

FOCUS AFRICA

RASSEGNE DI DOCUMENTAZIONE

25 NOVEMBRE 2020

Covid-19 e compressione delle libertà  
fondamentali. Il giudice keniano si  
inserisce in un dibattito ormai globale



# Covid-19: compressione delle libertà fondamentali. Il giudice keniano si inserisce in un dibattito ormai globale\*

Nota a [Law Society of Kenya v Hillary Mutyambai, Inspector General National Policy Service & 4 others . Petition 120 of 2020 \(Covid 025\), 2020](#)

## Premessa

Lo scoppio della pandemia di Covid-19 ha costretto giudici e dottrina a confrontarsi nuovamente con un tema, qual è quello dell'emergenza, che, anche se diffusamente trattato<sup>1</sup>, mai era diventato così prepotentemente d'attualità per la vita di ogni singolo essere umano, in ogni angolo del pianeta.

Le criticità sottese alle limitazioni delle libertà fondamentali costituzionalmente protette da un lato, e la necessità di garantire un'adeguata assistenza sanitaria dall'altro (limitando la diffusione della malattia il più possibile), hanno creato non poche perplessità relativamente ai provvedimenti restrittivi ed ai comportamenti adottati dalle autorità pubbliche<sup>2</sup> trovatesi ad affrontare una sfida del tutto inedita<sup>3</sup>.

Il dispositivo che si andrà ad analizzare si può quindi inquadrare, concettualmente, nell'ormai amplissimo dibattito relativo all'utilizzo di strumenti eccezionali al fine di contrastare il propagarsi di un'epidemia che sta mettendo a dura prova le costituzioni democratiche, nonché le economie di tutto il mondo.

---

\* Nota valutata dalla direzione del Focus.

<sup>1</sup> Tra i diversi contributi che hanno trattato il tema dell'emergenza, si vedano i recentissimi e numerosi articoli apparsi sulla Rivista *DPCE online*, al vol 44, n. 3, della IV sezione monografica, 2020; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza, Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020, A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 301 ss.; il sempre attuale contributo di B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004. In aggiunta, per una teoria dei presupposti giustificativi degli stati di eccezionalità, S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, 1909, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969.

<sup>2</sup> Provvedimenti che, sostanzialmente, trovano fondamento in quegli immanenti principi del *primum vivere* e della *salus publicae*. Sul punto, si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n.2, 2020, 113.

<sup>3</sup> Mi pare utile sottolineare che non si possa invece dire che questa epidemia fosse "imprevedibile". Al contrario, come autorevolmente sostenuto da Gerotto, se quello che stiamo oggi fronteggiando è uno scenario del tutto impensabile a priori, allora [...] *come spiegheremmo i piani pandemici approntati praticamente da tutti i paesi ed a tutti i livelli già prima dell'epidemia di SARS del 2002/2003, e riadattati, in parte spontaneamente ed in parte seguendo le linee guida del WHO, per far fronte alle problematiche emerse in occasione di quell'evento? Non si preparano piani per far fronte ad eventi imprevedibili. Gli eventi imprevedibili capitano e ci trovano impreparati, per definizione. Se esistono dei piani significa che l'evento era prevedibile, in quanto probabile.* S. GEROTTO, *La democrazia alla prova dell'emergenza: un primo sguardo ai casi di Canada e Svizzera*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 1762.

Si tratta di una sentenza che s’inserisce in quello che si potrebbe definire lo spazio di discussione tra Corti e potere esecutivo, tra organi di tutela internazionale dei diritti umani<sup>4</sup> (*i.e.* il Consiglio d’Europa, il Comitato Diritti Umani<sup>5</sup>) e Stati, quando si tratta del tema spinoso «diritti umani durante l’emergenza». Il dibattito ruota quindi intorno alla necessità di bilanciare la limitazione dei diritti fondamentali con l’esigenza di garantire la sicurezza collettiva<sup>6</sup>.

Il contenuto della sentenza<sup>7</sup> è interessante sotto due profili: (i) il Giudice identifica uno spazio di manovra delimitato da garanzie costituzionali oltre il quale il legislatore – pur in contesti emergenziali – non è legittimato a spingersi; (ii) la sentenza adotta un approccio che potremmo definire “*down-to-earth*”, ossia si ispira ad un certo pragmatismo nella delimitazione degli spazi di intervento statale in chiave anti-pandemica, mantenendo saldi i requisiti minimi di uno stato di diritto, come ad esempio la necessità di garantire la *judicial review* anche durante l’emergenza, allo scopo di verificare sia la proporzionalità delle necessarie misure di controllo e prevenzione, sia la loro corretta attuazione da parte della autorità.

