

Fascicolo n. 16/I del 2022

Indice

Pietro Faraguna,	<i>“Religious freedom before, during and after covid-19 Between Europe and the Member States”. Introduzione alla prima sezione dello special issue</i>	pp. 2 - 6
Javier Martínez-Torrón,	<i>State, Religion and COVID-19: can Religious Freedom be Guaranteed in Exceptional Circumstances?</i>	pp. 7 - 31
Pierluigi Consorti,	<i>Religious freedom before, during and after COVID-19 between Europe and the member states (a comment to Martinez-Torrón keynote address)</i>	pp. 33 - 35
Maksymilian Hau,	<i>COVID-19 restrictions on religious worship: how to ensure effectiveness while respecting religious autonomy?</i>	pp. 37 - 53
Valerio D’Alò,	<i>Religious freedom during Covid-19 in Courts’ evaluation</i>	pp. 55 - 71
Giuseppina Scala,	<i>The Legal Culture of ‘Trust’ in the Swedish State by Religious Communities seen through the lens of the the Pandemic</i>	pp. 73 - 88
Matteo Giannelli,	<i>Unilateralism and Bilateralism in the Restrictions on Worship in Italy During the Pandemic</i>	pp. 89 - 104



AA. VV. (Pietro Faraguna, Javier Martínez-Torrón, Pierluigi Consorti, Maksymilian Hau, Giuseppina Scala, Matteo Giannelli, Silvia Baldassarre, Simone Gianello, Paolo Zicchittu, Greta Pavesi, Marco Croce, Marcello Toscano),
Religious freedom before, during and after Covid-19 between Europe and the Member States

Interventi tenuti il 26 novembre 2021 in occasione del Seminario di studio sul tema *“Religious freedom before, during and after covid-19 between Europe and the Member States”* organizzato dall’Eulerit Academic Forum dell’Università degli Studi di Trieste col supporto del Modulo Jean Monnet su *“The European impact on the regulation Law&Religion in Italy and Beyond”*
Contributi selezionati a cura del Comitato organizzatore

Papers presented at the international workshop *“Religious freedom before, during and after covid-19 between Europe and the Member States”* organized by Eulerit Academic Forum at the University of Trieste on 26th November, 2021. Co-funded by Modulo Jean Monnet on *“The European impact on the regulation Law&Religion in Italy and Beyond”*

Papers selected by the organizing Committee



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Parte prima



Pietro Faraguna

(professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università di Trieste, Dipartimento IUSLIT, e coordinatore accademico del modulo Jean Monnet "EULERIT: The European impact on Law&Religion in Italy and beyond"¹)

**"Religious freedom before, during and after covid-19
Between Europe and the Member States":
Introduzione alla prima sezione dello special issue**

ABSTRACT: This contribution introduces the special issue and focuses on the content of its first section, including contributions by Javier Martínez-Torrón (and related comments by Pierluigi Consorti), Maksymilian Hau, Valerio D'Alò, Giuseppina Scala and Matteo Giannelli.

1 - COVID-19 disrupted many aspects of public and private life. Among these, the impact of the pandemic on the exercise of religious freedoms makes no exception. Strict restrictions have been adopted all over Europe (and most of the world) with the aim of limiting social contacts and the widespread of contagion. Among the activities that have been restricted, the limitation of religious freedom generated particular criticism and concern. This is due to the fact that religious freedom in Europe is widely considered not only a matter of individual conscience, but as also entailing the freedom to manifest one's religion, in private places, and, above all, together with others in public places. Moreover, the impact of pandemic put a great pressure on society, with losses and a great existential impact that emphasized the impact of restrictions of religious freedom (among the many example of particularly impacting restrictions one could mention the strict limitations applying to funerals in a time of sudden and lonely losses).

¹ The Eulerit Academic Forum is an international workshop that took place in Trieste on Friday 26 November 2021. The international workshop convened junior and senior scholars from different countries, with different academic backgrounds, sharing their thoughts on the topic "*Religious freedom before, during and after covid-19 between Europe and the Member States*". A call for papers, launched with the support of the Jean Monnet Module on "*The European impact on the regulation Law&Religion in Italy and Beyond*" led to the selection of eight papers by the academic committee of Eulerit, to be discussed together with prominent experts in the field of Law&Religion, EU law and constitutional law. In this special issue, we are collecting the results of this intellectual journey.



However, the pandemic raised similar challenges to the exercise of most of constitutional rights and freedoms guaranteed in western constitutionalism, attracting vast attention from legal scholars worldwide.

Within the frame of the academic activities organized with the support of the ERASMUS+ Program of the European Union, and specifically within the Jean Monnet Module on “The European Impact on Law&Religion in Italy and Beyond”, and in in co-partnership with ORFECT (“Observatory on Religious Freedom in the jurisprudence of the European Court of Human Rights” - *www.orfect.net*), a group of scholars from different countries, of different academic seniority, and coming from different legal fields convened in-person on 26 November 2021 at the University of Trieste with the idea of exploring some of these challenges.

The forum convened young scholars and connected them with more senior scholars in the field. In the following pages, we collected the result of an intellectual debate where scholars have been called to answer the following questions:

a) Is it possible to identify a European standard in the management of the pandemic crisis as far as limitations of religious freedom are concerned? If so, what is the essential core of this European standard, if compared with non-European alternative reactions to the pandemic (especially, but not limiting the analysis to, the US scenario)?

b) Does a model of European secularism emerge from the actions adopted by Member States, or, on the contrary, did each Member State react autonomously?

c) Did EU law or the ECHR played any role with regard to the limitation of religious freedom due to the restrictions aimed at limiting social contacts?

d) How did religious groups react? Did religious associations connected to the same religion react to the legal restrictions coherently across different Member States?

2 - With these questions in mind, the special issue opens with the article by Javier Martínez-Torrón. His article, together with Pierluigi Consorti’s insightful reaction, is naturally located at the top of the special issue not only because of the authoritativeness of the authors, but mainly because of the overarching character of the thoughts expressed there.

Martínez-Torrón notes that the COVID-19 pandemic has some distinctive characteristics in comparison with other health crisis occurred in the past. He identifies three peculiar characters: 1) a biological one (SARS-CoV-2 is a virus that is transmitted with tremendous facility,



mutates fast, acts in unpredictable ways on people who get infected, and is proving to be particularly resilient); 2) a contextual one (the virus has spread very rapidly and uncontrollably because of the mobility of the population in today's global world); 3) finally, a social one (reactions of people, and of governments, have been distinctive). His article devotes special attention to the third of those three peculiar elements.

His article moves from the idea, widely shared by other contributors in this special issue, that the COVID-19 crisis, rather than raising new questions, has forced us to deal with familiar questions under unprecedented circumstances.

Martínez-Torrón focuses on governmental measures tackling the pandemic, and claims that most of these actions had an impact, direct or indirect, on religious freedom and on the relations between State and religion. He identifies four thematic areas of special interest: the legal regulation of the fight against coronavirus; the equality of treatment of religious freedom in relation to other fundamental rights; the cooperation between the State and religious communities; and the reactions of religious communities to governmental measures

Martínez-Torrón's analysis emphasizes the necessity to evaluate governmental reactions taking duly into account the time factor. In fact, he reports that in a number of European and American countries, the rules enacted by governments to contain the pandemic, especially in 2020, were characterized by a tolerable generic and ambiguous justification of the alleged necessity of the restrictions imposed on freedom of worship. If this could have been subject to criticism already since its onset, criticism was increasingly justified after that the emergency turned into a stable critical sanitarian situation. Immediate measures were issued in an atmosphere "dominated by uncertainty and fear", slowly fading away over time. The time factor, in Martínez-Torrón's analysis, plays a pivotal role also in the judicial scrutiny of measures implying restrictions on religious freedom.

3 - Maksymilian Hau responds to one of the intellectual challenges launched by the introductory overarching remarks by Martínez-Torrón. Hau agrees with Martínez-Torrón on the fact that cooperation between the State and religious association should result in society having a positive attitude toward fighting the pandemic.

Hau claims that the focus should rather be on formal safeguards that will ensure both sanitary effectiveness and the proportionality of the restrictions. His idea is that the best way for public authorities to minimize the severity of Covid-19 related restrictions - while maximizing their



effectiveness - to work closely with religious groups and try to identify their needs, especially concerning rituals and ceremonies. The key point of his article is that the model of restriction, which he calls “premises-orientes”, is not effective or proportionate, particularly if compared with a different model of restrictions, which he calls “activities-oriented”.

The passing of time, key element in the introductory analysis by Martínez-Torrón, may transform legal substances and their judicial assessment and this is particularly true for the proportionality principle. In fact, the same limitation of fundamental rights and freedoms may be considered compatible with the proportionality principle at a certain phase of the pandemics, and not anymore at another phase. This is a possible explanation of different judicial reactions to similar limitations of fundamental rights and freedoms across different jurisdictions and different times. In his article, Valerio D’Alò focuses exactly on this variety, by examining the position and scope of the right to religious freedom recognized in the case law of supreme and constitutional courts in Italy, Germany, France and the United States of America. D’Alò explores the variety of approaches towards the principles of proportionality and reasonableness in adjudicating measures imposing limits to religious freedom. He claims that this variety is connected to a different interpretation of the dimension of the public exercise of religious freedom in the context of regulation of religious freedom. From a comparative point of view, D’Alò’s analysis concludes that legal traditions based on a separatist model insist more on the collective dimension of worship. While models based on “concordatarianism” insist more on the possibility of satisfying one’s own religious sentiment. However, his analysis leads to partly unexpected outcomes, particularly focusing on the French reaction to tackle the crisis.

When it comes to the topic of attitudes of politics in fighting the pandemic and the role played by religious associations, Giuseppina Scalia supports Martínez-Torrón and Hau’s takes with empirical and normative evidence coming from the very peculiar Swedish experience. In fact, Sweden represents an interesting case study because the strategies it has adopted to limit the spread of the virus are distinct from those adopted in other European countries, and the peculiarity also applies to the impact of these strategies on the limitation of religious freedom. Sweden limited the spread of Covid-19 adopting binding and non binding rules, and mostly without the adoption of specific coercive policy and legislation such as the imposition of lockdowns, long quarantines, strict curfews and closures.

Scala’s analysis focuses on this very peculiar policy and notes that the reaction of the Lutheran Church and of other religious communities



could be considered as an example 'respectful collaboration' with the State. However, she also notes that this collaboration could be easily understood as the consequence of the historical relationship it has with the State, as far as the Lutheran Swedish Church is concerned. In fact, this specific attitude might rest on the concept of 'Trust' in the "good State", which has a Nordic foundation and, in many respects, is seen as a resource for the whole of society and makes democracy work. However, Giuseppina Scala's paper also concludes that, following Martínez-Torrón's introduction, the pandemic could encourage and reconsider the relationship between State and religious associations and this could also be the case for Sweden, where at present, the author still recognises deep inequalities and unresolved questions with regard, for example, to the allocation of public funds to religious communities other than the Church of Sweden. The pandemics, and the trust showed by religious associations, should serve an occasion to induce the Government to use the same trust to amend legislation in order to design a regulation that is in line with current times and a significantly transformed religious landscape in Sweden.

Similar considerations also emerge from Matteo Giannelli's analysis, focusing on restrictions imposed in Italy. Similarly, he notes that the pandemic made even more evident than before some structural weaknesses of a system based on the differentiation between "majority and minority denominations. His contribution explores the legal sources that imposed restrictions on the freedom of worship in Italy. His analysis aimed at assessing whether the management of the pandemic affected bilateralism, traditionally characterizing relations between the State, the Catholic Church, and the various religious denominations, in the Italian legal experience. In accordance with Martínez-Torrón's introductory remarks, Giannelli notes that the pandemic emergency has contributed to accelerating processes that had already been underway for some time, the virtues, and shortcomings of which have become more evident and compelling.



Javier Martínez-Torrón

(full Professor of Law and Religion at Complutense University of Madrid,
Department of Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del derecho)

State, Religion and COVID-19: can Religious Freedom be Guaranteed in Exceptional Circumstances? *

TABLE OF CONTENTS: 1. The coronavirus crisis: a tragedy and an opportunity - 2. Demanding governments' accountability - 3. The conditions for legitimate restrictions on freedom of religion or belief - 4. The significance of equality and State's neutrality for the protection of religious freedom - 5. Advantages of dialogue and cooperation between State and religion - 6. Support and doubts in the reaction of religious communities to governmental measures - 7. Final remarks.

ABSTRACT: This article explores peculiarities of the COVID-19 pandemic in comparison to other health crisis experienced in the past. Each character is thoroughly examined in the article. The article focuses on four thematic areas: the legal regulation of the fight against coronavirus; the equality of treatment of religious freedom in relation to other fundamental rights; the cooperation between the State and religious communities; and the reactions of religious communities to governmental measures. The article argues that rather than raising new questions, COVID-19 has forced us to deal with familiar questions under unprecedented circumstances. In this frame, time has played a central role as a factor to be taken into account to scrutinize the legitimacy of measures introducing severe limitations to fundamental rights and freedoms. Finally, the article claims that from a legal perspective, the experience of the past months reveals that, especially in times of crisis, we need a scrupulous respect for the requirements of the rule of law, including a strict accountability and transparency from governments, and putting especial emphasis on the protection of fundamental rights, among which is freedom of religion or belief.

1 - The coronavirus crisis: a tragedy and an opportunity

The reflections that follow address a very complex subject and contain, in response to a kind invitation of Professor Pietro Faraguna, some personal thoughts upon the impact that the pandemic of COVID-19 has had on religious freedom and the relations between State and religious communities. And I will commence by recognizing that I am indebted to



some collective works that have been published in 2020-2021 and provide insightful comparative studies¹.

The COVID-19 pandemic, although is not strictly speaking unprecedented, has some distinctive characteristics in comparison with other health crisis we have had in the past, such as the 1918 flu² and some other lesser and more recent pandemics. First, there is a biological factor: leaving aside the lethality and mortality indexes, the SARS-CoV-2 is a virus that is transmitted with tremendous facility, mutates fast, acts in unpredictable ways on people who get infected, and is proving to be particularly resilient. Second, since it was first detected, the virus has spread very rapidly and uncontrollably because of the mobility of the population in today's global world. And third, the reactions of people, and of governments, have been distinctive. The third aspect is of particular interest from the perspective of this article.

It is probably fair to say that the emergence of COVID-19 has put an end to the "complex of invulnerability" that has characterized for years the societies in the more developed areas of the planet. Once disappeared the cold war and the threat of a nuclear catastrophe, our societies took for granted that no factor - external or internal - could actually endanger

* This article has been written in the context of the Project HUDISOC (PID2019-106005GB-I00, Spanish Ministry of Science); the Research Group REDESOC at Complutense University; and as a result of the research stay as FCFP Marie Skłodowska-Curie Senior External Fellow in FRIAS (*Freiburg Institute for Advanced Studies*) in the academic year 2020-2021.

¹ In particular, P. CONSORTI (ed.), *Law, Religion and COVID-19 Emergency*, DiReSoM Papers 1, 2020, followed by *Law, Religion and the Spread of COVID-19 Pandemic* (ed. by F. BALSAMO & D. TARANTINO), DiReSoM Papers 2, 2020 (both available at: <https://diresom.net/category/ebook/>); the special issue of *Laws* by A. MADERA (ed.), *The Crisis of Religious Freedom in the age of COVID-19 Pandemic* (available at: https://www.mdpi.com/journal/laws/special_issues/religious_freedom); and J. MARTÍNEZ-TORRÓN & B. RODRIGO (eds.), *COVID-19 y libertad religiosa*, Iustel, 2021. The latter volume, and my own chapter in it, have especially inspired these pages. I will try to keep bibliographical references to a minimum in this article.

² The 1918 flue is also known, improperly, as the "Spanish flu" and caused millions of deaths around the globe. The actual number of victims caused by the 1918 flue remains unclear after decades of studies - with a tendency to raise the figures with the passage of time. Some studies suggest a death toll of between 50 and 100 million. See N.A.P.S. JOHNSON & J. MÜLLER, *Updating the Accounts: Global Mortality of the 1918-1920 "Spanish" Influenza Pandemic*, in *Bulletin of the History of Medicine*, 76 (2005), pp. 105-115. I am grateful to Professor John Eicher, Fellow at FRIAS (Freiburg Institute for Advanced Studies) in 2020-2021, for bringing this work to my attention.



them³. COVID-19 changed this state of mind. For the first time in decades, Western societies experienced real and serious fear. Many people feared for their lives, for their families, for their economy, for their jobs, for their future - virtually for everything. This fear made them accept more or less easily - or at least without resistance and often without criticism - the restrictions imposed by authorities to contain the disease in 2020 and 2021.

Today, fear has no doubt diminished as the vaccination process has progressed and the spread of the virus is deemed to be under control; but still, the attitude of most people is characterized by prudence and alert, and the occasional threats of possible new waves of infections keep reviving past anxieties. Nevertheless, some other people, tired of the substantial changes that the coronavirus has brought to their routines and having lost confidence in government (and in the WHO, World Health Organization), have recently questioned the necessity of keeping most of the anti-COVID-19 restrictive measures and decided to act as if the pandemic was completely over.

The fact is that the 2020 pandemic has affected all areas of social life, including the law. In the field of human rights, rather than raising new questions COVID-19 has forced us to deal with familiar questions under unprecedented circumstances. In other words, this pandemic has cast new light on how our legal systems face issues that are essential in our conception of the rule of law and manifest with particular clarity in moments of crisis.

It is therefore important to try to learn from what this pandemic has revealed about our societies, our conception of political organization, our understanding - and guarantee - of fundamental rights, including freedom of religion or belief. This is an opportunity to recognize our societies' strengths and flaws - what should be preserved or improved, what is dispensable or unacceptable.

2 - Demanding governments' accountability

³ For most people in the West, there have been two biggest global concerns in recent times. One is climate change, which is often deemed to be too far in the horizon and too "intangible" as to cause proper fear. The other, since 2001, is jihadist terrorism, which has been mentally "digested" as something that produce isolated attacks - certainly, a matter of concern that requires "adjustments" but not an immediate global danger for the survival of our societies as we know them.



Simplifying a complex reality, we could say that we can distinguish two types of governmental measures against COVID-19: those aimed at fighting the virus and its expansion, and those that were meant to mitigate the pandemic's consequences for economy and public health. Both types of measures deserve the jurists' attention. In addition, the legal analysis of the coronavirus pandemic must pay attention to each society's reaction to government's measures, for such a reaction could trigger new measures or move to the modification of the existing ones.

Needless to say, jurists do not have difficulty in understanding that exceptional circumstances call for exceptional measures of government. But situations of exception raise a certain concern especially about two aspects of governmental action. First, to what extent the essential procedures of democratic governance have been affected by the extraordinary regulatory powers assumed by the executive, which have led to a simplification, and sometimes a cancellation, of parliamentary control (often with a certain deferential attitude on the part of the courts). Second, to what extent it was necessary to impose so severe limitations on fundamental rights and freedoms such as freedom of movement, freedom of trade and entrepreneurial freedom in general, freedom of assembly, the right to respect for private and family life, the right to education, and of course freedom of religion or belief.

In both aspects, the time factor has proved to be especially relevant. As time passed by, once the most immediate urgent measures were taken and the initial uncertainties about the nature and expansion of the pandemic began to wither away, most countries have returned to the normality of parliamentary life. Still, the jurists' retrospective look at the situation caused by the pandemic seems important in order to assess if the executive exercised its extraordinary powers in a reasonable and responsible fashion, and if the necessity and proportionality of the specific restrictions imposed on fundamental rights - including religious freedom - was sufficiently substantiated (their legitimate aim - the protection of public health - was never in question).

Even if there is the risk that it can be used opportunistically for political purposes through blaming and shaming, such retrospective analysis is important because accountability and transparency must be essential characteristics of every legitimate government. Citizens have the right, and the reasonable expectation, to be explained why their rights are being limited and why the normal procedures of democracy and parliamentary control cease to be fully functional. Otherwise, the broad discretion that is reasonably recognized to governments in exceptional circumstances may easily degenerate into arbitrariness.



This is the reason why, in every country, legal scholars have examined with a critical eye the legal norms and policy measures adopted by governments to control the expansion of the pandemic, in order to scrutinize their actual consistency with the constitutional framework and the whole legal system⁴. Such analysis is particularly complex in countries with a decentralized structure, where the distribution of competences between the different levels of State's organization often was not designed taking into account emergencies of these nature, seriousness, and global dimension⁵. The level of constitutional meticulousness when regulating emergency situations has been another element of uncertainty. The less precise a national Constitution is in this point, the more unpredictable are the reach and duration of the powers that the central government can assume in these circumstances⁶.

⁴ The legal literature about this issue multiplies at incredible speed, but it is still enlightening to see the early studies published in the first months of the pandemic. In Spain, see, for instance, from a general perspective **S. SIEIRA MUCIENTES**, *Estado de alarma*, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19 (2020), pp. 275-305; see also the contributions of different authors gathered in the special issue of the legal periodical *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 86-87 (March-April 2020).

⁵ In countries with a federal or regional structure, normative production and consistency becomes more intricate, and the possibility of confusion or even conflict between rules is higher than in centralized States, with the consequence that the national legal chart may become irregular. Thus, in Italy, the initial construction of normative measures against COVID-19 was expressively described as *a macchie di leopardo* (leopard-design), i.e., heterogeneous and uneven - and maybe not as beautiful as that feline's fur. See **P. CONSORTI**, *Emergenza y libertad religiosa en Italia frente al miedo a la COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, p. 171. Something similar has been said about the legal situation in Spain, Brazil, Argentina and Mexico. Conversely, in Germany the federal government was determined, since the very beginning, to coordinate its action with that of each of the *Länder's* government. See, within the same volume *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1: **S. MÜCKL**, *Libertad religiosa y COVID-19: la situación en Alemania*, pp. 76-83; **B. RODRIGO LARA**, *La libertad religiosa en España durante la pandemia de COVID-19*, pp. 125-142; **J. NAVARRO FLORIA**, *La pandemia y la libertad religiosa en Argentina: algunas reflexiones*, pp. 312-334; **R. SOUZA ALVES ET AL.**, *La libertad de religión o de creencias y la pandemia del COVID-19. Análisis de las medidas restrictivas adoptadas en Brasil*, pp. 361-367; **A. PATIÑO REYES**, *Libertad religiosa ante la pandemia por COVID-19 en México*, pp. 460-476.

⁶ The problem aggravated if the country, in addition, passed through an unstable political situation, as occurred in Belgium after the May 2019 elections. See **L.L. CHRISTIANS & A. OVERBEEKE**, *El derecho belga sobre los grupos religiosos frente al desafío de la crisis sanitaria por COVID-19. Normativa de crisis entre viejos reflejos y nuevas realidades*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, p. 102.



Legal analyses of the measures adopted by governments in Europe and America in the first months of the fight against the pandemic⁷ suggest that in most countries there was lack of clarity, which was often perceived by citizens as the result of improvisation and incompetence and caused uncertainty, confusion and scepticism. This, in turn, had negative consequences for the degree of acceptance of and respect for the rules - and therefore for their efficacy - as well as for the citizens' trust in public institutions⁸.

Existing comparative legal studies⁹ show also that virtually in every country a number of concerns have been raised about the legitimacy of restrictions on fundamental rights, both from the point of view of *procedure* and *substance*¹⁰. With regard to the latter, the main issue has been the actual proportionality of the limitations imposed by governments on the exercise of various fundamental rights. Naturally, a judgment of proportionality in these circumstances must be based on scientific and technical criteria; and it seemed sensible at the time to recognise a wide discretion to governments considering the discussion and disagreement among scientists about key aspects of the spreading of COVID-19 and the most efficient means to fight it. Nevertheless, to be acceptable, limitations on fundamental rights must be justified with a reasonable degree of specificity and not just by vague references to risks for public health. If citizens must yield large parts of the exercise of their fundamental rights they are entitled to know why. Here, the time factor plays an important role: the more time passed by, the less urgency existed - because there was more knowledge about how the virus works and can be contained - and therefore the more precise must the governments be in justifying the necessity to restrict certain rights of the population. Extreme limitative

⁷ See the books cited in note 1, *passim*.

⁸ As a US scholar wrote with regard to his country, the effects caused by the citizens' lack of trust in their government and their public institutions are potentially more harmful than the effects caused by the pandemic itself (see **B. SCHARFFS**, *El coronavirus y la libertad religiosa: un análisis preliminar de Estados Unidos*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 447-451).

⁹ See, for example, the legal literature cited in note 1.

¹⁰ With regard to procedure three main points have been discussed: to what extent the government respected the proper legislative channels after the first weeks of the pandemic, marked by uncertainty and by the urgency to adopt measures that could help save human lives; to what extent the central government coordinated its activity with regional and local authorities; and to what extent the main actors of civil society were consulted and their cooperation to fight the pandemic was actively sought, instead of relying on the exclusive official resources and personnel.



measures that would be easily obeyed at the beginning of the pandemic could seem less acceptable at a later stage. I will return to this point in section 6 of this article.

The doubts about the (procedural and substantial) legitimacy of the government's action have not remained in the realm of legal scholarship. In a number of countries, and with different outcomes, the courts have been called to judge whether the government respected the rules and boundaries set up by the relevant constitutions. For instance, in Spain, the Constitutional Court, in a very divided opinion, held recently that part of the royal decree that declared the "state of alarm" in March 2020 was unconstitutional, on the basis that the initial lockdown imposed on citizens entailed a proper suspension - and not a mere limitation - of the fundamental right to freedom of movement, and therefore the government should have followed the stricter procedure foreseen to declare the "state of exception"¹¹. A second judgment of unconstitutionality came later, with regard to the suspension of the parliamentary control of the government during the state of alarm¹².

In Europe, litigation apropos of COVID-19 measures begins to proliferate, as can be seen in the cases that arrive to the European Court of Human Rights. Although all those applications have been declared inadmissible so far¹³, no doubt we will see more of them in the next future. In addition to applications contesting the restrictions on fundamental rights during the first months of the pandemic¹⁴, it is foreseeable that other cases will relate to legislation imposing vaccination or EU green-pass as a requirement to access some places or exercise some activities¹⁵. The

¹¹ STC 148/2021, 14 July 2021. Available in Spanish at <https://www.boe.es/boe/dias/2021/07/31/pdfs/BOE-A-2021-13032.pdf>. The judgment (adopted by 6 votes to 5) dealt with restrictions on religious freedom in a rather superficial way (cf. FJ 10 of the judgment).

¹² STC 168/2021, 5 October 2021, available in Spanish at <https://hjt.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2021-18371.pdf>. This time the judgment was adopted by 7 votes to 4.

¹³ See, e.g., *Le Mailloux v. France* (Dec. Adm. 18108/20), 5 November 2020; *Terheş v. Romania* (Dec. Adm. 49933/20), 13 April 2021; *Bah v. the Netherlands* (Dec. Adm. 35751/20), 22 June 2021; *Fenech v. Malta* (Dec. Adm. 19090/20), 23 March 2021.

¹⁴ See, e.g., the communicated cases *Communauté Genevoise d'Action Syndicale v. Switzerland* (App. 21881/20), lodged on 26 May 2020; and *Madgić v. Croatia* (App. 17578/20), lodged on 15 April 2020.

¹⁵ See, for instance, *Zambrano v France* (Dec. Adm. 41994/21), 21 September 2021; and the communicated case *Thevenon v. France* (App. 46061/21), lodged on 10 September 2021.



precedent of the Strasbourg Court's Grand Chamber judgement in the Czech vaccination case, although unrelated to anti-coronavirus vaccines, will likely play an important role in what may be the European Court's attitude about these cases¹⁶.

3 - The conditions for legitimate restrictions on freedom of religion or belief

The general legal and policy measures adopted by governments to control the pandemic have had an impact, direct or indirect, on religious freedom and on the relations between State and religion. Here we can identify, in my view, four thematic areas of special interest: the legal regulation of the fight against coronavirus; the equality of treatment of religious freedom in relation to other fundamental rights; the cooperation between the State and religious communities; and the reactions of religious communities to governmental measures.

With regard to the first of these areas, we should keep in mind that, according to international standards and jurisprudence¹⁷, limitations on religious freedom - as on other fundamental rights - must pursue a legitimate aim. The existence of such aim, in the case of the measures adopted against COVID-19 is undisputed: the protection of public health, as well as the rights and freedoms of others. But there is more room for interpretation - and disagreement - with regard to another essential requirement, namely that limitations are *necessary*, and not only useful or convenient. Establishing the necessity of a restriction on a fundamental right, and therefore on religious freedom, entails a judgment about the

¹⁶ *Vavříčka et others v. The Czech Republic* (App. 47621/13), 8 April 2021. The dissenting opinion of Judge Wojtyczek contains interesting reflections on the proportionality principle, the burden of proof, and the implications for freedom of conscience (which were virtually ignored by the Court). For an analysis of this judgment, see **S. MESEGUER**, *Libertad religiosa, salud pública y vacunación COVID-19*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 56 (2021), pp. 23-32.

¹⁷ For a detailed explanation, see, for example, **J. GUNN**, *Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis*; **J. VAN DEN VYVER**, *Limitations on Freedom of Religion or Belief: International Law Perspectives*; and **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights*, all of them in *Emory International Law Review*, 19 (2005), pp. 465-498, 499-537, and 587-636, respectively. With specific reference to public health as a legitimate justification for limitations, see **H. PAYNE & N. DOE**, *Public Health and the Limits of Religious Freedom*, in the same journal and issue, pp. 539-555.



existence of a relation of proportionality between the restriction in question and the aim that it is declaredly pursuing¹⁸.

When we look at the limitations on religious freedom derived from anti- COVID-19 measures, the first point is of course to scrutinize the *actual necessity* of the limitation in question, which requires proving the absence of reasonable alternatives to pursue the legitimate aim of public health without restricting religious freedom¹⁹.

In addition, two criteria seem *prima facie* especially relevant to determine the proportionality of limitations on religious freedom. One of them is the *duration* of the restrictions, because they have almost always impinged on the freedom of worship (collective and individual) and on the religious assistance to people in particularly vulnerable situations, such as being in a nursing home or in a hospital, perhaps with the prospect of a near death. Not only is it important to justify which limitations can - or must - be imposed on the practice of worship or on religious assistance, but also for *how long* they will be held. For religious believers - and for their churches - there is a big difference between eliminating, or severely reducing, the possibility of worship and religious assistance for two weeks or for several months. The prolonged length of a restriction involves a degree of invasion of religious freedom that is not only quantitative but also qualitative. This applies not only to regular or periodical religious worship but also to episodic ceremonies of special significance, such as baptisms (or their equivalent in non-Christian religions), weddings and funerals among others.

The other criterion is the *equal treatment* of religious freedom vis-à-vis other fundamental freedoms which have been subject to qualitative and quantitative limitations as a result of anti-COVID-19 actions. Besides proving that restrictive measures are necessary and proportionate, States are obliged to regulate and apply those measures in a way that is neither arbitrary nor discriminatory. For the same reasons that religious freedom

¹⁸ Among the immense legal literature on proportionality, with different positions and from a comparative perspective which includes references to the Strasbourg jurisprudence, see: **M. KLATT & M. MEISTER**, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012; **S. TSAKYRAKIS**, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 10 (2012), pp. 468-493; **K. MÖLLER**, *Proportionality: Challenging the critics*, 709-731; **J. CIANCIARDO**, *The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights*, in *Journal of Civil Law Studies*, 3 (2010), pp. 177-186.

¹⁹ See, *mutatis mutandis*, the judgment of the European Court of Human Rights *Bayatyan v. Armenia* (GC), App. 23459/03, 7 July 2011, para. 124.



should not be privileged in relation to other fundamental rights, it should not be discriminated either. For instance, when some preventive measures are adopted about safety distance between people or occupancy rates of closed spaces, it would not be reasonable to apply to churches different criteria from those used for supermarkets, museums or theatres. Hence, it is no surprise that religious communities have sought the courts' protection when they thought that the equality principle had been infringed²⁰. Equality, on the other hand, is perfectly compatible with requiring a specific legal treatment of religion, i.e., that limitations imposed on religious freedom are based on the comprehension of the importance or centrality that certain acts of worship or religious assistance have for the faithful of churches and religious communities.

4 - The significance of equality and State's neutrality for the protection of religious freedom

This leads us to consider an immediate question: to what extent can a religiously neutral State - as is the case of most European States - define which aspects of the practice of religion are essential and therefore deserve to be recognized as an exception to rules that restrict freedom of movement and freedom of assembly²¹? Are the State authorities entitled to decide by themselves which expressions of religious worship must be included in - or excluded from - those "essential services" that will be allowed to function during a situation of emergency or alert, in the same way they take such decision with regard, for example, to pharmacies, supermarkets, public transportation or accommodation services?

Responding to this question requires more than an analysis of the rationality or consistency of the actions taken by public authorities when they establish which services are considered essential for society. There is also a deeper question that relates to the legal notion of discrimination. In order to assess if a differential legal treatment is discriminatory or not, the first criterion consists in determining if such difference is based on a "reasonable and objective justification"²². And, certainly, it is not easy to

²⁰ See below, section 6 of this article.

²¹ The question was raised by Professor Rafael Palomino in an international seminar held at Complutense University on 13 November 2020. For a detailed explanation of his ideas on this point, see **R. PALOMINO**, *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

²² This is a common and well-known judicial doctrine in Europe. In the case law of the



reconcile the State's religious neutrality with a judgment of public authorities deciding if religious worship - be it collective worship or individual worship practiced in a temple - is or not "sufficiently essential" to be distinguished, "reasonably and objectively", from other more dispensable activities.

Public authorities are neither legally competent nor intellectually qualified to make such a judgment by themselves. They need to take into account the view of the relevant churches and religious communities, among which there is a remarkable diversity of rules about the mandatory character, and the dispensability, of various manifestations of worship. This is not only a consequence of the constitutional principles governing the relations between States and religion in many countries. It also derives from the international standards on freedom of religion or belief. It would certainly be wrong to interpret international conventions as imposing a particular system of relations between State and religion - and no international jurisdiction or advisory body has held it - for this is a delicate matter in which culture, history and socially accepted values play a crucial role. But at the same time, it is gaining momentum the idea that without a minimum neutrality of the State and public institutions it is not viable to provide full protection to religious freedom and to avoid some level of discrimination of all individuals and communities, especially minorities²³.

European Court of Human Rights, it dates back to 1968 (*Belgian linguistic case*). For an analysis of the principle of equality in the Strasbourg Court in the context of other European institutions, see **S. BESSON**, *Evolutions on Non-Discrimination Law within the ECHR and ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 60 (2012), pp. 147-180. For a summary of criteria and case law of the Strasbourg Court, see the *Guide on Article 14 of the Convention (prohibition of discrimination) and on Article 1 of Protocol No. 12*, European Court of Human Rights, 30 December 2020 (available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf).

²³ With specific reference to Europe, see, in Spain, **S. CAÑAMARES ARRIBAS**, *Ministros de culto y autonomía confesional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, and **M.J. VALERO ESTARELLAS**, *Autonomía de las confesiones religiosas, neutralidad del Estado y prohibición de arbitrariedad, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, both in J. MARTÍNEZ-TORRÓN & S. CAÑAMARES ARRIBAS (eds.), *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación. Una perspectiva europea y latinoamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 81-100 and 55-79, respectively. See also **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *State Neutrality and Religious Plurality in Europe*, in W.C. DURHAM JR. & D. THAYER (eds.), *Religion, Pluralism, and Reconciling Difference*, Routledge, 2018, pp. 159-176; and, from a broader perspective, **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *La neutralidad religiosa del Estado*, in M. CARBONELL SÁNCHEZ Y O. CRUZ BARNEY (eds.), *Historia y Constitución*, vol. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México



Indeed, the State's religious neutrality has received a progressive attention on the part of international jurisdictions, especially in Europe, as one of the criteria that must be used to interpret national constitutional provisions on religious freedom in order to make them compatible with international standards²⁴.

In a number of European and American countries, the rules enacted by governments to contain the pandemic, especially in 2020, were characterized by a generic and ambiguous justification of the alleged necessity of the restrictions imposed on freedom of worship. In addition, we would have expected from governments to show more sensibility to understand the importance - for individuals as well as communities - of some aspects of the exercise of religious freedom which have been particularly impaired by anti-COVID-19 measures. Among these aspects was, of course, collective worship, which by definition implies the congregation of people in the same place, often a closed space. But we must also include individual worship in a church or sacred place, for praying in a temple has a special meaning for many people²⁵. We can add religious assistance - which has singular moral transcendence in the practice of the sacraments of penance and the anointing of the sick in some Christian churches. Moreover, in most religions there are collective rituals or ceremonies of remarkable significance, either because they must be performed in specific times of the year or because they are linked to special moments in the life of a person, such as baptism (or rites with an analogous meaning of initiation), weddings, and funerals and burials.

For obvious reasons, religious rites concerning the dead are of the utmost importance here, and the religious perspective has not always been duly considered by State authorities. The drastic limitations on the celebration of funerals and the number of persons who could be present have caused remarkable anxiety in many people all around the world. There is also the issue of how to handle properly the body of the deceased. No doubt, public authorities had the responsibility of avoiding that an inadequate handling of the corpses could contribute to spreading the

2015, pp. 313-339.

²⁴ For a comprehensive and insightful study of the Strasbourg Court's jurisprudence on the State's religious neutrality, in the light of the constitutional principles of France and Germany, see **M.J. VALERO**, *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, 2022.

²⁵ This offers a particular nuance in the case of Catholics and Orthodox Christians, because of the theological doctrine of transubstantiation and the belief in the real and continued presence of Jesus-Christ in the consecrated form.



virus, but not always and everywhere have they shown sufficient sensibility towards religious rules and practices. Some religious traditions, among them Judaism and Islam, have precise provisions about the proper and respectful treatment of a dead person's body, which often includes a firm rejection of cremation. This led to some statements and guidelines by religious authorities and international organizations with the aim of reconciling, as much as possible, the concern for public health and the respect for religious funeral practices²⁶. By contrast, the Sri Lankan government, since April 2020, began a policy of forced cremation of COVID-19 deceased, regardless of their religion or their wishes. This policy was not interrupted until February 2021, shortly after a public joint statement of four UN special rapporteurs urging the government to stop the forced cremations, as they ran contrary to the beliefs of Muslims and other religious and there was no evidence to suggest that cremation was an efficient means to prevent the spread of the virus²⁷.

Naturally, individual or collective manifestations of religious freedom not always must prevail over other legitimate interests deserving protection, as is the case of public health in situations like the one caused by the coronavirus. But, if we want to properly assess the necessity and

²⁶ See **A. AL-DAWOODY** and **O. FINEGAN**, *COVID-19 and Islamic burial laws: Safeguarding dignity of the dead*, in *Humanitarian Law and Policy*, April 30, 2020 (available at <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2020/04/30/covid-19-islamic-burial-laws/>); (I am grateful to Judge Pavli, of the European Court of Human Rights, for bringing attention to this document in his partly dissenting opinion to the judgment *Gatsalova v. Russia*, App. 41318/10, 20 April 2021). Within the Organization of American States/Inter-American Commission on Human Rights, one of the practical guides published by the Rapid Integrated Response Coordination Unit to deal with COVID-19 was *What are the standards for ensuring respect for the grieving, funeral rites, and memorials of those who died during the COVID-19 pandemic?* (https://www.oas.org/es/cidh/sacroi_covid19/documentos/GuiaPractica01_Duelo_En.pdf). The International Committee of the Red Cross published a *General Guidance for the Management of the Dead* (https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/Activities/covid-19_general_guidance.pdf), as well as guides for the management of the dead from Islamic, Buddhist and Hinduist perspectives.

