di quanto «strettamente richieste dall'emergenza» (par. 4, lett. a), mentre al par. 5, come ulteriore garanzia, si introduce la «table of non-derogable rights» o meglio ancora, come pure si stabilisce, lo «extent to which the right is protected». Seguendo un elenco tassativo, non ampio⁶⁴, si individua, per i diritti non derogabili un doppio regime a seconda dei diritti considerati ammettendosi invero, per alcuni, una parziale deroga⁶⁵ (come è, ad esempio, nel caso del diritto all'eguaglianza sia pure nel limite di quanto previsto dal diritto internazionale) tuttavia non sino al punto da toccare il loro contenuto minimo essenziale e sospenderli completamente, per altri pochi la inderogabilità totale. Alla luce di questa elencazione due soli diritti invero non soggetti ad alcuna deroga, neanche parziale, ovvero, il diritto alla dignità umana e il diritto alla vita.

Altra disposizione riguardante le restrizioni dei diritti quali previste tuttavia con legislazione ordinaria, al di fuori quindi dello stato di emergenza, è quella di cui all'art. 36 Cost. africana dedicato alle “limitazioni” dei diritti. Stante le diverse precedenti disposizioni costituzionali proclamanti la tutela di diritti fondamentali come se si trattasse di un principio assoluto, senza alcun limite - si pensi, ad esempio, al diritto alla dignità umana⁶⁶ - la clausola della limitazione, inevitabile in una società democratica aperta, basata sull'esistenza di diritti «esercitati in armonia con i diritti altrui»⁶⁷, non essendo affatto “assoluti” - vuole costituire l'eccezione

⁶⁴ Nella Costituzione provvisoria, adottata in attesa dell'attuale, l'elencazione era più ampia tuttavia criticata da qualche autore che scriveva poco prima dell'adozione del testo costituzionale definitivo, per il quale elaborare «the list of non-derogable rights as wide as possible in the belief that a pro-rights approach is thereby displayed is mistaken». Così, G. Erasmus, *Limitation and suspension*, in D. Van Wyk, J. Dugard, B. Devilliers, D. Davis (eds), *Rights and constitutionalism: The new South African legal order*, 1996, p. 659.

⁶⁵ Come è, ad esempio, nel caso del diritto all'eguaglianza di cui all'art. 9, sia pure nel rispetto di quanto previsto dal diritto internazionale, oppure il diritto alla libertà e alla sicurezza sancito all'art. 12 nei limiti di quanto disposto al paragrafo 1, lett. (d) and (e) sulle torture e i trattamenti inumani nonché al par. 2, lett.(c) sui trattamenti medici sperimentali senza consenso informato.

⁶⁶ All'art. 10 si stabilisce «Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected». “Strettamente connesso” con il diritto alla vita, il diritto alla dignità umana è definito dalla Corte costituzionale, stante il richiamo ad esso come valore anche nell'art. 1 Cost. («The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:(a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms . . . »), “cornestore” della costituzione. Vedi, Cost. Court, *S v. Makwanyane and Another*1995 (3) SA 391, par. 330 mentre al par. 144 si sostiene, presupponendo l'esistenza di una gerarchia di diritti, che «the rights to life and dignity are the most important of all human rights». Sulla natura di valore che «must inform our entire legal order», si veda anche A. Chaskalson, *Human Dignity as a Foundational Value of our Constitutional Order*, in *South African Journal on Human Rights*, 2000, p. 196. Anche E. Cooper, *The rights to dignity and life*, in AA.VV., *Constitutional law*, 2020, p. 355, online all'indirizzo: <https://openbooks.uct.ac.za/uct/catalog/book/30>.

⁶⁷ High Court SA, *De Reuck v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) & Others* 2002 (6) SA 370 (CC), 2002 (12) BCLR 1285 (CC)('De Reuck'), par. 89, «I reiterate that the rights contained in the Bill of Rights are not absolute. Rights have to be exercised with due regard and respect for the rights of others. Organised society can only operate on the basis of rights being exercised harmoniously with the rights of others. Of

alla tutela illimitata, circoscrivendola con una serie di garanzie. Si individuano, in particolare, diversi criteri a cui si deve conformare qualsiasi limitazione del diritto fondamentale affinché possa dirsi valida e uscire indenne da un eventuale controllo costituzionale⁶⁸.

Alla luce di quanto esaminato, in ogni caso, sia esso lusitano o sudafricano, appare così evidente come la eventuale “sospensione” dei diritti, seppure non denominata tale nel testo che la dispone ma producendosi nei fatti, decretata poi senza rispetto della forma o dei presupposti costituzionali, finirà sempre con il tradursi in qualcos’altro – necessariamente incostituzionale – ovvero nella violazione di diritti, libertà e garanzie⁶⁹.

Parte II Profili applicativi

4. La distribuzione delle competenze e l’idea di “sospensione” nell’interpretazione delle Corti. Il caso lusitano tra deviazione “materiale” e “organica”

Proprio sulla base degli effetti concernenti i diritti fondamentali, ovvero se sospensivi oppure meramente limitativi, le Corti, tanto nel sistema portoghese come in quello sudafricano, hanno cercato di valutare la legittimità costituzionale delle misure restrittive adottate durante lo stato emergenziale pandemico.

Nell’ipotesi specifica del Portogallo, la Corte, partendo dal concetto di stato di emergenza definito, in particolare nel caso del 2021 a cui si è fatto già cenno⁷⁰, come “una deviazione” rispetto allo «stato di normalità presupposto dal regime costituzionale comune» e dalla connessa distribuzione delle competenze passa poi alla disamina dell’istituto della sospensione arrivando infine alla sua decisione finale sulla questione di legittimità costituzionale sollevata.

La premessa è che la deviazione costituzionale, ovvero l’alterazione del quadro costituzionale normale, implica, per usare parole della Corte, una

course, the rights exercised by an individual may come into conflict with the rights exercised by another, and where rights come into conflict, a balancing process is required». Per un commento in proposito e, in particolare, quanto alla libertà di espressione, si rinvia a D. P. Carelse, *Yearning for a just and inclusive society*, in M.A. Plaatjies -V. Huffel (eds), *Belhar confession. The embracing confession of faith for church and Society*, African Sun Media, 2017, p. 170.

⁶⁸ Si dovrà tener conto di diversi fattori quali, secondo lo stesso art. 36, la “nature of the right”, la “importance of the purpose of the limitation”, la “nature and extent of the limitation”, la “relation between the limitation and its purpose”, e infine, ma non ultimo per importanza, “less restrictive means to achieve the purpose”. A garantire che si trovi continuamente il giusto equilibrio tra lo Stato e la società democratica, in virtù di una valutazione del rispetto dei requisiti costituzionalmente prescritti sarà così in ultimo il giudice che accerterà se la limitazione prevista si pone al servizio dei valori democratici di “dignità umana, uguaglianza e libertà”. Cfr., G. Van Der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, in *Tilburg Law School*, 2005, 32.

⁶⁹ Cfr. J. de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais*, cit., p. 135.

⁷⁰ Tribunal Const. n. 352/2021, cit.

«deroga globale e transitoria alle norme costituzionali»: le norme invero «non si applicano più nella maggior parte dei casi che rientrano nel loro campo di applicazione» sia pure solo per la durata dello stato di eccezione, «cioè fino a quando la normalità non sia ripristinata». Una volta dichiarato lo stato di emergenza o lo stato d'assedio, l'organo esecutivo, iniziando ad agire nel «quadro di un'organizzazione eccezionale del potere pubblico», come ci dice ancora la stessa Corte, può esercitare un potere normativo di emergenza. Quest'ultimo potere, dal canto suo, è «tutt'altro che arbitrario o assoluto», si continua a sostenere, essendo vincolato, sotto il profilo sostanziale, al rispetto del principio di proporzionalità, comprensivo dei requisiti di adeguatezza, necessità ed equità della misura e ben consentendo di dettare regole di comportamento incompatibili con il regolare esercizio di libertà fondamentali ma anche adottare misure relative a reati e pene «strettamente connesse con la sua funzione di difesa dell'ordine costituzionale». Da qui poi, come si anticipava, si va all'altro punto su cui l'attenzione dei giudici pure si sofferma relativo alla sospensione dei diritti e alla sua concezione.