È utile ricordare che in questa sede non verranno approfonditi quei passaggi della sentenza che hanno lo scopo di chiarire la legittimazione ad agire dei ricorrenti, ma ci si focalizzerà esclusivamente nel merito delle questioni di legittimità costituzionale poste alla *High Court*.

### **Alcune riflessioni preliminari**

I Paesi del continente africano, seppure i numeri ufficiali sembrano non così drammatici come quelli riscontrati in America del Nord, Asia, ed Europa<sup>8</sup>, hanno dovuto reagire con la massima celerità di fronte

---

<sup>4</sup> Un fenomeno che potenzialmente dovrebbe indurre ad una ridefinizione (al rialzo) globale degli standard di tutela dei diritti fondamentali. Sul punto, si veda, Q. CAMERLENGO, *Dialogue among Courts Towards a Cosmopolitan Constitutional Law*, Pavia, 2012, p. 57.

<sup>5</sup> Recentemente, il Comitato Diritti Umani ha ribadito la necessità – in particolare durante le emergenze – di non violare il principio della *rule of law*, e di evitare provvedimenti sproporzionali rispetto allo scopo. Si v. il Comitato DU, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, CCPR/C/128/2, 24 aprile 2020, para. 2.

<sup>6</sup> Quando si tratta di tutela dei diritti umani, una pandemia, per quanto seria, non è in grado di far venire meno gli obblighi in materia di tutela. Nello specifico, tutti i più importanti trattati internazionali sui diritti fondamentali – anche laddove prevedano deroghe durante gli stati emergenziali – si preoccupano di disciplinare l’emergenza al fine di garantire una non eccessiva compressione delle libertà, nonché un ritorno tempestivo alla normalità. Come dichiarato anche dal Segretario Generale delle Nazioni Unite “[...] *against the background of rising ethno-nationalism, populism, authoritarianism and a pushback against human rights in some countries, the crisis can provide a pretext to adopt repressive measures for purposes unrelated to the pandemic. This is unacceptable. The best response is one that responds proportionately to immediate threats while protecting human rights and the rule of law* [...]”. Dichiarazione del Segretario Generale Antonio Guterres, *We are all in this Together: Human Rights and COVID-19 Response and Recovery*, 23 aprile 2020, disponibile al sito <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-covid-19-response-and>. Sulla necessità di rispettare gli obblighi internazionali anche durante gli stati emergenziali si veda, M. DI BARI, *L’emergenza Covid-19 “vista dall’alto”. CEDU e Patto sui Diritti Civili e Politici: un prisma per orientarsi in una riflessione sull’emergenza Coronavirus nel contesto italiano*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, pp. 2551 ss.

<sup>7</sup> Kenya High Court, *Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai, Inspector General National Policy Service & 4 others*, Petition 120 of 2020 (Covid 025), 2020 (successivamente citata come ‘*Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai*’).

<sup>8</sup> Si veda il sito (in continuo aggiornamento) <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> della Johns Hopkins University.

alla possibilità di una diffusione massiva della nuova malattia. Non si può infatti dimenticare che questo continente è tra i più fragili sia in termini di capacità economiche sia in relazione al funzionamento dei sistemi sanitari nazionali<sup>9</sup>. In aggiunta, l'intero continente ha già sperimentato diverse situazioni pandemiche (in primo luogo, la diffusione del virus dell'HIV).

Il Kenya, così come Botswana, Camerun, Ghana, Malawi, Nigeria, Ruanda, Zimbabwe e Sudafrica, ha adottato misure fortemente limitative delle libertà di movimento, associazione, nonché di alcune libertà economiche<sup>10</sup> in risposta alla pandemia di Covid-19.

Tra le costituzioni democratiche, non tutte prevedono espressamente una disciplina dell'emergenza ed anche laddove talune disposizioni sono presenti nel testo, non è sempre chiaro il limite posto al legislatore o all'esecutivo rispetto all'esercizio di poteri eccezionali<sup>11</sup>.

Si tratta, peraltro, di previsioni normative che sono spesso solo teoricamente funzionali al mantenimento dell'ordine costituito, ossia poste a garanzia dell'ordine democratico, ma che possono facilmente determinare l'esatto opposto, ossia l'avvento di sistemi autoritari.