²⁷ The four special rapporteurs were those on freedom of religion or belief, on minority issues, on the rights of peaceful assembly and association, and on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. The statement, in addition to describing forced cremations as a "human rights violation", insisted that such policy could exacerbate existing prejudices, intercommunal tensions, and religious intolerance, and it could also have the collateral effect of deterring some people from accessing public healthcare over fears of discrimination, which would have a negative impact on the fight against the pandemic. See: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26686&Lang%20ID=E>.



proportionality of limitations on freedom of worship, we need to depart from a realistic appraisal of the true impact that those limitations have in the life of people and communities. And such appraisal cannot - and must not - be done by the State authorities by themselves, ignoring the relevant religious perspective.

Certainly, *religious autonomy is not absolute*, and the State is entitled to impose coercively severe restrictions on worship to preserve public health in circumstances of serious risk. But *neither is the State's autonomy absolute*. The necessity of limitations on religious freedom must be precisely substantiated - generic references to public health are not enough - and those limitations are to be imposed in accordance with the principle of equality. This implies, on the one hand, that restrictions on freedom of worship cannot be different from limitations imposed on other freedoms unless there is an "reasonable and objective justification" - which, again, must be precisely substantiated. And on the other hand, every limitation must be adopted on the basis of a reasoned judgment about the importance that a particular type of worship has for individuals and communities. As mentioned above, a neutral State should not make such judgment on its own volition but in dialogue and consultation with the relevant churches and religious groups.

5 - Advantages of dialogue and cooperation between State and religion

Indeed, if generally speaking it is a good practice that the State keeps channels of communication with civil society, in this area the dialogue and cooperation with the collective actors of religious freedom becomes imperative. When State authorities unilaterally decide to consider some worship activities "dispensable", such decision not only is unrealistic but also risks weakening the essential separation between the secular and the religious as realms with their own reciprocal autonomy. In Western societies, the relations between State and religion have been eloquently described as a "frontier system". Certainly, the frontier may move with time - and has actually kept moving - and frontier conflicts are inevitable, but to abandon or blur the notion of frontier between those two realms has historically proved to be "lethal"²⁸.

²⁸ See R. NAVARRO-VALLS, *Neutralidad activa y laicidad positiva*, in A. RUIZ MIGUEL and R. NAVARRO-VALLS, *Laicismo y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 105.



Once again, the importance of the time factor emerges here. Initial invasions of central aspects of religious autonomy could be momentarily tolerated, because immediate measures were needed in an atmosphere dominated by uncertainty and fear. However, once the urgency disappeared, it was not acceptable that the State continued to restrict, or even suspend, religious worship without an appropriate consultation process with religious communities²⁹.

During the COVID-19 pandemic, and especially in 2020, many governments have approached limitations on religious freedom - and usually also limitations on other freedoms - with an attitude characterized by unilateralism, imposition, and improvisation, instead of turning to consultation, cooperation, and reflection. The gravity of the circumstances called for broad social consensus, for *co-responsible deliberation* and not for unilateral imposition - especially when it often appeared to be not sufficiently informed (and sometimes uninformed). One of the collateral effects of such deficient governmental approach was the uncertainty raised among citizens about the precise reach of the limitations, in particular during the first months of the pandemic, which contributed to increase the feeling of anguish in many people³⁰.

If we turn now to a more positive perspective, leaving aside the need for dialogical procedure in the determination of limitations to be imposed on religious freedom, one of the main lessons we can learn from this pandemic is that, in situations of crisis, the cooperation between State and religious communities is of the utmost importance. It would have

²⁹ This is even less tolerable when, as occurred in Portugal, once the state of emergency was over and the constitutional normality restored, limitations on fundamental rights were kept on the sole basis of the government's will [see **M. ASSIS RAIMUNDO ET AL.**, *COVID-19 y libertad religiosa en Portugal*, in J. MARTÍNEZ-TORRÓN & B. RODRIGO (eds.), *COVID-19 y libertad religiosa*, Iustel, 2021, p. 231-238].

³⁰ To cite just a minor but revealing example: in countries such as Belgium, France, Italy or Spain, places of worship were never closed, not even during the pandemic's initial moments when the rules were most stringent. But at the same time, governments did not foresee explicitly that going to a place of worship to pray individually was a legitimate exception from lockdown at home; hence, it was unclear if that was an involuntary legal oversight or if that meant that temples could be visited only when they were within the route to one of the authorized places or activities, such as a pharmacy or a supermarket. See **L.L. CHRISTIANS & A. OVERBEEKE**, *El derecho belga*, cited in note 6; **V. FORTIER**, *La libertad de religión, en Francia, en tiempos de coronavirus*, **P. CONSORTI**, *Emergencia*, cit., and **B. RODRIGO LARA**, *La libertad religiosa*, cit., all of them in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 104-112, 150-157, 173-176, and 130-138, respectively.



been advisable that governments had requested - or sometimes just accepted - the collaboration of the vast network of entities and institutions that form what we normally call the religious “landscape” of a country. Churches and religious communities have at their disposal means that can be immensely useful to face emergency situations. This includes institutions that have a religious ethos, such as health institutions, religiously inspired NGOs, and volunteers mobilized by organized religions to provide services to and take care of particularly vulnerable people³¹. There are also less quantifiable or visible areas in which the contribution of religious communities can be of great help; for instance, in spreading and explaining hygienic measures; raising in the population consciousness of the significance - also moral - of complying with government’s rules and avoiding irresponsible behaviour that may endanger other people; identifying sources of risk and communicating them to public authorities; combatting the disinformation and hate speech that tend to proliferate in this type of scenarios, etc.

Therefore, it is surprising that in so many countries State authorities have fought this battle almost solo, especially at the beginning of the pandemic, precisely when they needed most help. This was an ideal opportunity to build bridges and channels of collaboration between the secular and religious environments, united in a common cause irrespective of one’s personal position in matter of beliefs. Even more striking was the fact that some countries did not even make use of the already existing channels of communication; this was the case of Spain and Portugal, where, to my knowledge, their respective commissions on religious freedom were neither consulted nor informed for months after the pandemic started³².

6 - Support and doubts in the reaction of religious communities to governmental measures

³¹ Clear examples of this activity are provided, in the context of Peru, by **G. FLORES SANTANA**, *El respeto a la libertad religiosa en las políticas sanitarias del gobierno frente al coronavirus en el Perú*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 507-510.

³² For a critical analysis of the Spanish Advisory Commission on Religious Freedom, from various perspectives, including some comparison with the Portuguese Commission, see the collective volume *Comisión Asesora de Libertad Religiosa: realidad y futuro*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.



The way churches and religious communities have reacted to governmental measures against the pandemic also deserves the jurists' attention. Social behaviour in relation to State laws is of interest for legal studies, for it has an impact on the norms' efficacy and can contribute to their consolidation or to their reform and even their abrogation. Moreover, the analysis of the motives underlying negative reactions may shed light on possible flaws or anomalies in the normative process, or in the content of the norms, which could explain why they are socially rejected.

Except for some isolated positions of negationism or radical providentialism³³, the vast majority of religious communities have acted, since the beginning of the pandemic, in a sensible and responsible fashion with regard to governments' anti-COVID-19 rules, even though they involved severe restrictions on freedom of worship. They immediately acknowledged the gravity of the problem, put their trust in State authorities, and recognized - explicitly or implicitly - their competence to take rapid and drastic action. Furthermore, some churches and religious communities took the initiative before the government did and enforced self-imposed limitations on collective worship, or on the opening of places of worship, that went beyond the governmental measures. The details of the religious communities' reaction varied from country to country, but it is probably fair to say that their attitude was not only prompted by prudence but also by loyalty and support of the government, irrespective of how much they were convinced of the consistency and accuracy of the scientific foundations flagged by the government when adopting restrictive measures³⁴. They knew that, when a health emergency arises, support of the authorities, and not criticism, is what society needs most.

Significantly, when the existence of the pandemic was officially recognized, many churches and religious communities opted for the self-restriction of collective worship and prayer even when most governments did not formally oblige to close the temples. The most common governmental solution was a limitation on the number of participants in collective ceremonies. In Germany, public worship was prohibited only

³³ Some examples of these attitudes in Asia, Africa and Latin-America are provided by **P. CONSORTI**, *Religions and virus*, **G. FATTORI**, *Religious freedom at the time of coronavirus*, and **M. INTROVIGNE**, *Lesson from the Shincheonji Case in South Korea: Monitoring without Scapegoating*, all of them in *Law, Religion and COVID-19 Emergency*, cited in note 1, pp. 15-18, 57-64, and 145-150, respectively. See also **S. PICCIAREDDA**, *Covid-19 in Africa and Latin America. Certain forms of religious negationism favor the pandemic*, in *Law, Religion and the Spread of COVID-19 Pandemic*, cited in note 1, pp. 129-140.

³⁴ See **L.L. CHRISTIANS & A. OVERBEEKE**, *El derecho belga*, cited in note 6, p. 99.



for some weeks in almost all *Länder*, following the same criteria applied to any public event that involved congregation of people³⁵. The Church of England was particularly cautious and meticulous in this regard³⁶. In some Latin-American countries, as Argentina or Peru³⁷, because of the irregular itinerary of governmental rules and their interpretation, some Catholic bishops felt obliged to close the churches. Some churches suspended open-air ceremonies with deep popular roots, as Holy Week processions in Mexico and Spain³⁸, in Spain the suspension was kept in 2021, even though many have criticized that regional governments had by then permitted the reopening of touristic activities that involved agglomeration of people in the open.

By and large, most religious communities showed a high degree of responsibility and respect for the relevant governments' rules and guidelines. At least for the first months, religious communities did not discuss restrictions on worship and focused on making their own rules and praxis more flexible in order to keep pursuing their mission through alternative ways, including the use of contemporary communication technologies to broadcast religious ceremonies and provide religious instruction and religious assistance³⁹. However, the attitude of a number of religious communities began to change as the urgency faded away and

³⁵ See **S. MÜCKL**, *Libertad religiosa*, cited in note 5, pp. 76-78.

³⁶ See **F. CRANMER & D. POCKLINGTON**, *El impacto de la pandemia de COVID-19 en la práctica religiosa en Reino Unido*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 261-268. Updated and detailed information on the Church of England and the UK regulations can be found in the blog *Law & Religion UK* (<https://lawandreligionuk.com>).

³⁷ See **J. NAVARRO FLORIA**, *La pandemia*, cited in note 5, pp. 312-322; **G. FLORES SANTANA**, *El respeto*, cited in note 31, pp. 495-497.

³⁸ See **A. PATIÑO REYES**, *Libertad religiosa*, pp. 465-469, and **B. RODRIGO LARA**, *La libertad religiosa*, cit., pp. 138-140, both of them cited in note 5.

³⁹ These practices have become rapidly spread all over the world. In Europe, see, for instance, **V. FORTIER**, *La libertad de religión, en Francia, en tiempos de coronavirus*, and **W. BRZOZOWSKI**, *Polonia: la libertad religiosa en tiempos de la pandemia del COVID-19*, both in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 153 and 200-205, respectively. Such deference of religious communities to governments has not always received a positive judgment by scholars. For instance, some Uruguayan scholar has maintained that the Catholic bishops of his country were too subservient in their acritical obedience to governmental policies and did not take sufficiently into account the medium-term impact that such policies could have on the religious freedom of Catholic citizens (see **G. GONZÁLEZ MERLANO**, *La libertad religiosa en Uruguay durante la pandemia. Entre el derecho fundamental y el espectáculo público*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, p. 518).



many governments kept taking their decisions about such important issues in small and hermetic circles, with hardly any real contact with civil society's main actors.

From the initial unconditional support, in many places religious communities shifted to more critical positions, when they considered that the government did not take the necessary steps to engage in a cooperative dialogue with religious actors and failed to comprehend the significance of religious worship, with the consequence that religious organizations felt discriminated in comparison with other entities or activities. An illustrative example is the comportment of Colombia's Bishops Conference, which went from the full endorsement of the government in early March 2020 to demand, about six weeks later, more flexible limitations on religious worship in parallel with the rules applicable to other secular activities⁴⁰. Despite that criticism, most churches and religious communities have tried to respect precautionary measures aimed at avoiding contagion, probably with a higher degree or responsibility than other activities or organizations. For instance, carefully keeping an appropriate safety distance between persons, cleaning scrupulously the interior of temples and places of prayer, and taking hygienic measures such as providing disinfectant solution at the entrance, removing the holy water, or giving the holy communion always in the hand instead of in the tongue.

In general, the positioning of religious communities vis-à-vis governmental measures has depended much on their own internal organization and structure. Centralized and hierarchical structures have normally led to a more uniform reaction of the community. However, there have been exceptions, the most significant being probably the different attitudes adopted, after the first weeks of the pandemic, by the Vatican and the Italian Bishops Conference - the former very deferential to the government, the latter very critical to it⁴¹. Other important factors have been the severity of the restrictions on worship and religious assistance adopted in different countries, and the procedure followed to establish them; as could be expected, restrictive measures were accepted and respected more easily where governments consulted with religious

⁴⁰ See **V. PRIETO**, *Pandemia y límites a la libertad religiosa. El caso colombiano*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 400-402 and 409-410.

⁴¹ See **P. CONSORTI**, *Emergenza*, cit., and **P. CAVANA**, *Libertad religiosa y COVID-19 en el Vaticano y en la acción de la Santa Sede*, both in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 180-182 and 285-298, respectively.



communities beforehand. As a consequence, the panorama in Europe and America offers significant variations from country to country⁴².

Nonetheless, by and large it is probably fair to say that most religious communities have not expressed a systematic or blind opposition to limitations that appeared reasonable from the perspective of public health. The tendency has been rather to search a dialogue with the government with the purpose of reaching consensus on the limitations that should be imposed. And also to ensure that the religious communities' point of view was considered, and that they would not be discriminated because of a superficial assessment of the importance of freedom of worship or an arbitrary application of the rules.

Indeed, when tensions have led to litigation, the element of discrimination and arbitrariness has been central in some jurisdictions, as in some lawsuits pursued in Chile⁴³, while in others, as Germany, the core issue has been the interpretation of the principle of proportionality⁴⁴. The responses of the courts have been different depending on the countries. Furthermore, within the same country the courts' approach has sometimes changed depending on the moment that the claim was decided.

Revealing of such changes of direction was a decision of the Supreme Court of the United States of America, *Cuomo*, rendered in November 2020. Unlike what had occurred in similar occasions in previous months⁴⁵, in this case the Supreme Court granted the injunctive relief requested by a Catholic diocese and an Orthodox Jewish association against an executive order issued by the governor of New York. That executive order imposed harsh restrictions on the number of people who

⁴² See, for instance, the examples provided by **B.W. BUSSEY**, *Contagio: el temor de los gobiernos a la religión durante la crisis del COVID-19*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 52-64, as well as by the chapters on American countries in the same book.

⁴³ See **A.M. CELIS BRUNET & R. CORTÍNEZ CASTRO**, *Religion y coronavirus: los desafíos en Chile en tiempos de estado de excepción constitucional*, in *COVID-19 y libertad religiosa*, cited in note 1, pp. 388-394.

⁴⁴ See **S. TESTA BAPPENHEIM**, *State of emergency and religious freedom: constitutional stress in German law (art. 4 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany)*, in *Law, Religion and the Spread of COVID-19 Pandemic*, cited in note 1, pp. 227-254.

⁴⁵ For some interesting comments on the precedent decisions of the Supreme Court on comparable claims in 2020, see **A. MADERA**, *Reconciling the Protection of Public Health with Religious Freedom: the Viability of Shared Responses*, in *Law, Religion and the Spread of COVID-19 Pandemic*, cited in note 1, pp. 213-225; also **W.C. DURHAM, Jr.**, *The Coronavirus, The Compelling State Interest in Health, and Religious Autonomy*, in *Canopy Forum*, 2 October 2020 (<https://canopyforum.org/2020/10/02/the-coronavirus-the-compelling-state-interest-in-health-and-religious-autonomy/>).



could attend religious services, and those restrictions were applied irrespective of the capacity of the temple, while businesses providing services deemed “essential” (such as liquor stores, hardware stores or acupuncture facilities) were subject to much more lenient constraints. The Court emphasized the importance of equal treatment and held that the state must offer a convincing and compelling reason for such differential treatment of religious freedom in comparison with secular activities that involved an apparently equivalent risk. The time factor was considered also by the Court of the utmost importance when it came to the margin of discretion recognized to the executive power. Once the urgency of the first months of the pandemic disappeared and it was better understood how the coronavirus spread, giving carte blanche to the executive was not compatible with the guarantee of constitutional rights⁴⁶.

Four months later, the Supreme Court of Chile delivered a unanimous decision in a similar direction in a claim that involved the celebration of the Catholic holy mass, holding that manifestations of religion should be treated on equal terms in comparison with other activities conducted in public⁴⁷. In the same days, the Outer House of the Court of Session in Scotland took an analogous approach, with a strict scrutiny of the proportionality of the measures ordered by the Scottish government in the light of article 9 of the European Convention on Human Rights⁴⁸.

Naturally, the history of the religious reactions to anti-COVID-19 measures will continue as far as the pandemic subsists. A new front appeared when the vaccines commenced to be distributed, and the situation may become more tense as, in fear of a new wave of the virus, some governments consider the possibility to make vaccination

⁴⁶ *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 U.S. (2020) (25 November 2020, per curiam). The decision was taken by 5 votes to 4. For a quick and incisive comment, vid. M. McConnell and M. Raskin, *The Supreme Court Was Right to Block Cuomo’s Religious Restrictions*, in *The New York Times*, 1 December 2020 (<https://www.nytimes.com/2020/12/01/opinion/supreme-court-Covid-19-religion.html>). Later, the Supreme Court decided in a similar direction the (somewhat more complex) case *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom*, 592 U.S. (2021) (5 February 2021).

⁴⁷ Judgment of the Supreme Court of Chile (Third Chamber), 29 March 2021 (Rol 19062-2021).

⁴⁸ *Philip & Ors for Judicial Review of the closure of places of worship in Scotland*, [2021] CSOH 32 (24 March 2021).



mandatory for some activities or for employees to be permitted to enter their working place⁴⁹.

Opposition to vaccination has existed for a long time and has been based on various grounds. Sometimes there are people with a conscientious objection, normally for religious reasons. In the USA and Australia, some movements of religious inspiration resisting COVID-19 vaccination began to emerge as early as 2020⁵⁰. The traditional legal response to these objections - conscientious or not - has been to give priority to the protection of public health, which was deemed to prevail over the individual's right to reject a medical treatment and the objector's religious freedom⁵¹. Such reasoning seems sensible, for nobody is entitled to put anyone else's life at risk as a consequence of a personal moral decision.

However, we must not forget that this judicial doctrine was declared apropos of vaccines that were considered safe and necessary at the time, and that had the effect of preventing infection, not just to mitigate its consequences. Therefore, it should be taken with caution in the case of anti-COVID-19 vaccines, which have been developed and approved with unusual speed, and about whose actual efficiency and negative collateral effects there is still an ongoing scientific debate. If we take into account that vaccinated people can transmit the disease, as well as the so many uncertainties and controversies about anti-COVID-19 vaccines and the fact that only a low percentage of the population that oppose vaccination on religious grounds, making vaccination mandatory may seem an extreme and disproportionate measure, especially if it means

⁴⁹ For an analysis of the implications that vaccination may have for religious freedom, from a comparative perspective and taking into account the recent case law of Strasbourg, see **S. MESEGUER**, *Libertad religiosa*, cited in note 16.

⁵⁰ See **B. SCHARFFS**, *El coronavirus*, cited in note 8, pp. 439-440. See also, for instance: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2915544/No-jab-no-play-Victoria-second-state-make-vaccinations-compulsory-children-day-care.html>. In Australia, before COVID-19, the issue was discussed by **R. BARKER**, *No Jab-No Pay, No Jab-No Play, No Exceptions: The Removal of Conscientious and Religious Exemptions from Australia's Childhood Vaccination Policies*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 25 (2017), pp. 513-526.

⁵¹ See, more than one century ago, the US Supreme Court judgment *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), denying exemption from smallpox vaccination requirement. Its doctrine has been reiterated in various subsequent judgments of the Supreme Court; with particular clarity - although the case was not related to vaccination but to child labor laws - in *Prince v. Massachusetts* (1944), where the Court said: "The right to practice religion freely does not include liberty to expose the community or the child to communicable disease" (321 U.S. 158, at 166-167).



overriding the freedom of conscience of an insignificant minority of citizens.

A different type of conscientious objection was raised not to vaccination per se but to specific types of vaccines, because in their research and development cell lines from electively aborted fetuses have been utilized. Some Christians experienced a moral dilemma and hesitated to accept those vaccines because it might constitute material passive cooperation with abortion⁵².

Within the Catholic world, in response to that concern, the Holy See's Congregation for the Doctrine of the Faith published, in December 2020, a tranquilizing note, approved by Pope Francis, stating that accepting inoculation with those vaccines is morally acceptable - the greater good of containing the pandemic makes licit such a remote and indirect cooperation in evil⁵³. The same note made clear that this should not be understood as any kind of moral endorsement of the use of cell lines proceeding from aborted fetuses. Indeed, the note encouraged pharmaceutical companies and governmental health agencies to "produce, approve, distribute and offer ethically acceptable vaccines that do not create problems of conscience for either health care providers or the people to be vaccinated"⁵⁴. The note was also in favour of implementing vaccination on a voluntary basis, but it remarked that those persons who in any event consider certain type of vaccines morally unacceptable must do their utmost to avoid, by other means, becoming agents for the transmission of the virus⁵⁵.

7 - Final remarks

We are all aware that the COVID-19 pandemic has harshly revealed our vulnerability, both as individuals and as community, and has brought to light the best and the worst in us. We have witnessed incredible acts of altruism, generosity and dedication, in parallel with the desire of taking

⁵² See, for instance: <https://blogs.bmj.com/medical-ethics/2020/04/09/covid-19-and-vaccine-ethics-pre-empting-conscientious-objection/>; <https://blogs.bmj.com/medical-ethics/2020/04/09/covid-19-and-vaccine-ethics-pre-empting-conscientious-objection/>.

⁵³ Note of the Congregation for the Doctrine of the Faith on the morality of using some anti-Covid-19 vaccines, 21 December 2020. Available in: <https://press.vatican.va/content/sala-stampa/en/bollettino/pubblico/2020/12/21/201221c.html>.

⁵⁴ *Ibidem*, para. 4.

⁵⁵ See *ibidem*, para. 5.



unfair advantage of the situation - not only with criminal activities but also with the enormous profits made with the occasion of medical supplies, protection masks, disinfectants, lab tests, etc., with oscillations in prices that were not certainly moved by philanthropy.

When I write these pages, we have the hope that we begin to see the light at the end of the tunnel, and we are gradually asking ourselves what will remain in our societies after the pandemic finally ends. What will the world after COVID-19 be like?

On the positive side, it has been pointed out that the coronavirus crisis may lead hopefully “to a new sense of community”, in view of the feeling of shared responsibility and the many expressions of solidarity generated in a large amount of people, especially during the first months of the pandemic. But on the other hand, there are people who have started looking at fellow human beings as a danger, as potential carriers of the virus, which has led frequently to social distancing - not just physical distancing as a precaution - “as well as growing isolation and loneliness, especially among mentally unstable individuals”⁵⁶. Certainly, the polarized debate about how coercively States should proceed with vaccination is not favouring the sense of community.

At the end of the day, the scientific challenges posed by COVID-19 are new to a large extent, but, when we look for the most appropriate legal response to the problems it has caused, our best bet is likely on traditional means. From a legal perspective, the experience of the past months reveals that, especially in times of crisis, we need a scrupulous respect for the requirements of the rule of law, including a strict accountability and transparency from governments, and putting especial emphasis on the protection of fundamental rights, among which is freedom of religion or belief. Each and every limitation on a fundamental right must be precisely justified and must carefully follow the appropriate procedure, avoiding the temptation to trivialize - moved by an erroneous sense of urgency - the guarantee of what are the actual pillars of a democratic society.

Religious freedom is one of the vital freedoms that should not be easily dispensed with, not even in times of emergency. Its adequate protection requires sensibility and a dialogue with religious communities, which channel and shape a large part of the citizens’ expressions of

⁵⁶ See **B. KORTMANN & G.G. SCHULZE**, *The Post-COVID World*, in Deutschland Edition, 10 March 2021, p. 35 (<https://www.deutschland.de/en/fighting-corona-together-magazine-available-for-free-download>). From the same Authors, see the interdisciplinary book in German **B. KORTMANN & G.G. SCHULZE**, *Jenseits von Corona: Unsere Welt nach der Pandemie – Perspektiven aus den Wissenschaft*, Transcript, 2020.



religiosity. Moreover, religious communities and institutions constitute a unique and valuable resource that society has at its disposal to fight against critical threats. When the hard times hit, the gigantic welfare machinery of the State is not sufficient; we must rely also on the traditional resources of society, including its ethical resources. Unlike what some would like us to believe, the State does not - and cannot - absorb the entire society, of which religious communities are an integral and essential part. Opening ways of collaboration between States and religious communities is not only a good idea, it is also a necessary condition for the State to pursue the common good of society. But cooperation requires mutual trust, and trust must be earned.

These are lessons that the COVID-19 pandemic has taught us and could be of great help in possible future extraordinary crises. And, if we apply them also to ordinary situations, it would be even better.



Pierluigi Consorti

(full Professor of Law & Religion at University of Pisa, Department of Law)

Religious freedom before, during and after COVID-19 between Europe and the member states (a comment to Martínez-Torrón keynote address)¹

The key issue that emerges from the reports of Martínez-Torrón can be summarised in one question: “can religious freedom be guaranteed in exceptional circumstances?”.

The immediate answer is just: “yes, it can”. Clearly, we must be able to find proper ways to do that, while bearing in mind that it is not only a question of verifying whether it is possible to do so, because protecting religious freedom is not just an option among many others, but it is an unavoidable necessity.

In this regard, I want to highlight the following 4 points:

1. The coronavirus emergency outbreak suddenly, as it usually is when it comes to emergencies, and not all states were ready to tackle it, not only from a health point of view, but also from a legal viewpoint. For instance, in Italy there wasn't a framework law to handle this health emergency. The difficulties faced by scientists in the medical research field were no less than those faced by legal experts. From a legal standpoint, the current situation cannot be compared to what happened in the 1920s (Spanish flu), as the current legal principles are completely different from the ones we had back then. The different guarantees given to the rights of freedom in the two occasions are a striking example of such diversity. Lastly, we must remember that Law is a social issue, not just a system of rules; thus, emergency law must cope with the typical feelings in emergency situations - namely, fear, anxiety, and so on - and assist in determining the emergency legislation.

2. States have not always been able to work together on the identification of emergency rules. Even the EU member States have handled the emergency each in its own way, rather than being keen in maintaining the necessary level of cooperation. We know that the spread of coronavirus is not confined to any area of the globe, but it affects the whole world.

¹ Paper selected by the organizing Committee.



However, no EU law is specifically related to this issue. Given that at the EU level there is not a framework to cooperate in these special emergency circumstances, each EU State has faced the emergency by itself. The EU has hesitated to look for possibilities for cooperation, and focused only on the economic level (e.g., to buy vaccines).

3. The protection of fundamental rights requires to strike a balance: the point is «are we able to strike this balance?», especially whenever we have to balance between *fundamental* rights - in our specific case, between the right to religious freedom and public and personal health. The risk is to establish the prevalence of one right over the other, which would be then overpowered. In these cases, we talk about “tyrant rights”. They often derive from economic issues, which, in their turn, further complicate the overall picture, given that they are not a matter of fundamental right. Thus, public authority has to balance between issues of a different nature, and this makes the situation particularly entangled. Balancing techniques have stressed the States, because balancing is not an easy thing to do, and Governments have struggled to find the right proportion between the imposition of restrictions and the maintenance of guarantees of freedom. This is a question of substance and procedures. In Italy, that is also a question of division of competences - particularly, the division between the competences of the State and those of Regions, especially in health matters (other states have similar problems), as it has consequences for the sources of law. To face the pandemic, the Government adopted special decrees, which cannot in principle conflict with the law and are subject to different limitations in comparison with laws created in “normal” circumstances. This fact has consequences not only for the normal scheme of the hierarchy of law, but also for the judiciary control, as well as at the social level.

4. Lastly, we come to discuss the *status* of religious freedom in comparison to other fundamental rights and the cooperation between states and religious communities. Religious freedom does not have a privileged *status* and during the pandemic we experienced limitations on the possibility to go to places of worship, which restricted religious freedom, or, at least, one of its typical aspects (freedom of worship). This circumstance offered an unexpected opportunity: the chance to launch new models of collaboration between the State and religions that are much less formal than those provided for in the Constitution, but which are, at the very same time, very effective in finding useful solutions to limit restrictions. This kind of collaboration between the State and religious



communities is important because of the role and the social meaning of religion. Obviously, this cooperation took different forms in the context of the different EU member states - it was possible under the umbrella of Art. 17 of the TFUE, which is the proper ground to deepen this collaboration: an open and transparent dialogue between EU institutions and Churches, as well as religious, philosophical and non-religious associations.



Maksymilian Hau

(PhD candidate at University of Warsaw, Faculty of Law and Administration)

**COVID-19 restrictions on religious worship:
how to ensure effectiveness while respecting religious autonomy? ***

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction - 2. The existing model of Coronavirus restrictions and its impact on freedom of religion - 3. Towards a new model of restriction - 4. Advantages of the new model of restrictions - 5. Safeguarding compliance with restrictions - 6. Conclusions.

ABSTRACT: The topic of the article is to evaluate legal measures aimed to stop the spread of the coronavirus that limited religious rights. The restrictions are assessed from the perspective of its effectiveness in preventing infection as well as its proportionality. The argument is that proportionality of the restrictions depends on their effectiveness, which in turn should be evaluated in the light of current pandemic situation, which includes vaccination level and scientific knowledge on coronavirus transmission. Consequently, two kinds of restrictions are distinguished: premises-oriented and activities-oriented. The former focuses mainly on the capacity of the church premises and not so much on the activity of the gathered, whereas the latter pays attention to the activities of the worshippers, including religious practices. Given the epidemiological effectiveness and the balance between protecting public health and religious freedom, activities-oriented restrictions are identified as a proper model of restrictions.

1 - Introduction

The ongoing COVID-19 pandemic is an obvious threat not only to public health but also to human rights. Freedom of religion or belief seems to be particularly vulnerable in this respect. Social distancing rules, which have become the most popular legal measure to stop the spread of the coronavirus, prevented or significantly reduced the enjoyment of freedom of religion in its collective aspect. Coronavirus legislation has also strained the relationship between the state and religious associations. On the one hand, there was a need, from a public health perspective, to impose far-reaching restrictions, but on the other hand those restrictions had to be consistent not only with the proportionality principle, but also with the principle of autonomy of religious associations.



Surprisingly, at the same time this challenge to the relationship between the state and religious associations might also have a positive aspect. As Javier Martínez-Torrón argues, the pandemic did not raise new questions concerning religious freedom, but rather encouraged reconsidering the existing ones within a new context¹. Taking into account the importance and necessity of maintaining the restrictions, the positive and cooperative attitude displayed by religious associations, as well as the fact that restrictions will stay in force for at least some more time, it seems that the pandemic offers a chance to rethink some aspects of the autonomy and proportionality principles within the scope of religious freedom. Attention should be paid to possible forms of cooperation between the state and religious associations with regard to designing and enforcing restrictions. Religious associations cannot question the power of the state to impose the restrictions by relying on the autonomy principle, yet at the same time the state cannot regulate such issues in a blind, top-down administrative way².

Javier Martínez-Torrón proposed four sets of issues that should receive special attention in relation to the pandemic. These are: (i) legal regulation of the fight against coronavirus, (ii) equal treatment of religious freedom in relation to other fundamental rights, (iii) the reactions of religious communities to governmental measures, and (iv) cooperation between the state and religious communities³. The aim of this article is to advance this argument by suggesting the legal shape of such cooperation, but understood differently. Martínez-Torrón argued that cooperation between the state and religious associations should result in society having a positive attitude toward fighting the pandemic. While stimulating the social spirit is obviously necessary, I claim that the focus should rather be on formal safeguards that will ensure both sanitary effectiveness and the proportionality of the restrictions⁴. The best way for

* Paper selected by the organizing Committee.

¹ **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *COVID-19 and Religious Freedom: Some Comparative Perspectives*, in *Laws* (<https://www.mdpi.com/journal/laws>), vol. 10, issue 2 of 2021, p. 2.

² **S. BUDAEV**, *Safety and Reverence: How Roman Catholic Liturgy Can Respond to the COVID-19 Pandemic*, in *Journal of Religion and Health* (<https://www.springer.com/journal/10943>), vol. 60, issue 4 of 2021, p. 2333.

³ **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., p. 5.

⁴ I believe that while soft law instruments are better suited for the purpose of encouraging society's spirit and resilience, it is hard law which should address the issue of restrictions.



public authorities to minimize the severity of coronavirus restrictions while maximizing their effectiveness is to work closely with religious groups and try to identify their needs, especially concerning rituals and ceremonies. It is the religious community that knows best which aspects of worship could be limited without placing too much of a burden on the everyday operation of religious services. Cooperation with religious partners will not only safeguard the religious associations' autonomy and guarantee respect for the proportionality principle, but it may also improve the effectiveness of sanitary restrictions by adapting them to the specifics of religious beliefs, in accordance with the World Health Organization recommendations⁵ and current knowledge on coronavirus transmission.

The key point of this article is that the current model of restrictions, which I call 'premises-oriented', is no longer effective or proportionate and should be replaced by a new model of restrictions, which could be called 'activities-oriented'. In the first part of my article, the dominant model of the premises-oriented restrictions is reviewed. Given that premises-oriented limitations are widespread in the European and US legislation and their structure is very similar, I focus on Polish law, treating it as a representative example. In the second part, a new model of restrictions, the activities-oriented one, is presented. I also briefly discuss two examples taken from UK and Italian law which show how activities-oriented restrictions can be implemented in pandemic legislation. The third part is devoted to the advantages of the activities-oriented model, by considering its epidemiological determinants, the attitude of religious associations toward this kind of cooperation with the government, and its compliance with the autonomy principle. The fourth part is focused on the issue of respecting the restrictions. In the final part, I present my brief conclusions.

2 - The existing model of Coronavirus restrictions and its impact on freedom of religion

⁵ The document called "Practical considerations and recommendations for religious leaders and faith-based communities in the context of COVID-19", dated 7 April 2020, pays much more attention to the kind of activities conducted within the church premises than to the issue of physical distance between the believers. See: <https://www.who.int/publications-detail-redirect/practical-considerations-and-recommendations-for-religious-leaders-and-faith-based-communities-in-the-context-of-covid-19> (access: 13 November 2021).



As far as freedom of religion is concerned, the restrictions aimed at preventing the spread of the coronavirus took the form of limiting or prohibiting religious gatherings. In most European countries and in the United States⁶, the number of people who could gather at the same time in religious premises was limited. The details may vary, but in general, this kind of restriction seems to reflect the same approach to the problem, so I will take Polish law as an example, not only because this is the legal system I am most familiar with, but also because it can serve as a representative model for further analysis⁷.

In Polish law, the collective aspect of religious freedom was limited in four ways⁸: (i) the maximum number of people who could gather was fixed and explicitly mentioned in the legislation; (ii) the maximum number of people who could gather needed to be calculated in accordance with the legislation, which specified the maximum ratio of people per square meter; (iii) the maximum number of people who could gather was to be determined in relation to the maximum occupancy of the church premises; and (iv) the possibility of gathering dependent on following the social distancing rules (wearing protective face masks, maintaining physical distance from other people). The order of these restrictions also corresponds to the degree of their severity - from the most to the least severe⁹. It is evident that the restrictions were focused mostly on the

⁶ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., p. 11.

⁷ This is because the differences, if any, were mainly technical in nature and the main idea was the same - to limit in a more or less arbitrary way the maximum number of people which could gather together in the church premises. These similarities have been revealed in the research project EXCEPTIUS: Exceptional powers in time of SARS-COV-2 crisis, part of which consisted in investigating the restrictions on religious gatherings within European countries during the pandemic. See more on the project's website: <https://exceptius.com>.

⁸ See: W. BRZOZOWSKI, *Polonia: La libertad religiosa en tiempos de la pandemia del COVID-19* in *COVID-19 y Libertad Religiosa*, edited by J. MARTÍNEZ-TORRÓN, B. RODRIGO LARA, Iustel, Madrid, 2021. I am focusing mainly on indoor activities. Nevertheless, in Poland the same mechanism was applied to restricting religious burial ceremonies, which in part take place outdoors. Considering the way that coronavirus is transmitted, as described later in the article, this seems to be an even more serious breach of proportionality principle.

⁹ This logic, appealing to the degree of severity, was also present in Nevada, where the maximum number of people who could take part in a religious gathering was mentioned explicitly in the legislation (50 people), whereas the number of people allowed to be in casinos, breweries, bowling alleys and gyms depended on the capacity of the premise (fifty per cent allowed). This differentiation was considered by the church as unconstitutional and was brought before the Supreme Court. See: *Calvary Chapel Dayton*



capacity of the church premises and not so much on the activity of the gathered. Briefly put, they were predominantly premises-oriented.

Such restrictions raise at least two kinds of objections. One of them has to do with the epidemiological effectiveness of such premises-oriented restrictions: do they successfully prevent the transmission of COVID-19? This, in turn, raises another doubt. How to determine the number of people allowed to gather which is still proportionate? In other words, what are the reasons for the legislator to pick a certain number? A natural response would be that such a number should be mainly determined on the basis of the scientific knowledge about coronavirus transmission and be as high as possible. When the answer to the first doubt is negative, the same must be for the second one. Ineffective restrictions are not proportionate, because their effectiveness is significantly lower than the burden of constraints imposed and, as a result, must be considered to be in breach of religious freedom.

With respect to the first doubt, the premises-oriented limitations are far-reaching and *prima facie* dangerous for religious freedom. It is not clear from the legislation how the specific number of people who are subject to the restrictions was established. Neither does it indicate when premises-oriented limitations should be replaced by activity-oriented ones (like in the Polish case, where the latter were considered as less severe). In the absence of any explanation, the power to make such a decision rests with the state and it does not allow for any control by religious associations (for example by initiating judicial review of the impugned measures). In Portugal, restrictions on religious freedom stayed in force, even though the state of emergency was over¹⁰. Communicating the logic behind the limitations would significantly impede such practices. If the restrictions stayed in force, but the reason for their introduction had disappeared, religious associations would be able to effectively challenge its validity. Another threat is related to concealing the ban on religious gatherings under the guise of merely restricting them. Technically, in Europe places of worship were not *closed* during the first waves of pandemic¹¹. However, as an example, in Easter 2020 in Poland the limit of

Valley v. Sisolak, 591 U.S. (2021) and **M. HILL QC**, *Coronavirus and the Curtailment of Religious Liberty*, in *Laws* (<https://www.mdpi.com/journal/laws>), vol. 9, issue 4 of 2020, p. 14.

¹⁰ **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., p. 8.

¹¹ **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., p. 8; **M. HILL QC**, *Coronavirus*, cit., p. 7.



people allowed to gather in the church premises was reduced to five. Such a low limit was in fact tantamount to closure of church premises.

Considering the above, should the conclusion be that premises-oriented restrictions are not proportionate in every case? I think that the answer is no. The proportionality of the limitations should be assessed on a relative basis, which takes into account the current pandemic's situation, vaccination coverage and knowledge on COVID-19 transmission. What was proportionate during the first two waves of pandemic may no longer be proportionate during the third or fourth. With the increase of vaccine uptake, the growth of epidemiological data and knowledge of the degree of health risk associated with infection, the severity of the restrictions should decrease accordingly¹². The same reasoning is present in the United States' cases regarding religious freedom during the pandemic. In his dissenting opinion to the case *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, justice Alito observed that “[a]s more medical and scientific evidence becomes available, and as States have time to craft policies in light of that evidence, courts should expect policies that more carefully account for constitutional rights”¹³.