Per comprendere appieno il modello portoghese si passano in rassegna i due modelli di sospensione ritenuti esemplari e diametralmente opposti, ovvero quello della dittatura romana, ove la sospensione è ritenuta “totale” coinvolgendo non solo i diritti ma l'intero ordine costituzionale, nonché l'archetipo antitetico detto “negazionista” non autorizzando in alcun punto la sospensione come è lo stato di emergenza nel sistema costituzionale tedesco. Da ciò si arriva in seguito al modello lusitano di “sospensione regolamentata” e all'esame dell'istituto alla luce del sistema costituzionale. Qui la dichiarazione dello stato di eccezione non autorizzerebbe solo, ad avviso del giudice costituzionale, la «compressione anormale dei diritti fondamentali», ovvero la sospensione “temporanea”, nel suo aspetto definito “materiale” giacché relativo all'esercizio concreto, di diritti fondamentali (inclusi quelli economici ed esclusi i diritti per Costituzione non sospendibili), ma, come sembrerebbe, anche la sospensione “organica” quale è l'estensione anomala dei poteri del potere dell'organo esecutivo.

Malgrado sia discutibile in realtà anche la copertura “materiale” stante i chiari confini delimitati al par. 5 dell'art. 19 quanto a dichiarazioni presidenziali emergenziali che, previa autorizzazione parlamentare, devono «specificare i diritti, le libertà e le garanzie che saranno sospesi»⁷¹, il concetto di sospensione viene così connesso, secondo la visione del giudice, non solo ai diritti fondamentali ma anche alla distribuzione delle competenze e quindi all'aspetto “organico”.

4.1 *Segue* La “deviazione organica”

Seguendo la ricostruzione che emerge dalla carta costituzionale nonché dalla legge organica sul regime dello Stato d'assedio e dello Stato di emergenza⁷², il giudice delle leggi del Portogallo, sulla base del concetto di “sospensione”, passa così ad individuare gli organi coinvolti: il Presidente con la sua

⁷¹ Oltre a dover essere, ai sensi dell'art. 19, par. 5, “sufficientemente motivate”.

⁷² Ley 86/30, del 7 settembre, *Legge organica che istituisce il regime dello Stato d'assedio e la Stato di emergenza*.

dichiarazione dello stato di eccezione, previamente autorizzata dal Parlamento, nonché il Governo chiamato, in esecuzione della stessa dichiarazione presidenziale, ad adottare tutte le misure normative necessarie e proporzionate per il «pronto ripristino della normalità costituzionale» (art. 4, par. 19, Cost.). In modo tranciante, senza tuttavia alcuna motivazione in merito, nella pronuncia in commento si arriva a ritenere che il diritto costituzionale portoghese e in particolare il par. 8 dell'art. 19 Cost. relativo all'esecuzione della dichiarazione dello stato di emergenza sia il fondamento "diretto" della competenza del governo per l'adozione di tutte le misure necessarie anche in ambito di diritti e seppure in assenza di 'autorizzazione' nella dichiarazione presidenziale di emergenza. A dire del giudice di costituzionalità il sistema costituzionale portoghese, «regolando e limitando i termini della sospensione parziale, integrando lo stato di eccezione nel suo sistema di valori», cerca di «domare il potere di emergenza, rifiutando gli estremi della dittatura commissariale e la negazione della necessità».

Nel quadro 'straordinario' che si instaura con la dichiarazione emergenziale si ritiene insomma che il governo non abbia affatto bisogno dell'autorizzazione 'normalmente' dovuta dal Parlamento o dal Presidente della repubblica per decretare le norme che ritiene necessarie sia anche nelle materie che fanno parte della riserva di legge parlamentare. Il Governo è così, in ultimo, ritenuto un organo legittimato all'esercizio di quel potere normativo in situazioni normali riservato ad altro organo, avendo operato, nel particolare quadro costituzionale, come legislatore straordinario *ex ratione necessitatis*, o meglio, diremo noi, secondo una modalità di produzione eccezionale, alternativa alla consueta via parlamentare caratteristica dello stato democratico di diritto, modalità che tuttavia non sembra affatto prevista da Costituzione portoghese.

Invero sia in situazione di normalità costituzionale che in uno stato di emergenza, il Governo non sembra poter legiferare senza autorizzazione dell'Assemblea della Repubblica parlamentare in ambiti riservati allo stesso organo parlamentare⁷³ o disporre costituzionalmente di diritti fondamentali non sospesi nella dichiarazione⁷⁴.

La riforma costituzionale del 1989 ha inserito infatti, all'art. 19 Cost., una disposizione a salvaguardia del funzionamento di tutti gli organi istituzionali anche nell'ipotesi di proclamazione di stati emergenziali di cui al paragrafo 7⁷⁵: il governo in queste ipotesi può assumere funzioni di mera gestione, esecuzione o persino "normative" ma soltanto, in quest'ultimo caso,

⁷³ Vedi specificamente art. 198, par. 1, lett. b laddove si dispone che il governo può emanare «decreti-legge in materia riservate all'Assemblea della Repubblica mediante autorizzazione di quest'ultima» nonché art. 165, comma 1, per cui è di «competenza esclusiva dell'Assemblea della Repubblica sulle seguenti materie, salvo autorizzazione del Governo (...) diritti libertà e garanzie».

⁷⁴ Cfr. J. Reis Novais, *Direito*, cit., 111 nonché R. Brízida Castro, *Direito Constitucional em Tempos de Pandemia: Pode a Constituição Sobreviver a Crises Sanitárias?*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 1, 2020, 668.

⁷⁵ Con la legge costituzionale n. 1/89 dell'8 giugno si aggiunge, come si diceva, nell'art. 19 Cost. il paragrafo 7 che stabilisce «A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respectivos titulares».

allorché si mantenga rigorosamente nell'ambito dei diritti sospesi nella dichiarazione emergenziale se non vuole incorrere in una ipotesi di incostituzionalità⁷⁶. La costituzionalizzazione dello stato di emergenza nella carta costituzionale lusitana finisce con l'assumere così il valore di garanzia non solo dei diritti e libertà fondamentali ma anche del funzionamento degli organi sovrani con le proprie competenze⁷⁷.

Il giudice costituzionale non sembra tuttavia leggere le disposizioni costituzionali in questi termini.

Dalla lettura delle norme costituzionali, il *Tribunal Constitucional* evince infatti una interpretazione che arriva ad individuare nel Governo un soggetto che si configura come una sorta di para-legislatore⁷⁸ - c.d. legislatore "straordinario" - malgrado, come visto, l'art. 19, Cost., al par. 8, si limiti ad attribuirgli il potere di adottare provvedimenti - normativi e sostanziali⁷⁹ - unicamente nell'ambito della sospensione definita nella dichiarazione di emergenza. Ciò segna una differenza importante, peraltro, rispetto al sistema italiano che accorda al Governo la funzione normativa straordinaria, seppure temporanea, senza alcuna necessaria preventiva autorizzazione delimitante i campi che possono andare a toccare "diritti, libertà e garanzie", mostrando così un organo che si rivela come l'unico soggetto protagonista dell'emergenza con un potere quasi assoluto (se si eccettua il controllo minimo, sotto il profilo della costituzionalità, che può effettuare il Presidente con la promulgazione del decreto-legge). A differenza della scelta italiana, il sistema portoghese adotta invece una soluzione che si potrebbe dire di tipo "consociativa"⁸⁰: al fine di evitare l'accentramento delle decisioni in un solo soggetto⁸¹, qui si stabilisce un forte collegamento tra tutti gli organi costituzionali dotati di diverse funzioni, in diverse fasi e a diversi livelli, a partire dalla dichiarazione - con una partecipazione del Presidente, Parlamento e Governo⁸² - per arrivare ai suoi effetti. Si intende

⁷⁶ Ancora, J. Reis Novais, *Direito*, cit., 111 laddove si osserva «ãõ há inconstitucionalidade quando o Governo se limite a executar a declaração do estado de emergência ou quando legisle mantendo-se estritamente no âmbito normativo delimitado pela suspensão de um direito fundamental».