Per quanto riguarda la Costituzione del Kenya, l'art. 24, co. 1 stabilisce che *['...] the Bill of Rights shall not be limited except by law, and then only to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking[...]*. L'art. 24 si preoccupa poi, ai successivi commi, di specificare come i concetti di «ragionevolezza» e «giustificabilità» si debbano intendere come parametrati rispetto allo scopo perseguito, quindi come sia necessario – in ogni circostanza – preferire sempre le misure meno restrittive possibili, nonché la garanzia della *judicial review*<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Sul punto, G. CARBONE, C. CASOLA, *Coronavirus in Africa: how the pandemic will shape a Continent's future*, Dossier ISPI, 12 aprile 2020, (consultabile sul sito internet [www.ispi.it](http://www.ispi.it))

<sup>10</sup> R. ORRÙ, *La risposta all'emergenza al Coronavirus nell'Africa subsahariana: riflessioni a partire dall'esperienza del Sudafrica*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 2197.

<sup>11</sup> Come evidenziato da Nicolini, *per effetto del transplant dei modelli coloniali e dei meccanismi sovranazionali di tutela, in Africa anglofona, [...] i diritti fondamentali negli Stati africani si caratterizzano per la presenza di un catalogo di diritti (constitutional bill of rights) forgiato sul testo della CEDU*. M. NICOLINI, *La governance dell'emergenza sanitaria in Africa Subsahariana: modelli "piramidali" e "frattali" di conformazione dei diritti individuali*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, pp. 4296.

<sup>12</sup> Il testo dell'art. 24 Cost. recita: *'(1) A right or fundamental freedom in the Bill of Rights shall not be limited except by law, and then only to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including: (a) the nature of the right or fundamental freedom; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the need to ensure that the enjoyment of rights and fundamental freedoms by any individual does not prejudice the rights and fundamental freedoms of others; and (e) the relation between the limitation and its purpose and whether there are less restrictive means to achieve the purpose. (2) Despite clause (1), a provision in legislation limiting a right or fundamental freedom: (a) in the case of a provision enacted or amended on or after the effective date, is not valid unless the legislation specifically expresses the intention to limit that right or fundamental freedom, and the nature and extent of the limitation; (b) shall not be construed as limiting the right or fundamental freedom unless the provision is clear and specific about the right or freedom to be limited and the nature and extent of the limitation; and (c) shall not limit the right or fundamental freedom so far as to derogate from its core or essential content. (3) The State or a person seeking to justify a particular limitation shall demonstrate to the court, tribunal or other authority that the requirements of this Article have been satisfied. (4) The provisions of this Chapter on equality shall be qualified to the extent strictly necessary for the application of Muslim law before the Kadhis' courts, to persons who profess the Muslim religion, in matters relating to personal status,*

A tali parametri costituzionali si affianca poi l'art. 56 Cost. che prevede espressamente la possibilità che, in seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza, il *Bill of Rights* possa certamente subire delle limitazioni, ma che tale condizione debba essere *'strictly required by the emergency [...] and the legislation is consistent with the Republic's obligations under international law applicable to a state of emergency [...]*'.

Proprio in relazione agli obblighi internazionali, la *African Commission on Human and Peoples' Rights*, il 24 marzo 2020, ha ritenuto indispensabile sottolineare che esistono dodici punti fondamentali che gli Stati parti dell'Unione Africana – e vincolati dalla Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli – sono tenuti a rispettare.

Nello specifico, la Carta si differenzia sia dalla Convenzione Europea<sup>13</sup> (CEDU) sia dalla Convenzione Americana (CADU) perché non prevede le c.d. *"derogations clauses"*<sup>14</sup>, permettendo invece di avvalersi delle c.d. *"claw-back clauses"* che, secondo la Commissione Africana, gli Stati contraenti possono azionare mantenendo però saldo il rispetto di alcuni principi fondamentali<sup>15</sup>: (i) *the principle of legality*<sup>16</sup>; (ii) *non-discrimination and equality*<sup>17</sup>; (iii) *access to information*<sup>18</sup>; (iv) *primacy of timely preventive and containment measures*; (v)

---

*marriage, divorce and inheritance. (5) Despite clause (1) and (2), a provision in legislation may limit the application of the rights or fundamental freedoms in the following provisions to persons serving in the Kenya Defence Forces or the National Police Service.'*