Addressing the second doubt requires understanding coronavirus transmission. COVID-19 is transmitted mainly through small respiratory droplets¹⁴. Activities other than breathing, such as speaking, coughing or sneezing, impact the rate and spreading range of droplets. The smallest droplets can stay in the air for a long time, and this constitutes the major transmission risk¹⁵. Consequently, the infection risk is minimized when the source of the smallest droplets is eliminated (by wearing a mask or refraining from speaking) or when premises are better ventilated. Obeying social distancing rules may not be crucial in this regard¹⁶. A sample catalogue of factors which influence the transmission risk includes the kind of the environment, the duration of the indoor exposure, the characteristics of the ventilation air exchange, the intensity of the indoor air flows, the kinds of the occupants' indoor activities (physical exercises with intense breathing, singing, talking versus being quiet), and possible

¹² M. HILL QC, *Coronavirus*, cit., p. 18; S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., p. 2332.

¹³ See: *Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak*, Governor of Nevada 591 U. S. (2020). Cited M. HILL QC, *Coronavirus*, cit., p. 14.

¹⁴ S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., p. 2334.

¹⁵ S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., p. 2334.

¹⁶ S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., p. 2336.



use of personal protective measures (face masks)¹⁷. Because of the number of factors that contribute to the possibility of infection, it is difficult to definitively settle what determines the safety of gatherings. Temporary exposure in a well-ventilated room with dispersed occupancy and minimal speaking activity may be safe in the absence of personal protection, whereas temporary exposure in a well-ventilated environment without personal protection and no speaking activity can make for a medium risk even at high occupancy¹⁸.

From the above considerations it follows that premises-oriented restrictions are not necessarily effective from the epidemiological point of view. The most significant transmission factor is the kind of worshippers' indoor activities. Consequently, the premises-oriented limitations are hardly proportional, since they impose significant constraints on religious freedom and do not effectively serve the goal of securing public health. At the same time, religious rights cannot be completely exempt from restrictions, because masses and other religious events had a significant impact on transmission of the coronavirus¹⁹. Accordingly, the question that must be answered is how to ensure epidemiological effectiveness while safeguarding religious freedom? Or more precisely, how can religious practices and rituals be adapted to minimize the spread of COVID-19 without interfering with the autonomy of religious associations²⁰?

3 - Towards a new model of restriction

From the above findings it follows that the proportionality of the premises-oriented restrictions is in most cases questionable since their expected epidemiological effectiveness is low. Considering how COVID-19 is transmitted, limitations should apply to worshippers' activities during religious events. This section is devoted to investigating how to impose this kind of restrictions - called activities-oriented - without breaching the autonomy principle. The state is not allowed to interfere with the ways of performing religious practices and rituals, however this may be subject to the religious associations' approval. Modifying some

¹⁷ S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., p. 2336.

¹⁸ S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., pp. 2336-2337.

¹⁹ S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., p. 2332.

²⁰ S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., p. 2332.



worship activities can greatly reduce the risk of coronavirus transmission, while not necessarily compromising the identity of the religious association. It has been shown that with respect to Roman Catholic liturgy, some elements can be replaced with ones that significantly reduce the risk of infection and at the same time fully comply with theological norms²¹. This is precisely how restrictions should be developed in the current epidemiological circumstances, in order to replace premises-oriented restrictions.

The idea is simple - religious associations should be able to communicate to the appropriate public health authorities how they are ready to change their practices and rituals to minimize the risk of coronavirus spreading. The religious associations are the only entities that know best what aspects of worship can be changed or replaced without affecting the operation of religious services. As in the mentioned example of Roman Catholic liturgy, permissible elements of liturgy like reduced verbal participation on the part of the congregation, singing by a designated choir only, no con-celebration, and the *ad orientem* position are perfectly compatible with the Roman Catholic liturgy and also carry less risk of COVID-19 transmission. The role of the state should be to review the religious associations' proposals primarily in terms of their epidemiological effectiveness. The public health authorities should be entitled to ask further question and highlight issues of concern, but ultimately only religious associations would be able to submit specific proposals. In other words, the form of limitations may be subject to discussion, but at the end of the day the proposal should be fully accepted or rejected, without any conditions or the state suggesting modifications. If the changes decrease the infection risk to the currently desired level, religious gatherings should be allowed in the form as set out by the religious associations. In the event of any dispute between the state and religious associations and respective administration bodies, the discussion would take place on the basis of the objective arguments about the factors that affect transmissions. It is hard to assume that public health authorities would be blind to arguments showing how certain changes decrease the transmission risk.

The possibility of proposing changes to the liturgy to fit the restrictions should be voluntary. Accordingly, this would operate as an opt-out mechanism. Submitting a proposal on how to bring practices and rituals in line with the epidemiological conditions would be optional,

²¹ S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., pp. 2344-2345.



whereas other kinds of restrictions, even the premises-oriented ones, would be obligatory by default. Once the adoption is agreed, the religious associations would be subject mainly, or only, to activities-oriented limitations, in the proposed form. The opt-out mechanism ensures the state's main role in designing policies to counter COVID-19. At the same time, the ability of religious associations to suggest limitations according to their own preferences safeguards the principles of proportionality and autonomy. Even if some religious associations did not use the possibility to opt-out from general restrictions, this would not constitute a breach of religious freedom, since a less severe measure was available to them.

This kind of mutual agreement between the state and religious associations regarding the form of religious freedom restrictions is not completely new to existing European coronavirus legislation. In the UK and Italy, the idea of activities-oriented restrictions, shaped with cooperation from religious associations, was implemented to some degree. The UK government issued non-binding guidance for the safe use of places of worship during the pandemic. The guidance included some general recommendations, like staging entry times, ensuring multiple entrances and one-way routes for entering and exiting the premises, providing hand sanitizers etc. More importantly, the guidance encouraged faith leaders to include changes that could be made to religious rituals that usually involve close contact between individuals and provided examples, such as preventing worshippers from touching or kissing objects of religious veneration that are handled communally, removing from use books and communal resources such as prayer mats, service sheets or devotional material, avoiding singing and/or playing instruments, ensuring that any prerequisite washing/ablution rituals are carried out outside the place of worship and closing shared washing areas²². As indicated, the guidance did not have general binding force, but it proves that the state recognized the need to introduce activities-oriented restrictions, in order to provide better protection against infection.

The Italian government went a step further. Several special protocols regarding the organization of religious gatherings in the state of epidemic have been signed with various religious denominations²³. For

²² M. HILL QC, *Coronavirus*, cit., pp. 7-8.

²³ See: <https://diresom.net/2020/05/15/protocolli-per-le-celebrazioni-delle-confessioni-religiose-diverse-dalla-cattolica/>. Cited in A. MADERA, *The Implications of the COVID-19 Pandemic on Religious Exercise: Preliminary Remarks*, in *Laws* (<https://www.mdpi.com/journal/laws>), vol. 10, issue 2 of 2021, p. 6.



the most part, the protocols contain general safety provisions, similar to the ones indicated in the UK guidance and focusing on the obligation to wear masks, maintaining physical distance, ensuring multiple entrances etc. However, what is important is that in each protocol, section two is devoted to essential and possible changes to religious practices and rituals, and this varies in accordance with the specific characteristics of the practices and rituals of each religious association. As an example, according to the protocol signed with the Jewish community, only one cantor could be present during a religious event, whereas according to the protocol signed with the protestant churches, a special sanitary regime must be applied while administering the Lord's Supper. The scope of liturgy-profiled restrictions in the protocols may not be wide, but it is of great importance that they took into account the specificity of the religious practices and rituals within various denominations and that agreements were concluded with each religious denomination separately. This proves that it is possible to set up activities-oriented restrictions after mutual negotiations between the state and religious associations, and that both parties are positively disposed towards such cooperation.

4 - Advantages of the new model of restrictions

To show the advantages of activities-oriented restrictions, some further issues must be discussed, namely its epidemiological circumstances, religious associations' attitude toward this kind of cooperation with the government, and compliance with the autonomy principle.

By epidemiological circumstances I understand the need for existing restrictions to be constantly reviewed in the light of the ongoing epidemiological situation and reshaped whenever necessary. At the time of writing, the fourth wave of the pandemic is gaining momentum. It can be observed that, at least in the Polish case, the legislator seems to be confused. On the one hand, as the wave picks up, there is a pressing need for effective measures to combat the spread of coronavirus, but on the other hand, a major part of society is double vaccinated and the social willingness to obey far-reaching restrictions has been exhausted. This tension is reflected in legal discussions. Javier Martinez-Torrón rightly observed that the attitude to the limitations of the first waves was characterized by unilateralism, imposition and improvisation, instead of



consultation, cooperation and reflection²⁴. Rethinking the policy from this perspective is not only a theoretical issue, but also an urgent practical need. As demonstrated previously, the premises-oriented limitations are ineffective in preventing transmission and hardly proportionate in the current stage of pandemic. Maintaining such limitations will most probably not gain the public's acceptance. Lack of clarity in the strategy of choosing the restrictions and their inadequacy raises doubts and leads to noncompliance, which negatively impacts effectiveness²⁵. A new model of restrictions has to be developed, because it seems that the pandemic is not a one-time emergency, but is becoming our everyday life, so sooner or later social pressure will make it necessary to introduce new restrictions. Activity-oriented restrictions established together with religious association are a reasonable solution, considering their effectiveness in preventing COVID-19 transmission and compliance with a new model of restrictions, characterized by narrowly targeted scope and cooperation, instead of generality and a top-down administrative approach.

When it comes to the attitude of religious associations, scholars point out two phenomena: the positive and cooperative attitude of religious associations toward the obligation to limit or even temporally suspend religious gatherings, and the need to work closer with religious associations on fighting the pandemic²⁶. This should be particularly appreciated, because limitation of religious freedom is likely to result in conflict rather than dialogue. A survey conducted in Poland among the clergy of various religious denominations shows that all of them declared their readiness to suspend religious practices in part or in whole²⁷. Javier Martínez-Torrón demonstrated that states were less committed to cooperation than religious associations²⁸. Dissent was mainly voiced when the form or a particular element of a restriction became confusing. As long as restrictions on religious freedom placed as much of a burden as restrictions of other fundamental freedoms, objections were uncommon²⁹.

²⁴ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., p. 3.

²⁵ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., pp. 3-4; S. BUDAEV, *Safety and Reverence*, cit., p. 2334; M. HILL QC, *Coronavirus*, cit., pp. 9-10.

²⁶ M. HILL QC, *Coronavirus*, cit., pp. 8-9; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., pp. 10-11.

²⁷ L. SULKOWSKI, G. IGNATOWSKI, *Impact of COVID-19 Pandemic on Organization of Religious Behaviour in Different Christian Denominations in Poland*, in *Religions* (<https://www.mdpi.com/journal/religions>), vol. 11, issue 5 of 2020, pp. 1-15.

²⁸ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., p. 9.

²⁹ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., p. 5.



This issue has been particularly debated in the United States. Mark Hill highlighted two cases on this matter which have been deliberated by the Supreme Court of the United States³⁰. In the case of *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, the preferential relief of restrictions on religious gatherings, vis-à-vis economic activities, was challenged, whereas *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak* concerned premises-oriented restrictions with respect to gambling premises, which were less severe than those imposed on religious premises. In the former case, the Supreme Court blocked the practice that breached religious rights, whereas in the latter the application was rejected, albeit not without strong objections³¹.

Given that the religious associations are open to cooperation, the main question is what are the limits of such an attitude? The survey referred to above shows that religious associations are not ready to resign from, nor substantially change, the important elements of worship, but they are willing to suspend religious services, partially or fully, if necessary³². This point is crucial, because it determines why cooperation with religious associations is necessary. Taking into account that activities-oriented restrictions are more effective from the epidemiological point of view, and are acceptable to religious associations, the issue remains how to safeguard religious autonomy. It is clear that the government has no power to decide which elements of religious practices and rituals are essential or unalterable, and which are not, and therefore can be suspended.

Javier Martinez-Torrón associated this with the state's neutrality principle³³. This principle can be understood in different ways. One of the interpretations relates to the state's duty of non-interference and impartiality, whereas another one, more nuanced, refers to the issue of the place of religion in public institutions³⁴. Let us focus on the first one,

³⁰ M. HILL QC, *Coronavirus*, cit., pp. 12-16.

³¹ Justice Alito wrote in the dissenting opinion that "Nevada would discriminate in favor of the powerful gaming industry and its employees may not come as a surprise, but this Court's willingness to allow such discrimination is disappointing. We have a duty to defend the Constitution, and even a public health emergency does not absolve us of that responsibility". See M. HILL QC, *Coronavirus*, cit., p. 14.

³² L. SULKOWSKI, G. IGNATOWSKI, *Impact of COVID-19*, cit., p. 6.

³³ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *COVID-19 and Religious Freedom*, cit., p. 6-7.

³⁴ J. RINGELHEIM, *State Religious Neutrality As a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach in Oxford Journal of Law and Religion* (<https://academic.oup.com/ojlr>), vol. 6, no. 1 of 2017, pp. 26-27.



developed primarily in *Hasan and Chaush v. Bulgaria*³⁵. In that case, the European Court of Human Rights decided that the state cannot be a party to intradenominational conflicts. Most importantly, the Court added that the government is in principle not entitled to make judgments on the legitimacy of religious beliefs or the means used to express them³⁶. This line of Court's reasoning does not address the main question directly, but none of the Court's previous cases explicitly does either. It suffices to say that according to the Court's established case law, state power over religious associations in terms of doctrine, including forms of religious practices and rituals, is extremely limited. This is even more visible in the cases regarding religious autonomy. The case of *Fernández Martínez v. Spain* shows how broadly the autonomy principle is construed under the European Convention of Human Rights. Even though the case did not directly concern religious practices and rituals, much attention has been paid to the concept of autonomy. The application was brought by Mr. Fernández Martínez, a former Catholic priest who has left the clerical state and was a teacher of Catholic religion in a public school. His contract for conducting religious education classes was not renewed because he had been removed from the list of persons authorized to teach religion at a local bishop's request. The removal decision was motivated by the fact that he had left the clergy and by his involvement in the "married priests" movement, which questioned the Catholic teaching on celibacy, divorce, abortion, and contraception etc. One of the main questions of the case was whether the state can take another position than the church on deciding who can teach religion.

The fact that the case was focused on the legal aspects of teaching religion education in public schools might be irrelevant here, but the essential point is why the Court, with the subsequent support coming from academia, was of the opinion that the state's role in deciding who

³⁵ J. RINGELHEIM, *State Religious Neutrality*, cit., p. 30.

³⁶ J. RINGELHEIM, *State Religious Neutrality*, cit., p. 30; See also case of *Fernández Martínez v. Spain*, no. 56030/07, 15 May 2012: "128. The Court further reiterates that, but for very exceptional cases, the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate (see *Hasan and Chaush*, cited above, §§ 62 and 78). Moreover, the principle of religious autonomy prevents the State from obliging a religious community to admit or exclude an individual or to entrust someone with a particular religious duty (see, mutatis mutandis, *Soyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*, no. 77703/01, § 146, 14 June 2007).".



can teach religion education was very limited³⁷. This is because the religious associations are the only entities authorized to define their own doctrine. The exclusive right of religious groups to decide who can teach their doctrine is an intangible aspect of religious autonomy, precisely because of the right to define their own doctrine³⁸. Judge András Sajó in his dissenting opinion to *Fernández Martínez v. Spain* stated that the state's duty to respect autonomy is gradable, and that it is greater when it comes to matters concerning the internal organization of a religious groups and becomes absolute when it comes to defining religious doctrines. The state enjoys no discretion in determining whether the means of expressing religious beliefs are legitimate³⁹. In other words, even if the principle of autonomy in the Convention standard is gradable, it has an absolute meaning when it comes to the most intimate aspects of religious worship. It cannot be forgotten that activities-oriented restrictions would affect the right of religious associations to define their practices and rituals. This sphere belongs to the same catalogue as defining the religious doctrine and consequently is exempt from state intervention. Consequently, activity-oriented limitations should not be imposed without being previously agreed with religious associations, because otherwise they are likely to violate the principle of religious autonomy.

5 - Safeguarding compliance with restrictions⁴⁰

Even though premises-oriented restrictions seem to be better suited for the purposes of safeguarding both religious rights and public health, one may

³⁷ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Fernández Martínez v. Spain: An Unclear Intersection of Rights*, in *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?*, edited by S. SMET and E. BREMS, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 207, 210.

³⁸ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Manifestations of Religion or Belief in the Case Law of the European Court of Human Rights* in *Religion & Human Rights* (<https://brill.com/view/journals/rhrs/rhrs-overview.xml>), vol. 12, issue 2/3 of 2017, p. 119.

³⁹ I. LEIGH, *Reversibility, Proportionality, and Conflicting Rights*, in *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights*, cit., p. 225.

⁴⁰ I would like to thank all the discussants and participants of the conference "Religious freedom before, during and after Covid-19 between Europe and the Member States" organized under Jean Monnet Module - The European impact on the regulation Law & Religion in Italy and Beyond in Triest, Italy, in November 2021 which helped me with developing this section. I am particularly grateful to Prof. Vincenzo Pacillo whose remarks were particularly meaningful.



raise an objection regarding their practical usefulness. The question is how to ensure that those limitations that are proportionate and compatible with religious rights will be followed by the people.

At the outset, it should be noted that the question “how to improve compliance with restrictions?” is separate from question “how to design restrictions correctly?”. The first question has to do more with the state’s general approach to the pandemic, by which I mean a choice between a strategy based on imposing restrictions and punishing non-compliance, or a strategy based on cooperation.

Nonetheless, the main approach focuses on punishment connected with breaches of restrictions. I believe that such a response creates more difficulties than it solves. Should they be criminal or administrative sanctions? Should the punishment involve a fine, or should it involve imprisonment? How to determine the severity of the penalty, especially since it is virtually impossible to accurately determine the risk that any particular individual will infect others (since there are too many variables affecting the extent of transmission)? Who would be in charge of the inspections? Should they be permanent or sample in nature?

I do not say that the punishment strategy does not work at all. On the contrary, it seems to be able to resolve big scale and large grain cases of restriction breaches, such as on the level of regional, institutional or social groups. If the residents of a certain region, members of a particular religious denomination or the adherents of specific social movements would object to following restrictions, the punishment approach could be effective. However, at the same time it is quite powerless when it comes to fine-grained everyday events.

Considering the above, I think that the scale of the pandemic necessitates adherence to the cooperative approach. As was discussed above, religious institutions have generally displayed a positive attitude to adopting the limitations aimed at fighting the pandemic. The same goes for the social response. The better the restrictions are shaped, the easier they are to understand, and consequently the less severe they are (and appear to be, which is quite important from this point of view), the higher their effectiveness and the level of compliance will be. Accordingly, efforts should primarily be focused on the quality of the limitations and communication with society.

6 - Conclusions



To sum up, I will ask and answer two questions that seem to bring together all the issues at stake.

The first one is as follows: do we need a new model of coronavirus restrictions? The answer is affirmative, for the following reasons:

- premises-oriented limitations no longer suit the current epidemiological situation. On the one hand, scientific research shows that premises-oriented restrictions are not effective in preventing virus transmission. On the other hand, the level of vaccination is higher. Taking all this into account, it is plausible to conclude that premises-oriented limitations ceased to be an effective protection tool;

- given the above, premises-oriented restrictions are no longer proportionate and perpetuating them may violate religious freedom. The aim of imposing restrictions is to safeguard public health and this legitimate aim justifies tolerating restrictions. However, if the legitimate aim cannot be achieved by a chosen tool, such as premises-oriented restrictions, the limitations become a pure and senseless burden on religious freedom;

- the social willingness to follow the premises-oriented restrictions is rapidly decreasing. From the social perspective, it may be confusing that especially after vaccination programs, which promised the return to suspended activities, the restrictions are almost as frustrating as at the beginning of the pandemic.

Having regard to the above, a new model of restrictions needs to be designed anyway, sooner or later. This brings me to my second question: is the activities-oriented model the right one? The answer is again affirmative, for the following reasons:

- there is growing scientific evidence that the main transmission factors are related to the kind of activities carried out within the premises. Consequently, the model of limitations should be focused on the type of religious activities performed and the central question should be how to adjust them to a new situation so that the risk of transmission risk would be significantly reduced;

- activities-oriented restrictions are proportionate, because in this case it would be the religious associations themselves which would decide on how and to what extent the religious rites and practices would be changed to minimize transmission risk; the scope of state's oversight in this aspect would be strictly narrowed and it would concern only the objectively measurable epidemiological effectiveness of the proposed changes;

- activities-oriented restrictions seem more likely to be accepted by society. Activities-oriented limitations would be less constraining, since



they do not prevent believers from attending religious gatherings, and they are also fair and balanced because they allow for account to be taken of changes in the epidemiological situation, along with factors such as increasing vaccination coverage.

Last but not least, it should be kept in mind that COVID-19 restrictions are not a one-time event. Unfortunately, another pandemic may strike again. However, the developed model of restrictions, which may contribute to a more general model of cooperation between the state and religious associations, will stay with us even when COVID-19 is gone, or at least when it will be restrictions to manage it as an endemic disease.



Valerio D'Alò

(Ph. D. candidate in "Human Rights. Theory, History and Practice" at
University of Naples "Federico II", Department of Law)

Religious freedom during Covid-19 in Courts' evaluation *

TABLE OF CONTENTS: 1. Premise - 2. Italy: the relevance of the possibility of satisfying religious feeling through the alternatives offered by computer tools - 3. Germany: the non-belonging of the public exercise of worship to the *Wesensgehalt* of the right to religious freedom - 4. France: the suspension of religious ceremonies as a "serious and manifestly unlawful interference" with religious freedom - 5. United States of America: the participation in religious services as the "heart of the First Amendment's guarantee of religious liberty" - 6. Concluding remarks.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to examine the position and the scope of the right to religious freedom in the case law of the national courts of some European and non-European countries, which are called upon to establish the legitimacy or otherwise of the balancing realized by the emergency regulation against Covid-19 between this interest and the equally important one of health. Such evaluations, essentially conducted by the judges using the principle of proportionality (as well as that of reasonableness), betray, in fact, in the phase of verification of the adequacy of the measure (so-called *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) the identification of the sphere of intangibility within the right, removed from further balancing. The systems taken into consideration for this purpose are the Italian, German, French and American ones, identified as significant expressions of different regimes of relations between the State and religious denominations, and, therefore, tending to a different overall attitude of the State towards religious experience.

1 - Premise

The Covid-19 pandemic has required all States to adopt measures to manage the risk, whether remote or realised, arising from the spread of the virus. This is to protect the health of individuals, recognised and guaranteed as a fundamental right, as affirmed not only by national Constitutions but also by supranational charters of rights¹.

* Paper selected by the organizing Committee.

¹ See Art. 25, par. 1, of the Universal Declaration of Human Rights of 1948; Art. 12 of



Measures to combat the pandemic have highlighted the problems of balancing health protection with other fundamental rights and freedoms².

In this context, religious freedom has also seen its sphere of operation restricted, particularly in the dimension of the public exercise of worship, through measures that have led to the suspension of religious rites or limited the number of participants³.

The aim of this article is therefore to examine the position and scope of the right to religious freedom recognised by the case law of the national courts of some European and non-European countries - specifically, Italy, Germany, France and the United States of America - called upon to establish the legitimacy or otherwise of the balancing realized by the emergency regulation between this interest and the equally important one of health.

Such evaluations, essentially conducted by the judges using the principle of proportionality⁴ (as well as that of reasonableness⁵), betray, in

the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966; Art. 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2000. It is particularly noteworthy that Art. 12, par. 2, lett. c), ICESCR expressly mentions “*the prophylaxis, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases*” as measures to be adopted by States to ensure the full implementation of the right to health. Cf. *ex multis* **M. SSENYONJO**, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Hart, Oxford, 2009.

² Cf. G.A. CHIESI, M. SANTISE (edited by), *Diritto e Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020; S. STAIANO (edited by), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

³ Cf. P. CONSORTI (edited by), *Law, Religion and Covid-19 emergency*, DiReSoM, Pisa, 2020, <https://diresom.net/2020/05/07/diresom-papers-1-ebook-law-religion-and-covid-19-emergency/>; F. BALSAMO, D. TARANTINO (edited by), *Law, Religion and the spread of Covid-19 pandemic*, DiReSoM, Pisa, 2020, <https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/11/law-religion-and-the-spread-of-covid-19-pandemic.pdf>; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, B. RODRIGO LARA (edited by), *COVID-19 y libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2021.

⁴ Cf. **A. STONE SWEET, J. MATHEWS**, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 2008; **A. BARAK**, *Proportionality*, Cambridge University Press, 2012.

The principle of proportionality results from the combination of three different elements: - suitability (*Geeignetheit*), which is the ability of the act to achieve the objectives which it proposes; - necessity (*Erforderlichkeit*), which, among several equally effective means, makes it possible to identify the one which has the least negative impact on the sphere of the individual; - adequacy or proportionality in the strict sense (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), which is a “quantitative constraint on choice”, comparing and weighing the benefits arising from the pursuit of the objective at which the act is aimed against the costs it imposes on other rights and interests at stake.



fact, in the phase of verification of the adequacy of the measure (so-called *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) - which, as known, expresses the "quantitative constraint of the choice"⁶ - the identification of the sphere of intangibility within the right, removed from further balancing⁷.

The attention is focused on the German and French legal systems, as significant expressions of a regime of relations between the State and religious denominations, the first of a pact matrix⁸ - similar to the Italian one -, the second of a separatist⁹ and "lay"¹⁰ type, and, therefore, tending to a different overall attitude of the State towards religious experience.

⁵ Cf. **AA. VV.**, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario - Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994.

Reasonableness, according to a first meaning, represents a criterion of judgement aimed at censuring the decision of a public authority which - according to the so-called *Wednesbury test*, which is the leading English case on the subject - is "so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the power of the authority" or "so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it".

According to another meaning, the principle of reasonableness expresses the prohibition of arbitrary treatment, i.e. a rule of coherence of the legal system, constituting a manifestation of the principle of equality. It requires an assessment of whether, from the point of view of the *ratio legis*, it is justifiable that the contested rule should be different from the rule used as a *tertium comparationis*. Such control will be particularly rigorous (*strict scrutiny*) if the difference in rules runs counter to the strong core of the principle of equality.

⁶ Cf. **A. SANDULLI**, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998, p. 373.

⁷ Cf. **J. RIVERS**, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in *Cambridge Law Journal*, 65, 1, 2006, pp. 174-207; **M. KUMM**, *Political Liberalism and the Structure of the Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in G. PAVLAKOS (edited by), *Law, Rights, Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart, Oxford, 2007; **G. PINO**, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2, 2014, pp. 541-556, in particular p. 550 ff.

⁸ Cf. **A. LICASTRO**, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione Europea: lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 36 ff.; **C.G. JOPPKE**, *Religion and Loyalty in a Non-Laic Regime*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2016, p. 85 ff.; **H.M. HEINIG**, *The Concept of Religious Neutrality under German Constitutional Law: General Problems and Current Debates*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2018, p. 57 ff.; **A. FRANCIA, L. TRAPASSI**, *I rapporti giuridici fra lo Stato e la Chiesa in Germania. Lineamenti di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁹ See *loi 9 décembre 1905, concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*. In argument, cf. **J. BOUSSINESQ**, *La laïcité française*, Éditions du Seuil, Paris, 1994; **L. GOVERNATORI RENZONI**, *La separazione tra Stato e Chiesa in Francia e la tutela degli interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 1977; **B. BASDEVANT-GAUDAMET**, *État et Églises en France*, in G.



From this point of view, the analysis of the jurisprudence of the Supreme Court of the United States is inspired not only by the objective of examining the approach adopted to the issue in question in a legal context outside of the so-called “European legal space”¹¹, but also by the intention of analysing the solutions adopted in a legal system which, although belonging like the French one to the separatist model¹², expresses an attitude of general favour towards the religious factor¹³.

2 - Italy: the relevance of the possibility of satisfying religious feeling through the alternatives offered by computer tools

ROBBERS (edited by), *État et Églises dans l'Union européenne*, 2th ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, p. 166 ff.; A. LICASTRO, *Il diritto statale*, cit., p. 31 ff.

¹⁰ See Art. 1 of the 1958 French Constitution, which expressly describes France as an “indivisible, laïque, démocratique et sociale”. Cf., in argument, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Stato e religioni nella Francia separatista e nell'Italia concordataria. Verso un modello europeo di laicità?*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 4, 2006, p. 562 ff.; M. d'ARIENZO, *La laicità francese: “aperta”, “positiva” o “im-positiva”?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Online journal (<https://www.statoechiese.it>), December 2011; EAD., *La “religione della laicità” nella Costituzione francese*, in P. BECCHI, V. PACILLO (edited by), *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Eupress-FTL, Lugano, 2013, p. 139 ff.; P. VALDRINI, *Il principio di laicità nel diritto francese. Neutralità dello Stato e libertà dei cittadini*, in *Eph. iur. can.*, 2015, p. 39 ff.

¹¹ On the meaning of “European legal space” cf. A. VON BOGDANDY, *Il diritto europeo oltre l'Unione sempre più stretta: ricostruzione del concetto e della metodologia comparativa della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1, 2017, p. 9 ff.

¹² Cf. M. TEDESCHI, *Stato e Chiese negli Stati Uniti d'America*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 104 ff.; ID., *Alle radici del separatismo americano*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2006, p. 157 ff.; F. ONIDA, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extraeuropei*, in F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, il Mulino, Bologna, 2000; G. D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹³ Cf. P. SCHAFF, *Church and State in the United States, or the American Idea of Religious Liberty and Its Practical Effects, With Official Documents*, Charles Scribner's Sons, New York, 1888, in which is exposed the well-known formula “[Religious liberty] is freedom in religion, not freedom from religion”; M.W. McCONNELL, *Accomodation of religion: an update and a response to the critics*, in *George Wash. L. Rev.*, 1992, p.685 ff.; C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il sistema pattizio*, il Mulino, Bologna, 1992, p. 30 ff.



In Italy, during the first phase of the emergency, measures were adopted that drastically limited the public exercise of religion, which is generally protected by Article 19 of the Constitution¹⁴.

In contrast to what happened in other countries, there were no questions of legitimacy in terms of violation of religious freedom brought before the courts, except for a monocratic decree of the *Tribunale Amministrativo Regionale* (Administrative Regional Court) of Lazio, which will be returned to shortly.

In spite of the undoubted tension to which religious freedom was subjected by the first measures, the enhancement of loyal and reciprocal cooperation between the State and religious confessions - elevated, as is well known, as regards relations with the Catholic confession to the rank of principle by Article 1 of the 1984 Agreement between the Italian Republic and the Holy See¹⁵ - had prevented potential conflicts that could arise from measures drawn up, inter alia, without prior agreement with the ecclesiastical authority¹⁶.

More specifically, with Art. 2, par. 1, lett. v), Prime Ministerial Decree of 8 March 2020¹⁷, as well as with the combined provisions of Art. 1, par. 1, Prime Ministerial Decree of 9 March 2020¹⁸ and Article 1, par. 1, letter i), Prime Ministerial Decree of 8 March 2020, it was established that:

“the opening of places of worship is conditional on the adoption of organisational measures such as to avoid crowds of people, taking

¹⁴ “All people have the right freely to profess their religious faith in any form, individually or in association, to propagate it and to worship in private or in public, except for rites contrary to public morality” (my translation).

¹⁵ “The Italian Republic and the Holy See reaffirm that the State and the Catholic Church are, each within its own order, independent and sovereign, committing themselves to full respect for this principle in their relations and to mutual cooperation for the promotion of the human person and the good of the Country” (my translation). Cf. **G. LO CASTRO**, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 Accordo di Villa Madama*, Giuffrè, Milano, 1985; **G. CASUSCELLI**, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese e lo Stato per “il bene del Paese”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., October 2011; **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell'art. 1 Accordo di revisione concordataria)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., no. 3 of 2014.

¹⁶ Cf. **F. BALSAMO**, *The loyal collaboration between State and religions at the testing bench of the Covid-19 pandemic. A perspective from Italy*, in P. CONSORTI (edited by), *Law, Religion and Covid-19 Emergency*, cit., p. 47 ff.

¹⁷ Cf. G.U. 8 March 2020, no. 59 (available at <http://gazzettaufficiale.it>).

¹⁸ Cf. G.U. 9 March 2020, no. 62 (available at <http://gazzettaufficiale.it>).



into account the size and characteristics of the places, and such as to ensure that visitors are able to respect the distance between them of at least one meter referred to in Annex 1 letter d). Civil and religious ceremonies, including funeral ceremonies, are suspended”.

On the basis of this rule, churches and, in general, places of worship can be open, provided that distances can be maintained within them, but the ban on holding “ceremonies” persists.

The rationale of the measure is clear and the decision is the result of a prior discriminating choice between “essential” and “non-essential” services, which the government authority took on the basis of political discretion, deciding that the needs of public manifestation of worship are not “essential” and therefore should certainly be prohibited¹⁹.

In line with the downward trend of the epidemiological curve, the Prime Ministerial Decree of 26 April 2020²⁰ provided for some relaxation of the restrictions ordered by the previous measures.

To this end, for example, travel has been allowed “to meet relatives, provided that the prohibition on gathering and interpersonal distances of at least one meter are respected and that respiratory protection is used” (Art. 1, par. 1., lett. a)), or the number of commercial activities (Art. 1, par. 1, lett. z)) and production activities (Art. 2, par. 1) that may be carried out has been extended.

With regard to religious activities, Art. 1, par. 1, letter i), of the cited decree, besides confirming the rule which subordinates the opening of places of worship to the adoption of organizational measures guaranteeing the interpersonal distance, has permitted

“funeral ceremonies with the exclusive participation of relatives and, in any case, up to a maximum of 15 persons, with functions to be held preferably in the open air, wearing respiratory protection and strictly respecting the interpersonal safety distance of at least one meter”.

This measure, unlike the previous limitations, was not welcomed by the Italian Episcopal Conference, which issued a press release²¹ stating that the exclusion of the possibility of celebrating Mass with the people

¹⁹ On this point, please refer to **V. D'ALÒ**, *Covid-19: limitations to public worship in Italy, Spain and Poland*, in P. CONSORTI (edited by), *Law, Religion*, cit., p. 73 ff.; **ID.**, *La libertà religiosa nell'emergenza da Covid-19*, in G.A. CHIESI, M. SANTISE (edited by), *Diritto e Covid-19*, cit., p. 561 ff.

²⁰ Cf. G.U. 27 April 2020, no. 108 (available at <http://gazzettaufficiale.it>).

²¹ See *Nota dell'Ufficio Nazionale per le Comunicazioni Sociali* of 26 April 2020, no. 34 (available at <https://comunicazionisociali.chiesacattolica.it/dpcm-la-posizione-della-cei/>).



was “arbitrary”, and complaining about the violation of freedom of worship and the Church's autonomy. Criticisms were soon overcome with the signing of a bilateral protocol on 7 May 2020, and its subsequent implementation in the Prime Minister's Decree of 17 May 2020²², which regulates the resumption of religious services with the participation of the faithful as of 18 May 2020. This solution was also discussed with the representatives of non-Catholic denominations.

The decree of 26 April 2020 was the subject of an application for a monocratic precautionary measure before the *Tribunale Amministrativo Regionale* of Lazio²³, which, in disregarding it, held that the sacrifice of the need to physically participate in religious ceremonies could be temporarily offset by the possibility of satisfying one's religious sentiments by taking advantage of the numerous alternatives offered by computer tools.

However, it should be noted that the grounds for the above-mentioned decision are limited to verifying the reasons of “extreme gravity and urgency”, such as “do not allow even the delay until the date of the council chamber” (see art. 56, paragraph 1, legislative Decree no. 104 of 2 July 2010 - Administrative Procedure Code). These requirements were clearly not met in this case.

It is not possible, therefore, to deduce a full assessment of the measure by the administrative judges, except that the Government's choice appeared at least appropriate to the objective pursued.

3 - Germany: the non-belonging of the public exercise of worship to the *Wesensgehalt* of the right to religious freedom

In Germany, questions of the legitimacy of emergency measures from the point of view of violation of religious freedom have been the subject of rulings by the courts of the various *Länder*, as well as the *Bundesverfassungsgericht*, which is ultimately referred to the institution of *Verfassungsbeschwerde* (Art. 93, par. 4, *Grundgesetz* - GG²⁴).

²² Cf. G.U. 17 May 2020, no. 126 (available in <http://gazzettaufficiale.it>).

²³ Cf. T.A.R. Lazio, Roma, First Section, decree of 29 April 2020, no. 3453 (available at <https://www.giustizia-amministrativa.it>).

²⁴ “The Federal Constitutional Court shall decide: [...] 4a. on appeals for constitutionality (*Verfassungsbeschwerden*) which may be brought by any person who considers that one of his fundamental rights or one of the rights provided for in Articles 20, par. 4, 33, 38, 101, 103 and 104 has been infringed by the public authority” (my



On the basis of the *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz, IfSG)*²⁵ of 2000, the State may order restrictions and limitations even to constitutionally recognised fundamental rights, the implementation of which is left to the individual *Länder* through their own legislation²⁶.

For the purposes of this discussion, two cases deserve to be examined in order to appreciate the role played by the principle of proportionality.

The first arose from an administrative appeal lodged by a Pontifical Society of Apostolic Life against the *Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2* of Berlin, which had banned religious celebrations open to the public, either outdoors or indoors, as they were a source of potentially dangerous gatherings²⁷. However, places of worship were allowed to be open for individual visits.

At first instance, the application was rejected by the *Verwaltungsgericht* of Berlin²⁸, which stated that the measure did not infringe the right to free exercise of religion, recognised and guaranteed by Art. 4, par. 2, GG²⁹.

In fact, the *Gericht* found that the prohibition of religious ceremonies is, first of all, a measure proportionate to the aim of protecting the right to life and physical integrity protected by Art. 2, par. 2, GG³⁰.

translation).

²⁵ Available at <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/ifsg.pdf>

²⁶ See, in particular, parr. 28a and 28b (*Special protective measures to prevent the spread of coronavirus disease-2019 (Covid-19)*).

²⁷ Cf. GVBl. S. 220, ber. S. 224 (available at https://lexcorona.de/lib/exe/fetch.php?media=rechtsakteland:berlin:ber_eindaemmungsmassnahmenvo-nach-senat-2020-03-22.pdf).

²⁸ VG Berlin, ordinance of 7 April 2020, no. 14/L/32/20 (available at <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE200007387>).

²⁹ Art. 4 GG: “1. Freedom of opinion, of conscience and freedom of religious and ideological confession are inviolable. 2. The free exercise of worship shall be guaranteed. 3. No one may be compelled against his conscience to perform armed service in time of war. The details are laid down in a federal law” (my translation).

³⁰ Art. 2 GG: “1. Everyone has the right to the free development of his or her personality, insofar as he or she does not violate the rights of others or transgress the constitutional order or moral law. 2. Everyone has the right to life and physical integrity. The freedom of the person is inviolable. Only the law may restrict these rights” (my translation).



Above all, however, the restriction imposed does not constitute a violation of the freedom to worship, since the possibility of going individually to pray in places of worship and attending religious services by means of telematic and computerised means are still permitted.

The *Oberverwaltungsgericht* (Higher Administrative Court) of Berlin-Brandenburg³¹ followed the same line of argument, confirming the decision of the court of first instance and pointing out that the measure did not affect the substance of religious freedom, but rather the way it is organised.