⁷⁷ Così C. Queiroz, *Direito Constitucional: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra, 2009, 357.

⁷⁸ In tal senso, ovvero come «nova figura para-legislativa que, no estado de excepção, se somaria às tipologias de actos legislativos previstos no n.º 1 do artigo 112», si veda P. F. Sanchez, *A modificação das regras de competência dos órgãos de soberania em Estado de Excepção: o caso exemplar da aprovação de normas sem autorização parlamentar em matéria penal*, in *RPCD* n.º 1, 2021, 114, disponibile online all'indirizzo <https://rpdc.pt/wp-content/uploads/2021/12/rpdc-lopo-sanchez-online.pdf>.

⁷⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., 1105.

⁸⁰ Così, P. F. Sanchez, cit., 120.

⁸¹ V. in proposito, sui vari tipi di modelli laddove si considera ascrivibile a uno «stato di eccezione intermedio di tipo debole», E. A. Imperato, *L'eccezione nella regola*, cit., 243.

⁸² La procedura di dichiarazione degli stati eccezionali vede coinvolti più atti e soggetti (stante gli artt. 19, 134, lett. d) e 138 Cost.), comprensiva di ben sei fasi: 1) iniziativa del Presidente della Repubblica o proposta del Governo; (2) audizione non vincolante del Governo qualora l'iniziativa non provenga da esso; 3) messaggio del Presidente all'Assemblea della Repubblica; 4) deliberazione dell'Assemblea (o - quando questa non è riunita né è possibile la sua immediata riunione - della sua Commissione Permanente, comunque da confermare dal Plenum non appena sia possibile riunirlo); 5) decreto del Presidente; 6) referendum libero del governo. Per questa divisione in fasi vedi, in particolare,

creare in tal modo un “complesso meccanismo di interdipendenza”⁸³ che vuole avere così, in un gioco di pesi e contrappesi, controbilanciare le competenze di ogni organo coinvolto.

4.1.1 Segue

In ogni caso il presupposto inderogabile è l’esistenza di un titolo, quale è la dichiarazione di emergenza prevista da Costituzione di cui all’art. 19, definito come “straordinario”, dotato di carattere transitorio, orientato a uno scopo specifico ovvero, puntualizza altresì il Tribunale costituzionale, il “ripristino della normalità costituzionale”⁸⁴ (ancora art. 19, par. 8, Cost.), presupposto che qualora assente porta senza dubbio a valutazioni diverse.

Rispetto alla stessa questione relativa all’esercizio della funzione normativa in ambito penale da parte del Governo, in un’altra pronuncia del 2022⁸⁵, di cui pure si è fatto già cenno, l’orientamento giurisprudenziale si mostra invero decisamente diverso, rivelando una maggiore “severità”⁸⁶ nelle ipotesi che non siano quelle emergenziali.

In assenza di una dichiarazione emergenziale laddove era stato invece proclamato il mero stato di calamità, il *Tribunal Constitucional*, senza entrare in alcun modo nel contenuto della norma, decreta la incompetenza del governo ad adottare disposizioni normative e dichiara la illegittimità delle norme sottoposte al vaglio di costituzionalità. Implicitamente si legge il non costituzionalizzato stato di calamità non già come uno stato di eccezione, l’unico che in quanto tale può, secondo previsione costituzionale, previa autorizzazione della dichiarazione emergenziale, consentire eccezionalmente la deviazione del potere normativo dall’organo normalmente competente ad un altro, ma come uno stato normale/ordinario: è “inequivocabile”, dice il giudice costituzionale, che il governo non ha competenza per legiferare sulla definizione di reati come è quello della disobbedienza a ordini o mandati legittimi in esecuzione della pena regolarmente comunicati ed emessi da autorità competente o funzionario⁸⁷.

Il giudice costituzionale conferma così il proprio precedente orientamento espresso in altre pronunce riguardanti norme relative a materie che rientrano nella riserva di competenza legislativa dell’organo parlamentare adottate dal governo nell’ambito della situazione di calamità (come è in particolare nella pronuncia n. 89/2021 riguardante la libertà

J. Miranda, in J. Miranda –R. Medeiros (a cura di), *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra, 2006, 413.

⁸³ Così J.J. G. Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., 1104 ss.

⁸⁴ Tribunal Const. n. 352/2021, cit.

⁸⁵ Tribunal Const. n. 350/2022, cit.

⁸⁶ Cfr. C. Blanco de Morais, *Declaração e execução dos estados de emergência e de calamidade pública em Portugal durante a Pandemia*, in C. Blanco de Morais, M. Nogueira de Brito (a cura di), *Impactos da Pandemia da Covid-19 nas Estruturas do Direito Público*, Lisboa, 2022.

⁸⁷ Sulle norme penali adottate durante la pandemia e sulle possibili conseguenze, v. S. Aires De Sousa, *Sobre a proteção penal da saúde em tempos de pandemia: isto já não é o que nunca foi*, in *Rev. do Ministério Público – Número Especial Covid-19*, 2020, 156 ss.

personale, ovvero l'*habeas corpus*⁸⁸): anche qui si ritiene pertanto che, qualora non ricorra un'autorizzazione da parte dell'organo assembleare al governo, come è nel caso specifico, non si possano ritenere legittime, sotto il profilo costituzionale, le norme soggette a controllo, concludendo per la loro incostituzionalità organica.

4.2 Tornando sul tema delle competenze nello stato di emergenza in Portogallo

Sul punto specifico dell'attribuzione delle competenze nello stato di emergenza, in particolare quanto all'adozione di norme in materia di libertà fondamentali, il Tribunale costituzionale portoghese ritorna spesso ma in un caso del 2022 lo fa adottando una risposta decisamente sorprendente.

Nella sentenza emessa nel luglio 2022⁸⁹ avente ad oggetto quella stessa norma che aveva visto in precedenza l'adozione di una pronuncia di rigetto e relativa specificamente all'art. 43, comma 6 del decreto n. 2-B/2020, il *Tribunal Constitucional* sembra invero andare in una direzione completamente opposta rispetto al pregresso indirizzando segnando una forte differenza di orientamento⁹⁰.

Riprendendo le argomentazioni minoritarie sviluppate nella precedente pronuncia n. 352/2021 in questo lavoro commentata e criticata, il giudice dichiara la incostituzionalità definita di tipo "organico" della norma, per violazione della riserva di competenza dell'Assemblea (*ex* art. 1, lettera c), Cost. Più precisamente, secondo il giudice costituzionale, il governo non aveva alcuna competenza a dettare la norma oggetto di impugnazione non essendo autorizzato a legiferare su reati e pene dal momento che la stessa dichiarazione di emergenza, come disciplinata dalla Costituzione, non può andare a pregiudicare le norme costituzionali relative alla competenza e al funzionamento degli organi di sovranità per espressa disposizione di cui all'art. 7, par. 19, Cost. Quest'ultima norma non sembrerebbe affatto abilitare la funzione normativa in capo al Governo. Anzi. Ad avviso del Tribunale costituzionale essa vuole assumere un «ruolo essenziale nel garantire che il sistema delle competenze della Costituzione sia mantenuto intatto in tutte le aree non interessate dalla sospensione eventualmente determinata dalla dichiarazione dello stato di emergenza», aree tra cui non sembra affatto rientrare quella della riserva parlamentare. L'obiettivo della disposizione, continua il giudice, è quello di impedire che «uno qualsiasi degli organismi costituiti che partecipano alla dichiarazione o all'esecuzione dello stato di eccezione assuma un profilo Commissariale»⁹¹.