<sup>13</sup> Anche il Segretario Generale del CoE ha voluto ricordare agli Stati parte della CEDU che *'[e]ven in an emergency situation the rule of law must prevail. It is a fundamental principle of the rule of law that state action must be in accordance with the law. The "law" in this context includes not only acts of Parliament but also, for example, emergency decrees of the executive, provided that they have a constitutional basis. [...] It is also possible for the legislature to adopt emergency laws specifically crafted for dealing with the current crisis, which go beyond the already existing legal rules. Any new legislation of that sort should comply with the constitution and international standards and, where applicable, be subjected to review by the Constitutional Court'. Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states, SG/Inf(2020)11. Il documento elaborato dal Segretario Generale è disponibile a questo indirizzo: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40> (ultima visita, 10/09/2020).*

<sup>14</sup> Sul punto, S. MOLLOY, *Human Rights in Africa in the Context of Covid-19*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 01/05/2020, disponibile a questo indirizzo <http://www.iconnectblog.com/2020/05/human-rights-in-africa-in-the-context-of-covid-19/> (ultima visita il 17/08/2020); M. DI BARI, *La coerenza interpretativa delle corti internazionali come plausibile parametro capace di tipizzare i caratteri dell'emergenza. Il diritto fondamentale ad un giusto processo rientra nella definizione di non-derogable rights?*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto, Atti della giornata di studio*, 2015; A. VEDASCHI, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comparative Law Review*, vol. 1, n. 1, 2010, pp. 15 ss.; P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Mortsel, 2006, pp. 1055 ss.

<sup>15</sup> Si veda lo *Statement on human rights based effective response to the novel COVID-19 virus in Africa*, disponibile al sito <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=483> (ultima visita il 17/08/2020).

<sup>16</sup> Un principio che si sovrappone al concetto di *rule of law*. È interessante notare come la Commissione abbia avvertito l'esigenza di raccomandare agli Stati che *'[t]he measures for prevention and containment should be declared to the public and published in official gazette'*.

<sup>17</sup> Le misure anti-Covid devono quindi riguardare la collettività senza che esse possano gravare in modo sproporzionato solo su alcuni gruppi sociali.

<sup>18</sup> Secondo la Commissione, *'In times of public health emergencies, members of the public have the right to receive factual, regular, intelligible and science-based information on the threat COVID19 poses to their health, the role and impact of the measures adopted for preventing and containing the virus, the precautionary measures that members of the public should take, and on the scale of the spread. Public officials should communicate such information both in words and action to promote compliance with the measures by members of the public and should inform the public on the implications of non-compliance for controlling the spread.'* È interessante notare come, a differenza di quanto elaborato dal Comitato Diritti Umani delle Nazioni Unite nel suo *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic* (CCPR/C/128/2, 24 aprile 2020), la Commissione Africana non ha ritenuto



addressing challenges of non-implementation and compliance; (vi) Protection of vulnerable groups; (vii) prisons and other places of detention; (viii) The right to health; (ix) solidarity and duty of individuals, private sector, community leaders, media and religious institutions; (x) respect for human and peoples' rights; (xi) mitigation measures; (xii) monitoring, investigation and corrective measures.

Il Kenya, che ha ratificato la Carta Africana nel 1992, così come il Patto sui Diritti Civili e Politici del 1966, vede quindi le sue autorità vincolate non solo «internamente» dal testo costituzionale, ma anche «esternamente» dagli obblighi contenuti in questi strumenti internazionali per la tutela dei diritti fondamentali.

Proprio in ragione di tali obblighi, il caso analizzato nel presente contributo ha visto l'*High Court* keniana ragionare sul giusto bilanciamento tra libertà e sicurezza collettiva.

## Il caso

Nella metà di marzo 2020, anche in Kenya si cominciano a identificare i primi casi di positività al Covid-19. L'esecutivo risponde alla minaccia pandemica il 25 marzo 2020 con l'emanazione del *Curfew Order*<sup>19</sup> adottato ai sensi del *Chapter 56 of the Laws of Kenya*, ossia il *Public Order Act*<sup>20</sup> (POA).