Lastly, the matter was referred to the *Bundesverfassungsgericht*, which rejected the request for a "suspensive order" in an order dated 10 April 2020³², stating that the contested measure was proportionate to the contingent need to protect health and physical integrity, although any extension would require a further rigorous examination of its proportionality.

In an order dated 29 April 2020³³, the Federal Constitutional Court came to a partially different conclusion with regard to the Lower Saxony regulation challenged by the local Islamic community, which established a total ban on assembling in places of worship³⁴.

In support of its appeal, the applicant association invoked not only a violation of Art. 4 GG, but also of the principle of equality under Art. 3, par. 1, GG, complaining that situations of assembly involving less constitutionally protected interests - for example, queues in front of shops - were allowed, while the inter-personal safety distance of 1.5 meters was established.

However, while the *Oberverwaltungsgericht* of Lünenburg³⁵ considered the measure proportionate, since its effects were limited in

³¹ OVG Berlin-Brandenburg, 8 April 2020, no. 11/S/21/20 (available at <https://openjur.de/u/2257561.html>).

³² Bundesverfassungsgericht, Erster Senat, 10 April 2020, no. 1/BVQ/31/20 (available at https://www.bverge.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410_1bvq003120.html).

³³ Bundesverfassungsgericht, Erste Senat, 29 April 2020, no. 1/BVQ/44/20 (available at https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429_1bvq004420.html).

³⁴ Cf. §§ 2, 8 and 9 of *Niedersächsische Verordnung zum Schutze vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus* of 17 April 2020, as modified by *Änderungsverordnung* of 24 April 2020 (available at https://lexcorona.de/lib/exe/fetch.php?media=rechtsakteland:niedersachsen:niedersaechsische_verordnung_zum_schutz_vor_neuinfektionen_mit_dem_corona-virus_vom_17._april_2020.pdf).

³⁵ OVG Niedersachsen, 23 April 2020, no. 13/MN/109/20 (available at <https://openjur.de/u/2199303.html>).



time and involved only the expression of collective religious freedom, and not also the possibility of exercising forms of spiritual assistance and outdoor religious services, the *Bundesverfassungsgericht* considered the measure disproportionate in its absolute nature. More specifically, the Constitutional Court stated that the principle of proportionality would be breached if a religious community was able to provide the health authority with guarantees to exclude the risk of the virus spreading.

From the assessments of the German judges, it seems to be possible to infer that the dimension of the public exercise of religion does not belong to the essential content (*Wesensgehalt*) of the right to religious freedom provided for in Article 4 of the GG. In fact, according to Art. 19, par. 2, GG, “under no circumstances may a fundamental right be infringed in its essential content (*Wesensgehalt*)”.

On the other hand, the relationship with a minister of religion for the purpose of spiritual assistance seems to be taken into account differently, both in law and in case law, since it constitutes, as the *Amtsgericht* of Altenburg (Thuringia)³⁶ pointed out in an appeal brought by a Lutheran pastor against the absolute ban on access to places of care, the heart of the Churches’ duties. Moreover, the *Infektionsschutzgesetz*, the federal law on health emergencies, expressly states that in the event of quarantine, the minister of religion involved in the care of souls must always be allowed to visit the sick person, in compliance with all safety procedures (Art. 30, par. 4), while “other persons” may be admitted at the discretion of the attending doctor.

4 - France: the suspension of religious ceremonies as a “serious and manifestly unlawful interference” with religious freedom

As far as French law is concerned, mention should be made of the decision of the *Conseil d’État* no. 440366 of 18 May 2020³⁷, rendered in *référé-liberté*³⁸.

³⁶ *Amtsgericht Altenburg*, 14 April 2020, no. 26/ar(bd)/24/20 (available at https://www.Thueringen.de/th4/olg/gerichte_in_thueringen/landgericht_gera/amtsgericht_altenburg/index.asp).

³⁷ *Conseil d’État*, 18 May 2020, no. 440366 (available at <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-18-mai-2020-rassemblements-dans-les-lieux-de-culte>).

³⁸ This is an emergency procedure, provided for by French law in a Article L. 512-2 of the Code of Administrative Justice, which can be initiated in the event of a serious breach of fundamental freedoms by a public authority, and in respect of which the court before



This ruling concerns the Decree of the President of the Council of Ministers no. 2020-548 of 11 May 2020 - which, in laying down measures to combat the pandemic in the so-called “phase 2” - established in Art. 10, par. 3³⁹, the permanence of the prohibition of any gathering or meeting in places of worship, with the exception of funeral ceremonies, limited to twenty people.

The *Conseil d'État* considered that such a provision was “disproportionate to the objective of preserving public health” and that, therefore, given the essential nature of collective participation in worship, it constituted “a serious and manifestly unlawful interference”⁴⁰ with freedom of worship.

In fact, the *Conseil d'État* states that measures aimed at safeguarding the health of the population may limit the exercise of fundamental rights and freedoms; however, they must be “necessary, appropriate and proportionate to the objective of protecting public health which they pursue”⁴¹.

The Supreme Administrative Court then pointed out that freedom of worship, as recognised by Art. 10 of the *Declaration de droit de l'homme et du citoyen* of 1798⁴², Arts. 1 and 25 of the *Loi de separation* of 9 December 1905⁴³ and Art. 9 ECHR

“is not limited to the right of each individual to express the religious convictions of his choice in compliance with public order”, but includes “among its essential components, the right to participate collectively, with the same reservation, in ceremonies, in particular in places of worship”⁴⁴.

which the case is brought is required to give its ruling within 48 hours.

³⁹ Available at <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000041898824/2020-05-21/>.

⁴⁰ Cf. *Conseil d'État*, 18 May 2020, no. 440366, par. 34.

⁴¹ *Ibidem*, par. 6.

⁴² “No one shall be harassed for his or her opinions, including religious opinions, provided that the manifestation of such opinions does not disturb the public order established by law” (my translation).

⁴³ Art. 1: “The Republic guarantees freedom of conscience. It guarantees the free exercise of religion subject only to the following restrictions in the interests of public order” (my translation).

Art. 25: “Reunions for the celebration of worship held in premises belonging to a religious association or placed at its disposal are public. They are exempt from the formalities of Article 8 of the Law of 30 June 1881, but remain under the control of the authorities in the interest of public order” (my translation).

⁴⁴ *Conseil d'État*, cit., par. 11.



The Court's reasoning also includes considerations of reasonableness and equal treatment.

In fact, the decree of 11 May 2020 provides for less restrictive regimes for access to the public for a number of activities, some of which are exposed to a greater risk than religious ceremonies (e.g. passenger transport services). Activities, it is stressed, in which “the fundamental freedoms at stake are not the same”⁴⁵.

The amendment in the sense indicated by the Conseil d'État was then made by Decree No 2020-604 of 20 May 2020⁴⁶.

5 - United States of America: the participation in religious services as the “heart of the First Amendment’s guarantee of religious liberty”

With regard to the assessment of the legitimacy of the measures adopted in the United States to combat the pandemic by limiting religious freedom, it is particularly interesting to analyse two cases brought to the attention of the United States Supreme Court, namely *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*⁴⁷ and *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Cuomo*⁴⁸, which, although they challenge substantially similar measures, have different outcomes for the following reasons.

Before proceeding to a brief analysis of the arguments of the *opinions* rendered in the two cases that appear to be most significant for the different outcomes they reach, it seems appropriate to briefly recall that in the American legal system, religious freedom is specifically covered by the *free exercise clause* of the First Amendment of the US Constitution⁴⁹, which, according to the consolidated interpretation of the American Supreme Judges, prohibits the adoption of acts that limit or

⁴⁵ *Ibidem*, par. 32.

⁴⁶ Available at <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041897835/>.

⁴⁷ U.S. Supreme Court of the United States, *affaire* South Bay United Pentecostal Church et alii v. Gavin Newsom, Governor of California et alii, 29 May 2020, 590 U.S. (2020), available at https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf.

⁴⁸ U.S. Supreme Court of the United States, *affaire* Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York, 25 November 2020, 592 U.S. (2020), available at https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf.

⁴⁹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion (Establishment Clause), or prohibiting the free exercise thereof (Free Exercise Clause)”.



prohibit a certain activity solely because of its religious character or impose a specific burden on conduct that expresses religious beliefs⁵⁰.

Having said that, in the *South Bay United Pentecostal Church* case, the Supreme Court ruled on a *preliminary injunctive order* - i.e. a request for a precautionary suspension - against an executive order issued by the Governor of the State of California, which limited the presence in places of worship to 25% of the building's capacity or, in any case, to a maximum of 100 people. This order, in fact, amended the measures originally challenged before the State Court, which had ordered the closure of all non-essential activities, including places of worship.

On 29 May 2020, the supreme judges rejected the recourse by a majority of five votes to four, without providing any shared reasons (*per curiam*).

Within the majority, only *Chief Justice* Roberts wrote a *concurring opinion*⁵¹, in which he pointed out that the restrictions adopted by the Governor of California, first consisting in the total closure of places of worship, then in their reopening with restrictions, did not violate the *free exercise Clause* of the First Amendment, since the discriminatory nature of the restriction was not “indisputably clear”, since other non-religious activities - such as conferences, concerts and theatrical performances - are also subject to more or less similar restrictions. To this conclusion, *Justice* Roberts also points out that with respect to “*political questions*”, such as the protection of health, where decisions on the point are related to factual contingencies and medical and scientific knowledge is uncertain, the federal judiciary must adopt a “*deferential*” approach, ensuring the public authorities the necessary margin of action.

Of particular interest, however, is the *dissenting opinion* drawn up by *Justice* Kavanaugh and shared by *Justices* Gorsuch and Thomas⁵², who, on the other hand, found a violation of the free exercise clause, since the contested measures discriminate against places of worship with respect to other comparable activities and contexts.

⁵⁰ Cf. in argument **B. RANDAZZO**, *Le laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., October 2008, p. 59 ff. and, in particular, the cases cited there.

⁵¹ U.S. Supreme Court of the United States, *affaire South Bay United Pentecostal Church et alii v. Gavin Newsom, Governor of California et alii*, 29 May 2020, 590 U.S. (2020), pp. 1-3 (available at https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf).

⁵² U.S. Supreme Court of the United States, *affaire South Bay United Pentecostal Church et alii v. Gavin Newsom, Governor of California et alii*, 29 May 2020, 590 U.S. (2020), pp. 4-6 (available at https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf).



Moreover, the dissenters point out that “California has ample options that would allow it to combat the spread of COVID-19 without discriminating against religion”, limiting itself, for example, to providing for respect for social distance during participation in religious ceremonies.

The latter observation constitutes no more than an application of the principle of proportionality, from the point of view of the necessity of the measure, since, according to the *dissenting opinion*, the objective of protecting public health could be achieved by means less invasive of freedom of religion.

The principle of proportionality, together with the principle of reasonableness, is the cornerstone of the *per curiam* opinion in *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Cuomo*, in which the Supreme Court marks a strong discontinuity with its precedents.

In the case in question, the Supreme Court was called upon to rule on the application for injunctive relief submitted by the Catholic Diocese of Brooklyn, with which the Agudath (an organisation representing Jewish *haradim*) was associated, against the executive order of 6 October 2020 issued by the Governor of the State of New York, which divided the territory of the State into three risk zones (yellow, orange and red), setting a limit of ten people in the red zones and 25 in the orange zones for access to places of worship.

While the State Courts rejected the application for precautionary suspension, the Supreme Court, on the other hand, found that the conditions for granting it were met.

From the point of view of *fumus boni iuris*, the judges considered that the contested restrictions violated “the minimum requirement of neutrality” with regard to religion. In fact, it is noted that in the red zone, while a synagogue or a church cannot admit more than 10 people, businesses classified as “essential” - including acupuncture centres, campsites, garages - can admit as many people as they want without any limit. This inequality of treatment is even more evident in the orange zone, where even “non-essential” businesses can decide for themselves how many people to admit.

Consequently, restrictions on access to places of worship cannot be considered “neutral” and of “general applicability”. Therefore, they must satisfy *strict scrutiny*, i.e. they must be narrowly tailored to serve a compelling state interest. In other words, it must be verified that they restrict freedom of worship just enough to stem contagion.

This is not the case, since the contested measures are much stricter than what is shown to be necessary to prevent the spread of the virus in the applicants' services and there are many other rules that are less



restrictive than those that could be adopted to minimise the risk to those attending religious services.

The ruling also states that it is difficult to believe that admitting more than 10 people into a 1,000-seat church or a 400-seat synagogue would create a greater health risk than the many other activities that the State permits.

It can therefore be said that in the Court's assessment the measures adopted by the State of New York are in tension with the criteria of reasonableness and proportionality.

Finally, it is important to highlight what the Supreme Court said about the *periculum in mora* and the absence of prejudice to the public interest.

The judges state that

“the loss of First Amendment freedoms, even for minimal periods of time, undoubtedly constitutes irreparable harm”. Indeed, “[t]he remote viewing [of religious services] is not the same thing as personal participation. Catholics watching a Mass at home cannot receive communion, and there are important religious traditions in the Orthodox Jewish faith that require personal presence”.

The Court ultimately considers attendance at “religious services” to be “the heart of the First Amendment's guarantee of religious liberty”. And since “even in a pandemic, the Constitution cannot be put away and forgotten” it is necessary to “conduct a serious examination of the need for such a drastic measure” as attending religious ceremonies.

The Court came to a similar conclusion in the application for injunctive relief in the *South Bay* case of 5 February 2021⁵³, thus adopting a decision to the contrary of that made in the interlocutory proceedings.

6 - Concluding remarks

The application of the principles of proportionality and reasonableness in assessing the legitimacy of measures restricting the right to exercise religious freedom has led to different outcomes in the various rulings of national courts.

⁵³ U.S. Supreme Court of the United States, *affaire South Bay United Pentecostal Church et alii v. Gavin Newsom, Governor of California et alii*, 5 February 2021, 592 U.S. (2021), available at https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a136_bq7c.pdf.



With regard to proportionality, there is first of all a different assessment of the necessity or adequacy of the measure, i.e. the tolerability of the compression of the right to religious freedom in relation to the interest of protecting public health pursued.

While the French *Conseil d'État* held that the suspension of religious ceremonies constituted a “serious and manifestly unlawful interference” with religious freedom, given the “essential nature” of collective participation in worship, German judges, on the other hand, generally held that the ban on religious celebrations open to the public was a proportionate measure in relation to the objective of protecting the right to life and physical integrity and that, in particular, there was no violation of the right to the free exercise of religion within the meaning of Art. 4, par. 2, GG.

The Italian judge, on the other hand, did not see any serious and irreparable damage such as to justify the issuing of a monocratic precautionary measure *inaudita altera parte* in the prohibition of religious ceremonies, considering that the sacrifice of that interest was temporarily offset by the possibility of satisfying one's religious feelings with the help of telematic and computerised tools (i.e. streaming of religious ceremonies).

On the other hand, in the case of *Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, the Supreme Court of the United States went so far as to hold that there was no need for a measure limiting the number of participants in religious ceremonies; an assessment that was also linked to the finding of unequal treatment with respect to places of worship, as well as to the explicit statement that participation in “religious services” constitutes “the heart of the First Amendment's guarantee of religious freedom”.

While the assessment of necessity is unquestionably related to the concrete factual situation that serves as a basis for the various measures, it is of fundamental interest to note the different consideration given in the judgments analysed to the dimension of the public exercise of religion in the context of the regulation of the right to religious freedom.

Whereas French and American judges expressly affirm the essential nature of collective participation in religious rites, German judges take a different view. They seem to see the hard core of religious freedom in the possibility of satisfying one's own religious sentiments, to which collective participation in worship is merely instrumental. This is how the assessment of the adequacy of the measures to suspend religious ceremonies should be interpreted, given the possibility of satisfying one's religious feelings through other means, such as individual prayer, even in the place of worship, or through information technology.



In conclusion, there are two profiles that seem to emerge from the analysis carried out.

The first is that - at least with reference to the current historical phase - the dimension of the collective exercise of worship is not unequivocally considered to belong to the essential content of the right to religious freedom, *i.e.* to what the regulation of this right cannot absolutely not include, as such not susceptible to further balancing.

From a comparative point of view, it is extremely interesting to note that the recognition of the essential nature of the faculty of collective exercise of worship within the content of the right to religious freedom comes from systems expressing the separatist model, as opposed to those of the covenant type, where it seems to be reduced to the possibility of satisfying one's own religious sentiment. While this circumstance is not particularly surprising in the case of the American system, which is characterised by a traditional *favor religionis*, it may be unexpected in the case of the French system, where the idea of *laïcité*, although it has evolved in the sense of guaranteeing the pluralism of society through neutrality in religious matters, was historically born in the sense of a *laïcité de combat*, hostile and combative with respect to denominational claims⁵⁴.

⁵⁴ Cf. M. d'ARIENZO, *La laicità francese*, cit., p. 3 ff.



Giuseppina Scala

(Academic Fellow at Bocconi University “Angelo Sraffa”,
Department of Legal Studies)

**The Legal Culture of ‘Trust’ in the Swedish State by Religious
Communities seen through the lens of the Pandemic**

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction - 2. The Protection of Religious Freedom within the Swedish Constitutional Framework - 3. Sweden as a *sui generis* Legal Order within Europe during the Pandemic and the Specificity of the Measures adopted to counter Covid-19 - 4. Religious Freedom in Sweden during the Covid-19 Pandemic. A Subordinated Protection based on a Trust-Oriented Response - 5. The Legal Culture of ‘Trust’ in the State as the Grounds for the ‘Respectful Collaboration’ of Religious Communities.

ABSTRACT: The Covid pandemic has an enormous impact on individual rights. This is true also for the freedom to manifest one’s religion and Sweden represents an exceptional case study because the strategies the Swedish Government has adopted to limit the spread of the virus are distinct from those adopted in other European countries. The article will first analyse Swedish constitutional provisions with reference to the protection of religious freedom. Second, the article will offer some examples concerning the distinguishing features of the measures adopted by the Swedish Government. Third, attention will be dedicated to the analysis of the conduct of the Church of Sweden and of other religious communities with regard to the governmental decisions to counter Covid-19. The main argument of this article is that the concept of ‘Trust’ can both justify the responses of the religious communities and be used in the broader perspective of the upcoming legislative reforms regarding religious communities.

1 - Introduction

After emerging on the world scenario, the unprecedented challenge of the Covid pandemic alarmed doctors, journalists, politicians, sociologists and of course legal scholars. In fact, from a legal perspective, the health crisis had and still has an enormous impact on individual rights. This is true also for the freedom to manifest one’s religion both in the private and public sphere and, in this regard, Sweden represents an interesting case study because the strategies it has adopted to limit the spread of the virus are distinct from those adopted in other European countries.



Starting from this premise, the article will first analyse Swedish constitutional provisions with reference to the protection of religious freedom. Second, the article will offer specific examples concerning the distinguishing features of the measures adopted by the Swedish Government compared to those deliberated elsewhere. Third, attention will be dedicated to the analysis of the conduct of the Church of Sweden and of other religious communities¹ with regard to the governmental decisions to counter Covid-19. More specifically, the article will address the Swedish compulsory vaccine pass². Finally, the concept of 'Trust'³ will be defined in order to justify the responses of the religious communities and it will be used to support an abrupt finalization of the upcoming legislative reforms regarding religious communities⁴.

2 - The Protection of Religious Freedom within the Swedish Constitutional Framework

The Kingdom of Sweden belongs to what the international legal scholarship calls the *Nordic Family of Constitutional Law*⁵. To put it differently, Swedish law is part of *Scandinavian Law*⁶ or the *Nordic Legal tradition*⁷.

* Paper selected by the organizing Committee.

¹ The expression "Other religious communities" is used in this paper as a consequence and interpretation of the law on "Other religious communities" which came into force in 2000 (Lag 1998: 1593).

² I.e. the legislation regarding indoor and public gatherings imposing a 100 person limit which entered into force on December 1st 2021 (the limit was then lowered to 50).

³ On the culture of 'trust' within the Nordic countries, see here paragraph 5.

⁴ See the State administrative inquiry SOU 2018: 18.

⁵ With regards to this classification, see **J. HUSA**, *Nordic Reflections on Constitutional Law. A comparative Nordic Perspective*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002, p. 168; **M. SUKSI**, *Common Roots of Nordic Constitutional Law? Some observations on Legal historical Development and Relations between the Constitutional System of five Nordic Countries*, in H. KRUNKE, B. THORARENSEN (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, Bloomsbury Publishing PLC, Oxford, 2018, p. 20 ff.

⁶ **U. BERNITZ**, *What is Scandinavian Law? Concepts, Characteristics, Future*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 50, 2007, p. 28 s. On the autonomous *Nordic Law* legal family, the Italian scholar Duranti affirms that it is possible to talk about a "Scandinavian legal culture" as well as a "Scandinavian (Nordic) law": see **F. DURANTI**, *Governo autonomo della magistratura: il modello nordico*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur. Online*, v. 45, n. 4



In particular, Sweden and Finland are known as the ‘twins’ of Eastern Scandinavia given their common legal tradition⁸ and geographical proximity⁹. These common roots concern - above all - the theory of sources

gennaio 2021, p. 5096. Similarly, Jako Husa affirms that the *Nordic Law* is an autonomous legal family since the Nordic countries are characterized by similarities affecting the historical and legal culture (J. HUSA, *A new Introduction to Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, pp. 227-228). Also Wilhelmsson underlines that *Nordic law* represents a distinct legal family based on values developed by historical events and characterized by a common understanding of the legal method (see J. HUSA, *A new Introduction to Comparative Law*, cit., p. 228 when he refers to the speech of Prof. Thomas Wilhelmsson held on October 23rd 2008 in Helsinki University). In this regard, see also K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to comparative law. The Framework*, North Holland Publishing Company, Amsterdam, 1977, pp. 284 and ss. Instead, the Swedish doctrine underlines that within the Nordic legal orders there are differences that have to be considered when we are dealing with a comparative approach: «Scandinavian law is frequently considered to be a unity, and writers on comparative law often put all the legal systems covered by that designation, *i.e.* the legal systems of Denmark, Finland, Iceland, Norway, and Sweden, together as a branch within the “family” of Roman-Germanic law [...]. This classification is certainly not incorrect, but it is important to stress that it represents a fairly radical simplification. There exist considerable differences, which go beyond the level of details, not only between Scandinavian law and the other branches of Roman-Germanic law but also among the different Scandinavian systems themselves». See S. STRÖMHOLM (ed.), *An Introduction to Swedish Law*, 2nd ed., Norstedts, Stockholm, 1988, p. 32 ff.

⁷ On the peculiarity of the Nordic legal tradition as a mixed Jurisdiction, see E. ÖRÜCÜ, *The enigma of comparative Law, Variations On A Theme For The Twenty-first Century*, Springer Netherlands, 2004; ID., *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, 2008.

⁸ The common legal tradition of Finland and Sweden is mainly based on historical reasons. From the Middle Ages up to 1809 the nowadays territory of Finland was the eastern part of Sweden.

⁹ The expression “legal twins” is used by Thomas Wilhelmsson. Passanante uses “Scandinavia orientale”, see L. PASSANANTE, *I Paesi Nordici*, Sezione, IV, in AA. VV., *Sistemi Giuridici nel Mondo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 73 ff. (“nella Scandinavia Orientale, [...] la Svezia ha svolto un ruolo di egemonia politica, culturale e giuridica”). Husa writes about Eastern and Western Scandinavia as follows: “The greatest differences appear between the Eastern and Western members of Nordic law; by extending the family metaphor one might say that Sweden and Finland are the Eastern brothers of Denmark and Norway in the West. Sweden and Finland are (or at least have been) closer to each other than the country pair of Denmark and Norway. Denmark and Norway are NATO members whereas Finland and Sweden are militarily neutral countries, although, this neutrality must be seen in a different light than before due to membership of the EU”. See J. HUSA, *Nordic Constitutionalism and European Human Rights -Mixing Oil and Water?*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 55, 2010, p. 110. Henrik Wenander underlines as: “Swedish law - together with Finnish law [...] - has certain features that differ from the West-Nordic legal systems of Denmark, Iceland and Norway”: see H. WENANDER,



of law, the legal thinking and culture characterized by pragmatism, realism and trust¹⁰.

From a constitutional point of view, the peculiarity of the Swedish legal system lies in its rigid Constitution which has been defined by some authors¹¹ as 'multi-textual' or 'fragmented' due to the fact that it is composed of four constitutional acts forming the so called *grundlagarna*: the Act of Succession of 1810, regulating the monarchy¹²; the Freedom of the Press Act (*Tryckfrihetsförordningen*) of 1949; the Fundamental Law on Freedom of Expression (*Yttrandefrihetsgrundlagen*) of 1991 and the Instrument of Government (*Regeringsformen*) of 1974.

Alongside these four fundamental acts, one should also mention the 1974 Law on Parliament (*Riksdagsordning*) which holds a particular position within the system of sources of law. The specificity of this 'sub-constitutional' law is based on the fact that it has a variable rigidity, *i.e.*, for some principles, the amendment procedure follows the one provided for in the Instrument of Government, whereas for other provisions they may be modified following the ordinary legislative procedure¹³.

Full judicial Review or Administrative Discretion? - A Swedish Perspective on Deference to the Administration in G. ZHOU (ed.), *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspective*, Springer, Cham, 2019, p. 406.

¹⁰ On the concept of 'trust', see here paragraph 5.

¹¹ See G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI (eds.), *Diritto pubblico comparato*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 76; G. NERGELIUS, *The Constitution of Sweden and European Influences: The Changing Balance Between Democratic and Judicial Power*, in A. ALBI, S. BARDUTZKY (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2019, p. 316. The rigidity of the Swedish Constitution is based on the fact that the amendments of the four fundamental acts requires the *Riksdag* to approve the changes twice with qualified majorities, with a general election having been held in between.

¹² J. NERGELIUS, *The Constitutions*, cit.

¹³ For an overview of the different forms of constitutional rigidity, see, for example: E. O'MAHONY, *The Pathology of Democracy with Particular Reference to Personal Liberty under Flexible and Rigid Constitutions*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1929, Vol. 11, No. 1, 1929, pp. 96-112 (here, the author lists Sweden as a legal order characterized by a rigid Constitution, see p. 102); D. GRIMM, *Types of Constitutions*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 110 ff; R. ALBERT, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford Scholarship Online, 2019 (in particular see Part Two: *Flexibility and rigidity*); D. LANDAU, R. DIXON, *Tiered Constitutional Design*, in *Geo. Wash. Law Review*, 86, 438, 2018, pp. 465-472; G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, Cedam, Padova, 10^a ed., 2019, p. 277 ss.; M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale. Limiti e graduazioni*, Giappichelli, Torino, 1997; A. PACE,



The articles concerning fundamental rights and freedoms, including the right to religious freedom can be found in the second chapter of the aforementioned Instrument of Government entitled '*Fundamental rights and freedoms*'¹⁴. Article 1, para. 6, states that everyone shall be guaranteed the freedom of worship: that is, the freedom to practise one's religion alone or in the company of others. Constitutionally speaking this right is defined as absolute, which means that it cannot be curbed¹⁵.

In more recent years, when it comes to the protection of fundamental rights, the Swedish legal system has adapted to international and EU legislation by amending the Fundamental Acts¹⁶. For example, Sweden has been a member state of the European Union since 1995 while the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) was incorporated into the legal system with the Law SFS 1994: 1219¹⁷, acquiring the status of ordinary law. The consequence of

La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 4085 ff.; **ID.**, *In difesa della «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 1209 ff.; **ID.**, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1996; **ID.**, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2^a, 2002; A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA (eds.), *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Giappichelli, Torino, 2001.

¹⁴ On the protection of fundamental rights in Sweden, see **H. WENANDER**, *Sweden: European Court of Human Rights endorsement with some reservations*, in P. POPELIER, S. LAMBRECHT, K. LEMMENS (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 239-245; **I. CAMERON**, *Protection of Constitutional Rights in Sweden*, in *Public law*, 1997, p. 501 ff.; **T. BULL**, *Judges without a Court: Judicial Preview in Sweden* in T. CAMPBELL, K. D. EWING, A. TOMKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 392 ff.; **F. DURANTI**, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 21-41.

¹⁵ On the freedom of religion as an absolute right in the Swedish legal context, see **A.S. LIND**, *I skärningspunkten mellan religionsfrihet och yttrandefrihet - rättsliga reflektioner*, in J. JAKOB, S. RAMSTRÖM (eds.) *Religionsfrihet Nio perspektiv på en mänsklig rättighet*, Myndigheten för stöd till trossamfund, 2021, p. 37.

¹⁶ In fact, since 1995, the Swedish legal system has undergone a progressive and constant revision of the Fundamental acts, to the point that one of the major Swedish constitutionalists has declared that invoking the principles of European Union law in judicial proceedings is no longer considered an odd practice (see **J. NERGELIUS**, *Constitutional Law in Sweden*, Wolters Kluwer, Alfen den Rijn, 2011, p. 122 and 123). More specifically, on the attitude to refer to the European Convention by judges from a diachronical perspective, see **H. WENANDER**, *Sweden: European Court*, cit., pp. 239-265.

¹⁷ Lag 1994:1219 om den europeiska Konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Act on the European Convention for the



this is that “Swedish citizens enjoy double religious protection from the State, - through the Constitution and through the Convention”¹⁸.

3 - Sweden as a *sui generis* Legal Order within Europe during the Pandemic and the Specificity of the Measures Adopted to counter Covid-19

When analyzing the peculiarities of the Swedish legal order that emerged during the pandemic, one should consider two different perspectives that are strictly linked. First, from a comparative point of view, Sweden had a unique approach within Europe; second, from a domestic point of view, Sweden adopted a particular strategy based on a *sui generis* legal framework.

Starting with the first perspective, one should underline that Sweden holds a distinct position concerning hard restrictions and limitations which differ from other countries in Europe and, most surprising, also from the other Nordic countries¹⁹. In fact, Sweden limited the spread of Covid-19 without the adoption of specific coercive policy and legislation such as the imposition of lockdowns, long quarantines, strict curfews and closures²⁰. Several examples of this unique attitude can be cited: public spaces, primary/lower secondary schools, nurseries, bars and restaurants were closed in all member states with the exception of Sweden²¹, there has been no “State of Emergency” or any other type of declaration of emergency similar to those proclaimed in nearly all other

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

¹⁸ M. JÄNTERÄ JAREBORG, *Religion and the secular state in Sweden*, in J. MARTÍNEZ-TORRÓN, W.C. DURHAM JR. (eds.), *Religion and the Secular State, Interim National Reports*, The international center for Law and Religious Studies, 2010, p. 676.

¹⁹ H. WENANDER, *Sweden: Non-binding Rules against the Pandemic -Formalism, Pragmatism and Some Legal Realism*, in *European Journal of Risk Regulation*, Vol 12:1, 2021, p. 128, where the Author affirms that generally the Nordic countries adopt similar approaches facing problems.

²⁰ More precisely, the Covid-19 Act, in force from January 8th 2021, contained provisions on curfews and closures, although not to the extent seen in other European countries.

²¹ *The impact of Covid-19 Measures on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 651.343-23 April 2020. In fact, it is worth saying that only high schools and universities were closed. In this regard, the Public Health Agency of Sweden affirmed that the closure of all schools in Sweden would not be a meaningful measure.



countries across the globe (the Swedish Constitution does not provide any provision with reference to a “State of emergency” in peace time²²); no obligation to wear masks has been introduced; from a medical point of view, «Sweden is perhaps the most prominent example of mitigation» as an approach which aims to arrest the transmission of the virus²³; Sweden adopted a vaccine pass to enter public spaces long after other European countries; no obligatory phone ‘apps’ to track contagion have been introduced²⁴; the Central Government decided much later than most other countries to make resources available to test people (and, more specifically, at the beginning of the crisis, regions did not use their resources for testing)²⁵.

With regard to the domestic perspective, one should underline that the measures adopted to counter the virus belong to two different categories: binding and non binding rules.

The legal framework concerning the binding rules is based both on the Constitution and on relevant legislation (e.g. the *Public Order Act* 1993; the *Communicable Diseases Act* 2004). The Swedish Constitution establishes that the Government, in given circumstances, may limit some constitutional freedoms and rights as provided for by section 24 of Chapter 2 of the *Regeringsform* which states:

²² As a consequence of the pandemic, the issue whether a constitutional ‘State of emergency’ should be introduced has been discussed within the Parliament. In particular, a governmental inquiry has been given the task to analyse the issue and suggest legislation. For more details, see: Dir. 2021:68. On the Swedish constitutional silence with regard to internal emergencies such as epidemics, see **A. JONSSON CORNELL, J. SALMINEN**, *Emergency Laws in Comparative Constitutional Law- The case of Sweden and Finland*, in *German Law Journal*, Vol. 19, n. 02, pp. 226-237.

²³ On the difference between the *suppressive* and *mitigation* approach from a medical perspective, see **S.C.L. KAMERLIN, P.M. KASSON**, *Managing Coronavirus Disease 2019 Spread with Voluntary Public Health Measures: Sweden as a Case Study for Pandemic Control*, in *Clinical Infectious Diseases*, published online, July 1st, 2020.

²⁴ The Public Health Agency was sceptical of the role of apps to fight covid-19. For more detail see: *Insatser vid nya utbrott av covid-19*, Regeringsuppdrag, Folkhälsomyndigheten, 2020, p. 14.

²⁵ In this regard, it is worth mentioning that the 2021 Swedish parliament's constitutional committee concluded that the Government had failed in COVID-19 testing procedures and one of the causes was the unclear division of responsibilities between the central Government and the regions. In particular, it should be underlined that in Sweden the regions are responsible for funding and providing healthcare services to people.



“Freedom of assembly and freedom to demonstrate may be limited in the interests of preserving public order and public safety at a meeting or demonstration, or with regard to the circulation of traffic. These freedoms may otherwise be limited only with regard to the security of the Realm or in order to combat an epidemic”²⁶.

Under chapter 2, section 15 of the Public Order Act the Government can prohibit public gatherings in the event of war (or risk of war) and in order to avoid epidemics or epizootic events²⁷. For example, under these provisions, on the very beginning of the health emergency, on March 11th 2020 the Swedish Government, delegated by the *Riksdag* (Parliament), adopted the Ordinance SFS 2020:114²⁸, which entered into force the following day. This provision prohibited gatherings and public events throughout the country with the participation of over five hundred people. In the following weeks the Government had to revise this threshold due to the increasing numbers of infections and lower the number to fifty and finally to 8 people starting from November 24th 2020²⁹. Moreover, university and high school students had to attend on-line lessons. Before taking these decisions the Government had to consult - as a constitutional obligation³⁰ - the competent authority which, in this case, was the Swedish Public Health Agency (*Folkhälsomyndigheten*). The latter is responsible at a nationwide level for the adoption of relevant measures in order to coordinate the control of communicable disease³¹ and it should take the initiatives necessary to maintain the effective control³².

²⁶ *The Constitution of Sweden, The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Sveriges Riksdag, Stockholm, Sweden, 2016, p. 71. For the interpretation of the terms ‘public order’ and ‘public safety’, see, in general, Swedish doctrine, K. ÅSTRÖM, *The freedom of Religion in relation to Other Human Rights*, in H. BERNITZ, V. ENKVIST (eds.), *Freedom of Religion. An Ambiguous Right in the Contemporary European Legal Order*, Hart Publishing, London, p. 90.

²⁷ *Ordningsslag* (*Svensk författningssamling*, SFS 1993: 1617). Here, article 15, Chapter 2 affirms: “The Government may prohibit public meetings and public events in a specific area, for war or risk of war for Sweden or to prevent epidemics or epizootic events under the epizootic law (1999: 657)”.

²⁸ Förordning om förbud mot att hålla allmänna sammankomster och offentliga tillställningar (Ordinance on a Prohibition of Public Gatherings and Public Events).

²⁹ SFS 2020:1000.

³⁰ *Regeringsform*, Chapter 7. art. 2 “the necessary information and opinions must be provided by the competent public authorities”. Public agencies (*myndigheter*) are independent from the Government and this is based on the tradition of the Swedish State and it is seen as a unique peculiarity from a comparative public law perspective.

³¹ For details on the functioning of the Public Health Agency, refer to Förordning med



The non-binding rules consist of ‘General Recommendations’³³ and ‘guide line documents’ which are both part of the Swedish legal tradition. The category of ‘General Recommendations’ has been formalised as ‘rules’ through the preparatory works concerning the publication of legal provisions³⁴. Moreover, they indicate how an individual may act under a specific piece of legislation³⁵ and they shall be made available to all Swedish citizens. Both individuals and administrative agencies can be the recipients of General Recommendations³⁶. Guide line documents may consist of: memoranda, leaflets and web-pages³⁷. During the pandemic the agency that adopted General Recommendations and guide line documents was the aforementioned Swedish Public Health Agency. On the basis of these two kinds of instruments, the strategy of Sweden has been labelled as a policy according to which individuals were rendered self responsible or, said differently, an example of voluntary compliance and action³⁸. From a legal point of view, the use of non binding rules has been criticized by some Swedish authors who consider the mechanism confusing because it does not offer a formal procedure for “legal protection, publications of norms, or accountability”³⁹.

instruktion för Folkhälsomyndigheten (2013: 1020).

³² 2004:168.

³³ In Swedish: *allmänna råd*.

³⁴ Indeed, in the Government Bill (Prop. 1975/76:112) regarding the publication of legal provisions, the General Recommendations are defined as *regler* (rules). For more details on this topic see: **H. WENANDER**, *Sweden: Non-binding Rules*, cit., p. 134. It is worth mentioning here that legislative preparatory works (such as Government Bills) have a significant role in Sweden since they have the status of legal source.

³⁵ In fact, General Recommendations are defined in law SFS 1976:725 as recommendations on the application of a statute affirming how a person may act (*allmänna råd: sådana generella rekommendationer om tillämpningen av en författning som anger hur någon kan eller bör handla i ett visst hänseende*) and they could be placed in the statute under the expression ‘*allmänna råd*’. Swedish scholarship says that General Recommendations are placed in a peculiar position when it comes to the hierarchy of sources of law. For more details see **J. NERGELIUS**, *Svensk statsrätt*, Studentslitteratur, 2018.

³⁶ At the beginning of the pandemic (February 2020) the Public Health Agency issued its first version of recommendations under the name of “instructions”.

³⁷ **H. WENANDER**, *Sweden: Non-binding Rules*, cit. p. 136.

³⁸ **E. HERLIN-A**, *Corona and the Absence of a Real Constitutional Debate in Sweden*, in *verfassungsblog.de*, 10 April 2020.

³⁹ For more details on this criticism, see **H. WENANDER**, *Sweden: Non-binding Rules*, cit., p. 142.



4 - Religious Freedom in Sweden during the Covid-19 Pandemic. A Subordinated Protection Based on a Trust-Oriented Response

Sweden is characterized by the presence of a strong majority religion due to the peculiar role and unique position the former State-Church had - and still has - within society. In fact, the Lutheran Church of Sweden⁴⁰ plays a leading role both politically and economically, even though Sweden should be considered as a secular country⁴¹. Besides that, Sweden is also experiencing a high degree of pluralization of religious communities as a consequence of being a country of immigration⁴².

From the very beginning the Lutheran Church of Sweden has taken extraordinary measures in order to adapt to the pandemic. First, from Spring 2020 several options have been made available for faithful who felt the need for spiritual support. The options were: a phone call or e-mail correspondence with a spiritual authority and the use of social media such as Facebook, Twitter and a dedicated blog. In this respect one should remember that Sweden is one of the most digitalized country in Europe and therefore there was no difficulty in providing new and modern forms of 'digital worship'⁴³. Second, the Church of Sweden gave out a series of guidelines concerning the rite of the Holy Mass in order to protect the health of the minister of the sacrament and to ensure protection to the faithful from any infection. One concerned avoiding shaking hands during the rite of peace and another receiving the Holy Communion at the

⁴⁰ In Swedish: *Svenska Kyrkan*.