⁸⁸ Tribunal Const. 89/2022, 1 febbraio. Come sostenuto dal giudice "a quo" che ha deciso di accettare la domanda di *habeas corpus* presentata dal ricorrente, per conto della figlia minore, ritenendosi la norma di confinamento obbligatorio contenuta nella Delibera del Consiglio dei Ministri n. 45-C/2021 del 30 aprile contraria alla Costituzione, vale a dire alle disposizioni di cui agli artt. 18, 27, 31, 112, 119, 161, 164, 166, 198, 199 e 200 per cui non si può essere privati della libertà sulla «base di un ordine amministrativo e senza controllo giudiziario», in virtù del quale la studentessa era stata privata della libertà. Per un ampio commento, in merito, vedi C. Blanco de Morais, *Declaração e execução*, cit., 25.

⁸⁹ Tribunal Const. n. 477/2022, 5 luglio.

⁹⁰ In questi termini, C. Blanco de Morais, *Declaração e execução*, cit., 22.

⁹¹ Così, peraltro, anche P. F. Sánchez, cit., 116.

Questa disposizione, inoltre, non può essere letta disgiuntamente dal paragrafo 8 dello stesso articolo, come pure peraltro aveva fatto nella pronuncia precedente. In questo quadro il Governo non appare affatto abilitato ad esercitare competenze normative in piena autonomia. Al contrario, la Costituzione e la sua legge di attuazione degli stati di eccezione sembrano vedere nell'adozione del decreto presidenziale nei casi emergenziali, nella sua "superiorità quale parametro", una funzione tesa a «delimitare la competenza esecutiva del Governo»⁹², ossia a «circoscrivere la portata dell'esercizio della funzione amministrativa»⁹³. Quest'ultima funzione si rivela pertanto, per usare i termini del giudice lusitano, «circoscritta all'interno della disciplina e del ambito ivi delineato per quanto riguarda la sospensione di ciascun diritto fondamentale».

La dicotomica competenza⁹⁴ quale si snoda tra dichiarazione dello stato di emergenza mediante decreto presidenziale - stante la preventiva autorizzazione dell'Assemblea della Repubblica nonché l'audizione preliminare del Governo (come stabilito dall'art. 138, par.1) - ed esecuzione della dichiarazione spettante al Governo⁹⁵ - che a sua volta deve tenere informato il Presidente del Consiglio dei propri atti e l'Assemblea della Repubblica - vede perciò una separazione dei poteri laddove solo il primo - il Presidente della Repubblica - ha un potere normativo definito in dottrina 'primario' mentre il secondo - il Governo - esercita il potere di autorità in posizione subordinata⁹⁶. Come pure osservato in dottrina, se la dichiarazione dello stato di emergenza si traduce nella sospensione dell'esercizio dei diritti fondamentali laddove la normativa in materia è, in quanto essenziale,

⁹² Tribunal Const. n. 477/2022, cit., punto 2.3.

⁹³ Cfr. J. Reis Novais, *Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial*, in *Observatório Almedina*, 2020, disponibile online all'indirizzo <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial>

⁹⁴ In questo senso Tribunal Const. n. 87/2022 che adottando, nel caso specifico, un giudizio di conformità costituzionale osserva «é ao Presidente da República que compete a declaração do estado de emergência e a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso durante a sua vigência - efeito material do estado de exceção constitucional -, o que implica um corte ou recorte do escopo normativo tutelado por essas garantias, meramente temporário, que vigorarão enquanto se mantiver o estado de emergência». Al decreto presidenziale è riconosciuto, in continuità con la delibera dell'Assemblea della Repubblica che autorizza la dichiarazione dello stato di emergenza, una "funzione primaria di inquadramento" nel cui ambito il governo è poi autorizzato ad esercitare la propria competenza.

⁹⁵ In questo senso, v. J. Reis Novais, *Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19*, in *e-Pública*, Vol. 7, No. 1, abril 2020, in particolare, 116, disponibile online <https://e-publica.pt/article/34308-direitos-fundamentais-e-inconstitucionalidade-em-situacao-de-crise-a-proposito-da-epidemia-covid-19>, laddove si osserva «Diferente é a situação quando o próprio Presidente da República, no decreto de declaração do estado de emergência, restringe o direito à greve, proibindo o exercício da greve nos sectores críticos ou vitais da economia, saúde e sociedade. A seguir, estando a restrição criada, o Governo só tem de a executar». In senso contrario vedi, invece, M. Nogueira de Brito, *Pensar no estado da exceção na sua exigência*, in *Observatório Almedina*, disponibile online <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/>

⁹⁶ V. C. Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional Lei e Sistema Normativo*, Tomo I, Almedina, 2022, p. 101.

riservata all'Assemblea della Repubblica, ne deriva, quantomeno, un "rapporto di tensione"⁹⁷ tra la riserva sui diritti fondamentali, che permane costituzionalmente in capo al Parlamento e i poteri esecutivi dello Stato di emergenza spettanti al Governo. Questo assetto deve essere valutato alla luce della sospensione concreta di ogni diritto fondamentale, stabilito nel decreto presidenziale, che funzionerà come autorizzazione e titolo dell'intervento del Governo.

Resta insomma molto forte⁹⁸ il rapporto tra normalità costituzionale ed eccezione, non determinando affatto quest'ultima, in ogni caso, lo stravolgimento totale del quadro normale costituzionale.

La disciplina prevista in Costituzione costituisce, secondo lo stesso giudice, il limite ultimo dello stato di eccezione costituzionale che «non può in alcun modo significare la sospensione della Costituzione». In quest'ottica, se si escludono quei diritti fondamentali il cui esercizio può essere parzialmente sospeso nella dichiarazione dello Stato di eccezione, nient'altro può essere sospeso, in particolare non la sospensione di organi di sovranità o delle loro attribuzioni e competenze costituzionali⁹⁹.

5. Il diverso approccio dei giudici nell'ordinamento sudafricano

Diverso approccio sembra mostrare in Sudafrica il giudice - in questo caso la *High Court* competente ai sensi dell'art. 169, insieme alla *Supreme Court of Appeal* (art. 169 Cost.) e alla *Constitutional Court* (art. 167, par. 3), del controllo di costituzionalità¹⁰⁰ - innanzi al quale si contesta la validità della norma restrittiva del diritto costituzionale quanto all'idea non solo di attribuzione delle competenze ma anche di 'sospensione' dei diritti nonché, infine, di stato di eccezione.

A differenza del Tribunale costituzionale lusitano che compie notevoli sforzi ricostruttivi, sotto il profilo giuridico nonché storico, dell'istituto dello stato di eccezione, la North Gauteng High Court, almeno nella pronuncia

⁹⁷ Cfr. J. Reis Novais, *Direitos Fundamentais*, cit., 108.

⁹⁸ Sia consentito rinviare in merito al mio, *L'eccezione nella regola*, cit.

⁹⁹ J. J. G. Canotilho, V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra, 2007, 401 e ss.