La normativa emergenziale imponeva quindi un coprifuoco dalle ore sette della sera alle ore cinque della mattina per i successivi trenta giorni. Fatte salve alcune eccezioni previste per talune categorie di lavoratori, e fatta salva l'ipotesi di potersi muovere se in possesso di un regolare permesso rilasciato dalle autorità, alcune libertà fondamentali venivano limitate: la libertà di associazione (art. 36 Cost.), la libertà di assemblea (art. 37 Cost.) e la libertà di movimento (art. 39 Cost.).

Per questa ragione, la *Law Society of Kenya*<sup>21</sup> ha proposto ricorso alla *High Court of Kenya* lamentando: (a) una violazione relativamente alla fonte giuridica utilizzata per la definizione del *Curfew Order*, ossia il POA, che, ad avviso dei ricorrenti non avrebbe potuto – dato che si trattava di una emergenza sanitaria – giustificare alcuna limitazione delle libertà fondamentali, dovendosi quindi preferire l'adozione di misure di prevenzione ai sensi del *Public Health Act* (PHA) del 2012<sup>22</sup>; (b) l'illegittimità *tout court* del *Curfew Order*

---

necessario evidenziare l'importanza di un accesso libero alle informazioni attraverso la libera stampa, intesa come una *safeguard* per prevenire possibili abusi.

<sup>19</sup> Legal notice n. 36, Public Order Act (State Curfew) Order, 2020. Il testo è disponibile a questo indirizzo: [http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/LegalNotices/2020/LN36\\_2020.pdf](http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/LegalNotices/2020/LN36_2020.pdf) (ultima visita 12/09/2020).

<sup>20</sup> Public Order Act, Revised Edition 2012 (2003). Il testo è disponibile a questo indirizzo: <https://www.nis.go.ke/downloads/Public%20Order%20Act,%20Cap%2056.pdf> (ultima visita 12/09/2020).

<sup>21</sup> Si tratta di un ente disciplinato dalla *Law Society of Kenya Act* del 30/10/1982, che tra i tanti scopi ha anche quello di assistere il governo e la cittadinanza in tutte le questioni relative all'amministrazione della giustizia in Kenya (*Laws of Kenya, Chapter 18, Law Society of Kenya Act*, Art. 4, let. c, let. e).

<sup>22</sup> *Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai*, para. 12.

poiché privo di quei requisiti previsti dall'art. 24 della Costituzione del Kenya<sup>23</sup>; (c) un uso sproporzionato dell'uso della forza da parte delle autorità di polizia, in particolare nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili, nonché dei media, ossia quegli operatori impegnati a documentare la situazione in corso<sup>24</sup>; (d) un'illegitima violazione di alcuni *non-derogable rights* (art. 25 Cost. del Kenya).

In relazione al primo motivo del ricorso, i ricorrenti segnalavano che l'aver utilizzato quale base giuridica per il *Curfew Order* il POA anziché il PHA avesse determinato un'irragionevole equiparazione dell'emergenza Covid-19 ad un problema di mero ordine pubblico, anziché identificare una fattispecie ritenuta più corretta, ossia un'emergenza sanitaria<sup>25</sup>.

La Corte non ha accolto le osservazioni relative al primo motivo del ricorso riconoscendo che, anche considerando come effettivamente esistano '[...] *statutes which cannot under whatever circumstances be applied to any other situation other than what they were enacted for* [...]'<sup>26</sup>, vi siano tuttavia norme che sono '*multipurpose in nature*'<sup>27</sup>, cioè che possono essere ritenute applicabili a circostanze differenziate.

Concretamente, la *High Court* ha osservato che, durante un'emergenza sanitaria, alcuni fenomeni – come, ad esempio, il panico collettivo – possano rendere necessarie misure eccezionali per il mantenimento dell'ordine pubblico; pertanto, l'adozione del coprifuoco ai sensi del POA, poteva (e può) legittimamente assolvere alla fondamentale esigenza di controllo della pandemia (vale a dire dei suoi possibili effetti su una comunità spaventata e disorientata)<sup>28</sup>.

In aggiunta, lo strumento di prevenzione identificato dal PHA, ossia l'art. 36 inerente "*Rules for prevention of disease*" non avrebbe potuto essere considerato, secondo la Corte, *substantive law*, ossia idoneo ad imporre, legittimamente, una misura così afflittiva, per taluni diritti fondamentali, su scala nazionale<sup>29</sup>.