⁴¹ On the very peculiar link between the *Svenska Kirkan* and the Swedish State, see, **G. SCALA**, *Le monarchie di Norvegia e Svezia e il rinnovamento incompiuto del costituzionalismo nordico*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.*, 2018, pp. 989-997; **G. SCALA**, *Recenti mutamenti nelle relazioni tra Stato e confessioni religiose nel nord Europa. Due "case studies": Svezia e Norvegia*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, n. 2, 2009. On the decrease membership in the Church of Sweden, see **T. BABAJAN, P. JONSSON**, *Leaving a Folk Church: Patterns of Disaffiliation from the Church of Sweden*, in *Nordic Journal of Religion and Society*, 1/2021, vol. 34

⁴² For a comparative perspective on the responses from different religious groups, see **P. CONSORTI**, *Religions and virus*, in *Law, Religion and Covid-19*, Diresom paper, 2020.

⁴³ **H. WENANDER**, lesson held for the University of Padova, November 19th 2021. From a comparative perspective also the *Norske Kyrka* (The Church of Norway) was well prepared on providing a digital experience for new forms of worship. For an overview of new forms of digital worship within the Church of Norway, see the PP presented by the director of the Communication Department of Norke Kyrka, Ingeborg Dybvig, at the workshop "*Rituals and community in an age of social distancing*", organised by Elisabeth Tveito Johnsen, University of Oslo, November 17th-19th 2021.



Chalice and the host directly in the mouth. Third, the Archbishop of the Church officially invited her faithful to follow all precautions, hygiene rules and instructions delivered by the State. In fact, the Archbishop gave a theological legitimization to the Ordinances adopted by the Government and to the General Recommendations of the Agency of Public Health making some references to Luther's teachings. In particular, she mentioned the fact that during the plague of 1520, Luther incited the population to use common sense and follow doctors' suggestions and give help to the more vulnerable thus avoiding the risk of infection. This approach has made the Church of Sweden just like any other public organization operating within the Swedish legal system thus subordinating the protection of religious freedom to the will of the State, *i.e.* the protection of one's health⁴⁴.

The same result is reached when it comes to the response of the other religious communities which all understood the public and the legitimate interest of the limitations. In fact, they all accepted and respected the governmental Ordinances and the General Recommendations of the Public Health Agency⁴⁵. However, some criticism did arise regarding the limitation of the number of people allowed in gatherings by communities not having spacious places of worship, but in truth no particular conflict with the State has emerged.

For a more detailed insight, one must examine the work of the aforementioned State Agency of Faith Support to religious communities called *Myndigheten för stöd till trossamfund*. The latter is a Government Agency under the Swedish Ministry of Culture and its main goal is the promotion of the dialogue between the Government and faith communities. Indeed, a few weeks after the beginning of the pandemic in 2020 the Agency started to directly collaborate with different religious communities helping them to respect all the measures adopted by the State. One peculiar result of this special collaboration is the twofold

⁴⁴ This paragraph is partly published in **G. SCALA**, *Freedom of the Profession versus the Health Emergency: The Physical and Spiritual Protection of the Lutheran Citizen*, in P. CONSORTI (ed.), *Law, Religion*, cit., pp. 97-104.

⁴⁵ From a comparative perspective, it is interesting to note that Danish Muslims adopted different approaches also due to the fact that they are organized in different ways. Danish Muslims are not organized in a joint association, so the individual mosque associations and umbrella organizations all did individual responses - of which some were overt theological and some were not. For more details: see, **L. KÜHLE**, *Danish Muslims during Covid-19, Religion and pandemics in a postsecular society*, in *Tidsskrift for islamforskning*, 14 (2), 2021, pp. 13-39.



campaign organized in order to spread all necessary information to protect the worshippers from Covid-19 and to reduce the risk of transmission. The first campaign had as a main goal the divulgation of the recommendation on distancing; the second campaign had the aim of explaining to the faithful the essential importance of the vaccination. The operational setting of these two campaigns are videos uploaded onto the institutional website of the Swedish Agency of Faith Support to religious communities prepared by the representatives of the different religious communities.

Besides these responses, a debate which involved freedom of religion as protected by the Constitution regarded the vaccine pass legislation. On 17th November 2021 the aforementioned Swedish Public Health Agency announced that a vaccine pass had come into force from 1st December 2021 - as underlined by Lena Hallengren⁴⁶ - for theatres, concerts and other events with the aim of limiting the entry to 100 fully inoculated people and then lowered to 50 people from 24th December 2021⁴⁷. After this announcement, there was a general, cooperative and trust-oriented reaction by religious congregations all over the country, however some critical voices arose. For example, criticism came from Isak Reichel - the director of the Swedish Agency of Faith Support to religious communities - after the Government officially asked for opinions. In fact, he stated that the requirement to show a vaccination certificate to attend a religious service might go against Sweden's laws on freedom of worship⁴⁸. In particular, Reichel affirmed as follows: "One aspect of freedom of religion is that you should be able to take part in a religious gathering without needing to show any legitimization"⁴⁹. As announced, the vaccine pass came into force 1st December 2021 but religious communities had two options: either ask the faithful to show the vaccine pass or respect the limitation on the number of participants in gatherings without the need to show any personal document. This twofold possibility was considered by Reichel an acceptable interpretation of the vaccine legislation which protects the right to worship. Other criticism came from the Swedish Evangelical Alliance that affirmed that the 'passport' in Churches restricted religious freedom. In particular, the deputy general secretary of

⁴⁶ Lena Hallengren has been served as Minister for Health and Social Affairs in the cabinet of Prime Minister Stefan Löfven.

⁴⁷ SFS 2021:1309.

⁴⁸ Here, see paragraph 2.

⁴⁹ The Local, November 17th 2021.



the Alliance, Jacob Rudenstrand, underlined that nobody should have to be checked by the State when approaching God⁵⁰. Finally, even the Lutheran Archbishop protested against the vaccine passes for Churches because that would mean the assimilation of religious practice to sports events and concerts.

5 - The Legal Culture of 'Trust' in the State as the Grounds for the 'Respectful Collaboration' of Religious Communities

The responses to the governmental ordinances, general recommendations and the vaccine pass by the Lutheran Church and by the other religious communities could be considered as 'respectful collaboration' with the State⁵¹. With regard to the Lutheran Swedish Church, this collaboration could be easily understood as the consequence of the historical relationship it has with the State⁵². However, the same explanation can not be used when it comes to the other religious communities which do not have historical links with the State. This is why 'respectful collaboration' could have another grounding. In fact, this specific attitude might rest on the concept of 'Trust' in 'the good state'⁵³ which has a Nordic foundation and, in many respects, is seen as a resource for the whole of society and makes democracy work⁵⁴. The socio-political phenomenon of 'Trust' - also defined as the Nordic gold⁵⁵ - is based on the tradition of voluntary associations, the paradigm of fair societies with no

⁵⁰ Evangelical Focus Europe, December 22nd 2021.

⁵¹ This collaboration could also be defined as a behaviour of respect and reverence. This expression has been used during the workshop "*Rituals and community in an age of social distancing*", cit. It can also be defined as a *bona fide* approach, as underlined by Prof. Matej Avbelj, Eurelit conference, Trieste, 26th November, 2021.

⁵² In this regard, Prof. Andrea Pin argued that this relationship could be understood in name of the paradigm of the so-called "*subsidiarity*", Eurelit conference, 26th November, 2021.

⁵³ On the idea of the 'good state' in a Nordic perspective, see **P. LETTO-VANANO, D. TAMM**, *Nordic Legal Mind*, in P. LETTO-VANANO, D. TAMM, B.O.G. MORTENSEN (eds.), *Nordic Law in European Context*, Springer, 2019, p. 8.

⁵⁴ On the paradigm of compliance from an economic perspective, see **G. TIEGHI**, *Fiscalità, compliance e Stato costituzionale*, in *Federalismo fiscale*, n. 1-2/2013, pp. 73-128.

⁵⁵ **U. ANDREASSON**, *Trust - The Nordic gold*, Nordic Council of Ministers, Copenhagen, 2017. For the purpose of this article, the term 'Trust' has to be conceived in its broad sense (thus including: social trust, political trust, horizontal trust and vertical trust).



corruption and the Welfare State. As a consequence of this tradition, Swedes positively perceive the functioning of political institutions as well as the behaviour of public officials, actors and the legislator⁵⁶. This is part of the Swedish legal mentality and culture, and more specifically,

“legal scholarship has concluded that historical developments have fostered a collectivist culture, where public authorities can rely on citizens adhering not only to the letter but also to the spirit of given rules in good faith”⁵⁷.

This is the reason and the foundation of the fact that, in general, religious groups in Sweden did not heavily criticize the Government⁵⁸. In fact, the Swedish “government and the Public Health Agency considered that most people could be relied upon to follow the recommendations”⁵⁹ and it is true that there has been a high level of civic compliance with this approach also by religious communities⁶⁰. This is also corroborated by research conducted by two Swedish scholars published in 2013 supporting the idea that there is a special link between religion, conceived as a social organization working positively within the society, promoting the concept of ‘Trust’⁶¹.

To conclude one must then ask whether the pandemic can be considered as an event aiming at accelerating the process of

⁵⁶ However, it should be noted that on some occasions during the pandemic, sharp criticism arose from high-profile scientists making ‘trust’ in the State under evaluation and the governmental policy became questioned. On the concept of trust *vis à vis* to the legislator, see **H. WENANDER**, *Europeanisation of the Proportionality Principle in Denmark, Finland and Sweden*, in *Review of European Administrative Law*, Vol. 13, Nr. 2, 2020, p. 135; 137; 143.

⁵⁷ **H. WENANDER**, *Sweden: Non-binding Rules*, cit., p. 128. On this specific peculiarity of the development of a legal culture with reference to Scandinavia, see **P. GLENN**, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, 5th edition, 2014, p. 141-142.

⁵⁸ For a comparative perspective with Italy, an analysis of religious freedom as restricted during the pandemic, see **V. PACILLO**, *La libertà di culto di fronte all'emergenza Covid-19. Profili di diritto canonico e di diritto ecclesiastico italiano*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1-2(2019), pp. 11-33.

⁵⁹ **I. CAMERON**, **A. JONSSON-CORNELL**, *Sweden and Covid-19: A constitutional Perspective*, VerfBlog, May 17, 2020.

⁶⁰ Since March 2020 the research company Kantar/Sifo has done a monitoring of the general public's trust, attitudes and behaviour on a regular basis.

⁶¹ **S. WALLMANN-LUNDASEN**, **L. TRÅGÅRDH**, *Social Trust and Religion in Sweden: Theological Belief Versus Social Organization*, in **J. DE HART**, **P. DEKKER-L. HALMAN**, *Religion and Civil Society in Europe*, The Netherlands, Springer, 2013.



implementation of upcoming legislation regarding religious communities. Indeed, as pointed out by Javier Martínez-Torrón, the pandemic could encourage and reconsider the relationship between State and religious associations and this could also be the case for Sweden⁶². It is common knowledge that before the pandemic, the Swedish Government commissioned an inquiry in order to amend some of the regulations regarding the relationship between the State and religious communities. Indeed, the Government is well aware that the legal framework should be revised in order to achieve a more substantive equality of treatment within a fragmented and pluralistic religious landscape⁶³. The results of the inquiry were published in the SOU 2018:18 report where it is evident that much has to be done in order to make Sweden an inclusive country religiously speaking. At present, there are still deep inequalities and unresolved questions with regard, for example, to the allocation of public funds to religious communities other than the Church of Sweden⁶⁴. There is an evident common feeling that State support is extremely crucial for religious communities and their activities⁶⁵. However, some criticism has arisen with regard to the rampant phobia *vis à vis* groups that do not guarantee Swedish values, such as democracy⁶⁶. More specifically, the inquiry affirms that the current democracy criterion is vague and unclearly worded. For this reason, one of the goals of the inquiry is a new

⁶² From a general point of view Javier Martínez-Torrón underlined that could encourage and reconsider the relationship between State and religious associations and thus this could be also the case in Sweden. See, **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *Covid-19 and Religious Freedom: Some Comparative Perspective*, in *Laws*, vol. 10, issue 2, 2021, p. 2.

⁶³ In this regard and with specific reference to the role of law in ensuring equality from diachronical perspective, see **M. BUSSANI**, *Democracy and the Western legal tradition*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.) *The Cambridge Companion to Comparative Law*, p. 338, when he states: "Legal culture's specialism and secularism, acting together as a filter to the will of God and king, have represented the fertile ground able to receive, grow and spread over all our societies, when history has made possible, the seeds of liberty and of equality - as prerogatives that belong to the individual and not to any other power, and that are protected not by the sovereign or the Church, but by the law".

⁶⁴ Public support to religious communities in Sweden was first established in 1971 and reviewed in 2000 but the financial issue is still on the agenda of the Government.

⁶⁵ As a matter of fact in the SOU 2018:18, it is clearly stated that people turn to religious communities in particular life events such as crisis. It goes without saying that the pandemic can be included in these sort of crisis events.

⁶⁶ SOU 2018:18, p. 39. In particular, the inquiry affirms that "there is no consistent and exhaustive description of what is meant by fundamental values on which society is based". See SOU 2018:18, p. 46.



definition of a democratic criterion that is compatible with freedom of religion. This is an impelling task for two reasons. First, because in Sweden there are “examples of religious communities that have maintained values and structures that restrict individuals in terms of enjoying their freedom and rights”⁶⁷. Second, it is the Instrument of Government that imposes on the State the guarantee of fundamental values of society⁶⁸.

This is why it is now time for the Government to finalize the upcoming legislation, using the same ‘Trust’ towards religious communities that has used by the latter towards the State during the pandemic. In fact, the Swedish State can not avoid to cope with a challenging religious panorama remaining in a stall. While protecting religious rights, it should also trust religious communities’ privacy and independence⁶⁹.

⁶⁷ SOU 2018:18, p. 39 and 40.

⁶⁸ Instrument of Government, Chapter 1, Art. 2.

⁶⁹ SOU 2018: 18, p. 47.



Matteo Giannelli

(Post-Doc Research Fellow in Public Law at University of Florence,
Department of Legal Sciences)

Unilateralism and Bilateralism in the Restrictions on Worship in Italy During the Pandemic *

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction - 2. The Italian constitutional framework and the principle of pactional bilaterality - 3. Restrictions on worship after the first phase of the pandemic - 4. The impact of the Protocols on the system of sources of Ecclesiastical law - 5. Conclusions. From bilaterality to “loyal cooperation”?

ABSTRACT: This contribution presents an investigation through the legal sources on which the restrictions on worship were imposed with the aim of verifying whether, and how, the normative management of the pandemic affected the bilaterality that characterizes relations between the State, the Catholic Church, and the various religious denominations. The main point of reference for the analysis will be the contents of the decree-laws, the Prime Ministerial Decrees (DPCM) and their annexes and the aim is to verify, in the context of the peculiar Italian ecclesiastical policy, the differences in treatment between the Catholic Church, religions with an agreement and religions without an agreement.

1 - Introduction

During the Covid-19 pandemic, also freedom of worship was balanced with other fundamental rights¹. The need to protect public health and fulfil the duties of social solidarity led to numerous restrictions: the proportionality, non-discrimination and consistency of these restrictions has been widely discussed by scholars². At the same time, the closure of

* Paper selected by the organizing Committee.

¹ See generally, for a comparative perspective, **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *Covid-19 and Religious freedom: Some Comparative Perspectives*, in *Laws*, 10(2), 2021, 39 (available at <https://www.mdpi.com/2075-471X/10/2/39/html>). **P. MAZURKIEWICZ**, *Religious Freedom in the Time of the Pandemic*, in *Religions*, 12(2), 2021, 103 (available at <https://doi.org/10.3390/rel12020103>).

² The Italian scholarly debate on these topics is so extensive that it would be impossible to tackle it in its entirety. See **V. PACILLO**, *La sospensione del diritto di libertà*



places of worship and the suspension of liturgies has been decreed not only as a mere consequence of State regulations, but in some cases independently of religious organizations³. Other questions on the legitimacy of the limitations have specifically referred to the freedom of worship of Catholics, as a reflection of the specific protection assigned to the Roman Catholic Church under Article 7 of the Italian Constitution.

Based on these considerations, my contribution intends to carry out an investigation through the legal sources on which the restrictions on worship were imposed, with the aim of verifying whether, and how, the normative management of the pandemic affected the bilateralism that characterizes relations between the State, the Catholic Church, and the various religious denominations.

This, then, is the central question. Does the constant appeal to unilateral production, based on the principle of secularism, affect the constitutional model, which expressly mentions bilateral sources? Does it constitute a revision, an inconsistent abandonment of the constitutional model based on the agreement model?⁴

The main point of reference for my analysis will be the contents of the Decree-laws and the Prime Ministerial Decrees (DPCM) and their annexes⁵. My aim is to verify, in the context of the Italian ecclesiastical policy, the differences in treatment between the Catholic Church, religion

religiosa nel tempo della pandemia, in *Oliv.it*, 16 March 2020; **N. COLAIANNI**, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), 7, 2020, p. 25 ff.; **P. CONSORTI**, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, p. 369 ff.; **G. MACRÌ**, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 9, 2020, p. 23 ff.; **F. ALICINO**, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 19, 2020, p. 1 ff.

³ See **M.L. LO GIACCO**, *In Italy the Freedom of Worship is in Quarantine too*, in P. CONSORTI (ed.), *Law, Religion and Covid 19 Emergency*, DiReSoM Papers 1, 2020, pp. 37-44. **M. MASSA**, *I limiti al culto pubblico durante la pandemia*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020, pp. 602-605; **P. CONSORTI**, *La libertà religiosa*, p. 379.

⁴ **N. COLAIANNI**, *Laicità e prevalenza delle fonti di diritto unilaterale sugli accordi con la Chiesa cattolica*, in *Politica del diritto*, 2/2010, p. 184.

⁵ For an overview **S. CIVITARESE MATTEUCCI**, **A. PIOGGIA**, **G. REPETTO**, **D. TEGA**, **M. PIGNATARO**, **M. CELEPIJA**, *Italy: Legal Response to Covid-19*, in J. KING, O. L.M. FERRAZ et al. (eds.), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, Oxford University Press, 2021 (available at <https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-occ19/law-occ19-e11>).



organizations with an agreement and without an agreement⁶. The main acts will undoubtedly include the annexes to the DPCM of the 17th of May 2020 reproducing the Protocols on the resumption of celebration signed also with the religious denominations that have not signed agreements with the State⁷.

The contribution of the Technical and Scientific Committee (CTS), whose meetings defined the measures that were then applied, should not be underestimated⁸. It is not by chance, in fact, that the criticism from the Italian Bishops' Conference (CEI), contained in the statement of the end of April 2020, was also addressed to this body⁹.

Moreover, some of these considerations may be considered in the light of the peculiarities and possible developments of the discipline related to the so-called green pass (Decree Law No. 105 of 2021). This discipline does not apply to the performance of religious services but is, instead, autonomously adopted by individual religious denominations for the performance of other activities that take place indoors (e.g. catechism)¹⁰.

In summary, my contribution aims at comparing the structural weakness of a system - based on the differentiation between majority and minority confessions - with the necessary equidistance and neutrality of the State, known as the main result of the supreme principle of secularism.

⁶ On the fragile balance between mainstream religions and religious minorities during the pandemic see **A. MADERA**, *The Implications of the COVID-19 Pandemic on Religious Exercise: Preliminary Remarks*, in *Laws*, 10(2), 2021, 44 (available at <https://doi.org/10.3390/laws10020044>).

⁷ See *infra* paragraph 4.

⁸ On the relationship between politics and science in the pandemic context and on the experience of the body established by art. 2 of the order of the Head of the Department of Civil Protection No 630 of February 3, 2020, see **A. IANNUZZI**, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, p. 119 ss., **F. LAVIOLA**, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi*, 20/2021, p. 127 ss., **S. PENASA**, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in **A. PAJNO, L. VIOLANTE** (eds), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*. Vol. II. *Comunicazione, etica e diritti*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 59 ss.

⁹ See *infra* paragraph 3.

¹⁰ See the letter sent, on September 8, 2021, by the CEI Presidency to all the Bishops at the beginning of the new pastoral year (available at <https://www.chiesacattolica.it/curare-le-relazioni-al-tempo-della-ripresa/>).



My final aim is to assess the repercussions on the form of state in the (post-) emergency period.

2 - The Italian constitutional framework and the principle of pactional bilaterality

Religion is the subject of multiple provisions in the Italian Constitution: in the articles specifically dedicated to it¹¹, in the statement of the principle of formal equality in Article 3, par. 1, which explicitly prohibits any discrimination based on religious grounds. Article 19 of the Constitution protects the freedom of each human being to profess and propagate his religion. The Constitution also protects freedom of worship, both individually and in a group, whether in a private and in public places: the only limit to the freedom of worship is that it can be applied with rites contrary to morality. This does not, however, affect the application of the rules governing meetings that take place in a public area¹²: even if they are religious in nature, they may be prohibited or dissolved if they may pose a threat to public safety.

The Constitution explicitly protect freedom of religion also in its collective moment: social groups with religious purposes are protected, whether they are associations or religious organizations¹³. According to the Article 20, it is forbidden, therefore, to impose special burdens on social formations due to religious purposes they may pursue.

This constitutional framework fits into a context that has historically been conditioned by the Catholics religious tradition¹⁴ and by the troubled connections between the State and the Catholic Church¹⁵. For

¹¹ Articles 7, 8, 19 and 20 of the Constitution.

¹² **M. CROCE**, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Edizioni ETS, Pisa, 2012, p. 70 ff.

¹³ On the absence of a general law on religious freedom in the Italian legal system, see **C.M. REALE**, *Freedom of Religion: Is a General Law Missing in Italy? The Doctrinal Debate around a General Law and the 2019 Astrid Law Proposal*, in C. PICIOCCHI, D. STRAZZARI, R. TONIATTI (eds.), *State and Religions. Agreements, Conventions and Statutes*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 327 ff.

¹⁴ On the cultural religious pluralism in Italy see **F. ALICINO**, *Agreements, Intese and beyond: The Italian Instruments to Regulate the Relations between Religions and the State*, in C. PICIOCCHI, D. STRAZZARI, R. TONIATTI (eds.), *State and Religions*, cit., p. 283 ff.

¹⁵ A circumstance well highlighted by **S. MANCINI**, *Introduction: constitutionalism and religion in an age of consolidation and turmoil*, in S. MANCINI (ed.), *Constitution and Religion*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2020, p. 3, for whom “the Western concept of



these reasons, the Italian legal system has recognized a specific position to Catholicism¹⁶. The Constitution provides a concordat between the State and the Catholic Church (art. 7), and a bilateral agreement for the religious organizations who wish to formalize their relations with the State (art. 8).

The Italian Constitution often stresses equality of religious denominations even though the Catholic Church enjoys a privileged position as illustrated by Articles 7 and 8¹⁷. Although Article 8, par. 1, states that, "all religious denominations are equally free before the law" the Constitutional Court did not interpret this as meaning that all other religious organizations should enjoy parity of legal treatment with that afforded the Catholic Church.

Indeed, the Italian Constitutional Court has consistently reaffirmed that the principle of the secular State - based on Articles 2, 3, 7, 8, 19, 20 of the Italian Constitution - does not mean that it is indifferent to the existence and operation of religious denominations, but that it is instead committed to guaranteeing freedom of religion, within a context of cultural and confessional pluralism (see decision 203/1989¹⁸). However, the fact that the Constitution provides for agreements with all religious denominations - a Concordat with the Roman Catholic Church and a series of "agreements" with other religions - does not mean that the theoretical equality enjoyed by all religions will lead to a unique legal treatment of the relations between the State and different religious organizations, but simply implies the adoption of rules which will vary in accordance with ad hoc bilateral agreements. Thus, it is rather a question of how to limit such "inequality"¹⁹.

secularism is inescapably tied to the Christian religious tradition. Moreover, historically, secularism is the process of separation of the state from *Christian churches*, not from *religion* as such. It thus entails not only an obvious accommodation of Christian majorities, but also the culturalization of Christianity and its infusion into the entire fabric of the polity".

¹⁶ On the majority religion model see **S. FERRARI**, *Constitutional models of law and religion relations in Western Europe*, in S. MANCINI (ed.), *Constitution and Religion*, cit., pp. 105-107.

¹⁷ See **R. TONIATTI**, *Consensual Legal Pluralism: Assessing the Method and the Merits in Agreements between State and Church(es) in Italy and Spain*, in C. PICIOCCHI, D. STRAZZARI, R. TONIATTI (eds.), *State and Religions*, cit., p. 74 ff.

¹⁸ A. CARDONE, M. CROCE (eds.), *30 anni di laicità dello Stato. Fu vera gloria?*, Nessun Dogma, Roma, 2021, pp. 1-480.

¹⁹ See **P. CARETTI**, *Art. 8*, Carocci, Roma, 2017, p. 65 ff; **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 181 ff.



3 - Restrictions on worship after the first phase of the pandemic

After the first phase of the pandemic and the heavy restrictions imposed by the Government²⁰, which were also applied to the religious phenomenon, the limitations in terms of attending Churches and other places of worship has been interpreted by the law as a short-circuit in the interorganizational dynamics and, particularly, in relation to the principle of pactational bilateralism that marks the constitutional system of the relations between State and religions organizations²¹.

Therefore, the measures adopted, by influencing the ritual activities of religious confessions²², have created, from a constitutional point of view²³, the doubt of an invasion of the order of competence of the religious organizations, which is granted by the Constitution, being here ignored the bilateral obligation derived from the Concordat agreements that solemnly recognize the Church itself (and other religious confessions, too), the freedom of public exercise of worship.

The response to the emergency necessity to contain the pandemic has given rise to a debate that has not only focused on the question of the

²⁰ The Prime Ministerial Decree of March 8, 2020, which extends for the first time at national level the measures for the containment of the virus, has provided the suspension of “all organized events, as well as events in public and private places, including those of a cultural, recreational, sporting, religious, fair and exhibition nature” (art. 1, lett. g). Moreover, the opening of places of worship is subject to compliance with the rules on social distancing, but - as stated in lett. i) of the same article - “civil and religious ceremonies, including funerals” cannot take place. On these topics see **E. CAMASSA, F. OLIOSI**, *Italy and Religions under Pressure: Agreements and Bilateral Conventions to the Test of Pandemic. Rethinking a Relationship Model*, in C. PICIOCCHI, D. STRAZZARI, R. TONIATTI (eds.), *State and Religions*, cit., p. 309; **S. MONTESANO**, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: sintesi ragionata delle limitazioni introdotte in Italia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2020, pp. 255-263.

²¹ See **F. BALSAMO**, *The loyal collaboration between State and religions at the testing bench of the Covid 19 pandemic. A perspective from Italy*, in *Law, Religion and Covid*, cit., p. 47 ff. **V. PACILLO**, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 8, 2020, p. 85 ff.

²² As clarified by the Ministry of the Interior, places of worship are not required to be closed unless the religious authorities decide otherwise: liturgical celebrations are not prohibited per se but can still be performed without the participation of the faithful, in order to avoid gatherings. See the interpretation provided in <https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/specifiche-chiese.pdf>.

²³ **M. CARRER**, *Salus rei publicae e salus animorum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del Coronavirus*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, pp. 339-343.



limits to the freedom to exercise religion in public and its associated forms but has involved issues of religious autonomy and institutional relations between the State and the Church and other religious denominations, too. With a variety of positions, the focus has shifted, time after time, on the prerogatives of an international body placed to protect the sovereignty of the Holy See and to guarantee the *libertas ecclesiae*; on the general principle of religious autonomy; and on the constitutional duty of the pactitional regulation of relations between the State and religious denominations; or even on the principle of cooperation²⁴. The principle of cooperation, laid down in Article 1 of the Villa Madama Agreement²⁵, was used to highlight, in some cases critically, the fact that the measures for managing the pandemic emergency were adopted unilaterally by the State and therefore without any involvement of the religious authorities, as should have been the case in view of the foregoing principles²⁶.

4 - The impact of the Protocols on the system of sources of Ecclesiastical law

The most critical phase in the balancing between freedom of worship and the right to health is the one following the Prime Ministerial Decree of the 26th of April. This decree, while maintaining the key rule of the prohibition to gather, provides, for example, the possibility to move to meet relatives or, again, the re-opening of parks and public gardens. These decisions are counterbalanced by the extension of the suspension of all events - including those of a religious nature - and the prohibition to celebrate civil and religious ceremonies, with the only exception of funerals, which may be attended only by "relatives" and in any case "up to a maximum of

²⁴ G. D'ANGELO, J. PASQUALI CERIOLI, *L'emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi (prospettivi) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, cit., 19, 2021, p. 50.

²⁵ The article refers to relations between the State and the Catholic Church by establishing that both are committed to "mutual cooperation for the promotion of mankind and the good of the country".

²⁶ According to Colaianni, the government could not, at that juncture, allow itself "to regulate the protection of health in a geometrically variable manner according to the confessions", nor could it submit, as far as its strictest relevance to the Catholic confession is concerned, to the logic of the concordat, deprived of its task by the exclusive state competence to legislate on health matters (see N. COLAIANNI, *La libertà di culto*, cit., p. 33).



fifteen people". Following this measure, in fact, a harsh statement by the Italian Bishops' Conference (CEI) was issued, in which it is stated:

"Now after these weeks of negotiations that have seen the CEI present Orientations and Protocols with which to address a transitional phase in full compliance with all health regulations, the Decree of the Presidency of the Council of Ministers passed this evening arbitrarily excludes the possibility of celebrating Mass with the people. The Prime Minister's Office and the Technical and Scientific Committee are reminded of their duty to distinguish between their responsibility - to give precise health indications - and that of the Church, which is called to organize the life of the Christian community, respecting the measures laid down, but in the fullness of its own autonomy"²⁷.

There is a very significant passage in the statement in which it is said that "the Church has accepted, with regret and a sense of responsibility, the restrictions introduced by the government to deal with the health emergency". This is a very important reference because it testifies to the fact that the Italian Bishops' Conference (CEI) has acted by implementing the State's regulatory measures, which it has not suffered passively²⁸.

Thereupon, there was a real turning point. After having overcome the phase of general *lockdown*, the need to adopt new control measures during the Covid-19 epidemiologic emergency also in relation to liturgical ceremonies has determined a quicker resumption. This was achieved through the shared adoption of some protocols, by each of the interested religious confessions of ritual ceremonies with the participation of worshippers.

After the announcement of the protocol of 7 May 2020, with which the Ministry of the Interior, in agreement with the Italian Bishops' Conference, established the conditions for "the gradual resumption of liturgical ceremonies with the people"²⁹; later on May 15, the government

²⁷ To read the full text of the statement: <https://www.chiesacattolica.it/dpcm-la-posizione-della-cei/>.

²⁸ Moreover, as appropriately pointed out by **G. CIMBALO**, *Il papa e la sfida della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 9, 2020, p. 15, this is not a new approach by the Catholic Church which "has operated - as often happens - by implementing the regulatory measures of the State, shunning, as much as possible, the issuing of its own measures".

²⁹ These negotiations, it should be noted, took place outside the procedure laid down in Article 14 of the Concordat Revision Agreement, which the parties evidently did not consider legally binding in this case.



announced that the Prime Minister, the Minister of the Interior and the representatives of numerous religious denominations had signed similar protocols for the safe resumption of public religious worship³⁰.

In the wake of this approach, the subsequent Decree-Law no. 33 of 16 May 2020 regulated the matter of public worship, stipulating, in Article 1, par. 11, that

“religious functions with the participation of persons shall be held in compliance with the protocols signed by the government and the respective confessions containing the appropriate measures to prevent the risk of contagion”.

Paragraph 12 specifies that certain provisions, including the one just mentioned, “shall be implemented with measures adopted pursuant to Article 2 of Decree-Law No 19 of 2020, which may also establish different terms of effectiveness”.

Following these provisions, the new Decree of the President of the Council of Ministers of 17 May 2020 finally amended a regulatory framework that had been repeated, with minimal variations, in the following Decrees (24 October 2020 and 2 March 2021). In fact, Article 1, par. 1, deals for the first time with the issue of religious ceremonies separately from the other hypotheses of events, demonstrations, and gatherings. So, letter n) states that

“access to places of worship shall take place with organizational measures to avoid crowds of people, considering the size and characteristics of the places, and such as to ensure that visitors are able to keep a distance of at least one meter between them”.

It must be considered that this provision essentially concerns the use of places of worship for individual prayer, or in any case outside ceremonies, and is therefore a residual provision with respect to the provisions of letter o) below. The latter, on the other hand, states that “religious functions with the participation of persons are held in compliance with the protocols signed by the Government and the respective confessions”. The Prime Ministerial Decree itself, thus closing the circle of references, contains the texts of the protocols in Annexes 1 to 7.

As regards the rules governing places of worship, it is interesting to note that PM Decree of March 8³¹ referred to the opening of places of

³⁰ See *infra* in this paragraph.

³¹ See *supra* footnote 14.



worship and made it conditional on the adoption of organizational measures to avoid gatherings of people. The new one, on the other hand, refers to access to places of worship, which is no longer conditioned by measures of interpersonal protection: the new legislation merely establishes, in much more cautious language, that access should take place through organizational measures to avoid gatherings of people. In this way, the discipline of freedom of worship, following the entry into force of the new PM Decree, is divided into a general principle - applicable to all denominations and relating precisely to access to places of worship - and a detailed discipline that regulates the individual liturgies through a reference to protocol agreements.

Contrary to initial assumptions, the path chosen by the Ministry of the Interior to regulate the resumption of public worship by denominations other than the Catholic Church was not to adopt a single document valid for all, but rather a series of protocols signed with the representatives of one or more religious denominations. The signing of these protocols was preceded by an institutional meeting attended by representatives of the various confessions. This marked the transition from a bilateral pactional policy to a policy of “multilateral” concertation in the regulation of the relationship between the State and religious denominations³².

The six protocols of May 15 were signed respectively with representatives of the Jewish Community; the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints; the Islamic Community; the Hindu, Buddhist, Baha’i, and Sikh communities; the Protestant, Evangelical and Anglican Churches; and the Orthodox Community. A seventh has been added to the above, which was published in draft form on May 25. It concerns the Christian Congregation of Jehovah’s Witnesses and was prepared independently by the Congregation and then submitted to the Ministry for approval, thus following a procedure similar to that followed by the Italian Bishops’ Conference for the Catholic Church.

As stated in the brief introduction - which is the same for all texts:

“the need to adopt measures to contain the epidemiological emergency caused by SARS-CoV-2 makes it necessary to draw up a protocol with the religious confessions. The Protocol, while respecting the right to freedom of worship, does not depend on the

³² See **P. CONSORTI**, *Esercizi di laicità: dalla bilateralità pattizia al dialogo interreligioso (a causa del Covid-19)*, available at https://people.unipi.it/pierluigi_consorti/esercizi-di-laicita-dalla-bilateralita-pattizia-al-dialogo-interreligioso-a-causa-del-covid-19/#_ftn1.



existence of bilateral agreements, balancing the exercise of religious freedom with the need to contain the epidemic in progress”.

The reference to agreements with the State pursuant to Article 8, par. 3, of the Italian Constitution underlines the fact that what is highlighted in the documents is a profile of the exercise of religious freedom. That is quite different from the enhancement of the specificity of confessions. Rather, it is a matter of guaranteeing all religious denominations that have expressed interest in the stipulation of protocols the consequent exercise of one of the rights provided for in Article 19 of the Constitution. A circumstance that must apply under the persisting conditions of emergency and thus according to a strict balance with other constitutional values. Not even religious denominations can act - even in the name of a fundamental freedom such as religious freedom - in a way that is potentially detrimental to other constitutionally protected interests or outside of the compositions necessary for a reasonable balance of social needs of which the State is the guarantor³³.

Turning now to the normative contents, the text of the seven protocols - like the one agreed upon with the CEI - is divided into five sections, whose titles may change slightly from case to case, depending on the singularity of the individual religious denominations, but which follow a homogeneous trend: access to the religious site, procedures for the hygiene of places and objects, communication of the rules to the faithful and other suggestions. Since, apart from the titles, the texts of the protocols are also very similar to each other³⁴, it is understood that the provisions that will be cited apply to all confessions, unless otherwise specified³⁵.

³³ After all, the tendency to escape from these balancing acts was critically observable in the leaps forward attempted in April by various priests to celebrate Mass in the presence of the faithful. See **P. PALUMBO**, *Digital religious celebrations during and after the Covid-19. Limits and opportunities for regulation*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 17, 2021, pp. 80-82

³⁴ See **G. MACRÌ**, *Brevi considerazioni in materia di governance delle pratiche di culto tra istanze egualitarie, soluzioni compiacenti e protocolli (quasi) “fotocopia”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 11, 2020.

³⁵ See **A. TIRA**, *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge 22 maggio 2020, n. 35*, in *Giustizia Insieme*, 8 June 2020. The nuances in terminology between the various protocols reflect the characteristics of the worship practiced, which can be very different in form and meaning for the faithful. Celebrations and meetings of a religious nature are permitted, whichever form they may take in practice, in compliance with all the precautionary rules laid down in terms of health containment of the epidemiological emergency.



In short, these protocols - which provide an operational translation of the general normative indications, relating them to the specific ritual needs of the subscribing communities of faith - have given rise to some discussion but were promptly framed within the framework of administrative participation, thereby signaling their substantial extraneousness to the logic of bilateralism strictly understood and, in this way, their full traceability within the State's own order and therefore the full discretion of the latter in regulating them³⁶.

This does not exclude that such protocols can be considered as the expression of a more general principle of cooperation, partly detached from the fundamental statement of Article 1 of the Villa Madama Agreement mentioned above. In this sense, they indicate a trend towards the progressive inclusion of the same collaborative paradigm in the context of the general processes of democratization of public administrative power and, more broadly, in the dynamics of transformation of state sovereignty.

In other words, it can be said that the principle of collaboration now represents a real system principle and as such regulates - not only relations between orders or between the state and religious groups but - in a broad sense the interaction between the sacred and secular orders, while maintaining the constitutionally dutiful distinction. In this way, ecclesiastical collaboration is placed in the context of a broader evolutionary process that has led to the recognition and affirmation of a general principle of collaboration.

This is a trend that should be evaluated very carefully, as we will try to do in the next section, because of the unusual way of expressing a purely political conflict such as that between State and religious organizations.

5 - Conclusions. From bilateralism to "loyal cooperation"?

The pandemic emergency has therefore contributed to accelerating processes that had already been underway for some time, the virtues, and shortcomings of which have become more evident and compelling. In other words, the pressure exerted by the new political and institutional priorities does not seem to have produced substantial changes in the

³⁶ See N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 208 ff.



dialectical scope of the relationship between the legal system and religious social interests. In the face of the ever more accentuated extensive and transversal propensity of the latter, the former is continually called upon to recalibrate what has already been achieved in the attempt to reconcile its rightful autonomy and the equally rightful promotion of religious freedom.

The exhaustion of the first phases of immediate containment of the pandemic was thus accompanied by the reappearance of yet unsurpassed contrasts and fracture lines, in some respects physiological, which time after time may change their formal appearance but which refer to a dialectical tension that remains substantially unchanged.

From this point of view, the reason for the collaboration between the government and some confessions in tackling the pandemic, despite some reluctance, seems to be a matter of mature solidarity, in accordance with the constitutional provisions in many respects.