¹⁰⁰ In generale un soggetto che voglia ricorrere avverso una norma legislativa o anche una condotta limitativa di un diritto fondamentale dovrà rivolgersi, in prima istanza, all'Alta Corte per far dichiarare l'incostituzionalità della legge o della condotta ritenuta invalida a causa della sua presunta incompatibilità con un diritto costituzionale. La Suprema corte non può invero decidere nessun caso come tribunale di "primo grado", avendo quest'ultima, a differenza dell'Alta Corte, solo una "giurisdizione d'appello". Peraltro se è possibile, almeno in linea di principio, rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale, questa generalmente non consente l'accesso diretto, salvo i casi specificamente individuati nella costituzione nonché "circostanze eccezionali", intervenendo «solo raramente come giudice di primo e ultimo grado» (vedi, di recente, Constitutional Court SA, *Holomisa v Holomisa* 2019 (2) BCLR 247 par. 25), preferendo accogliere soltanto casi che riguardano ricorsi di un altro tribunale in merito a una dichiarazione di nullità o al rifiuto di concedere una dichiarazione di nullità. Su questi aspetti, vedi anche, ex plurimis, I. Currie, J. Dewaal, cit., 72 nonché G. Allsop, *Introduction to the bill of rights*, in *Constitutional law*, part 2., Cape Town, 2020, 197 ss.

qui commentata¹⁰¹, appare sotto questo aspetto piuttosto superficiale. Se il giudice in Portogallo si mostra attento ai profili concettuali - e sembra così avere chiara almeno l'idea che una deroga del 'quadro normale' con una eventuale 'sospensione' dei diritti, seppure temporanea, è possibile soltanto laddove vi sia la proclamazione di uno stato eccezionale quale previsto in una fonte superiore alla stessa legge delegata alla sua disciplina - in Sudafrica non effettua alcuna ricostruzione dei diversi stati nonché delle problematiche giuridiche sottese. In quest'ultimo caso non si fa mai alcun riferimento alla modifica "temporanea" del modo di produzione normativa e alla conseguente diversa distribuzione delle competenze. In maniera generica e sommaria il giudice sudafricano si limita a 'proclamare' che l'elemento distintivo degli stati eccezionali/emergenziali da quelli "normali" è dato, in definitiva, dalla gravità dei fatti, laddove, solo lo stato di emergenza consente, ad avviso della *High Court* di Pretoria, la "sospensione" ovvero la "deroga" dei diritti fondamentali e quindi una «deviazione dal normale ordinamento costituzionale». Gli stati normali sono invece da considerarsi tali allorché con essi si attiva, dice ancora la North Gauteng High Court, una mera «limitazione degli stessi diritti fondamentali e non già la loro deroga», quest'ultima da intendere come un effetto così importante da necessitare una serie di garanzie e tutele quali previste dalla costituzione, non necessarie nel caso dello stato di disastro. La deroga dei diritti fondamentali, o meglio la sospensione, è peraltro possibile, secondo il dettato costituzionale sudafricano, soltanto quando si ricorre allo stato eccezionale emergenziale di cui all'art. 37 Cost. mai proclamato in Sudafrica durante l'intero periodo pandemico giacché ritenuto non così grave da richiederne l'attivazione. Al suo posto, come già detto, viene invocato esclusivamente il "National State of Disaster", non previsto dalla Costituzione e che pure vede unicamente il Governo come organo chiamato a proclamare e gestire l'emergenza attraverso la fonte secondaria costituita dai regolamenti: l'esecutivo o meglio un suo ministro designato del Presidente può adottare una serie di misure in grado di incidere sui diritti fondamentali peraltro senza alcun limite (in particolare, *ex art 27, par. 2, DMA*), potendo così andare oltre non solo a

¹⁰¹ North Gauteng High Court SA, *Freedom Front Plus v President of the Republic of South Africa and Others* (22939/2020) [2020] ZAGPPHC 266; [2020] 3 All SA 762 (GP) (6 July 2020), reperibile online all'indirizzo: http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2020/266.html#_ftnref7. La North Gauteng High Court è stata sollecitata dal *Freedom Front Plus*, un partito politico che trova rappresentanza sia nell'assemblea parlamentare nazionale che in quella provinciale, allorché ritenendo violati i diritti fondamentali e agendo nell'interesse non soltanto dei suoi membri ma altresì di quello "pubblico", come stabilito all'articolo 38 (d) della Costituzione, ha presentato un ricorso d'urgenza ai fini della valutazione della legittimità costituzionale degli atti governativi assunti. In particolare oggetto di valutazione sono state le misure restrittive della libertà personale date dal confinamento domiciliare adottate dal Governo a seguito della dichiarazione dello stato di disastro. Per un attento esame delle misure adottate, si rinvia a R. Orrù, *La risposta all'emergenza al Coronavirus nell'Africa subsahariana: riflessioni a partire dall'esperienza del Sudafrica*, in *Dpceonline*, 2020, 2201. Il ricorrente ha altresì sostenuto che alcuni articoli del DMA - in particolare gli articoli 23(8), 26(2) e 27 - presentassero dei profili di incostituzionalità in quanto queste norme consentono severe restrizioni ai diritti stabiliti nel *Bill of Rights*, senza prevedere le stesse garanzie di cui all'art. 37 della Costituzione sullo stato di emergenza.

quanto “strettamente necessario”, come è stabilito nel caso dell’emergenza di cui all’art. 37 Cost. ma anche agli obblighi previsti, secondo la stessa carta costituzionale, dal diritto internazionale.

L’elaborazione concettuale che emerge dalla lettura effettuata dal giudice sudafricano risulta limitata ad un distinguo che si basa sui fatti, quali soggettivamente intesi come eccezionali o meno dall’eventuale *dictator*/governo, senza considerare in alcun modo lo spostamento/slittamento della funzione di produzione normativa che si determina. Il passaggio al Governo (o, in alcuni altri ordinamenti, al Capo dello stato) del potere di emanare misure normative di qualsiasi rango al di fuori della ‘normale’ procedura parlamentare/democratica, nell’ambito di un quadro che non può più considerarsi normale ma “straordinario”, non viene affatto tenuto in conto come invece accade nell’interpretazione del giudice lusitano. In qualche modo il giudice sudafricano, assecondando una visione che, sotto il profilo giuridico dello stato di diritto, appare piuttosto discutibile, sembra riecheggiare nelle sue pronunce quella pericolosa idea Schmittiana per cui sarebbe lo stato d’eccezione quale deciso dal sovrano-decisore politico – quindi, in definitiva, il fatto e la sua valutazione soggettiva - la condizione che legittimerebbe la sospensione dei diritti (e del diritto stesso), e non già la previsione normativa costituzionale, vale a dire il dato oggettivo giuridico.

5.1 Segue. Dissonanze costituzionali tra deroga e limitazione dei diritti

2651

La questione della “deroga” e/o della “limitazione” è, come si è già accennato, il nodo su cui si incentra anche nel caso sudafricano il discorso dell’Alta Corte di Pretoria per negare che, malgrado non si sia stata proclamata l’emergenza, gli effetti conseguenti allo stato di disastro siano stati quelli propri dell’emergenza in punto di diritti e non solo.