Quanto alla seconda motivazione del ricorso, anche in questo caso il Giudice keniano ritiene utile fissare alcuni concetti fondamentali. In primo luogo, la Corte evidenzia come, dato che '*a curfew is heavy artillery that should be deployed with circumspection*'<sup>30</sup>, l'analisi dello strumento in sede di *judicial review* deve essere orientata ad una precisa identificazione di quei requisiti costituzionalmente necessari al fine di non

---

<sup>23</sup> *Ibidem* para. 14. Quanto ai requisiti, come già sottolineato in precedenza, ci si riferisce al rispetto del principio della *rule of law*, il principio di ragionevolezza e giustificabilità delle misure adottate rispetto allo scopo perseguito (minaccia), nonché alla necessità di permettere, in ogni circostanza, la possibilità di avvalersi della *judicial review*.

<sup>24</sup> *Ibidem* para. 18-19.

<sup>25</sup> *Ibidem*, para. 15.

<sup>26</sup> *Ibidem*, para. 111.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, para. 113.

<sup>29</sup> La Corte chiarisce come '*Since [a curfew] affects constitutional rights and fundamental freedoms, it ought to be premised on a substantive law. I therefore doubt whether the Cabinet Secretary for Health can use the powers granted to him under Section 36 of the PHA to declare a curfew.*' *Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai*, para. 114.

<sup>30</sup> La Corte sottolinea però che '*even without the curfew, the insidious nature of coronavirus has suo moto robbed us of some aspects of the rights of association and assembly*'. *Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai, cit.*, para. 116.



incorrere in un giudizio di incostituzionalità. Sotto questo profilo, è interessante notare come le parti abbiano presentato alla *High Court* documenti scritti con contenuti diversi e discordanti.

Nello specifico, i ricorrenti lamentavano la totale assenza di un limite temporale del *Curfew Order 2020*, quindi in palese violazione dell'art. 8, co. 3, del POA, il quale espressamente prevede che tale provvedimento debba indicare un inizio ed una fine certa delle limitazioni imposte. Al contrario, la versione della *Legal Notice n. 36* presentata dal Governo conteneva il limite temporale di trenta giorni<sup>31</sup>.

Anche in riferimento ai soggetti non sottoposti al coprifuoco, ed in relazione alla possibilità di richiedere dei permessi speciali ad una specifica autorità, le parti hanno rappresentato versioni diverse del *Curfew Order 2020*.

Per i ricorrenti, il testo non specificava in alcun modo a quale autorità fosse demandata la responsabilità di fornire tali permessi. Per i *respondents* invece, al quarto comma della *Legal Notice n. 36*<sup>32</sup> della versione presentata alla Corte, si identifica con precisione il soggetto cui fare riferimento<sup>33</sup>.

La Corte ha ritenuto di considerare valida la sola versione del testo del *Curfew Order 2020* presentata dalle autorità di governo, non ritenendo quindi necessario approfondire l'ipotetica incompatibilità dell'ordinanza relativa al coprifuoco con le disposizioni di cui all'art. 8, co. 3 del POA.

Ciò nonostante, il Giudice ha invece reputato essenziale svolgere un'analisi delle misure limitative di alcuni diritti fondamentali inserite nella *Legal Notice n. 36* in rapporto all'art. 24 della Costituzione.

Nell'espone le sue motivazioni, la Corte keniana – stante la similitudine tra la disposizione contenuta all'art. 24 della Costituzione del Kenya e l'art. 55 della Costituzione del Kosovo – ha richiamato (*Let the judges speak for themselves*<sup>34</sup>) quanto elaborato dall'omologo giudice kosovaro nella decisione concernente il controllo di costituzionalità dell'ordinanza per il contrasto al Covid-19 adottata dal Governo kosovaro, e poi oggetto di *referral* da parte dal Presidente della Repubblica del Kosovo<sup>35</sup>.

La Corte kosovara ha infatti svolto il c.d. *four-questions test*. Al fine di stabilire la legittimità di una misura limitativa di diritti costituzionalmente protetti ha verificato se il provvedimento: (a) fosse stato adottato ai sensi di una legge o atto avente forza di legge (ossia fonte primaria); (b) perseguisse uno scopo legittimo;

---

<sup>31</sup> Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai, para. 118.

<sup>32</sup> Nello specifico, al quarto comma si prevedeva *'Under this Order, there shall be no public gatherings, processions or movement either alone or as a group during the period of the curfew except as shall be permitted, in writing, by a police officer in charge of the police in a county or a police officer in charge of a police division'*.

<sup>33</sup> Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai, para. 122.