This form of collaboration must be framed within the supreme principle of secularism and the essential corollary of the distinction between orders. The experience of the protocols on “liturgical and religious services” submitted to the signature of the confessional representatives has shown us that the contents of the parties’ commitment were identified, correctly, after selecting interests framed within the framework reserved both for precautionary standards (in order to contain the spread of contagion), and for the adaptation to worship, understood in the broad sense, of such precautionary measures.

At this juncture, there was also a removal from the model of bilateralism designed after the questionable ruling offered to the political discretion of the Executive by decision no. 52 of 2016 of the Constitutional Court³⁷, which now seems to be deputed only to calibrate, according to political reasoning, the rigidity of the “religious market”. In this last regard, it is worth pointing out that the opening reached in favor of religious groups not previously benefiting from the laws “on the basis of agreements”, respects the pluralist principle enshrined in the first paragraph of Article 8 of the Constitution, as long as it is open to any willing interlocutor, in order to remove any doubts of randomness in the selection of applicants.

³⁷ On this decision, which denied the right to open negotiations for an agreement with the State, see **M. CROCE**, *An Agreement Denied: How Non-Denominational Philosophical Associations are Discriminated by Italian Law*, in *Non-Believers’ Europe. Model of Secularism, Individual Statues, Collective Rights*, Bruxelles, 22-23 marzo 2018, Nessun Dogma, Roma, pp. 72-98.



But that is not all. The enlargement of the interested parties also seems to exclude that the parties have attributed to the aforementioned protocols an inter-ordinamental nature, typical of covenant sources at the service of the regulation of (mere) “relations”, technically understood pursuant to articles 7, par. 2, and 8, par. 3, of the Constitution, and exposed, by now, to politicization drives in contrast with the urgency of taking uniform decisions.

The academic literature has posed the problem of considering what kind of collaboration between the State and the confessions these protocols point to. In the opinion of some authors³⁸, there are many aspects that lead to the conclusion that the protocols are extraneous, in the strict sense of the term³⁹, to the discipline of inter-governmental relations between the Republic and the religious confessions as outlined in articles 7, par. 2, and 8, par. 3, of the Constitution, whose purpose is to settle available interests and therefore extraneous to the areas in which each party exclusively exercises sovereign powers⁴⁰.

First of all, it is an undisputed fact that these protocols are issued by the Ministry of the Interior, although also signed by religious representatives, and are not anticipated by bilateral framework texts and, above all, are unrelated to the procedures of co-management of political direction between the Government and Parliament characterizing the pact's sources⁴¹.

These documents, on the other hand, concern unavailable matters - impervious to negotiation that could alter their content - such as the guarantee of individual and collective health, before which the State retains the power to intervene (as emerges in the case of the protocol with the CEI) by re-qualifying denominational conduct as a civil legal fact, thus considering the internal conduct of religious denominations in the same way as any other fact of social and health importance.

From this point of view, the protocols are instead, in form and substance, concerted forms of cooperation, like those that the State already

³⁸ See V. PACILLO, *La libertà di culto*, cit., p. 86.

³⁹ See F. FRENI, *I “nuovi accordi” Stato confessioni in Italia tra bilateralità necessaria e diffusa*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, cit., 18, 2020, p. 30 ff.

⁴⁰ The Protocol signed by Jehovah's Witnesses demonstrates that it is an open system, which individual religious groups that have not yet done so can access fairly quickly and with foreseeable results.

⁴¹ As explained in the Preamble to the Protocols, this form of cooperation does not involve the existence of bilateral agreements. On the absence of a parliamentary role N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti*, cit., pp. 226-227.



adopts in other fields with the representatives of organized social interests⁴². For their part, the religious confessions, having taken note of the imperatives of safeguarding health, present to the State the forms of adaptation of their *interna corporis* that they consider most effective in pursuing the common good, to which all subjects, including religious confessions, are called in the name of the mandatory duties of solidarity under Article 2 of the Constitution. On the other hand, other authors point out that, albeit through unprecedented modalities from a formal point of view, the protocols have essentially respected the principle of bilateralism: this would therefore be a new way of applying the constitutional principles that regulate relations between the State and religious denominations - albeit in the simplified and sectorial forms imposed by the health emergency - and which are, in the final analysis, justifiable also because of the interim nature of the measures⁴³.

A further position, finally, sees in the ministerial protocols the first signs of religious dialogue⁴⁴ with the confessions that, by overcoming the structural rigidity of the traditional methods of bilateral agreements, could prove to be harbingers of future developments⁴⁵. Whichever the most consistent solution from a dogmatic point of view, on a substantive level the solutions prepared with the religious confessions show the interest of the state system to be in cooperation with religious orders, in order to balance the needs of health prevention and the demands of religion more effectively, which would otherwise remain unsatisfied and potentially in conflict with the former.

Certainly, the drafting of protocols with other religious denominations has shown a tendency to adopt a standard text (at least as far as the denominations other than the Catholic one are concerned), to which the parties directly concerned on the denominational side have made small variations, in agreement with the Ministry, in order to adapt them to their respective specificities. In doing this - as has already been mentioned in connection with the individual provisions - the ministerial text has maintained a "lighter" tone compared to the protocol with the

⁴² See **A. CESARINI**, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 18, 2020, 21.

⁴³ **N. COLAIANNI**, *La libertà di culto*, cit., p. 32.

⁴⁴ A trend focused on by **M. VENTURA**, *From Concordats to Dialogue. The Mutating Picture of Law and Religion in Europe. Concluding Remarks*, in C. PICIOCCHI, D. STRAZZARI, R. TONIATTI (eds.), *State and Religions*, cit., p. 355 ff.

⁴⁵ **P. CONSORTI**, *Esercizi di laicità*, cit.



Catholic Church, as regards the mention and regulation of individual aspects of the internal life of religious denominations, including liturgical ones. It is therefore clearer, in light of the overall developments, that in that case, it was the Ministry's receipt of a text prepared by the Italian Bishops' Conference, which had evidently prepared it with its internal discipline's needs in mind, that led the debate and therefore the normative outcome in that direction.

Lastly, doubts remain as to how the provisions of the protocols for the resumption of worship were interpreted and enforced. It is certainly not a novelty or a rule valid only in this field, but much has depended on the spirit of cooperation and sense of responsibility with which the recipients of the rules have been able to collaborate in achieving the balance that the protocols have sought to delineate: greater freedom, at the price of greater responsibility and the widespread commitment to consider even religious activities not only as something separate, divorced from the balancing of values that we mentioned earlier, but also as a situation potentially entailing health risks, like any other social situation.

In fact, such instruments of consultation, although describing areas of intervention referring to areas of reciprocal otherness, carry out their effects within the state order, dispelling the risk of a feared "widespread" bilateralism⁴⁶. Indeed, it does not seem possible to attribute autonomous production power to the protocols, since they are mere annexes to the sources, formally and substantially unilateral, that refer to them.

However, the greatest point of the stress test of the pandemic on ecclesiastical law lies in the extension of the canon of "reciprocal collaboration", which has acquired the scope of a general principle in this field.

The commitment to "fully respect" the distinction of orders does not, in fact, give rise to any particular effort of interpretation as a rule that oversees the dynamics of State-Church relations, containing them within the margins of the prohibition of reciprocal interference in the spaces of exclusive sovereignty.

⁴⁶ On the potential risks of using widespread bilaterality for instrumental purposes other than the promotion of individual and collective religious freedom, and on the consequent and increasingly pressing need for a general law on religious freedom, see **G. CASUSCELLI**, *Gli "effetti secondari" (ma non troppo) della pandemia sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 8, 2021, pp. 15-16.



Fascicolo n. 16/II del 2022

Indice

- Pietro Faraguna,** *“Religious freedom before, during and after covid-19 Between Europe and the Member States”*. Introduzione alla seconda sezione dello special issue pp. 107 - 114
- Silvia Baldassarre,** *La libertà di culto ai tempi della pandemia da SARS-CoV-2. Standard di tutela in Italia, Francia e Belgio* pp. 115 - 139
- Simone Gianello, Paolo Zicchittu,** *I “pericoli” della libertà religiosa al tempo della pandemia: un bilanciamento impossibile? Considerazioni comparate tra Italia e Francia* pp. 141 - 185
- Greta Pavesi,** *Limitazioni alla libertà religiosa e principio di proporzionalità davanti alle Corti: una prospettiva comparata* pp. 187 - 213
- Marcello Toscano,** *Metodo concertativo e tecniche di bilanciamento nella disciplina giuridica della libertà religiosa in tempi di emergenza (a margine delle relazioni di Silvia Baldassarre, Simone Gianello e Paolo Zicchittu)* pp. 215 - 221
- Marco Croce,** *Il problema dei limiti alla libertà religiosa alla prova della pandemia: specialità o privilegio? (a margine delle relazioni di Silvia Baldassarre, Simone Gianello e Paolo Zicchittu)* pp. 223 - 227



AA. VV. (Pietro Faraguna, Javier Martínez-Torrón, Pierluigi Consorti, Maksymilian Hau, Giuseppina Scala, Matteo Giannelli, Silvia Baldassarre, Simone Gianello, Paolo Zicchittu, Greta Pavesi, Marco Croce, Marcello Toscano),
Religious freedom before, during and after Covid-19 between Europe and the Member States

Interventi tenuti il 26 novembre 2021 in occasione del Seminario di studio sul tema *“Religious freedom before, during and after covid-19 between Europe and the Member States”* organizzato dall’Eulerit Academic Forum dell’Università degli Studi di Trieste col supporto del Modulo Jean Monnet su *“The European impact on the regulation Law&Religion in Italy and Beyond”*
Contributi selezionati a cura del Comitato organizzatore

Papers presented at the international workshop *“Religious freedom before, during and after covid-19 between Europe and the Member States”* organized by Eulerit Academic Forum at the University of Trieste on 26th November, 2021. Co-funded by Modulo Jean Monnet on *“The European impact on the regulation Law&Religion in Italy and Beyond”*

Papers selected by the organizing Committee



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Parte seconda



Pietro Faraguna

(professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università di Trieste, Dipartimento IUSLIT e coordinatore accademico del modulo Jean Monnet "EULERIT: The European impact on Law&Religion in Italy and beyond"¹)

"Religious freedom before, during and after covid-19 Between Europe and the Member States": Introduzione alla seconda sezione dello special issue

ABSTRACT: This contribution introduces the second section of the special issue, including contributions by Silvia Baldassarre, Simone Gianello and Paolo Zicchittu, Greta Pavesi (and related comments by Marco Croce and Marcello Toscano).

1 - La seconda sezione ospita tre contributi e due riflessioni a commento di tali contributi. I tre contributi sono accomunati da una metodologia volta a comparare l'esperienza vissuta da diversi ordinamenti per ciò che concerne l'impatto delle risposte alla crisi sanitaria sull'esercizio della libertà religiosa. Seppure gli ordinamenti selezionati dai vari Autori e dalle varie Autrici siano in parte diversi, così come lo sono gli esiti cui approdano le diverse analisi, vi sono altrettanti significativi punti di convergenza (uno sopra a tutti è l'inaspettata omogeneità di reazioni in ordinamenti ispirati a modelli di laicità tradizionalmente eterogenei).

L'analisi comparativa condotta da Silvia Baldassarre si è concentrata sull'esperienza di tre Stati - Belgio, Francia, Italia - in quanto la specificità dei loro modelli di laicità e la loro diversa strutturazione dei rapporti tra Stato e fenomeno religioso costituiscono un angolo visuale ampio e funzionale a offrire costruttivi spunti di riflessione. I tre Paesi sono stati, inoltre, tra i primi in Europa a dover fronteggiare la crisi pandemica, in quanto fortemente colpiti molto presto.

¹ The Eulerit Academic Forum is an international workshop that took place in Trieste on Friday 26 November 2021. The international workshop convened junior and senior scholars from different countries, with different academic backgrounds, sharing their thoughts on the topic "*Religious freedom before, during and after covid-19 between Europe and the Member States*". A call for papers, launched with the support of the Jean Monnet Module on "*The European impact on the regulation Law&Religion in Italy and Beyond*" led to the selection of eight papers by the academic committee of Eulerit, to be discussed together with prominent experts in the field of Law&Religion, EU law and constitutional law. In this special issue, we are collecting the results of this intellectual journey.



Baldassarre si sofferma sulla diversità di infrastruttura istituzionale dei tre Paesi, soprattutto per ciò che concerne il governo delle relazioni “centro-periferia”. L’autrice ricorda quindi come mentre in Italia e in Belgio l’adozione di misure restrittive concernenti l’esercizio collettivo del culto all’inizio della pandemia è stata assunta unilateralmente dalle autorità statali, in Francia è stata frutto di concertazione, in controtendenza rispetto a una tradizione storica più risalente.

Il metodo della concertazione è diventato nei mesi successivi una prassi adottata anche in Italia e in Belgio. Un profilo di novità sul quale si sofferma in modo particolare Silvia Baldassarre è costituito dalla firma, in Italia, di Protocolli per la ripresa delle celebrazioni religiose anche con gruppi confessionali privi di intesa, come le Comunità islamiche, baha’i e sikh (sul fatto che questo sia un profilo di novità strutturale è meno ottimista Marcello Toscano nel suo commento).

Questa differenza procedurale, osserva Baldassarre, non sembrerebbe collimare *prima facie* con i modelli di laicità storicamente sedimentatisi nei tre Stati, e peraltro a essa non ha corrisposto una diversità sostanziale dei provvedimenti.

Baldassarre segnala infatti che la differenza più rilevante e più significativa è costituita dal divieto italiano, imposto nei primi mesi di confinamento, di celebrazione delle esequie; sia in Francia, sia in Belgio, i funerali sono stati sempre celebrati nei luoghi di culto e nelle case di onoranze funebri laiche, seppur in presenza di massimo 20 persone in Francia e 15 in Belgio e nel rispetto delle necessarie misure di igiene e di sicurezza.

Dalla comparazione l’Autrice fa emergere un ulteriore dato interessante, relativo alla reazione da parte dei gruppi religiosi e delle associazioni filosofiche non confessionali alle misure restrittive. In tutti e tre gli Stati all’inizio della pandemia ha prevalso un atteggiamento pragmatico e collaborativo e le autorità religiose avrebbero spesso anticipato le misure adottate dall’autorità civile, predisponendo autonomamente la sospensione delle celebrazioni e a volte la chiusura dei luoghi di culto.

A una prima fase collaborativa, tuttavia, Baldassarre - con un giudizio ampiamente condiviso anche da altri Autori - segnala che ha fatto seguito un periodo di polemiche, soprattutto in Francia e, in minore misura, in Belgio e in Italia, connesse essenzialmente all’approssimarsi del primo rilassamento delle misure.

In Francia, unico dei tre Stati considerati che non finanzia alcun culto, Silvia Baldassarre riconduce le tensioni all’interno della Chiesa cattolica anche al forte impatto delle misure restrittive sulle finanze.



L'Autrice si sofferma poi sull'epilogo anche giurisprudenziale che tali tensioni hanno avuto anche in Belgio, dove il Consiglio di Stato ha determinato la necessità di modificare la normativa vigente nella "seconda fase", con un alleggerimento delle restrizioni. Nemmeno in Italia, segnala ancora l'Autrice, all'avvio del rilassamento delle misure, sono mancate tensioni tra la CEI e il Governo, superate anche in seguito all'intervento del Papa, che ha invitato tutti alla prudenza e alla moderazione.

Una reazione di grande rilievo avrebbe accomunato, ad avviso di Silvia Baldassarre, sia i gruppi religiosi sia le associazioni filosofiche non confessionali dei tre Stati esaminati: l'aver offerto in molteplici forme un grande sostegno, materiale e psicologico, alle persone in difficoltà. Le modalità con cui ciò è avvenuto sono state le più varie. Il confinamento forzato e le numerose restrizioni imposte dalla pandemia hanno determinato un netto incremento della navigazione su *internet*: Baldassarre segnala uno studio dell'Università di Copenaghen ha evidenziato che in 95 Paesi la ricerca quotidiana su Google del termine "preghiera", o di termini simili, è aumentata del 50% rispetto al periodo precedente la pandemia.

L'accesso attraverso mezzi tecnologici ai messaggi religiosi e alle celebrazioni avrebbe permesso di mantenere vivo un legame tra le diverse comunità religiose e i loro fedeli, ma non è stato privo di controindicazioni da considerare, tra cui la possibile perdita d'importanza della dimensione comunitaria e della condivisione di valori, di emozioni, di modi di essere e di percepire la realtà (su queste controindicazioni si sofferma anche Marcello Toscano, e lo fa anche e soprattutto relativamente al più lungo permanere di limitazioni che hanno indotto a protrarre la remotizzazione di altre attività che contribuiscono allo sviluppo del Paese e che non sono diretto esercizio di libertà economiche).

Come che sia, secondo Baldassarre sarebbe ancora difficile tracciare un bilancio complessivo sulla congruità, l'efficacia, la rapidità e la proporzionalità della risposta alla crisi pandemica posta in essere dai tre Stati considerati, ma tutto sommato l'Autrice ritiene che sembra potersi concludere che le misure adottate potrebbero essere considerate indispensabili e proporzionate allo scopo perseguito.

Peraltro, l'Autrice ritiene che l'esperienza analizzata in tutte e tre gli Stati esaminati debba considerarsi conforme al diritto della Unione europea, nel cui orizzonte assume un ruolo sempre più centrale l'art. 17 TFUE. Il terzo comma di tale articolo, nonostante gli indubbi profili critici, risulterebbe, ad avviso dell'Autrice, trasposto nella prassi adottata dai tre Stati, i quali, seppure con tempi differenti, avrebbero instaurato un costruttivo dialogo con i rappresentanti delle diverse fedi e convinzioni.



In buona sostanza Baldassarre, sulla base dell'assunto per cui il dialogo tra Stati e confessioni religiose e - in alcuni di essi anche associazioni filosofiche - ha avuto a oggetto il *quomodo*, ovvero le modalità idonee ad attuare le limitazioni, non l'*an*, ovvero l'opportunità da parte statale di adottare simili provvedimenti, ritiene che tale approccio rivelerebbe, nonostante le differenti architetture ordinamentali, un agire di fondo comune e improntato alla laicità, intesa come imparzialità ed equidistanza della sfera statale nei confronti della sfera religiosa. L'auspicio di Baldassarre è che tale agire laico non sia in futuro dettato solo da esigenze emergenziali, ma diventi una prassi consolidata.

2 - Anche il contributo di Simone Gianello e Paolo Zicchittu adotta una prospettiva comparativa, con un'analisi da un lato leggermente meno ampia (si esaminano i casi francese e italiano), ma ancor più ricca di dettagli e dati. A loro avviso la normativa emergenziale introdotta, a più livelli, per contrastare la diffusione del virus Sars-Cov-2 avrebbe addirittura avuto l'effetto di innescare una riflessione in ordine alla perdurante attualità della teoria del bilanciamento.

Muovendo da tali premesse, il loro contributo si sforza di comprendere se e fino a che punto le ragioni addotte a protezione del diritto alla salute abbiano potuto giustificare ciò che, in alcuni tratti e in alcuni ordinamenti, ritengono essere stata una integrale compressione di un'altra libertà altrettanto fondamentale.

A tal fine, sul piano metodologico, i due Autori comparano le esperienze invalse negli ordinamenti italiano e francese, anche nel loro caso partendo dall'assunto incontestato di una tradizione spiccatamente diversa nell'interpretazione di quelli che sono stati, sul piano storico, e quelle che devono essere, sul piano normativo e costituzionale in particolare, i rapporti tra Stato e confessioni religiose.

Gianello e Zicchittu analizzano l'evoluzione della risposta normativa alla crisi pandemica, e del sindacato giurisdizionale nei due paesi e ritengono che i provvedimenti adottati dal Governo, e in modo particolare in Italia, si potrebbe agevolmente constatare come, almeno nella primissima fase dell'emergenza pandemica, la protezione della mera "salus corporum" avrebbe rappresentato l'unico criterio informatore dell'intera disciplina emergenziale, conducendo all'integrale sacrificio di tutte le istanze concorrenti, inclusa la libertà di culto.

A loro avviso, le operazioni di bilanciamento che sono state operate dagli operatori politici, e poi avallate dalla giurisprudenza, non hanno tenuto sempre debitamente conto, nell'ordinamento italiano, delle



peculiarità che caratterizzerebbero intrinsecamente la dimensione associata della libertà religiosa, e così la manifestazione pubblica del culto sarebbe stata fin da subito rubricata tra le attività non essenziali.

In quest'ottica, l'unica misura di carattere speciale che è stata volta a riservare un trattamento particolare all'esercizio collettivo della libertà religiosa, individuata dagli Autori nell'apertura dei luoghi di culto, con soluzioni che gli Autori ritengono però poco più che simboliche, oppure (e la notazione è condivisa da molti, se non tutti, coloro che sono intervenuti) assai pasticciate (l'esempio paradigmatico è la circolare ministeriale che consentiva di accedere ai luoghi di culto soltanto se ... sulla strada per raggiungere una destinazione "lecita").

Gianello e Zicchittu si soffermano poi sulla fase di rilassamento delle misure restrittive nell'ordinamento italiano, con l'introduzione di misure che hanno man mano consentito nuovamente la partecipazione dei fedeli alle celebrazioni, mediante la sottoscrizione di appositi protocolli sanitari con le rappresentanze delle varie confessioni che avrebbero avuto il pregio di proporzionare le nuove misure rispetto alle nuove esigenze di prevenzione, nonché - segnalano gli Autori - di evitare di assimilare l'esercizio della libertà di culto alle attività culturali, ludiche, sportive o ricreative, così come era accaduto per tutta la "prima fase" delle restrizioni (su questa divergenza si sofferma, seppure in termini diversi, Marcello Toscano nella sua discussione).

Se, dunque, i due Autori ritengono che il cortocircuito nel bilanciamento abbia riguardato quasi esclusivamente la prima fase di gestione dell'emergenza pandemica, ritengono comunque che i rischi derivanti dalle disfunzioni da essi segnalate - rischi che potrebbero condurre alla configurazione di un diritto tiranno, che assolutizzandosi predomina su altri diritti fondamentali - si legherebbe a una più generale e grave concezione del fenomeno religioso nella società contemporanea.

Gianello e Zicchittu si prodigano quindi in un'accurata descrizione della vicenda francese, ripercorrendo in modo dettagliato le diverse fasi dell'evoluzione normativa e le numerose pronunce del *Conseil d'État* che quell'evoluzione normativa hanno in parte accompagnato e in parte corretto.

Il quadro che ne esce è interessante e niente affatto scontato.

Gianello e Zicchittu, a partire dall'assunto per cui la libertà religiosa rientra a pieno titolo fra le condizioni consustanziali e logicamente necessarie allo sviluppo della democrazia, individuano nelle riposte della prima fase di emergenza pandemica delle criticità preoccupanti, tuttavia attenuate nelle fasi successive, e ritengono assai felice la giurisprudenza del *Conseil d'État*, nella misura in cui questa avrebbe riconosciuto, come



strumento di tutela della libertà religiosa, l'impossibilità di dissociare la componente individuale da quella collettivo-celebrativa.

Proprio questa impostazione avrebbe consentito ai giudici francesi di misurare le restrizioni alla libertà di culto con il metro del confronto con le restrizioni imposte alla libertà economica, in particolare in riferimento ad attività non essenziali (sul punto si concentrano dei passaggi cruciali della discussione di Marco Croce, là dove appunta i suoi rilievi sul rischio di operare valutazioni qualitative astratte dell'essenzialità di un'attività rispetto a un'altra, valutazione che egli ritiene non possa che arrestarsi alla valutazione individuale).

Tanto nel contributo di Silvia Baldassarre, quanto in quello di Simone Gianello e Paolo Zicchittu, emerge in modo chiaro il ruolo decisivo svolto dal principio di proporzionalità, nonché il diverso atteggiamento che le corti apicali hanno mostrato nel corso del tempo della pandemia, quando hanno avuto occasione di sindacare la legittimità delle restrizioni alla libertà religiosa.

3 - Proprio tale aspetto è l'oggetto primario dell'indagine svolta da Greta Pavesi: anche il suo contributo adotta un metodo comparativo, soffermandosi sugli sviluppi normativi e giurisprudenziali negli ordinamenti tedesco, francese e statunitense. Pavesi, in accordo con gli altri Autori, osserva che la risposta normativa all'emergenza pandemica in tutti questi ordinamenti è stata contraddistinta dal passaggio da una prima fase ispirata al criterio della massima precauzione a una seconda fase di rilassamento delle restrizioni: proprio l'analisi delle pronunce intervenute a sindacare la legittimità delle misure introdotte in questa seconda fase è stata oggetto delle pronunce dalle quali emerge il materiale più interessante nella prospettiva adottata in questo *special issue*. Il rilassamento delle misure di contenimento della propagazione del virus ha coinciso infatti con maggiori conoscenze - pur sempre e ancora parziali - delle dinamiche di diffusione del contagio, ma ha posto le istituzioni politiche di fronte a scelte ancor più complicate in termini di discernimento tra le restrizioni da allentare (sui rischi di questa distinzione si soffermano sia Marcello Toscano sia Marco Croce nei loro commenti).

La necessità di provvedere immediatamente e quasi "al buio", aveva infatti fatto arretrare il principio di proporzionalità, che rivede invece la luce nella "fase 2", o quantomeno nel sindacato giurisdizionale delle misure adottate nell'avvio di tale fase. Greta Pavesi si sofferma diffusamente sugli spunti che provengono da alcune pronunce della Corte



costituzionale tedesca e del Consiglio di Stato francese, che nell'operazione di bilanciamento tra diritto alla salute e libertà di religione sembrano dare rilevanza a fattori in parte diversi, condizionando in tal modo l'esito finale del test di proporzionalità.

Spunti altrettanto interessanti provengono dall'esperienza statunitense, i cui giudizi sulla proporzionalità delle misure restrittive che hanno interessato l'esercizio del culto si arricchiscono di numerose opinioni ora concorrenti, ora dissenzienti, analizzate con cura da Pavesi, opinioni cui corrispondono inevitabilmente soluzioni di segno opposto, sulle quali è intervenuto anche un mutamento di indirizzo innescato dal mutamento della composizione della Corte Suprema nel corso dell'emergenza pandemica. L'analisi di Greta Pavesi mira ad analizzare le diverse modalità attraverso cui le Corti hanno dato applicazione al principio di proporzionalità, con l'obiettivo di provare ad apprezzare dove, quando, e possibilmente perché le loro valutazioni siano approdate in parte a esiti differenti, soprattutto per ciò che attiene alla scelta del *tertium comparationis* sindacando il trattamento discriminatorio che l'esercizio del culto avrebbe subito rispetto ad altre attività.

Servendosi di un'analisi attenta e dettagliata, Pavesi rileva che là dove il *Bundesverfassungsgericht* sceglie di dare rilevanza a circostanze meramente oggettive, verificando che la portata delle misure restrittive sia parametrata alle circostanze di tempo e di luogo, il Consiglio di Stato francese si spinge a estendere il proprio sindacato su un piano qualitativo, che, a parità di rischio oggettivo, accorda un trattamento più favorevole alle attività che, come quella religiosa, godono di particolari garanzie costituzionali. Si tratta di quell'inaspettata circostanza che anche gli altri contributi segnalavano, in una considerazione che converge ampiamente e attraversa tutto lo *special issue*. Questa scelta comporta però la difficile sfida di operare giudizi di valore sull'essenzialità delle diverse attività, individuando termini di raffronto in un'operazione che ha impegnato anche la Corte Suprema, nella cui giurisprudenza "pandemica", per ragioni strutturali e di infrastruttura dei modelli decisionali, le oscillazioni che tali valutazioni comportano sono emerse in modo particolarmente chiaro, sia per la frammentata giurisprudenza, giunta a esiti anche eterogenei in un breve lasso di tempo, sia per l'accessibilità alle diverse *opinion*, che hanno fatto trasparire la frammentazione degli argomenti decisionali anche dietro alle singole decisioni.

Pavesi conclude infine con qualche cenno al ruolo, attuale e potenziale, della giurisprudenza di Strasburgo nell'orientare l'operato delle autorità nazionali, in particolare per ciò che concerne la circolazione di modelli decisionali omogenei per ciò che concerne il sindacato sulla



proporzionalità che potrebbe rimanere esposta a rischi di paralisi, stante la riconosciuta possibilità di deroga a diritti e libertà fondamentali che la Convenzione EDU in condizioni eccezionali.

4 - Lo *special issue* fa emergere un quadro normativo e giurisprudenziale che pone il giurista di fronte a interrogativi vecchi e - per dirla con Marco Croce - inesauribili, che tuttavia emergono in forme parzialmente nuove, in un quadro in cui il dibattito giuridico, così come il mondo delle interconnessioni economiche e sociali, è caratterizzato da una straordinaria velocità di circolazione che si sviluppa in una comunità sempre più ampia (questo *special issue* vorrebbe esserne un piccolo contributo). L'augurio è che quella stessa rete di interconnessione globale rapidissima che ha giocato un ruolo determinante come moltiplicatore e acceleratore della diffusione del virus possa avere lo stesso impatto, in direzione uguale ma verso contrario, attraverso una diffusione altrettanto rapida della conoscenza scientifica, sia per ciò che concerne l'elaborazione di risposte efficaci sotto il profilo sanitario, sia per ciò che concerne l'elaborazione di teorie che supportino adeguatamente modelli normativi e giurisprudenziali idonei a rispondere a questa epocale sfida.

PAROLE-CHIAVE: Pandemic emergency; Religious Freedom; Covid-19; Proportionality; Balancing.



Silvia Baldassarre

(borsista di ricerca in Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Firenze,
Dipartimento di Scienze giuridiche)

**La libertà di culto ai tempi della pandemia da SARS-CoV-2.
Standard di tutela in Italia, Francia e Belgio ***

*Freedom of worship in the time of the SARS-CoV-2 pandemic.
Standard of protection in Italy, France and Belgium **

SOMMARIO: 1. Premessa -2. L'adozione delle misure di contenimento tra uguale tempestività e diversità procedurale -3. Sostanziale uniformità dei provvedimenti - 4. Reazioni diverse alle misure restrittive da parte dei gruppi religiosi e delle associazioni filosofiche non confessionali -5. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: the contribution intends to analyze, through a comparative key, the operational strategies adopted by the Belgian, French and Italian governments and the responses of religious groups affected by the restrictive measures of freedom of worship. The choice of these three States -Belgium, France, Italy -is motivated by the specificity of their models of relations between the State and the religious phenomenon; it allows a perspective view able to offer constructive food for thought. The analysis does not claim to be exhaustive, since the pandemic situation is, unfortunately, still evolving, which makes crisis management policies susceptible to sudden changes and adaptations.

1 - Premessa

Nel presente contributo l'approccio argomentativo alla complessa tematica della libertà di culto nel periodo dell'emergenza da SARS-CoV-2 necessita di alcune considerazioni preliminari. Innanzitutto la disamina non ha pretese di esaustività, poiché la situazione pandemica è, purtroppo, ancora in divenire, il che rende le politiche di gestione della crisi suscettibili di repentine modifiche e adattamenti¹. In secondo luogo si

* Contributo selezionato dal Comitato organizzatore - Paper selected by the organizing Committee.

¹ Per una delle prime prospettive comparative si veda **J. MARTINEZ-TORRON**, *Covid-19 and Religious freedom: Some Comparative Perspectives*, in *Laws*, 10, 39, 2021 (disponibile in www.mdpi.com/2075-471X/10/2/39/html).



precisa che l'analisi comparativa delle strategie adottate in ambito religioso è stata circoscritta a tre Stati -Belgio, Francia, Italia -in quanto la specificità dei loro modelli di laicità e la loro diversa strutturazione dei rapporti tra Stato e fenomeno religioso costituiscono un angolo visuale ampio e funzionale a offrire costruttivi spunti di riflessione. I tre Paesi sono stati, inoltre, tra i primi in Europa a dover fronteggiare la crisi pandemica, in quanto fortemente colpiti, mentre in altri Paesi, come Germania, Austria, Stati dell'Europa orientale, il virus si è diffuso successivamente.

Sia in Belgio, sia in Francia, sia in Italia sono sorte vivaci discussioni relative alla congruità delle misure adottate, alla loro ragionevolezza, alla modalità della loro adozione, alla loro proporzionalità e al bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali. Al di là delle polemiche, tuttavia, non può essere trascurato il carattere eccezionale, inedito, dirompente, improvviso della congiuntura storica che stiamo ancora vivendo, di una calamità che ha costretto tutti, non solo le autorità statali, a mettere in discussione e a ripensare le modalità del vivere insieme, acquisite ormai dalla fine del secondo conflitto mondiale come una norma, come dato invariabile del vissuto quotidiano. Va inoltre considerato che, ai fini del contenimento del contagio, le misure restrittive si sono indirizzate solo alle manifestazioni culturali collettive e hanno avuto un'efficacia temporale limitata, correlata all'evolversi della pandemia. La libertà religiosa individuale, pur non essendo oggetto delle limitazioni, è stata inevitabilmente condizionata, nella misura in cui il momento assembleare della partecipazione collettiva ai riti ne costituisce un'importante manifestazione².

Prima di focalizzare l'attenzione sulle misure adottate dai tre Paesi, appare rilevante una riflessione di ordine generale, relativa al ruolo svolto dalle religioni in questa congiuntura pandemica, radicalmente diverso rispetto al passato. Nel corso dei secoli, durante le situazioni eccezionali come pestilenze, calamità, catastrofi naturali, le Chiese spesso assumevano il ruolo di fonti autorevoli di verità, attribuendosi la funzione di interprete delle cause. Nel 1348 la peste veniva considerata opera del demonio, o castigo di Dio, o annuncio della rottura del "quarto sigillo" profetizzata nell'Apocalisse; al fine di scongiurare il morbo la Chiesa cattolica organizzava messe speciali, processioni, pellegrinaggi, provocando inevitabilmente la diffusione del contagio. Schiere di flagellanti

² G. CIMBALO, *Le relazioni tra Stato e confessioni religiose sotto lo stress del Covid-19*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1-2, 2020, p. 165.



percorrevano le città europee, soprattutto in Francia e in Germania, percuotendosi la schiena e massacrando le comunità ebraiche del Nord Europa, ritenute colpevoli di aver diffuso la peste³. Anche nel 1600, come si legge nel romanzo *I promessi sposi*, dopo che il cardinale Federico Borromeo, di fronte alle pressioni popolari, acconsentì alla richiesta di organizzare una processione, si registrò un notevole incremento del numero di morti e di contagiati⁴.

Oggi, in controtendenza rispetto al passato, in un'Europa sempre più secolarizzata, quasi tutti i gruppi religiosi si sono conformati alle decisioni assunte dall'autorità politica e dall'autorità scientifica, riconoscendone la competenza nella gestione dell'emergenza sanitaria.

³ Cfr. V. CALVANI, *Spazio storia, Medioevo ed età moderna*, Mondadori, Milano, 2012, p. 186 ss. Un aumento dell'antisemitismo si è registrato anche nel periodo della pandemia: il Rapporto sull'antisemitismo dell'Agenzia dell'Unione Europea per i Diritti Fondamentali (FRA) ha evidenziato un incremento degli "incidenti antisemiti" nei Paesi membri dell'Ue e delle aggressioni sul web, dove si sono diffusi nuovi miti antisemiti e teorie del complotto. L'incremento del sentimento antisemita si è manifestato soprattutto in Germania, Paesi Bassi, Francia e Italia: cfr. **EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS**, *Antisemitism-overview of antisemitic incidents recorded in the European Union 2010-2020, 2021* (disponibile in https://moked.it/files/2021/11/fra-2021-antisemitism-overview-2010-2020_en.pdf). Anche il database Moshe Kantor per lo studio dell'antisemitismo contemporaneo e del razzismo mostra che incolpare gli ebrei per lo sviluppo e la diffusione del coronavirus (o "Judeovirus") è stato il motivo principale di una vera e propria "esplosione" dell'antisemitismo nel 2020. Il Covid-19 è stato considerato da alcuni come parte di una grande cospirazione "globalista" progettata per aumentare il controllo sulla popolazione da parte degli ebrei: cfr. *Moshe Kantor Database on Antisemitism and Racism, World-00-Reports-CCDH-Covid-19-Antisemitism*, 2021 (in https://tau-primo.hosted.exlibrisgroup.com/primo-explore/fulldisplay?docid=972TAU_ALMA71359986200004146&context=L&vid=ASM&lang=en_US&search_scope=TAU_ASM&adaptor=Local%20Search%20Engine&tab=default_tab&query=any,contains,covid&offset=0).

⁴ "Tre giorni furono spesi in preparativi: l'undici di giugno [...] la processione uscì, sull'alba dal duomo. [...]. La processione passò per tutti i quartieri della città [...]. Ed ecco che, il giorno seguente, mentre appunto regnava quella presuntuosa fiducia, anzi in molti una fanatica sicurezza che la processione dovesse aver troncata la peste, le morti crebbero, in ogni classe, in ogni parte della città, a un tal eccesso, con un salto così subitaneo, che non ci fu chi non ne vedesse la causa, o l'occasione nella processione medesima. Ma, oh forze mirabili e dolorose d'un pregiudizio generale! non già al trovarsi insieme tante persone, e per tanto tempo, non all'infinita moltiplicazione de' contatti fortuiti, attribuivano i più quell'effetto; l'attribuivano alla facilità che gli untori ci avessero trovata d' eseguire in grande il loro empio disegno [...]. Ed era in vece il povero senno umano che cozzava co' fantasmi creati da sé": A. MANZONI, *I promessi sposi. Storia milanese del secolo XVII*, (a cura di M. MESSINA), D'Anna, Messina-Firenze, 1964, cap. XXXII, pp. 686-689.



2 - L'adozione delle misure di contenimento tra uguale tempestività e diversità procedurale

Un primo dato significativo è costituito dall'elemento che ha accomunato, nei tre Stati, la prassi operativa dei Governi, i quali hanno risposto con azioni rapidissime, dettate da un'urgenza e da una necessità che hanno a volte impedito una pacata riflessione. Si sono infatti succeduti provvedimenti a distanza ravvicinata, le cui modalità di deliberazione hanno suscitato a volte ampi dibattiti. Accanto all'urgenza e alla necessità, agli obblighi di natura politica e morale, è doveroso considerare l'obbligo giuridico⁵ derivante dall'adesione dei tre Stati agli standard di tutela del diritto alla vita sanciti dai Trattati internazionali e dalla Convenzione europea dei diritti umani (art. 2). La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato l'imperatività di tale obbligo in numerose sentenze relative a casi di catastrofi naturali e di attività pericolose:

“L'obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie au sens de l'article 2 [...] implique avant tout pour les Etats le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie”⁶.

La stessa Corte riconosce agli Stati membri un importante margine d'apprezzamento nella scelta delle misure da adottare per garantire i diritti protetti dalla Convenzione.

L'art. 9.2 della Convenzione annovera la tutela della salute tra i motivi che permettono agli Stati di limitare la libertà di manifestazione di un credo o di una religione⁷. Tale limite, seppur non esplicitamente

⁵ L'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 sottolinea che uno Stato “non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato”.

⁶ CEDU, Grande Chambre, *Öneriyildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, § 89 (disponibile in <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-67614%22%5D%7D>). Lo stesso assunto si rinviene nelle ss. pronunce CEDU: *R. Ş. c. Lettonie*, 8 marzo 2018, § 80; *Sinim c. Turquie*, 6 giugno 2017, § 58; *Cevrioğlu c. Turquie*, 4 ottobre 2016, §51; *Cavit Tinarlioğlu c. Turquie*, 2 febbraio 2016, § 86; *Prilutskiy c. Ukraine*, 26 febbraio 2015, § 31; *Oruk c. Turquie*, 4 febbraio 2014, § 52; *Vilnes et autres c. Norvège*, 5 dicembre 2013, § 220; *Mosendz c. Ukraine*, 17 gennaio 2013, § 90; *Kolyadenko et autres c. Russie*, 28 febbraio 2012, § 158; *Boudaïeva c. Russie*, 20 marzo 2008, § 132.