Il richiamo a giustificazione di questa visione che finisce per ammettere la restrizione dei diritti al di fuori della proclamazione di uno stato di emergenza è all’art. 36 Cost. dedicato alle “limitazioni” dei diritti. Quest’ultima disposizione normativa, dal canto suo, riguarda in realtà, come pure si è già detto, la limitazione dei diritti di tipo ‘ordinario’ essendo tali limitazioni adottate con procedura normativa ordinaria, non eccezionale. La North Gauteng High Court tuttavia non è mai entrata veramente nel merito del distinguo tra limitazione e sospensione, non esaminando affatto in maniera puntuale l’art. 36 Cost. e limitandosi a discutere della natura dello stato di disastro. Questo porta il giudice sudafricano a considerare lo stato di disastro come uno stato normale con la conseguente non necessaria adozione delle garanzie previste nel caso costituzionale dell’emergenza¹⁰². Viene invece completamente trascurato un punto centrale da considerare ai fini della valutazione della natura di qualunque stato eccezionale, ovvero quello che la stessa Corte chiama “deviazione” dal normale ordinamento

¹⁰² Cfr. D. Nchodu, *The constitutionality of the Disaster Management Act and the Covid-19 regulations enacted thereunder: does this regulatory regime contravene the right to just administrative action?* Faculty of law, 2022, 36, reperibile online all’indirizzo [/hdl.handle.net/11427/37635](https://hdl.handle.net/11427/37635).

costituzionale, che invece, come noto, con il DMA si realizza contro i principi della *Rule of law*, proclamato all'art. 1 (c) della Costituzione, non limitabile in virtù dell'art. 36¹⁰³.

Lo stato di disastro, quale stato non eccezionale, vedrebbe così l'adozione, a dire del giudice, soltanto di misure 'meramente' limitative dei diritti fondamentali, senza necessità del rispetto delle garanzie costituzionali previste in caso di deroga. Poco importa se poi si tratta di misure che nel caso concreto, come è nell'ipotesi del confinamento domiciliare, si possono tradurre in misure che sostanzialmente comportano non già una mera limitazione ma una vera e propria sospensione della "freedom of movement" di cui all'art. 21 Cost. o quanto meno del "right to assemble" sancito all'art. 17 Cost., facendo trovare i sudafricani in un *de facto* stato di emergenza non dichiarato¹⁰⁴.

Seguendo questa via, il giudice sudafricano finisce infatti per ascrivere allo stato di disastro una dicotomica separazione: formalmente questo sembra assumere la natura di stato normale, natura che tuttavia nella sostanza si può rivelare, come è nel caso specifico, in uno di tipo emergenziale che consente la sospensione di situazioni giuridiche attive senza passare per la procedura prevista in Costituzione e finendo così per sfuggire, da un punto di vista giuridico, alla maglia di tutele costituzionalmente prestabilita nel caso degli stati emergenziali. In definitiva, per questa via, lo stato di disastro riesce ad operare fuori e contro il quadro costituzionale, consentendo l'adozione di misure fortemente incisive sulle libertà fondamentali senza il ricorso delle garanzie costituzionali previste nel caso di 'sospensione'.

6. Ancora sulla 'sospensione' dei diritti nell'interpretazione lusitana. La incostituzionalità materiale

In verità anche nelle pronunce del giudice portoghese non viene mai completamente chiarito il 'criterio' che consente di concettualizzare il passaggio dalla mera restrizione/limitazione alla privazione/sospensione delle libertà fondamentali. In molti casi ciò è accaduto giacché si è ritenuto di non dover entrare nel merito della questione, trattandosi di misure adottate nell'ambito non già dello stato di emergenza quanto piuttosto dello stato di calamità che, come già detto, non può vedere attuati regimi di sospensione delle libertà. In queste ipotesi il giudice costituzionale si è limitato a dichiarare la incostituzionalità di norme tese a "sospendere" l'esercizio dei diritti per motivi di incompetenza, ovvero per ragioni "organiche" come anche nei casi emergenziali allorché le disposizioni normative sono state assunte senza una qualche autorizzazione dell'organo parlamentare nel decreto presidenziale dichiarativo dello stato di emergenza. La eventuale non conformità costituzionale sotto il profilo sostanziale della misura sospensiva è stata raramente presa in considerazione.

Il punto particolarmente controverso e che ha originato diverse pronunce, come è stato del resto in vari altri ordinamenti, è quello relativo a misure incidenti sulla libertà personale, disciplinata, nella costituzione

¹⁰³ Così, M. Van Staden, cit., 506

¹⁰⁴ *Ibidem*

lusitana, all'art. 27, libertà da intendere come diritto alla libertà fisica ovvero alla "libertà di movimento corporeo"¹⁰⁵ senza vincoli e relativa a diverse dimensioni in cui si manifesta la libertà umana. Il principio normativo espresso nella carta fondamentale del Portogallo, al pari della costituzione italiana, è invero un principio assoluto di non essere detenuto, imprigionato o «in altri modi fisicamente confinati in un certo spazio o impediti negli spostamenti»¹⁰⁶ salvo le eccezioni successivamente individuate nei parr. 2 e 3. Si è trattato allora di determinare, nei casi in discussione dinanzi al Tribunale costituzionale, in quali termini i diversi paragrafi dell'art. 27 si possono combinare tra loro. In particolare il punto su cui si è soffermata l'attenzione è quello della possibile distinzione tra "restrizioni del diritto alla libertà", intesa in termini generali e relativa unicamente alla disposizione di cui all'art. 27, par. 1, e restrizioni considerate come circostanze più gravi della "privazione" (totale o parziale), disciplinate invece dai paragrafi 2 e 3 dello stesso articolo. In quest'ultimi casi vigerebbe, peraltro, il divieto assoluto salvo le eccezioni di cui al par. 3, art. 27, il cui elenco è considerato di tipo esaustivo¹⁰⁷.

A differenza della dottrina che si mostra contrastante assumendo in proposito diverse posizioni¹⁰⁸, la giurisprudenza della Corte lusitana sembra invece ben consolidata quanto all'ammissione della possibilità di una

¹⁰⁵ V., J. Miranda –R. Medeiros (a cura di), *Constituição*, 638.

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ Ai sensi dell'art. 27, «1. Tutti hanno diritto alla libertà e alla sicurezza. 2. Nessuno può essere privato, in tutto o in parte, della libertà, se non in conseguenza di una sentenza giudiziaria di condanna relativa a un atto punibile legalmente con la reclusione o con l'applicazione giudiziaria di una misura di sicurezza. 3 La privazione della libertà personale è esclusa da tale principio, per il tempo e alle condizioni determinate dalla legge, nei seguenti casi: a) detenzione nel caso di flagrante di reato; b) l'arresto o la carcerazione preventiva per forti indizi di commissione di un delitto doloso cui corrisponde una pena detentiva nel limite massimo superiore a tre anni; c) arresto, trattenimento o altra misura coercitiva soggetta a controllo giudiziaria, di persona entrata o residente illegalmente nel territorio nazionale o nei confronti della quale è in corso un procedimento di estradizione o di espulsione; d) Carcerazione disciplinare comminata al personale militare, con garanzia di ricorso al tribunale competente; e) sottoposizione di un minore a misure di protezione, assistenza o educazione in apposito istituto, decretate dal competente tribunale giudiziario; f) Detenzione per la decisione assunta dal tribunale per aver disobbedito a una decisione giudiziaria o per assicurarsi la comparizione davanti a un'autorità giudiziaria competente; g) trattenimento degli indagati, ai fini dell'identificazione, nei casi e per il tempo strettamente necessario; h) Ricovero della persona con disturbo psichico in istituto terapeutico idoneo, decretato o confermato dall'autorità giudiziaria competente». Sull'art. 27 e la sua interpretazione, v. J. Reis Novais, *Direitos Fundamentais*, cit., 108 nonché J. J. G. Canotilho, V. Moreira, *Constituição*, cit., 184 ss.