<sup>34</sup> *Ibidem*, para. 125.

<sup>35</sup> Caso KO54/20, *The President of the Republic of Kosovo, Constitutional Review of Decision No. 01/15 of the Government of the Republic of Kosovo*, del 23/03/2020. Il testo della decisione è disponibile al sito <https://gjk-ks.org/en/decision/vleresimi-kushtetutshmerise-se-vendimit-nr-01-15-te-qeverise-se-republikes-se-kosoves-te-23-marsit-2020/> (ultima visita 06/09/2020). Il giudice kosovaro fa esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per chiarire il contenuto della disposizione di cui all'art. 55 della Costituzione kosovara, seguendo quindi il solco interpretativo tracciato in sede di interpretazione dell'art. 15 della CEDU.

(c) imponesse una restrizione necessaria e proporzionata rispetto allo scopo; (d) si potesse ritenere necessario in una società democratica<sup>36</sup>.

La *High Court* keniana ha messo in luce come tale approccio fosse condivisibile, aggiungendovi però anche ulteriori elementi ritenuti indispensabili in fase di *scrutiny*: (i) un'analisi sulla natura dei diritti oggetto di limitazione; (ii) una valutazione circa la possibilità di utilizzare misure meno restrittive, ottenendo il medesimo risultato; (iii) l'accertamento di assenza di effetti discriminatori, ossia la verifica rispetto alla possibilità che le misure emergenziali adottate potessero andare a detrimento solo di alcune categorie di soggetti<sup>37</sup>.

Svolti questi ulteriori passaggi, secondo il Giudice keniano, il governo *'[could not] be faulted for enforcing precautionary and restrictive measures in order to slow the spread of this novel disease in line with the precautionary principle. The use of a curfew order to restrict the contact between persons as advised by the Ministry of Health [was] a legitimate action'*<sup>38</sup>. La Corte ha non ha infatti ravvisato la possibilità di poter identificare delle «ipotesi meno restrittive» per la lotta alla pandemia.

Stabilito che il *Curfew Order 2020* non è censurabile considerato il parametro costituzionale *ex art. 24 Cost.* il Giudice allora ha esaminato la terza quesitone di merito sollevata dai ricorrenti: l'uso non proporzionato della forza pubblica. In effetti, la Corte ha ricordato come l'aver stabilito la legittimità costituzionale del provvedimento impugnato non potesse automaticamente determinare che anche la condotta degli agenti di pubblica sicurezza, nell'azione (in concreto) di prevenzione e controllo del rispetto del coprifuoco, fosse legittima *sic et simpliciter*<sup>39</sup>.

Anzi, la *High Court* ha riconosciuto come le forze di polizia abbiano superato – e di misura – il limite oltre il quale il ricorso a metodi repressivi può essere giustificato in ragione di un fine superiore. La Corte ha evidenziato come *'in confronting the coronavirus, which is by all means a faceless enemy, the police brought the law and order mentality to the fore. Diseases are not contained by visiting violence on members of the public. One cannot suppress or contain a virus by beating up people. The National Police Service must be held responsible and accountable for violating the rights to life and dignity among other rights'*<sup>40</sup>.

Il Giudice non si è spinto sino ad individuare specifici comportamenti idonei a prevenire possibili abusi, ma ha ricordato che già il POA poteva fornire gli elementi utili per definire in modo chiaro quali fossero

---

<sup>36</sup> Caso KO54/20, para. 196 e ss.

<sup>37</sup> *Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai*, para. 126.

<sup>38</sup> *Ibidem*, para. 132.

<sup>39</sup> Usando le parole della Corte, *'unconstitutional and illegal acts that occur in the implementation of a legal instrument does not render that instrument unconstitutional. The problems that arise from the implementation must be addressed separately.'* *Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai*, para. 134.

<sup>40</sup> *Ibidem*, para. 137.



le opportune condotte da doversi tenere da parte degli agenti di polizia. Per questa ragione la *High Court* ha affermato che un ‘[...] *unreasonable use of force in enforcing the [Curfew Order] is unconstitutional.*’<sup>41</sup>

Quanto all’ultimo profilo critico sollevato dai ricorrenti, ossia la violazione di diritti non derogabili, la *Kenya Law Society* unitamente alle altre *Interested Parties* hanno rimarcato come il diritto al giusto processo (art. 50 Cost. keniana) fosse stato indebitamente affievolito, non avendo il *Curfew Order* previsto alcun particolare permesso (*exemption*) che agevolasse il lavoro degli assistenti legali.