⁷ Art. 9.2 Cedu: “La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e



contemplato, si ritiene compreso anche nell'art. 10 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁸. Sorge dunque spontaneo un primo interrogativo: l'agire politico dei tre Stati si può considerare coerente con il quadro normativo delineato? La risposta esige una breve disamina della prassi adottata dai tre Stati membri.

Nel Regno del Belgio, data la specificità istituzionale che prevede un riparto di competenze tra Autorità federale, Regioni e Comunità⁹, si è posto il problema di come centralizzare la gestione della crisi a livello federale e di come attivare sinergie efficaci tra i vari livelli¹⁰. Fin dall'inizio della crisi pandemica è prevalsa la strategia cooperativa tra Governo federale belga ed Enti federati; al contrario, in Italia si sono susseguite discussioni relativamente al riparto di competenze tra Stato, Regioni e Comuni¹¹, e alla serie copiosa di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), emanati non sempre nel rispetto delle regole procedurali¹². In Francia, dove lo Stato centrale è tradizionalmente forte, la scelta di accentrare il potere decisionale non ha suscitato gravi conflitti politici e giuridici. Malgrado esistesse già una legge relativa allo stato di emergenza¹³, il 23 marzo 2020, per far fronte all'epidemia di Covid-19, è

della libertà altrui”.

⁸ Cfr. **GAZZETTA UFFICIALE DELL'UNIONE EUROPEA**, *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in particolare la Spiegazione relativa all'articolo 10-Libertà di pensiero, di coscienza e di religione: «Il diritto garantito al paragrafo 1 corrisponde a quello garantito dall'articolo 9 della CEDU e, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, ha significato e portata identici a detto articolo. Le limitazioni devono pertanto rispettare l'articolo 9, paragrafo 2, che recita: “La libertà di professare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che, stabilite dalla legge, costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui”».

⁹ Cfr. gli artt. 1, 2, 3, 35, 38, 39, 127, 128, 129 e 130 della Costituzione.

¹⁰ Il Consiglio nazionale di sicurezza, istituito nel 2015 (Arrêté royal du 28 janvier 2015 portant création du Conseil national de sécurité), presieduto dal Primo Ministro e composto dai Ministri dell'Interno, degli Esteri, della Giustizia e della Difesa, è stato integrato durante il periodo di pandemia dai rappresentanti delle Regioni e delle Comunità, anche se manca nel Decreto un'esplicita previsione della loro presenza.

¹¹ Sul punto si vedano **G. DI COSIMO, G. MENEGUS**, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2020, p. 183 ss.

¹² Sul punto si veda **F. ALICINO**, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 19 del 2020, p. 6, nota 29.

¹³ Legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, applicata in particolare dopo gli attentati terroristici del 2015.



stata emanata la legge n. 2020-290¹⁴, che prevede la possibilità di uno stato di emergenza sanitaria diverso da quello delineato dalla citata legge del 1955.

Un ulteriore dato appare particolarmente significativo: mentre in Italia e in Belgio l'adozione di misure restrittive concernenti l'esercizio collettivo del culto all'inizio della pandemia è stata assunta unilateralmente dalle autorità statali, in Francia è stata frutto di concertazione. Macron ha infatti discusso le strategie operative con i rappresentanti delle confessioni e delle associazioni laiche e filosofiche¹⁵; il metodo dialogico adottato da Macron avrebbe costituito, secondo alcuni commentatori¹⁶, un vulnus al carattere laico dello Stato francese. Di fatto la linea dialogica non rappresenta una novità, in quanto il Presidente francese, fin dall'inizio del suo mandato¹⁷, ha inaugurato una politica di collaborazione e di confronto con i culti in linea con un "aggiornamento concettuale del separatismo"¹⁸.

¹⁴ La Loi n. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (1) ha introdotto la fattispecie specifica dell'état d'urgence sanitaire, che può essere dichiarato dal Consiglio dei Ministri, in caso di catastrofe sanitaria, per l'intero territorio nazionale o per parte di esso. La legge ha attribuito all'Esecutivo poteri per la gestione delle crisi sanitarie, con possibilità di intervenire in deroga alle leggi in vari settori (il testo della legge è disponibile in www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041746313/).

¹⁵ Gli incontri, in genere in videoconferenza, sono iniziati a marzo 2020 e si sono susseguiti nei mesi successivi; fra i temi al centro del dibattito la coesione morale del Paese di fronte alla crisi, gli strumenti per fronteggiarla e i mezzi per riuscire a riprendersi. Hanno partecipato i rappresentanti della Fédération nationale de la Libre-Pensée, del Comité Laïcité République, della Grande Loge de France, del Grand Orient de France e della Grande Loge féminine de France, i Presidenti della Fédération protestante de France, della Conférence des évêques de France, del Conseil français du culte musulman, il Gran Rabbino di Francia, il Copresidente dell'Union des Bouddhistes de France, il Metropolita ortodosso. Per approfondimenti cfr. **M.C. IVALDI**, *La via francese alla limitazione delle libertà e il dialogo con le religioni al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 14 del 2020.

¹⁶ Cfr. **P. OUZOULIAS**, *Les cultes religieux face à l'épidémie de Covid-19 en France*, 2 luglio 2020 p. 35 (disponibile in www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/opepst/quatre_pages/OPEPST_2020_0028_note_cultes_covid19.pdf).

¹⁷ Si vedano in proposito i discorsi tenuti da Macron: *Discours des vœux du Président de la République aux autorités religieuses*, 4 gennaio 2018; *Discours du Président de la République à la Conférence des évêques de France au Collège des Bernardins*, 9 aprile 2018 (disponibili in www.elysee.fr). Per approfondimenti **P. CONSORTI**, *Dalla Francia una nuova idea di laicità per il nuovo anno*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2018; **D. FERRARI**, *La 'laïcité partenariale': il Presidente della Repubblica francese Macron davanti alla Conferenza episcopale*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2017, 3-4, p. 757 ss., **R. ASTORRI**, *I discorsi del Presidente Macron alle comunità religiose: verso una svolta nella laicità francese?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, 2, p. 567 ss.

¹⁸ Così **A. TIRA**, *La legge francese n. 1109 del 24 agosto 2021 sul "rafforzamento del rispetto*



La scelta di tale politica non si è tradotta di fatto in uno scostamento dalle tradizionali coordinate che strutturano l'ordinamento francese; lo testimonia la recente approvazione della legge n. 1109 del 24 agosto 2021 sul "rafforzamento del rispetto dei principi della Repubblica"¹⁹.

In Italia nei primi mesi della pandemia si sono susseguiti a ritmi incredibilmente accelerati provvedimenti amministrativi - non esenti da criticità sotto il profilo costituzionale²⁰ - a volte contraddittori, emanati da autorità di diverso livello²¹, che in maniera crescente hanno limitato alcune libertà fondamentali, tra le quali la libertà di culto²². Le restrizioni

dei principi della Repubblica", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 16 del 2021, p. 95.

Il dibattito sul concetto di laicità in Francia è vivace da molti anni ed è stato declinato in diverse modalità non solo in ambito giuridico, ma anche politico. Nicolas Sarkozy è stato promotore di una laicità positiva, quindi di un cambiamento della laicità de combat, cfr. **N. SARKOZY**, *La République, les religions, l'espérance*, Éditions du Cerf, Paris, 2004. Per un commento si veda **M. d'ARIENZO**, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., luglio 2008. Per approfondimenti sul dibattito inerente alla laicità in Francia cfr. **P. PORTIER, J.-P. WILLAIME**, *La religion dans la France contemporaine. Entre sécularisation et recomposition*, Armand Colin, Paris, 2021.

¹⁹ Per un commento si vedano **A. TIRA**, *La legge francese n. 1109*, cit.; **G. CASUSCELLI** (g. c.), *2021: sempre in attesa di una legge generale sulle libertà di religione, tra inadeguatezza e paura del cemento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2021.

²⁰ Si veda **M. CAVINO**, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, 18 marzo 2020 (in www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41287), p. 8 ss.

²¹ Cfr. **G.L. GATTA**, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare* (in www.sistemapenale.it/it/opinioni/coronavirus-covid-19-diritti-liberta-fondamentali-diritto-penale-legalita), 16 marzo 2020; **S. CASSESE**, *Il dovere di essere chiari*, in *Corriere della sera*, 24 marzo 2020; **M. AINIS**, *Il virus della decretate*, in *La Repubblica*, 25 marzo 2020.

²² Una corposa raccolta di documenti e di commenti di accademici impegnati nello studio della disciplina giuridica del fenomeno religioso, relativi alle problematiche derivanti dall'emergenza sanitaria causata dal virus SARS-CoV-2, è stata elaborata dal gruppo di ricerca, coordinato dal Prof. Pierluigi Consorti, "DiReSom" (Diritto e Religione nelle Società Multiculturali), disponibile in <https://diresom.net/>. In particolare si vedano: P. CONSORTI (a cura di), *Law, religion and Covid-19 emergency*, papers 1, maggio 2020 (disponibile in https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/05/law-religion-and-covid-19-emergency_diresom-papers-1-2.pdf); F. BALSAMO, D. TARANTINO (a cura di), *Law, religion and the spread of Covid-19 pandemic*, 2, novembre 2020 (disponibile in <https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/11/law-religion-and-the-spread-of-covid-19-pandemic.pdf>). Cfr. inoltre: **M. D'ARIENZO**, *Scienza e coscienza ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 22 del 2020; **G. CIMBALO**, *Il papa e la sfida della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 9 del 2020; **G. MACRÌ**, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove*



imposte a tale libertà non hanno percorso inizialmente la via della negoziazione bilaterale, ma sono state introdotte unilateralmente in ragione della tutela, di esclusiva competenza dello Stato, della salute e della vita (art. 32 Cost.), principi supremi dinanzi ai quali le norme concordatarie hanno ceduto il passo.

Il metodo della concertazione, in principio scelto solo da Macron, è diventato nei mesi successivi una prassi adottata anche in Italia e in Belgio. In particolare da maggio 2020 il Governo italiano, in sede di adozione delle misure per il graduale deconfinamento, ha instaurato forme di dialogo non riconducibili esclusivamente all'utilizzo degli strumenti pattizi di cui agli artt. 7, secondo comma, e 8, terzo comma, Cost., ma fondati anche, sul piano tecnico-legale, su una bilateralità amministrativa²³. Un profilo di novità è costituito dalla firma, in Italia, di Protocolli per la ripresa delle celebrazioni religiose anche con gruppi confessionali privi di intesa, come le Comunità islamiche, baha'i e sikh²⁴.

L'azione unilaterale che, come detto, ha caratterizzato la prima fase dell'itinerario normativo del Governo italiano - soprattutto l'aver

opportunità pratiche di socialità, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 9, 2020; **L. DE GREGORIO**, *(Sor)ridere al tempo del COVID 19*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 17 del 2020; **A. CESARINI**, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18 del 2020; **F. BOTTI**, *Bagattelle per una pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 10 del 2020.

²³ Sul punto si vedano **F. ALICINO**, *Costituzione e religione*, cit., pp. 19, 20; **G. CIMBALO**, *Le relazioni*, cit., p. 163 ss.

²⁴ Cfr. i Protocolli con le comunità baha'i e sikh (disponibili in www.italia.it/en/useful-info/guidance-standards-for-hospitality-reopening/places-of-worship/protocol-with-hindu-buddhist-buddhist-union-and-soka-gakkai-bahai-and-sikh-communities.html); con le comunità islamiche (in <http://www.italia.it/en/useful-info/guidance-standards-for-hospitality-reopening/places-of-worship/protocol-with-islamic-communities.html>). Per approfondimenti si veda **L.M. GUZZO**, *Riprendono anche i riti non cattolici. per la prima volta accordi con islamici e confessioni senza intesa. Intervista al professor Pierluigi Consorti*, 16 maggio 2020 (in <https://diresom.net/2020/05/16/riprendono-anche-i-riti-non-cattolici-per-la-prima-volta-accordi-con-islamici-e-confessioni-senza-intesa-intervista-al-prof-pierluigi-consorti/>).

Secondo Cimbalo non si può trascurare il carattere innovativo della procedura di accorpamento dei culti che si pone alla base dei protocolli per la ripresa delle celebrazioni. Sebbene questi ultimi abbiano natura amministrativa - diversa dunque dalle intese - la novità insita nell'"accorpamento" costituisce un cambio di rotta nella politica ecclesiastica, in quanto almeno nella prassi amministrativa, sembra superabile "il principio assoluto di tutela dell'autonomia confessionale attraverso singole intese" e si sceglie di "operare sulla base di denominazioni a carattere generale che tengano tuttavia conto delle specificità dell'autonomia confessionale", **G. CIMBALO**, *Le relazioni*, cit., pp. 168, 169.



ignorato le fonti negoziali di cui agli artt. 7, secondo comma, e 8, terzo comma, della Costituzione - è stata oggetto di diverse valutazioni critiche in dottrina²⁵.

In Belgio la prassi unilaterale ha caratterizzato per mesi l'agire politico; ancora in autunno la comunità ebraica, nel ricorso contro il decreto ministeriale del 28 ottobre 2020, lamentava l'assenza di concertazione tra Governo e rappresentanti dei culti e della laicità organizzata e la conseguente adozione unilaterale di misure limitative della libertà di culto. In seguito alla pronuncia del Consiglio di Stato (n. 249.177 dell'8 dicembre 2020) che ordinava al Governo di modificare le misure, la bilateralità è diventata prassi²⁶.

Questa differenza procedurale non sembra collimare *prima facie* con i modelli di laicità storicamente sedimentatisi nei tre Stati. L'Italia è infatti un Paese concordatario e struttura la sua politica religiosa secondo coordinate che tracciano un profilo piramidale del fenomeno religioso, caratterizzato da un rapporto osmotico tra Stato e Chiesa cattolica, da regolazione bilaterale (art. 8, terzo comma, Cost.) dei rapporti con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, dalla presenza di numerose confessioni e gruppi religiosi soggetti ancora alla disciplina della legge n. 1159 del 1929 sui "culti ammessi", dall'esclusione di fatto, finora, delle organizzazioni filosofiche non confessionali dal novero delle formazioni assiologiche ascrivibili al fenomeno religioso. In Belgio le maggiori confessioni religiose e organizzazioni filosofiche sono paritariamente riconosciute e finanziate²⁷; inoltre fin dal 2017 è stato istituito un Organo consultivo permanente che il Primo Ministro e il Ministro della Giustizia avrebbero dovuto convocare nelle situazioni di crisi, ma che nella fase

²⁵ V. PACILLO, *La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19. Motivazioni e bilancio di un webinar e prospettive di fronte al perdurare dell'emergenza sanitaria*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, CXXXI, 1-2, gennaio-giugno 2020, pp. 19-30; ID., *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 8 del 2020; M. CARRER, *Salus rei publicae e salus animarum, ovvero sovranità della chiesa e laicità dello stato: gli artt. 7 e 19 cost. ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2020, p. 339 ss.; N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 7 del 2020; F. ALICINO, *Costituzione e religione*, cit.

²⁶ Si veda *infra*, § 4.

²⁷ Sono riconosciuti e finanziati sei culti (Cattolico romano, Israelita, Anglicano, Protestante evangelico, Islamico, Ortodosso) e il Consiglio Centrale Laico, rappresentante della laicità organizzata, ufficialmente denominata 'Communauté philosophique non Confessionnelle'.



iniziale della pandemia non è stato consultato, probabilmente perché le misure da adottare erano di competenza del Ministro dell'Interno²⁸.

Il modello francese, incisivamente espresso da Victor Hugo con la frase "l'État chez lui, l'Église chez elle", è fondato sulla Legge di Separazione del 1905²⁹ e la laicità ne costituisce la struttura portante. Anche l'Italia e il Belgio sono Stati laici, ma solo la Costituzione francese sancisce esplicitamente il carattere laico della Repubblica. Le differenze tra i modelli delineati non hanno inciso sul grado di intensità delle misure adottate dagli Stati per la limitazione dell'esercizio collettivo del culto; non è infatti evidente un nesso diretto tra la loro intensità e il tasso di secolarizzazione³⁰.

3 - Sostanziale uniformità dei provvedimenti

Alla diversità procedurale non ha corrisposto una diversità sostanziale dei provvedimenti: in tutti e tre gli Stati infatti i luoghi di culto sono rimasti aperti, come è avvenuto del resto in quasi tutti i Paesi della UE, e sono state vietate le cerimonie religiose, quindi l'esercizio collettivo della libertà di culto; vanno altresì ricordate le draconiane misure di confinamento, generalmente adottate non solo nei tre Paesi, ma nella maggior parte del mondo.

La differenza più rilevante e più significativa è costituita dal divieto italiano, imposto nei primi mesi di confinamento, di celebrazione delle esequie³¹; sia in Francia, sia in Belgio, i funerali sono stati sempre celebrati nei luoghi di culto e nelle case di onoranze funebri laiche, seppure in

²⁸ Cfr. **A. OVERBEEKE, L. L. CHRISTIANS**, *Les Etats européens et les religions face à la pandémie du Covid-19*, avril 2020 (disponibile in [http://belgianlawreligion.unblog.fr /search/Les%20Etats%20europ%C3%A9ens%20et%20les%20religions%20face%20%C3%A0%20la%20pand%C3%A9mie](http://belgianlawreligion.unblog.fr/search/Les%20Etats%20europ%C3%A9ens%20et%20les%20religions%20face%20%C3%A0%20la%20pand%C3%A9mie)).

²⁹ Essa non viene tuttavia applicata nei territori d'Oltremare e in Alsazia e Mosella, dove vige ancora il Concordato napoleonico del 1801.

³⁰ È quanto risulta dall'indagine compiuta da **A. ARTAUD DE LA FERRIÈRE**, *Coronavirus: how new restrictions on religious liberty vary across Europe*, 9 aprile 2020 (disponibile in <https://theconversation.com/coronavirus-how-new-restrictions-on-religious-liberty-vary-across-europe-135879>).

³¹ Va tuttavia ricordato che la drammaticità della situazione nella prima fase pandemica era più rilevante in Italia rispetto agli altri due Stati; a Bergamo, a metà marzo 2020, sono intervenuti i mezzi dell'esercito per trasportare le bare dei defunti nei forni crematori di altre città.



presenza di massimo 20 persone in Francia e 15 in Belgio e nel rispetto delle necessarie misure di igiene e di sicurezza.

Il Belgio ha dovuto affrontare inizialmente la crisi in una situazione di instabilità politica iniziata dopo le elezioni di maggio 2019; il Governo per gli affari correnti di Sophie Wilmès (Wilmès I) nel mese di marzo 2020 è diventato un Governo provvisorio (Wilmès II) dotato di poteri speciali³², appoggiato da una larga maggioranza parlamentare e rimasto in carica per sei mesi. Dal 12 marzo 2020 è stata avviata la “fase federale di coordinamento e di gestione della crisi” e le misure sono state applicate in modo uniforme in tutto il territorio³³. Il transfert di poteri dai Parlamenti agli Esecutivi, sia federale, sia degli enti federati, è stato determinato dalla volontà di poter reagire prontamente alle sfide poste dall’evoluzione della pandemia, evitando i tempi lunghi di eventuali dibattiti parlamentari³⁴.

Nei primi mesi in Belgio i decreti ministeriali si sono succeduti a cadenza molto ravvicinata (10-15 giorni); il decreto del 23 marzo 2020 (art. 5) ha vietato gli assembramenti e le “attività delle cerimonie religiose”, a eccezione dei funerali; le misure sono state poi parzialmente modificate nei successivi decreti del 3 aprile 2020 e del 17 aprile 2020; il primo (art. 5) ha condizionato i funerali a un numero massimo di partecipanti (15 persone, con distanziamento di almeno m. 1,5 e divieto di esposizione del corpo del defunto) e i matrimoni civili e religiosi (massimo 5 persone); il secondo (art. 2) ha previsto la possibilità di registrare (alla presenza di un numero massimo di 10 partecipanti distanziati di almeno m. 1,5) e di trasmettere in modalità streaming le cerimonie religiose, purché registrate in un luogo di culto chiuso al pubblico al momento della registrazione.

³² I poteri speciali sono stati attribuiti dal Parlamento con l’approvazione, il 27 marzo 2020, di due leggi: *Loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du COVID-19* (I et II) che hanno abilitato il Re, ovvero il Consiglio dei Ministri, ad adottare le misure necessarie “per combattere contro la propagazione del coronavirus” mediante decreti speciali in grado di abrogare, completare, modificare o sostituire disposizioni con forza di legge. Le due leggi hanno disposto procedure rapide per l’approvazione dei decreti, prevedendo in particolare deroghe rispetto ai pareri obbligatori che il Governo deve di norma acquisire per poterli adottare, compresi i pareri della sezione legislativa del Consiglio di Stato (art. 4, Loi (I) e art. 6, Loi (II)). Le leggi hanno altresì disposto che i decreti decadono con effetti retroattivi se non sono convertiti in legge dal Parlamento entro un anno dalla loro entrata in vigore (art. 5, Loi (I) e art. 7, Loi (II)).

³³ La documentazione sulle misure adottate in Belgio è consultabile in <https://centredecrise.be/fr/newsroom/coronavirus-reponses-vos-questions>.

³⁴ Per un’analisi dettagliata delle problematiche derivanti dal riparto di competenze tra i diversi livelli di potere in Belgio durante la prima fase della pandemia cfr. **B. FRÉDÉRIC, J. ANDY, M. XAVIER, E. SLAUTSKY**, *L’État belge face à la pandémie de Covid-19: esquisse d’un régime d’exception*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1, 2020, p. 5 ss.



Nel mese di maggio è iniziata la “strategia di uscita” dall’emergenza sanitaria; il 15 maggio 2020³⁵ è stato previsto un numero massimo di 30 persone ai funerali e ai matrimoni civili e religiosi. Nel mese di giugno 2020³⁶ numerose misure restrittive sono state ulteriormente modificate: il numero di partecipanti (art. 4) è diventato 100, a luglio 200³⁷ sia per i matrimoni civili, sia per i funerali, e sono stati autorizzati (art. 6), sempre nel rispetto delle necessarie condizioni di sicurezza e di igiene, l’esercizio collettivo del culto e l’esercizio collettivo dell’assistenza morale non confessionale e delle attività svolte dalle associazioni filosofiche non confessionali; l’obbligo di indossare la mascherina anche nei luoghi di culto, oltre che in altri luoghi chiusi, è stato esteso a ragazzi e ragazze a partire dai 12 anni con il decreto ministeriale del 10 luglio 2020, art. 4.

Durante il secondo confinamento, in autunno, le misure sono diventate più restrittive: si è tornati a massimo 40 persone per i matrimoni, i funerali, per l’esercizio collettivo del culto e per le attività delle associazioni filosofiche non confessionali; pochi giorni dopo³⁸, tuttavia, il numero di partecipanti ai matrimoni è diventato 5, ai funerali 15, e sono stati vietati l’esercizio collettivo sia del culto, sia dell’assistenza morale, insieme con le attività delle associazioni filosofiche non confessionali.

In Francia dal mese di marzo 2020 sono stati vietati gli assembramenti, le riunioni e le celebrazioni nei luoghi di culto, a eccezione dei funerali (in presenza di massimo 20 persone) e della preghiera individuale³⁹.

In Italia il DPCM dell’8 marzo 2020 (circoscritto alla Lombardia e ad alcune province del Nord, esteso il giorno successivo a tutto il territorio nazionale) ha sospeso (art. 1, lett. i) le cerimonie civili e religiose e ha condizionato l’apertura dei luoghi di culto all’adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai

³⁵ Arrêté ministériel del 15 maggio 2020, art. 3.

³⁶ Arrêté ministériel del 5 giugno 2020.

³⁷ Il numero di 400 persone, previsto per il mese di agosto dal successivo arrêté ministériel del 30 giugno 2020, art. 11, § 4 e art. 14, è stato poi riportato a 200 dall’arrêté ministériel del 24 luglio 2020, art. 4, ristretto poi a un numero massimo di 100 persone dall’arrêté ministériel del 28 luglio 2020 (art. 8, § 3, artt. 10 e 12); il numero è tornato a 200 (400 solo per attività organizzate all’esterno di luoghi chiusi) con i successivi provvedimenti (arrêté ministériel del 22 agosto 2020, art. 7, § 3), confermato dal successivo (arrêtés ministériels del 25 settembre 2020, art. 4, § 3, e dell’8 ottobre 2020, art. 3, § 3).

³⁸ Arrêté ministériel del 1° novembre 2020, art. 10.

³⁹ Décret n. 2020-293 del 23 marzo 2020, art. 8, IV.



presenti la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro. A differenza di quanto disposto in Francia e in Belgio, nel nostro Paese sono state sospese anche le esequie⁴⁰. In Italia l'emergenza, come ha sottolineato Consorti, ha "normato un pasticcio"⁴¹; basti pensare alla previsione relativa all'ingresso nei luoghi di culto⁴², possibile solo in quelle chiese situate lungo il percorso più breve verso un locale legittimamente aperto al pubblico, quale, ad esempio, un negozio di generi alimentari o una tabaccheria.

4 - Reazioni diverse alle misure restrittive da parte dei gruppi religiosi e delle associazioni filosofiche non confessionali

Dalla comparazione emerge un ulteriore dato interessante, relativo alla reazione da parte dei gruppi religiosi e delle associazioni filosofiche non confessionali alle misure restrittive. In tutti e tre gli Stati all'inizio della pandemia ha prevalso un atteggiamento pragmatico e collaborativo e le autorità religiose hanno spesso anticipato le misure adottate dall'autorità civile, predisponendo autonomamente la sospensione delle celebrazioni e a volte la chiusura dei luoghi di culto.

In Belgio la Conferenza dei vescovi ha deciso il 16 marzo 2020 di sospendere le cerimonie dei matrimoni e dei battesimi⁴³; le organizzazioni filosofiche non confessionali hanno sospeso le cerimonie laiche, tra cui le Feste di primavera, le Feste laiche della gioventù⁴⁴, i matrimoni; le moschee, le sinagoghe, i luoghi di culto delle confessioni protestanti sono stati chiusi.

⁴⁰ La celebrazione dei funerali, con la partecipazione di massimo 15 persone, è stata resa possibile in Italia all'inizio della "fase 2" (4 maggio 2020), quella della convivenza col coronavirus. Le celebrazioni liturgiche con i fedeli presenti, nel rispetto delle necessarie misure di igiene e di sicurezza, sono riprese il 18 maggio 2020.

⁴¹ P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali. Rassegna*, 2, 2020, p. 379 (disponibile in www.forumcostituzionale.it).

⁴² Cfr. Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Direzione centrale degli affari dei culti, *Quesiti in ordine alle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Esigenze determinate dall'esercizio del diritto alla libertà di culto* (disponibile in www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/specifiche-chiese.pdf).

⁴³ Cfr. www.cathobel.be/2020/03/coronavirus-leglise-catholique-de-belgique-suspend-aussi-les-baptemes-et-mariages-religieux/.

⁴⁴ Cfr. il sito www.fetelaiquedelajeunesse.be/.



In Italia la CEI ha tempestivamente manifestato la “volontà di fare [...] la propria parte per contribuire alla tutela della salute pubblica”⁴⁵; anche le altre confessioni religiose si sono adeguate prontamente ai provvedimenti dell’autorità civile, condividendone i motivi di necessità e di urgenza.

In Francia i Testimoni di Geova, i Mormoni, gli Ebrei, i Musulmani e molte Chiese cristiane a tradizione protestante hanno tempestivamente - e senza attendere i provvedimenti dell’autorità civile - chiuso i loro luoghi di culto; a Parigi sono state cancellate le feste del Capodanno cinese, che riuniscono ogni anno più di 200.000 persone all’inizio di febbraio⁴⁶, e molti templi hanno adottato rigide misure di distanziamento. Va ricordato che la riunione di oltre 2000 fedeli provenienti da tutto il mondo nella megachiesa evangelica ‘Porte ouverte chrétienne di Mulhouse’ aveva dato origine a uno dei primi focolai dell’infezione da SARS-CoV-2.

La Chiesa cattolica francese ha mantenuto aperte le sue chiese, sebbene non ovunque e non sempre. Per il Santuario di Lourdes erano state previste misure, tra cui la chiusura delle piscine, il conteggio dei pellegrini, la disinfezione sistematica, ma già prima dell’inizio del confinamento (17 marzo 2020) erano stati annullati 250.000 pernottamenti dai pellegrini⁴⁷; il Santuario di Lourdes è stato chiuso, per la prima volta nella sua storia, il 5 aprile 2020; è stato annullato il pellegrinaggio mondiale a La Mecca, anche per la sospensione del traffico aereo.

Va evidenziato che i musulmani si sono distinti in Francia per aver mantenuto in tutto il periodo della pandemia un atteggiamento collaborativo; ne è testimonianza il comunicato del Consiglio francese del

⁴⁵ Cfr. il comunicato della CEI “Decreto ‘coronavirus’: la posizione della CEI”, 8 marzo 2020 (disponibile in www.chiesacattolica.it/decreto-coronavirus-la-posizione-della-cei/).

A tal proposito va rilevato che il decreto legge del 24 dicembre 2021, n. 221 (*Proroga dello stato di emergenza nazionale e ulteriori misure per il contenimento della diffusione dell’epidemia da COVID-19*), all’art. 4 non menziona - omissione alquanto opinabile a parere di chi scrive - i luoghi di culto tra quelli in cui è obbligatorio indossare i dispositivi di protezione delle vie respiratorie di tipo FFP2. È tuttavia intervenuta una Nota della Segreteria Generale della CEI del 10 gennaio 2022 ai Vescovi italiani nella quale si raccomanda l’uso della mascherina FFP2 per il suo elevato potere filtrante (cfr. <https://www.chiesacattolica.it/segreteria-generale-cei-suggerimenti-su-alcune-misure-per-fronteggiare-le-emergenza-covid/>).

⁴⁶ Il Capodanno cinese è stato cancellato anche in Italia, a Milano, Roma e Prato.

⁴⁷ Cfr. la Nota *Les cultes religieux face à l’épidémie de Covid-19 en France*, presentata il 2 luglio 2020 dal senatore Pierre Ouzoulias all’Office parlementaire d’évaluation des choix scientifiques et technologiques, p. 5 (disponibile in www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/opepst/quatre_pages/OPEPST_2020_0028_note_cultes_covid19.pdf).



culto musulmano⁴⁸, che ha invitato i fedeli a differire la preghiera del venerdì al 22 giugno 2020, quindi oltre la data del 29 maggio, prevista dal decreto dell'11 maggio per la ripresa delle cerimonie religiose.

A una prima fase collaborativa, tuttavia, ha fatto seguito un periodo di polemiche, soprattutto in Francia e, in minore misura, in Belgio e in Italia, connesse essenzialmente all'approssimarsi del primo deconfinamento (maggio 2020) e del secondo confinamento (autunno 2020).

In Francia, unico dei tre Stati considerati che non finanzia alcun culto⁴⁹, le tensioni all'interno della Chiesa cattolica sono state determinate anche dal forte impatto delle misure restrittive sulle finanze; la Conferenza dei vescovi ha stimato in 90 milioni di euro la perdita subita alla fine dell'anno a causa dei due confinamenti del 2020⁵⁰. Le tensioni sono derivate anche dalle posizioni di netta opposizione ai provvedimenti anti-covid adottate dalle frange tradizionaliste, diffuse da decenni nel mondo cattolico francese. Il 14 aprile 2020 centotrenta sacerdoti cattolici hanno rivolto un appello a Macron per la ripresa anticipata delle cerimonie religiose, definendo la pratica della fede "un bisogno vitale"⁵¹. Il 24 aprile i

⁴⁸ Communiqué du CFCM (Conseil français du culte musulman), 29 May 2020 (disponibile in www.cfcf-officiel.fr/le-cfcf-recommande-de-ne-pas-reprendre-la-priere-devendre-di-dans-les-mosques-avant-le-22-juin-2020/).

⁴⁹ Nonostante la previsione della Legge di Separazione, nel tempo si sono affermate alcune significative forme di finanziamento, tra le quali l'elargizione statale di contributi alle scuole confessionali, la manutenzione degli edifici di culto. Per approfondimenti cfr. **M. d'ARIENZO**, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., dicembre 2011, p. 11 ss.

⁵⁰ Nel comunicato *Situation financière des diocèses et campagne "Merci" de fin d'année del 9 décembre 2020* si legge: «La crise sanitaire que traverse le monde depuis plusieurs mois a eu des répercussions directes sur les finances de l'Église catholique en France. Avec les deux confinements du printemps et de l'automne, et en conséquence l'impossibilité pour les catholiques de se rendre à la messe, ce sont près de 90 millions d'euros qui n'ont pu être collectés localement dans les diocèses sur l'ensemble du territoire. Trois ressources sont essentielles au fonctionnement de l'Église, des ressources associées à des célébrations liturgiques: la quête, le casuel pour les cérémonies de baptême, mariage, funérailles, et les offrandes de messe. Des dons "liturgiques" qui représentent à eux trois 53% des ressources courantes de l'Église (hors legs). Ce manque de ressources a conduit à une baisse des ressources des paroisses de l'ordre de -30 à -40%» (in <https://eglise.catholique.fr/espace-presse/communiqués-de-presse/510386-situation-financiere-campagne-merci/>).

Anche gli altri culti hanno affrontato difficoltà simili; le moschee, ad esempio, ricevono il 60% circa delle risorse finanziarie dalle preghiere del venerdì e dal periodo del ramadan.

⁵¹ Cfr. www.lefigaro.fr/vox/societe/l-appel-de-cent-trente-pretres-au-president-le-11-mai-lais-sez-nous-servir-20200424. Monsignor Robert Le Gall, arcivescovo di Toulouse, ha



vescovi francesi si sono riuniti virtualmente in Assemblea plenaria per discutere della ripresa delle celebrazioni, della catechesi e delle attività caritative.

Nel Comunicato del 28 aprile 2020, in risposta all'annuncio della ripresa delle funzioni religiose il 2 giugno, la Conferenza episcopale francese, in linea - seppure con toni più pacati - con la posizione espressa alcuni giorni prima dalla Conferenza episcopale italiana relativamente alle decisioni del nostro Governo, "prend acte avec regret de cette date qui est imposée aux catholiques et à toutes les religions de notre pays"⁵², proponendo di fare coincidere la data della ripresa con la festa delle Pentecoste, il 31 maggio.

Contro quanto disposto dal decreto del primo ministro dell'11 maggio 2020⁵³ alcune associazioni cattoliche francesi, insieme al Partito della Democrazia Cristiana e a singoli individui, hanno adito, ricorrendo alla procedura d'urgenza del *référé-liberté*⁵⁴, il Consiglio di Stato, che ha ordinato al Governo di revocare il divieto - considerato sproporzionato rispetto all'obiettivo di tutela della salute e, quindi, una violazione grave e manifestamente illegittima della libertà di culto - e di adottare in sua vece misure strettamente proporzionate ai rischi per la salute e congrue all'inizio del "deconfinamento"⁵⁵. Continuando sulla linea della concerta-

dichiarato che i sacerdoti erano stanchi di celebrare nelle chiese vuote e che "il gregge comincia a brontolare, perché c'è un bisogno vitale di accesso ai sacramenti": C. LESEGRETAIN, *Déconfinement: les évêques souhaitent la reprise des messes dès le 11 mai*, 24 avril 2020 (disponibile in www.la-croix.com/Religion/Catholicisme/France/Deconfinement-evêques-souhaitent-reprise-messes-11-mai-2020-04-24-1201091119).

⁵² Communiqué du Conseil permanent de la Conférence des évêques de France, 28 avril 2020 (disponibile in www.paris.catholique.fr/communiqué-du-conseil-permanent-de.html).

⁵³ Il Décret n. 2020-548 dell'11 maggio 2020, art. 10, par. III, ha reiterato il divieto assoluto di assembramento e di riunioni nei luoghi di culto, a eccezione dei funerali con un numero massimo di 20 partecipanti.

⁵⁴ L'articolo L. 3131-18 della legge del 23 marzo 2020, istitutiva del regime d'eccezione, afferma che l'état d'urgence sanitaire è sottoposto al controllo del giudice amministrativo che può sindacare sulle misure amministrative adottate attraverso due procedure cautelari, quella del *référé-suspension* et quella del *référé-liberté*. La procedura d'urgenza del *référé-liberté* è stata prevista nel 2000 (Legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 che istituisce diverse procedure d'urgenza). Il giudice del *référé-liberté*, pur non potendo annullare l'atto amministrativo che ha dato origine alla violazione di una libertà fondamentale, può ordinarne la modifica o la sospensione. Tale procedura rappresenta un efficace e rapido strumento di tutela dei diritti dei singoli e delle collettività.

⁵⁵ Conseil d'État, Ordonnances del 18 maggio 2020, nn. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590 (disponibili in www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-18-mai-2020-rassemblements-dans-le-s-lieux-de-culte). Per un commento sull'Ordinanza si veda A. LICASTRO, *La messe est*



zione con i rappresentanti dei culti, è stato quindi adottato il decreto del 22 maggio 2020⁵⁶, con il quale veniva autorizzata la ripresa delle cerimonie religiose, nel rispetto delle necessarie misure di igiene e di sicurezza.

In autunno è stata la Conferenza dei Vescovi di Francia ad alzare i toni, ricorrendo, insieme ad alcune associazioni cattoliche⁵⁷, al Consiglio di Stato contro la decisione del Governo di limitare a 30 il numero di fedeli autorizzati ad assistere alle cerimonie religiose; il Consiglio di Stato ha reiterato le considerazioni esposte nell'Ordinanza del 18 maggio 2020, ritenendo la misura sproporzionata rispetto all'obiettivo di tutela della salute e, quindi, una violazione grave e manifestamente illegittima della libertà di culto, e invitando il Governo a modificarla entro tre giorni⁵⁸.

Anche in Belgio il Consiglio di Stato⁵⁹, ritenendo sproporzionate le restrizioni disposte dal decreto ministeriale del 28 ottobre 2020 relative all'esercizio collettivo del culto, rispetto all'obiettivo della tutela della salute, ha ordinato allo Stato belga di modificarle, almeno temporaneamente, entro il 13 dicembre 2020. Il 12 dicembre è entrato quindi in vigore il nuovo decreto⁶⁰, che ha consentito di celebrare i

servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa, in Consulta Online, 2020, II, 312 (www.giurcost.org/studi/licastro2.pdf).

⁵⁶ Décret n. 2020-618 du 22 mai 2020 complétant le décret n. 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

⁵⁷ Nel Comunicato della Conférence des évêques de France si afferma: "[...] le Conseil permanent de la Conférence des évêques de France (CEF), réuni hier soir, a décidé de déposer un référé liberté au Conseil d'État dès ce matin, les évêques estimant qu'ils ont le devoir de veiller à la liberté de culte dans notre pays. Les réactions nombreuses reçues de fidèles, y compris d'autres religions, nous poussent à demander que le droit soit dit". Cfr. *La Conférence des évêques de France dépose un référé liberté, 27 novembre 2020* (in <https://eglise.catholique.fr/espace-presse/communiqués-de-presse/509675-conference-vevques-de-france-depose-refere-liberte/>).

⁵⁸ Décision du Conseil d'État, n. 446930 del 29 novembre 2020 (disponibile in www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-11-29/446930). Il limite massimo di trenta persone autorizzate ad assistere a cerimonie nei luoghi di culto è stato abolito, e sostituito da un'accoglienza del pubblico subordinata a misure di distanziamento, con il Décret n. 2020-1505 du 2 décembre 2020 modifiant les décrets n. 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n. 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, art. 2 disponibile (in www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042602178).