¹⁰⁸ Ammette la possibilità di distinguere, sia pure senza avanzare un criterio di distinzione, tra le due circostanze J. Reis Novais, *Estado de Emergência*, cit. nonché dello stesso A., *Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia de COVID-19*, in *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público* e infine P. Fernández Sánchez, *Sobre os Poderes Normativos do Presidente da República e do Governo em Estado de Exceção*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 81, 2021, 755-805. Più elastica appare invece la visione di J. Alexandrino, *Devia o direito à liberdade ser suspenso? Resposta a Jorge Reis Novais*, in *Observatório Alameda*, che, pur ammettendo la distinzione, ritiene il «confine fluido tra la restrizione della libertà e la privazione della libertà», e che questo dovrebbe essere preso in considerazione, ai fini della sua delimitazione, «l'intensità, la durata dell'incarico e, se del caso, altre circostanze».

differenziazione tra “privazione totale di libertà” secondo le circostanze elencate nell’art. 27, par. 3 Cost. e “limitazione del diritto alla libertà” (generale), come decretata nello stesso art. 27, al par. 1 della Costituzione.

Alla luce del proprio orientamento attentamente esaminato, il giudice lusitano, in una sentenza del 2022, finisce così con il ritenere la misura di confinamento domiciliare, quale prevista dalla norma oggetto di giudizio, una misura illegittima e ciò non più solo per ragioni di incompetenza ma anche per motivi sostanziali ritenendosi la disposizione normativa “inevitabilmente” soggetta a un giudizio di “incostituzionalità materiale”¹⁰⁹.

In realtà, la pronuncia in esame risulta particolarmente interessante, per diversi motivi e non ultimo per ragioni legate alla comparazione.

Il *Tribunal Constitucional* infatti per arrivare alle sue conclusioni passa in disamina innanzitutto la giurisprudenza straniera in tema di limitazione della libertà personale e in particolare quella italiana con la sua pronuncia n.127/2022¹¹⁰ nonché quella tedesca¹¹¹ e altresì la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che pure ammette la differenza tra i due regimi in virtù del grado o intensità della limitazione¹¹². Il giudice lusitano

¹⁰⁹ Tribunal Const. n. 489/2022, 14 luglio.

¹¹⁰ Corte cost., sent. 7 aprile 2022 – 26 maggio 2022, n. 127. Con questa pronuncia la Corte costituzionale italiana ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate – in riferimento all’art. 13 Cost. – dal Tribunale di Reggio Calabria su alcune disposizioni del d. l. n. 33 del 2020, nella parte in cui erano state introdotte sanzioni penali nei confronti di chi, risultato positivo al Covid e sottoposto alla quarantena obbligatoria, avesse lasciato la propria dimora o abitazione. Il giudice rimettente aveva ritenuto, invero, che una misura così limitativa della facoltà di libera locomozione da impedire l’uscita dalla propria abitazione durante la malattia non possa che ricadere nella sfera giuridica della libertà personale, al pari di misure che il giudice *a quo* reputa del tutto affini quanto al grado di afflittività (arresti domiciliari, detenzione domiciliare, ovvero misure alternative alla detenzione). La Corte costituzionale, richiamandosi alla propria precedente e consolidata giurisprudenza in materia, ha invece precisato che qualora «il legislatore intervenga sulla libertà di locomozione, indice certo per assegnare tale misura all’ambito applicativo dell’art. 13 Cost. (e non dell’art. 16 Cost.) è che essa sia non soltanto obbligatoria (tale, vale a dire, da comportare una sanzione per chi vi si sottragga), ma anche tale da richiedere una coercizione fisica». Nel caso tuttavia del divieto di uscire dalla propria abitazione o dimora «non viene direttamente accompagnato da alcuna forma di coercizione fisica, né in fase iniziale, né durante la protrazione di esso per il corso della malattia», non potendogli impedire fisicamente di lasciare la dimora stessa, né potendo arrestarlo in conseguenza di tale violazione, cosicché, si ritiene, la disposizione impugnata «non determina alcuna degradazione giuridica di chi vi sia soggetto e quindi non incide sulla libertà personale». Per un commento in merito, v. A.M. Cecere, *Quarantena obbligatoria tra provvedimento amministrativo e sanzione penale: profili di incostituzionalità non rilevanti ma persistenti*, in *Giur. Cost.*, 2022, 1385 nonché V. Zagrebelsky, *Quarantena da covid nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritto penale e processo*, 12/2022.

¹¹¹ Si richiama specificamente la decisione del novembre 2021 (BVerfG, 19 November 2021) relativa a una serie di ricorsi costituzionali basati sulla presunta incostituzionalità delle misure di confinamento obbligatorie finalizzate al contenimento della pandemia da Covid-19 (in particolare, 1 BvR 781/21, 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21), adottate dal legislatore al fine di garantire la protezione della vita e della salute.

¹¹² Si cita in particolare CEDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italie*, n. 43395/09, par. 80. La Corte si è pronunciata sulla compatibilità delle misure di prevenzione personali, nel caso specifico relative alla sorveglianza speciale di p.s. con obbligo di soggiorno ai sensi della legge n. 1423/1956 imposte al ricorrente per due anni,

poi si sofferma sull'elenco di eccezioni previste all'art. 27, par. 3 e osserva che tutte le situazioni ivi individuate hanno in comune, oltre alla privazione della libertà in particolare della circolazione, il fatto che tale privazione avviene in ogni caso in un "contesto di istituzionalizzazione", nel senso che il soggetto viene limitato «contro la sua volontà in un'istituzione che ha profonde implicazioni per l'esercizio della sua libertà per aspetti che vanno oltre la semplice libertà di andare e venire, entrare o uscire dalla stessa istituzione». Si tratta, ad avviso del giudice costituzionale, di una restrizione, quella prevista nell'elenco di cui al par. 3, così profonda della libertà individuale, ovvero di una "degradazione giuridica" del soggetto, citando espressamente il giudice italiano e la sua terminologia, dall'essere ben lontana e fuori da situazioni in cui il titolare del diritto fondamentale dà il proprio consenso: la Costituzione consente perciò tale "degradazione" soltanto nel «quadro di un tutto, necessariamente ristretto, esaustivo e ragionato, di occasioni eccezionali». Non sembra potersi perciò includere in questo elenco tassativo, per come si configura, la misura del confinamento domiciliare.

Alla luce di questa ricostruzione il giudice portoghese procede allora con l'analisi di diversi profili presenti o meglio assenti nella disposizione oggetto di giudizio finendo con il criticarli punto per punto.

Si eccepisce infatti, innanzitutto, la non individuazione, nella disposizione in esame, di un termine massimo di durata della misura di contenimento potendosi in tal modo arrivare a confinamenti di così ampia portata da non poter più ricadere sotto la tutela dell'art. 27 Cost., par. 1. La norma non sembra prevedere, poi, alcun meccanismo specifico di garanzia dei diritti dei cittadini, né alcun tipo di controllo giudiziario, consentendo un'interferenza così ampia nella sfera personale da non rientrare nell'ambito del diritto fondamentale sancito dall'art. 27 della legge fondamentale. Si contesta inoltre l'ampio potere di controllo attribuito alle autorità amministrative e quindi, ancora una volta, "l'indeterminatezza e l'ampiezza" della limitazione della libertà. Si critica così infine l'omessa possibilità di accompagnamento, dalle autorità competenti, dei cittadini, al fine di provvedere ai bisogni sociali e sanitari, apparendo così una misura "sproporzionata".

Insomma, quest'assenza di previsioni giuridiche su un insieme di elementi ritenuti centrali ai fini della definizione concreta della misura obbligatoria di contenimento, porta, in ultimo, il giudice portoghese a

rispetto alla CEDU riscontrando una violazione della libertà di circolazione. All'unanimità, la Corte ha ritenuto che vi è stata una violazione dell'articolo 2 del Protocollo n. 4 (libertà di movimento) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a causa della mancanza di prevedibilità della legge ed una violazione dell'art. 6, par. della Convenzione a causa della mancanza di un'audizione pubblica presso il Tribunale e la Corte d'Appello di Bari. Ha tuttavia escluso le violazioni sia dell'articolo 6 par. 1 (diritto ad un equo processo) sia dell'articolo 13 (diritto ad un ricorso effettivo). Per un primo commento in merito v. A. M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *DPC*, 3/2017 nonché nella stessa rivista F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, 4/2017.

concludere nel senso che la misura rappresenta, nel caso di specie, «una privazione della libertà personale».