In particolare, si è sottolineato quanto – anche in assenza di un ordine di *shutdown* delle udienze – l’impedire agli avvocati (perché soggetti anch’essi al coprifuoco) di assistere potenziali vittime di abusi si potesse considerare come una palese violazione dell’art. 25, lett. c, della Costituzione<sup>42</sup>.

La *High Court*, da un lato, ha ammesso che ‘*in time of crisis the State tends to overreach itself*’<sup>43</sup>, confermando quindi la necessità mantenere alto il «livello di guardia» rispetto alle azioni di contrasto al Covid-19 intraprese dal Governo; dall’altro, ha affermato che il *Curfew Order* non poteva negare l’esercizio di quelle attività il cui scopo era garantire il rispetto dell’art. 25 Cost. (e tra queste, ovviamente, rientrava pienamente l’attività di assistenza legale). Ha quindi ordinato di emendare il *Curfew Order* entro i cinque giorni successivi alla pubblicazione della sentenza, introducendo anche gli avvocati difensori tra le categorie di soggetti esentate dal rispetto del coprifuoco durante l’esercizio della funzione<sup>44</sup>.

### **Brevi riflessioni conclusive**

Il caso esaminato affronta il tema dei provvedimenti emergenziali chiarendo come questi siano idonei – anzi necessari – per affrontare la pandemia (*a faceless enemy*<sup>45</sup>) ma, allo stesso tempo, non esita a definire incostituzionale l’abuso di mezzi repressivi da parte delle autorità di governo, in particolare della polizia.

Il Giudice, infatti, sottolinea che il rispetto di quelle libertà fondamentali oggetto di limitazioni deve essere in ogni caso bilanciato con la necessità di garantire un’adeguata assistenza medico-sanitaria. Un diritto, quello alla salute, garantito dalla Costituzione (art. 43), ma anche dalla Carta Africana (art. 16) e dall’*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (art. 12), di cui il Kenya è parte.

Sotto questo profilo, si potrebbe definire l’atteggiamento dell’*High Court* come «*down-to-earth*», ossia ispirato ad un pragmatismo che coglie, da un lato, la drammaticità del momento storico determinato dalla pandemia, ma dall’altro non si esime dal tracciare i confini del potere emergenziale.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, para. 154, let. a.

<sup>42</sup> Secondo quanto dispone l’art. 25 ‘*Despite any other provision in this Constitution, the following rights and fundamental freedoms shall not be limited. (a) freedom from torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; (b) freedom from slavery or servitude; (c) the right to a fair trial; and (d) the right to an order of habeas corpus.*’

<sup>43</sup> *Law Society of Kenya v. Hillary Mutyambai*, para. 150.

<sup>44</sup> *Ibidem*, para. 154, let. b.

<sup>45</sup> *Ibidem*, para. 137.



In questo contesto, la Corte si inserisce – idealmente – in un solco già tracciato, in particolare dagli organi internazionali di tutela dei diritti umani. Ci si riferisce all’elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU (che viene richiamata nel dispositivo, seppure indirettamente, quando viene considerato il caso kosovaro), ma anche alla sicura influenza dello *statement* elaborato dalla *African Commission*.

Un Giudice che dunque non si mostra particolarmente deferente rispetto alle autorità di governo, nonostante la piena emergenza. Anzi, esso identifica lucidamente la necessità di evitare derive autoritarie che possano arrivare ad una illegittima compromissione di quei diritti inderogabili cui la Costituzione keniana offre tutela particolare. Una *High Court*, per così dire, coraggiosa e capace di non sottrarsi al compito di far funzionare il complessivo sistema di *check and balances* costituzionale per evitare possibili derive<sup>46</sup>.

*michele di bari*

---

<sup>46</sup> Un pericolo già evidenziato da Orrù. Secondo l’Autore, ‘non si può nascondere la preoccupazione che in alcune “democrazie elettorali” (ovvero “incompiute” o “insufficienti”) d’Africa i leader di turno, approfittando della cronica debolezza del ruolo dei Parlamenti e del funzionamento complessivo del sistema dei checks and balances, utilizzino l’emergenza per consolidare il proprio potere con alti rischi di regressione nella tutela dei diritti e di derive ancor più autoritarie.’, R. ORRÙ, *cit.*, p. 2210.