Ad avviso dei giudici, è la “indeterminatezza” e la conseguente “ampiezza” dimostrate dalla norma – finendo peraltro per attribuire alle autorità anche di controllo ampi margini di manovra - a portare inevitabilmente a qualificare la misura di contenimento non già come una semplice limitazione ma piuttosto come una «vera e propria privazione della libertà», in violazione delle disposizioni di cui all’articolo 27, parr. 2 e 3, della Costituzione portoghese. A differenza ad esempio del giudice italiano che si sofferma sul profilo della “coercizione fisica” nonché sulla compromissione della “libertà morale” dell’individuo al fine di stabilire se con la misura si configura o meno una “degradazione giuridica” del soggetto interessato, spostando così la questione sulla “dignità” dell’individuo qui l’attenzione sempre puntata sul dato costituzionale letto secondo il criterio lessicale. Grazie a un’interpretazione letterale e non già finalistico-estensiva della “garanzia speciale” di cui al paragrafo 3, stante una “riserva di costituzione”¹¹³ di non essere totalmente o parzialmente privati della libertà, si introduce il “principio di tipicità costituzionale dei provvedimenti privativi di libertà”.

Del resto questa stessa decisione di incostituzionalità era stata adottata in una pregressa pronuncia ove la visione del Tribunale costituzionale appariva addirittura più rigida, osservandosi che si trattava, quanto alla misura di confinamento, non solo di una privazione della libertà ma anche di una privazione, si puntualizzava, di tipo “totale”, poiché la stessa si traduceva in un isolamento nel domicilio che vieta qualsiasi forma di movimento al di fuori della residenza. Addirittura, si sosteneva, la norma può essere considerata come dotata di una portata di intrusione nella sfera dell’integrità personale degli individui interessati maggiore delle misure di incarcerazione non garantendosi nel dispositivo sul confinamento domiciliare nemmeno “un minimo di mobilità all’interno del spazio di confinamento”¹¹⁴.

7. Qualche osservazione finale

Il modo di produzione delle norme e il rapporto tra fonti mostra tutta la sua rilevanza in questi due ordinamenti presi in considerazione che evidenziano casi diametralmente opposti.

L’ipotesi sudafricana rivela come lo stato di emergenza, malgrado sia stato costituzionalizzato e circondando da diverse garanzie per i diritti fondamentali, possa poi essere ‘eluso’ attraverso una disciplina dettata con legge ordinaria (non delegata dalla fonte superiore), e che comunque abilita, secondo la legge che lo prevede, il passaggio della competenza normativa dal parlamento in capo esclusivamente all’esecutivo. Quest’ultimo, avvalendosi di strumenti secondari quali regolamenti e direttive, si trova così legittimato ad adottare misure limitative di libertà. L’Alta Corte Sudafricana dal canto

¹¹³ J. Reis Novais, *Direitos Fundamentais*, cit., 103.

¹¹⁴ Tribunal Const. 464/2022, 24 giugno laddove si cita come esempio «i casi di domicilio personale in camere in affitto, in pensioni o ostelli, che potrebbero anche non consentire spazi per l’esercizio fisico, la circolazione all’interno dell’edificio o esposizione all’aria aperta» tali da aggravare «sensibilmente la situazione di potenziale danno del diritto».

suo, seppure ritiene costituzionalmente legittima l'adozione di misure restrittive, precisa anche che queste misure non possono essere tali da arrivare alla "deroga" dei diritti fondamentali. Una deroga ovvero sospensione è possibile soltanto, precisa questa stessa Corte, attraverso un provvedimento 'eccezionale', quale è l'emergenza, unico stato a poter comportare un effetto così importante, quale è la «sospensione del normale ordinamento costituzionale». Peccato che questa precisazione della *Highcourt* serva poi a legittimare misure, quali quelli oggetto del ricorso, fortemente restrittive della libertà personale lette come meramente "limitative" e non già derogatorie. Diversa e completamente opposta è la visione del giudice lusitano. Questi in ultimo arriva a riconoscere che in assenza di una specifica 'delega costituzionale' che abiliti la funzione legislativa straordinaria del Governo, i poteri del Governo, in particolare quanto alla limitazione dei diritti e delle libertà costituzionali, rimangono invariati addirittura in uno stato di eccezione costituzionale. Ciò anche se la Costituzione del Portogallo prevede che vi può essere un'abilitazione a limitare i diritti oltre le limitazioni generalmente ammesse: questa abilitazione, malgrado nei casi concreti abbia visto piena autonomia dell'organo governativa, deve essere comunque, secondo la lettura offerta da parte del giudice costituzionale, soggetta ad autorizzazione dell'organo democraticamente eletto.

I casi esaminati mostrano in definitiva le 'fragilità' e le vulnerabilità del processo legislativo emergenziale, processo soggetto a interpretazione da parte del soggetto deputato a intervenire e poi anche dell'organo chiamato a verificare la 'conformità' della norma (alla fonte superiore), anche laddove il dettato costituzionale si mostri più o meno chiaro. Nonostante, ad esempio, la costituzione sudafricana disciplini con attenzione lo stato di emergenza, condizionandolo, tra l'altro, alla presenza di situazioni di "disastro naturale" (art. 37, 1 a), mentre la "gestione di disastri" sembrerebbe rientrare nella competenza legislativa ordinaria, l'interpretazione che si dà di tali disposizioni porta a limitare la proclamazione dello stato di emergenza alle sole situazioni in cui la vita della nazione si mostri in bilico. Si giunge, per questa via, con il ritenere che in queste ipotesi non potesse rientrare il caso specifico della pandemia da Covid-19 per la cui gestione si è reputato così sufficiente adottare le procedure della legislazione ordinaria. Qui come in altri ordinamenti si mostra allora evidente che il problema non è quello della presenza o meno in costituzione dello stato di emergenza quanto piuttosto quello delle categorie di fattispecie e delle loro conseguenze¹¹⁵ laddove centrale resta la norma attributiva della competenza a dichiarare lo stato di emergenza quale norma di livello, potremo dire, 'supra-costituzionale'.

Come visto infatti anche nel caso lusitano, la competenza presidenziale a proclamare lo stato emergenziale, quale risultante dall'art. 134, lett. d della Costituzione, può essere intesa in definitiva come una sorta di «prodotto

¹¹⁵ Su questo punto, sul «vulnus giuridico derivante per la limitazione/sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali in particolare laddove si scelga di seguire vie volte ad "alleggerire" la produzione normativa attraverso diverse modalità di legislazione facilitata» nonché sulla tassonomia della distribuzione delle competenze, v. O. Pfersmann e E. A. Imperato, *L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2023, 161.

normativo della gerarchia costituzionale»¹¹⁶. Questo impianto logico-giuridico non può essere alterato o comunque ‘aggirato’ se non a costo di compromettere con esso la stessa costruzione dello stato di diritto costituzionale.

Emma A. Imparato
Dipartimento di Scienze umane e sociali
Università di Napoli, l’Orientale
eaimparato@unior.it

¹¹⁶ Vedi in merito, riferendosi a Kelsen, P. Moniz Lopes, *Significado e Alcance Da «suspensão» Do Exercício de Direitos Fundamentais Na Declaração de Estado de Emergência*, in *E-Publica*, n. 118, 2020, 137, reperibile online all’indirizzo: <https://e-publica.pt/article/34309-significado-e-alcance-da-suspensao-do-exercicio-de-direitos-fundamentais-na-declaracao-de-estado-de-emergencia>