⁵⁹ Arrêt du Conseil d'État, n. 249.177 du 8 décembre 2020 dans l'affaire A. 232.384/X-17.848.

⁶⁰ Arrêté ministériel modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, 11 décembre 2020 (disponibile in <http://crisisentrum.be/sites/default/files/documents/files/2021-03/mb11-12.pdf>).



matrimoni civili, i funerali, le cremazioni, e di esercitare collettivamente sia il culto, sia l'assistenza morale non confessionale, come anche le attività svolte dalle associazioni filosofiche non confessionali, purché in ottemperanza delle necessarie misure di igiene e di sicurezza, e con la presenza di un massimo di 15 persone, oltre all'Ufficiale di Stato civile, al ministro di culto, ai bambini e alle bambine fino a 12 anni compiuti.

In Italia, all'avvio del deconfinamento, non sono mancate tensioni tra la CEI⁶¹ e il Governo, superate anche in seguito all'intervento del Papa, che ha invitato tutti alla prudenza e alla moderazione⁶².

Una reazione di grande rilievo accomuna i gruppi religiosi e le associazioni filosofiche non confessionali dei tre Stati in esame: l'aver offerto in molteplici forme un grande sostegno, materiale e psicologico, alle persone in difficoltà. Va rilevato infatti che, se oggi la religione sembra aver rinunciato al ruolo storico di depositaria di certezze in grado di spiegare le cause dei "flagelli" e di proporre rimedi per contrastare la loro diffusione - ruolo ormai svolto dalle autorità scientifiche e civili - indubbiamente ha conservato la sua funzione fondamentale di offrire sostegno psicologico, morale e spirituale nelle situazioni drammatiche, quando la richiesta di senso, l'incertezza, la paura, il "pessimismo dell'intelligenza" ostacolano pesantemente l'„ottimismo della volontà".

Il confinamento forzato e le numerose restrizioni imposte dalla pandemia hanno determinato un netto incremento della navigazione su internet, non solo per motivi professionali e di studio, ma a 360 gradi;

⁶¹ Nel comunicato della Conferenza Episcopale italiana del 26 aprile 2020 si legge: "la Chiesa esige di poter riprendere la sua azione pastorale. [...] Alla Presidenza del Consiglio e al Comitato tecnico-scientifico si richiama il dovere di distinguere tra la loro responsabilità - dare indicazioni precise di carattere sanitario - e quella della Chiesa, chiamata a organizzare la vita della comunità cristiana, nel rispetto delle misure disposte, ma nella pienezza della propria autonomia. I Vescovi italiani non possono accettare di vedere compromesso l'esercizio della libertà di culto. Dovrebbe essere chiaro a tutti che l'impegno al servizio verso i poveri, così significativo in questa emergenza, nasce da una fede che deve potersi nutrire alle sue sorgenti, in particolare la vita sacramentale": Comunicato CEI DPCM, *la posizione della CEI*, 26 aprile 2020 (disponibile in www.chiesacattolica.it/dpcm-la-posizione-della-cei).

⁶² Papa Francesco ha introdotto l'Omelia "Il piccolo linciaggio quotidiano del chiacchiericcio" affermando: "In questo tempo, nel quale si incomincia ad avere disposizioni per uscire dalla quarantena, preghiamo il Signore perché dia al suo popolo, a tutti noi, la grazia della prudenza e della obbedienza alle disposizioni, perché la pandemia non torni": cfr. Omelia del Santo Padre Francesco *Il piccolo linciaggio quotidiano del chiacchiericcio*, celebrazione mattutina trasmessa in diretta dalla cappella di Casa Santa Marta, 28 aprile 2020 (disponibile in www.vatican.va/content/francesco/it/cotidie/2020/documents/papa-francesco-cotidie_20200428_laverita-dellatestimonianza.html).



anche la ricerca di senso, nelle sue multiformi espressioni, ha prodotto un incremento di accessi a siti culturali e religiosi. Uno studio dell'Università di Copenaghen ha evidenziato che in 95 Paesi la ricerca quotidiana su Google del termine "preghiera", o di termini simili, è aumentata del 50% rispetto al periodo precedente la pandemia⁶³. L'ausilio degli strumenti informatici ha offerto all'umanità in questo periodo la possibilità di continuare a lavorare, a studiare, a comunicare, a praticare il culto, a esplorare spazi culturali e ricreativi⁶⁴. La primazia del virtuale, protagonista già da tempo della nostra quotidianità, è diventata un dato inconfutabile durante la crisi pandemica. Molti gruppi religiosi hanno registrato e trasmesso on line le celebrazioni. Il mensile evangelico *Christianity Today* nel periodo più cruento della pandemia così titolava un articolo: "Quando Dio chiude la porta di una chiesa, apre una finestra di navigazione"⁶⁵. Già da diversi anni numerose comunità religiose, soprattutto protestanti, hanno offerto servizi in modalità streaming, sulle reti social e via internet⁶⁶, ma quanto accaduto negli ultimi mesi è senza precedenti. La rete virtuale non ha permesso solo di assistere a liturgie, ma anche di organizzare, da parte dei gruppi religiosi, raccolte di fondi per

⁶³ J. SINDING BENTZEN, *In Crisis, We Pray: Religiosity and the COVID-19 Pandemic*, University of Copenhagen, CEPR, CAGE, maggio 2020 (disponibile in www.Economics.ku.dk/research/corona/Bentzen_religiosity_covid.pdf).

⁶⁴ Mancano, allo stato attuale, dati relativi all'accesso a siti culturali, ma sembra logico ipotizzare anche in questo campo un notevole incremento; la rete ha infatti svolto in questa prospettiva un ruolo estremamente positivo, offrendo la possibilità di accedere al vasto patrimonio librario di molte importanti biblioteche, a musei di tutto il mondo, di assistere a spettacoli teatrali e concerti, di visitare virtualmente le città e i luoghi più interessanti del pianeta.

L'applicazione web dell'Unione europea "Cultural Gems", presente già dal 2018, con le restrizioni imposte dalla pandemia ai viaggi e al turismo è stata integrata con la nuova funzione "La cultura europea da casa", che ha consentito di esplorare virtualmente i musei e le gallerie d'arte d'Europa, di seguire concerti e spettacoli di qualità: cfr. https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe/recovery-coronavirus-success-stories/digital/europe-an-culture-home_it.

⁶⁵ K. SHELLNUTT, *When God Closes a Church Door, He Opens a Browser Window*, in *Christianity Today*, 19 March 2020 (in www.christianitytoday.com/news/2020/march/online-church-attendance-covid-19-streaming-video-app.html).

⁶⁶ Già nel 1999, Francesco Margiotta Broglio osservava che, con il "rapidissimo e sostanzialmente incontrollabile cammino della scienza e dei mezzi di comunicazione, avremo presto missionari di tutti i tipi via internet e via cavo": F. MARGIOTTA BROGLIO, *Intervento alla Tavola rotonda su L'evoluzione dei rapporti tra Chiesa e Stati durante il pontificato di Giovanni Paolo II*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, I, 1999, p. 14.



cercare di compensare le perdite finanziarie subite a causa dei confinamenti.

L'accesso attraverso mezzi tecnologici ai messaggi religiosi e alle celebrazioni ha permesso di mantenere vivo un legame tra le diverse comunità religiose e i loro fedeli, ma non è privo di aspetti da considerare, tra cui la possibile perdita d'importanza della dimensione comunitaria e della condivisione di valori, di emozioni, di modi di essere e di percepire la realtà; il rischio è quello di considerare identiche le modalità di partecipazione, fisica e virtuale, alle celebrazioni religiose⁶⁷. Alle considerazioni esposte bisogna aggiungere un dato che emerge dalle statistiche degli ultimi anni, da cui risulta un'evidente e progressiva flessione della pratica religiosa soprattutto nei Paesi di tradizione cattolica⁶⁸.

Un ulteriore dato potrebbe profilarsi come rilevante: sarebbe interessante infatti comprendere se e in quale misura i palinsesti televisivi delle reti nazionali dei diversi Stati abbiano cercato di compensare le limitazioni imposte all'esercizio pubblico del culto, incrementando la

⁶⁷ Il vaticanista Robert Mickens, riflettendo sulla generalizzazione delle celebrazioni religiose on line, evidenzia il rischio di sminuire una delle caratteristiche fondamentali del cristianesimo cattolico, la sua ricca tradizione dei sacramenti e della liturgia: cfr. **R. MICKENS**, *Catholics continue to stumble liturgically through the pandemic* (in <https://international.la-croix.com/news/letter-from-rome/catholics-continue-to-stumble-liturgically-through-the-pandemic/12201>). Sulle strategie comunicative adottate dalle chiese si veda **E. PACE**, *Il respiro corto dello Spirito nelle mega-chiese, ai tempi della pandemia*, in *Comparative Cultural Studies: European and Latin American Perspectives*, 13, 2021, pp. 21-35.

⁶⁸ Da un sondaggio coordinato da Stephen Bullivant, effettuato in Europa nel 2018 dalla St. Mary University Twickenham di Londra in collaborazione con l'Institut Catholique de Paris e con il Benedict XVI Centre for Religion and Society, risulta che la proporzione di giovani adulti (16-29 anni) senza appartenenza religiosa è del 91% nella Repubblica Ceca, 80% in Estonia, 75% in Svezia, 64% in Francia; solo il 2% dei giovani adulti cattolici in Belgio afferma di partecipare alla messa settimanalmente, il 3% in Ungheria e Austria, il 5% in Lituania, il 6% in Germania, il 7% in Francia; in Francia il 26% dei giovani si dichiara cattolico, il 10% islamico, il 2% protestante (i dati sono disponibili in www.stmarys.ac.uk/research/centres/benedict-xvi/docs/2018-mar-europe-young-people-report-eng.pdf).

La pratica religiosa cattolica decresce progressivamente nei tre Paesi oggetto di analisi nel presente contributo: per la Francia si veda **G. CUCHET**, *Le catholicisme a-t-il encore de l'avenir en France?*, Seuil, Paris, 2021; per l'Italia cfr. **F. GARELLI**, *Gente di poca fede. Il sentimento religioso nell'Italia incerta di Dio*, il Mulino, Bologna, 2020; per il Belgio cfr. **C. SÄGESSER**, *Rapport annuel de l'Église catholique en Belgique: un portrait chiffré riche d'enseignements*, in *Les @nalyse du crisp en ligne*, 8 dicembre 2018 (disponibile in www.crisp.be/crisp/wp-content/uploads/analyses/2018-12-18_ACL-Sagesser_C-2018-Orela-_Rapport_annuel_de_l_Eglise_catholique_en_Belgique.pdf).



quantità di tempo e spazio dedicati alla programmazione religiosa⁶⁹. Al momento non sono tuttavia disponibili dati attendibili al riguardo.

5 - Osservazioni conclusive

È ancora difficile tracciare un bilancio complessivo sulla congruità, l'efficacia, la rapidità e la proporzionalità della risposta alla crisi pandemica posta in essere dai tre Stati considerati; dalla breve disamina compiuta sembra potersi concludere che le misure adottate potrebbero essere considerate indispensabili e proporzionate allo scopo perseguito, criteri peraltro richiamati dagli stessi atti limitativi dei diritti. La ricerca di proporzionalità può ravvisarsi nel non obbligare la chiusura dei luoghi di culto, nel limitare il divieto alle sole cerimonie collettive, a eccezione dei matrimoni e delle esequie (in Italia permesse solo dal 4 maggio 2020), nel consentire l'esercizio del culto individuale. Va ribadito che le limitazioni non hanno riguardato infatti la libertà religiosa in sé e per sé, ma solo la sua dimensione collettiva, essendo necessario preservare prioritariamente il diritto alla vita e alla salute.

⁶⁹ Relativamente all'Italia, osserva Alessandro Ferrari: «Il virus è laico e pluralista, la nostra mentalità - e quella delle nostre prassi - un poco meno. È comprensibile, ad esempio, che il sistema radiotelevisivo "di Stato" cerchi di compensare la limitazione della libertà culturale dei fedeli cattolici con un'ampia copertura televisiva dei riti di questa tradizione religiosa. Ben comprensibile, finanche doveroso, ma non può passare inosservato, come un atto dovuto»: **A. FERRARI**, *Covid-19 e libertà religiosa*, 6 aprile 2020 (disponibile in www.settimananews.it/diritto/covid-19-liberta-religiosa/).

Va inoltre considerato che la ripartizione dello spazio televisivo destinato alle confessioni, del tutto sbilanciato in favore della cattolica, non consente di parlare di pluralismo religioso nel sistema radiotelevisivo italiano. Per una panoramica sui dati si veda *Critica Liberale*, n. 4, Biblion. Per approfondimenti in tema di libertà di informazione e pluralismo informativo si veda: **E. CHELI**, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1405 ss.; **J. PASQUALI CERIOLI**, *Propaganda religiosa: la libertà silente*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 108 ss.; **C. CARDIA**, *Confessioni religiose e RAI-TV (Considerazioni preliminari)*, in **AA. VV.**, *Il pluralismo confessionale nell'attuazione della Costituzione*, Jovene, Napoli, 1986; p. 215 ss.; **A. LICASTRO**, *Il pluralismo religioso nel settore dei "media"*, in S. DOMIANELLO (a cura di), *Diritto e religione in Italia - Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, il Mulino, Bologna, 2012; **M. TOSCANO**, *L'ordinamento radiotelevisivo e la comunicazione religiosa*, in G. CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2013, p. 433 ss.



In merito all'interrogativo posto all'inizio di queste brevi riflessioni, va rilevato che la prassi adottata da tutti e tre gli Stati può considerarsi conforme al diritto della Unione europea e alla Convenzione EDU. I Paesi hanno infatti operato in piena sintonia con le raccomandazioni e con le indicazioni messe a disposizione degli organi europei⁷⁰.

⁷⁰ Durante la prima ondata pandemica il Consiglio d'Europa ha redatto "une boîte à outils", documenti informativi per gli Stati membri, in cui si legge: "3.3. Droit au respect de la vie privée, à la liberté de conscience, à la liberté d'expression, à la liberté de réunion et d'association. La jouissance effective de tous ces droits et libertés consacrés par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention est l'un des repères marquants de nos sociétés démocratiques modernes. Ces droits et libertés ne peuvent être restreints que si ces restrictions sont prévues par la loi et proportionnées au but légitime poursuivi, y inclus la protection de la santé. Les restrictions significatives aux activités sociales usuelles, notamment l'accès aux lieux de culte publics, les rassemblements publics, les cérémonies de mariage et de funérailles, risquent inévitablement d'ouvrir la voie à des 'griefs défendables' fondés sur les dispositions susmentionnées. Les autorités doivent faire en sorte que ces restrictions, qu'elles soient basées ou non sur une dérogation, soient clairement prévues par la loi, conformément aux garanties constitutionnelles applicables et proportionnées aux buts pour lesquelles elles ont été imposées. Si des restrictions plus strictes aux droits susmentionnés sont susceptibles d'être justifiées en temps de crise, des sanctions pénales sévères en revanche sont préoccupantes et doivent faire l'objet d'un contrôle strict. Les situations exceptionnelles ne devraient pas être instrumentalisées pour donner des moyens pénaux accrus. Un juste équilibre entre sanction et prévention est le meilleur, voire le seul, moyen de respecter la condition de proportionnalité posée par la Convention": **CONSEIL DE L'EUROPE**, *Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Une boîte à outils pour les États membres*, Documents d'information, 7 aprile 2020, pp. 6, 7 (disponibile in <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecter-la-democratie-l-etat-de-droit-et-les-droits-d/16809e1f3f>).

Nella Raccomandazione *Staying safe from COVID-19 during winter* del 2 dicembre 2020 la Commissione europea ha invitato a svolgere le celebrazioni religiose in modalità online, o tramite i canali radiotelevisivi, avendo cura di vietare il canto corale e di prevedere l'uso delle mascherine: cfr. **EUROPEAN COMMISSION**, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Staying safe from COVID-19 during winter* (disponibile in https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/preparedness_response/docs/covid-19_stayingsafe_communication_en.pdf).

In risposta alla citata Raccomandazione, il 18 dicembre 2020 la Comece ha stilato una Nota nella quale ha lamentato la violazione di quanto disposto dall'art. 17 TFUE, in particolare l'indebita ingerenza delle Istituzioni europee nelle politiche ecclesiastiche nazionali e il mancato dialogo con le chiese propedeutico all'adozione della Raccomandazione: cfr. *Comece addresses the EU Commission on Covid-19 strategy* (in <http://www.comece.eu/comece-addresses-the-eu-commission-on-covid-19-strategy>).

Recentemente il Servizio di Ricerca del Parlamento Europeo ha pubblicato un interessante studio, *"Le droit à la santé, une perspective de droit comparé"*, in cui si afferma che: "Le droit à la santé et le droit à la vie se placent dans le droit du CdE au même niveau que les autres droits et libertés. Les premiers devraient néanmoins prévaloir sur les autres, dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité. Le droit des



La diversità delle prassi adottate nei 27 Stati membri rende difficoltoso individuare uno standard europeo nella gestione della crisi pandemica; del resto l'Unione europea permane finora unita essenzialmente a livello economico. La reazione delle Istituzioni europee è sembrata a volte confusa e scarsamente incisiva, ma non va dimenticato che l'Unione europea è incompetente in materia religiosa e che "non pregiudica" (art. 17 TFUE) i sistemi nazionali di rapporti Stato-fenomeno religioso; molto più decisa è stata invece la sua reazione a livello economico, con la realizzazione di diversi strumenti di contrasto alle gravi conseguenze della pandemia. Tra questi si segnala in particolare il Recovery fund - Next Generation EU, collegato al Quadro finanziario pluriennale del 2021-2027.

Sul piano nazionale, dall'approccio comparativo emerge che il dovere "primordiale" sul quale i tre Paesi analizzati hanno fondato il loro operato è stato quello di tutelare in primis il diritto alla vita e alla salute. In Italia il dialogo "multilaterale", inclusivo di gruppi confessionali privi di intesa, finalizzato a sottoscrivere Protocolli per la ripresa delle celebrazioni religiose, potrebbe considerarsi un segnale di apertura, una "risposta creativa, in grado di rispondere a bisogni concreti tenendo conto delle differenze che caratterizzano il pluralismo religioso nazionale"⁷¹. Pur senza enfatizzare il significato del dialogo - di natura pragmatica, derivante da una situazione emergenziale e dall'esito prettamente circoscritto all'ambito amministrativo - va rilevata un'inedita attenzione da parte politica nei confronti di soggetti religiosi finora confusi in una nebulosa di indistinti. È illusorio considerarlo un primo passo verso una possibile riformulazione della politica ecclesiastica italiana, cristallizzata in una struttura gerarchica piramidale sempre più inadeguata ad assicurare una governance che garantisca una sostanziale uguaglianza di tutte le fedi e di tutte le convinzioni?

Nella rinascita post-pandemica la speranza continua a essere quella nutrita da Jemolo per l'Italia del dopoguerra:

"Nell'Italia rinata, di fronte allo Stato non ci sarà che il cittadino, con parità di diritti, abbia o non abbia una confessione religiosa, e quale

populations à la meilleure santé possible est par ailleurs particulièrement significatif du modèle social européen; les États membres doivent prévenir les risques et mettre en place des dispositifs de soins et de sécurité sociale"; cfr. J. ZILLER, *Le droit à la santé, une perspective de droit comparé*, Conseil de l'Europe, Septembre 2021, EPRS, Service de recherche du Parlement européen, Unité Bibliothèque de droit comparé, p. 3 (in [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/698030/EPRS_STU\(2021\)698030_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/698030/EPRS_STU(2021)698030_FR.pdf)).

⁷¹ Così si esprime Pierluigi Consorti in L.M. GUZZO, *Riprendono anche i riti*, cit.



questa sia. [...] Le speranze andrebbero anche oltre, almeno in chi scrive. In una Chiesa non desiderosa di Concordati, ma solo di libertà, e che questa ricercasse nell'applicazione, per quanto possibile, ai suoi istituti del diritto comune⁷².

La diversità delle prassi adottate nei Paesi comunitari mostra il carattere di “cantiere in costruzione” del modello di laicità europea⁷³, che nonostante la già ricordata incompetenza dell'Unione in materia religiosa, sta di fatto emergendo attraverso la giurisprudenza europea e le fonti, tra le quali un ruolo centrale riveste l'art. 17 TFUE. Il terzo comma di tale articolo, nonostante gli indubbi profili critici⁷⁴, risulta trasposto nella prassi adottata dai tre Stati, i quali, seppure con tempi differenti, hanno instaurato un costruttivo dialogo con i rappresentanti delle diverse fedi e convinzioni (questi ultimi solo in Belgio e in Francia⁷⁵). Il dialogo ha attribuito agli interlocutori una posizione specifica; da una parte si situa l'autorità civile con i suoi diritti e doveri di tutelare l'interesse generale, dall'altra gli attori religiosi, interpreti di interessi collettivi ma particolari; la ricerca di mediazione non può prescindere dal riconoscere allo Stato

⁷² **A. C. JEMOLO**, *Per la pace religiosa d'Italia*, in G. SPADOLINI (a cura di), *Quaderni della Nuova Antologia*, XXIII, Le Monnier, Firenze, 1985, p. 34.

⁷³ Per approfondimenti sul paradigma di laicità europea si vedano K. MYCHALSKI, N. ZU FURSTENBERG (a cura di), *Europa laica e puzzle religioso*, Marsilio, Venezia, 2005; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione europea*, in **F. MARGIOTTA BROGLIO**, **C. MIRABELLI**, **F. ONIDA**, *Religione e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, il Mulino, Bologna 2000, p. 87 ss.; **M. VENTURA**, *La laicità nell'Unione europea. Diritti, mercati, religione*, Giappichelli, Torino 2001; **I.C. IBÁN**, *Europa, diritto, religione*, il Mulino, Bologna, 2011; **S. FERRARI**, *Rapporti tra Stato e Chiesa. Un modello europeo*, in *Antonianum*, 2005, 4, LXXX, p. 699 ss.

⁷⁴ Per approfondimenti **R. MAZZOLA**, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e associazioni religiose nell'Unione Europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Diritto ecclesiastico*, 3-4, 2013, pp. 509, 510; **G. ROBBERS**, *Europa e religione: la dichiarazione sullo status delle Chiese e delle organizzazioni non confessionali nell'atto finale del trattato di Amsterdam*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 1998, p. 393 ss.; **J. FERRER ORTIZ**, *Iglesias y organizaciones no confesionales en la Unión Europea. El artículo 17 del TFUE*, in *Ius Canonicum*, 2017, vol. 57 (114), p. 997 ss.; **P. ANNICCHINO**, *Il Dialogo con i gruppi religiosi e le organizzazioni non confessionali nel Diritto dell'Unione europea: a proposito di una recente pronuncia del Mediatore europeo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2013, p. 753 ss.; **A.G. CHIZZONITI** (a cura di), *Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni confessionali nell'Unione europea*, Vita e Pensiero, Milano, 2002.

⁷⁵ Per la condizione discriminata delle associazioni filosofiche non confessionali si veda **M. CROCE**, *An Agreement Denied: How Non-Denominational Philosophical Associations are Discriminated by Italian Law*, in A. ORIOLI (a cura di), *Non-Believers' Europe: Model of Secularism, Individual Statuses, Collective Rights* (Bruxelles, 22-23 marzo 2018), *Nessun Dogma*, p. 72 ss.



l'autorità di limitare la manifestazione collettiva della libertà religiosa se confliggente con l'interesse generale, fondato, nel caso specifico, sulla necessità di contenere la diffusione del virus.

In ultima analisi nei tre Stati il dialogo ha avuto a oggetto il quomodo, ovvero le modalità idonee ad attuare le limitazioni, non l'an, ovvero l'opportunità da parte statale di adottare simili provvedimenti, necessitati dalla constatazione che le riunioni e gli assembramenti costituissero una delle principali occasioni di contagio. Questo approccio, condiviso nei Paesi considerati, rivela, nonostante le differenti architetture ordinamentali, un agire di fondo comune e improntato alla laicità, intesa come imparzialità ed equidistanza della sfera statale nei confronti della sfera religiosa. L'auspicio è che tale agire laico non sia in futuro dettato solo da esigenze emergenziali, ma diventi una prassi consolidata, un paradigma da declinare quotidianamente per rispondere alle sfide di una società sempre più plurale.



Simone Gianello*, Paolo Zicchittu**

(*ricercatore in Diritto Pubblico Comparato e **ricercatore in Diritto
Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca,
Dipartimento di Giurisprudenza)

**I "pericoli" della libertà religiosa al tempo della pandemia:
un bilanciamento impossibile?
Considerazioni comparate tra Italia e Francia ***

*The "perils" of religious freedom at the time of the pandemic:
an impossible balance?
Comparative remarks between Italy and France **

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una comparazione - 2. Il caso italiano: una breve cronistoria normativa - 3. Primi appunti giurisprudenziali per un corretto "bilanciamento" - 4. Verso un accomodamento ragionevole - 5. Il paradigma francese e l'opera di bilanciamento del *Conseil d'État* - 6. Alcune considerazioni in termini di bilanciamento fra libertà di culto e tutela della salute - 7. Minime notazioni di sistema a mo' di conclusione.

ABSTRACT: The essay aims to analyze the measures adopted in the Italian and French legal systems to regulate the exercise of religious freedom during the Covid-19 emergency. The analysis is conducted by observing the various regulatory provisions in the light of the balancing test and the principles of proportionality and reasonableness. This way, the paper will try to verify the overall strength of the constitutional system in times of crisis and the protection of fundamental rights during an emergency.

1 - Le ragioni di una comparazione

L'irrompere della pandemia da Covid-19 e l'emergenza sanitaria che ne è conseguita hanno riportato a galla domande latenti, che ormai da lungo tempo interrogano la dottrina giuspubblicistica. Tra queste questioni spicca certamente la necessità di procedere a una complessa opera di adattamento dei diritti e delle libertà fondamentali, che reclamano attuazione in situazioni di crisi¹. Durante il lungo periodo emergenziale -

* Contributo selezionato dal Comitato organizzatore - Paper selected by the organizing Committee.



la cui parabola non può ancora dirsi definitivamente conclusa - la reciproca integrazione fra i diritti, infatti, è avvenuta, per larghi tratti, secondo una giustapposizione di carattere tendenzialmente binario, la quale, da una parte, ha pressoché costantemente privilegiato la salvaguardia della *salus publica*, dall'altra, ha visto avvicinarsi diverse rivendicazioni, connesse al contestuale sacrificio di altrettante situazioni giuridiche riconosciute a livello costituzionale².

Detta contrapposizione tra istanze di tutela della salute e garanzia dei diritti fondamentali ha prodotto ragguardevoli restrizioni per numerose attività umane che, di fatto, sono risultate sostanzialmente sospese, a cominciare proprio dalla libertà religiosa o meglio dalla libertà di esercizio del culto in pubblico e in forma collettiva³. La normativa emergenziale introdotta, a più livelli, per contrastare la diffusione del virus Sars-Cov-2 interroga quindi profondamente il giurista in relazione alla tenuta complessiva delle garanzie costituzionali e, più in particolare, sollecita una riflessione in ordine alla perdurante attualità della teoria del bilanciamento.

Da questo punto di vista, la disciplina della libertà religiosa rappresenta un banco di prova assai significativo per testare la capacità delle democrazie liberali di contemperare i diversi interessi in gioco, senza sacrificare integralmente il godimento dei diritti individuali e senza abdicare al rispetto dei propri principi fondamentali. Si tratta, infatti, di una libertà, cui molti commentatori hanno riconosciuto la funzione di "anticipo e sostegno" di ogni altro diritto e che - comunque la si pensi in proposito - sicuramente assume un rilievo centrale nei sistemi giuridici moderni. Del resto, la religione, per sua natura, implica l'esistenza di un legame forte e qualificato, che spiega il senso di appartenenza a una comunità, in virtù un vincolo associativo, molte volte idoneo a dar vita a

¹ Sul punto, fra i molti, **M. D'AMICO**, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal*, 2020, 3, p. 31 ss. In prospettiva comparata, invece, si veda la sezione monografica a cura di **L. CUOCOLO**, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 1, p. 3 ss.

² Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle restrizioni imposte alla libertà di circolazione, alla libertà di riunione o, non da ultimo, all'esercizio dell'attività economica. Cfr. per tutti **A. ALGOSTINO**, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1, p. 62 ss.

³ **G. MACRÌ**, *Brevi note in tema di libertà di culto in tempo di pandemia*, in *Diritto Ecclesiastico*, 2020, 1-2, p. 49 ss. in aggiunta, **M. MICHETTI**, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2, p. 526 ss.



organizzazioni confessionali che assumono un ruolo determinante nel contesto sociale, politico e culturale in cui operano.

Muovendo da tali premesse, il presente contributo cercherà pertanto di comprendere se e fino a che punto, in una situazione di straordinaria necessità e urgenza, le ragioni addotte a protezione del diritto alla salute possano giustificare l'integrale compressione di un'altra libertà altrettanto fondamentale. L'obiettivo principale sarà quello di valutare l'impatto complessivo prodotto dalle misure emergenziali sulla tenuta dei principi costituzionali in materia di libertà religiosa, tenendo conto anche della scansione diacronica che ha caratterizzato le varie fasi dell'evoluzione pandemica.

A tal fine, sul piano metodologico, si compareranno le esperienze invalse nell'ordinamento italiano e nel proprio omologo francese. Italia e Francia rappresentano due paradigmi classici, che pur essendo ascrivibili a modelli concettualmente antitetici, per quanto attiene alla regolazione del fenomeno religioso, si sono trovati singolarmente a convergere nella gestione pratica dell'emergenza sanitaria. Un raffronto tra i due sistemi normativi, si rivela quindi particolarmente istruttivo proprio al fine di approfondire l'iniziale suggestione secondo cui, pur avendo tradizionalmente optato per due concezioni contrapposte di laicità e pur avendo trattato quasi sempre in modo diverso il fenomeno religioso, i due sistemi si sono trovati ad adottare soluzioni giuridiche sostanzialmente equivalenti per contenere il contagio e, per circoscrivere nella pratica l'esercizio della libertà di culto.

In una prospettiva più ampia, detta disamina consentirà di comprendere se questo inatteso riavvicinamento, sul fronte dei provvedimenti che hanno avuto l'effetto di restringere l'accesso alle funzioni religiose, sia stato soltanto congiunturale, ossia dettato dalla necessità di far fronte alla circolazione del virus, oppure celi una concezione sostanzialmente univoca dello specifico religioso nelle società contemporanee.

2 - Il caso italiano: una breve cronistoria normativa

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, la disciplina della libertà di culto nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19 ha conosciuto, sul piano diacronico e normativo, due fasi piuttosto chiaramente distinte. Il primo periodo si colloca, approssimativamente, a cavallo tra il 28 febbraio e il 15 maggio 2020; il secondo momento, invece, parte all'incirca dalla sottoscrizione dei protocolli di intesa con le confessioni religiose per la



ripresa dei riti e arriva sostanzialmente fino ai giorni nostri⁴. Le disposizioni in oggetto, ispirate, come noto, dalla necessità contingente di decongestionare per quanto possibile i reparti di terapia intensiva e, più in generale, dall'intento di salvaguardare adeguatamente la salute pubblica, hanno integrato un vero e proprio *novum* all'interno del nostro ordinamento, che fino a quel momento aveva conosciuto una compressione dell'esercizio del culto in forma collettiva solo per ragioni di pubblica sicurezza, a seguito degli attentati dell'11 Settembre 2001⁵.

Più precisamente, durante la primissima fase della pandemia, l'art. 1, secondo comma, lett. c) del decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020, aveva perentoriamente disposto la cessazione di ogni manifestazione, cerimonia o evento, anche di carattere religioso, in luogo privato, pubblico o aperto al pubblico⁶. La medesima misura era stata successivamente reiterata in maniera quasi pedissequa anche dal decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020, che all'art. 1, secondo comma, lett. g) aveva di fatto sospeso tutte le iniziative, le riunioni o qualsiasi altra forma di "assembramento" in luogo pubblico o privato⁷. Con precipuo riferimento all'esercizio della

⁴ In questo senso, **F. SPAGNOLI**, *Emergenza sanitaria e atti normativi dell'esecutivo. Discipline e impieghi in Italia, Spagna e Stati Uniti*, in *DPCE Online*, 50, Spec. 2022, p. 1799 ss.; Riferiscono di questa scansione anche **N. COLAIANNI**, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (https://www.statoe_chiese.it), n. 7 del 2020, p. 25 ss.; **G. GIORDAN**, *Dalla danza macabra alla libertà di culto: Chiesa e diritti in Italia in tempi di pandemia*, in *Religioni e società*, 2021, 3, p. 203 ss.

⁵ Così **F. BALSAMO**, *La leale collaborazione tra Stato e confessioni religiose alla prova della pandemia da Covid-19. Una prospettiva dall'Italia*, in *DiReSoM papers*, 27 marzo 2020. Più in generale, si rimanda a **R. MAZZOLA**, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2005; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Diritti in tempi di crisi*, in *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di P. CONSORTI, F. DAL CANTO, S. PANIZZA, Pisa University Press, Pisa, 2016, p. 51 ss.

⁶ Cfr. decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, secondo cui "allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19 [...] le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: [...] sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico".

⁷ Più esattamente, il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, rubricato *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19* aveva previsto che "per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus possono essere adottate [...] secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità a rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, una o più tra le



libertà religiosa, il decreto-legge sanciva, da un lato, il blocco delle cerimonie, dall'altro, vietava l'ingresso nei luoghi destinati al culto, demandando all'adozione di protocolli sanitari *ad hoc*, da concordare di intesa con la Chiesa cattolica e con le altre confessioni, la definizione dei provvedimenti necessari allo svolgimento delle funzioni in condizioni di sicurezza⁸.

A tali clausole veniva poi data concreta attuazione attraverso una serie di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, che miravano a disciplinare in modo unitario il quadro degli interventi normativi di contenimento del contagio, estendendo i relativi provvedimenti a tutto il territorio nazionale⁹. Più nel dettaglio, i D.P.C.M. in questione ribadivano la sospensione generalizzata dei riti religiosi, compresi quelli funebri, svolti in qualsiasi luogo - sia pubblico che privato - e stabilivano che gli edifici di culto sarebbero rimasti aperti, ma solo a condizione che venissero adottate misure organizzative tali da evitare assembramenti, avuto riguardo alle dimensioni e alle caratteristiche dei luoghi, così da garantire ai fedeli il rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro¹⁰. Le prescrizioni relative all'esercizio della libertà di culto erano oltretutto destinate a collocarsi in un quadro sistemico decisamente più

seguenti misure: [...] limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso”

⁸ Per un commento, si vedano fra gli altri **A. CESARINI**, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la "responsabile" collaborazione con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18 del 2020, p. 15 ss.; **S. MONTESANO**, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: sintesi ragionata delle limitazioni introdotte in Italia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2020, 23, p. 255 ss.; **M.L. LO GIACCO**, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica": una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 12 del 2020, p. 107 ss.

⁹ Si tratta nello specifico delle previsioni contenute nel D.P.C.M. 23 febbraio 2020. Successivamente, il decreto del 1 marzo 2020, il decreto dell'8 marzo 2020, il D.P.C.M. del 9 marzo 2020, il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, e infine i D.P.C.M. del 1 aprile 2020 e del 10 aprile 2020 hanno reiterato le singole misure, dandone un'applicazione omogenea estesa a tutto il territorio della Repubblica e confermando nei suoi tratti essenziali il regime assolutamente restrittivo previsto per l'esercizio della libertà di culto

¹⁰ Per un approfondimento si vedano, per esempio, i contributi di **M. MASSA**, *I limiti al culto durante la pandemia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, p. 602 ss.; **F. ALICINO**, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 19 del 2020, p. 4 ss., nonché **C. CASALONE**, *Salute umana e tradizioni religiose di fronte alle emergenze sanitarie. Una prospettiva teologica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2021, fasc. speciale p. 15 ss.



ampio, in cui la libera circolazione era consentita unicamente in presenza di “esigenze lavorative, situazioni di necessità o comprovati motivi di salute”. Qualora, poi, lo spostamento avesse comportato il trasferimento in un comune diverso sarebbero dovuti ricorrere motivi di “assoluta urgenza”¹¹.

Come si accennava in precedenza, la *ratio* complessiva di una disciplina così restrittiva si riteneva coincidesse con la necessità di scongiurare ogni possibile forma di assembramento, in grado di occasionare o di incrementare la diffusione del contagio. In questa prospettiva, i divieti relativi all’esercizio della libertà religiosa parevano interessare solo la sua “dimensione fisica e pubblica”, configurandosi, più che altro, come una specificazione dei provvedimenti più generali diretti a limitare la libertà di circolazione e soggiorno o la libertà di riunione e associazione¹².

In effetti, la circostanza che gli edifici di culto fossero comunque accessibili lasciava spazio anche a qualche ricostruzione alternativa. Si sarebbe, infatti, potuto ritenere che l’accesso a tali luoghi da parte dei fedeli integrasse una di quelle “situazioni di necessità”, che avrebbero potuto giustificare gli spostamenti dei cittadini all’interno del territorio. D’altra parte, l’apertura al pubblico di determinati uffici o di taluni servizi scontava già a monte un apprezzamento circa il loro carattere per così dire

¹¹ Più in generale, circa le restrizioni apportate all’esercizio delle libertà fondamentali nel corso dell’emergenza pandemica si rinvia, *ex plurimis*, a **L. CUOCOLO**, *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid*. 19. *Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it* 2020, 6, p. 1 ss.; **G. BATTAGLIA, B. BRANCATI**, *L’impatto della pandemia sui diritti costituzionali*, in *Coronavirus e Costituzione. Una integrazione al Manuale di diritto costituzionale*, a cura di B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 119 ss.; **V. BALDINI**, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell’emergenza. Brevi (e parziali) riflessioni di teoria del diritto*, in *Diritti fondamentali.it*, 2020, 1, p. 893 ss.; **V. TAMBURRINI**, *La limitazione dei diritti costituzionali in tempo di pandemia: alcune osservazioni sul carattere fondamentale dell’interesse della collettività alla salute*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. MARINI, G. SCACCIA, Giappichelli, Torino, 2020, p. 127 ss.; **A. CANDIDO**, *Necessitas non habet legem? Pandemia e limiti alla libertà di circolazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2020, 2, p. 376 ss.; **M. CAVINO**, *Covid 19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, p. 2 ss.; **M. DELLA MORTE**, *La pandemia, il futuro e la materia costituzionale*, in *Il Mulino*, 2021, 4, p. 99 ss.

¹² Sulla natura dei limiti apposti alla libertà di culto in pubblico **A. LICASTRO**, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Giur. Cost.*, 2020, 1, p. 229 ss.; **M.L. LO GIACCO**, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, in *DiReSoM Papers*, 12 marzo 2020; **P. CONSORTI**, *La libertà religiosa travolta dall’emergenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 2, p. 372 ss.



“essenziale”, legittimando la libera circolazione delle persone, seppur a fronte delle restrizioni deliberate dal Governo¹³. Nella misura in cui, per esempio, le farmacie restavano aperte ed era sempre possibile raggiungerle per l’acquisto di un medicinale e laddove l’accesso ai servizi postali rimaneva consentito per ritirare la pensione allo sportello oppure per pagare una bolletta in scadenza, giustificando in tal guisa il relativo spostamento all’interno del comune; allo stesso modo, se le chiese, le moschee o i templi di varie denominazioni restavano aperti, la logica di tale misura, anche in una situazione di totale emergenza, avrebbe voluto che si permettesse l’ingresso ai fedeli, che desiderassero raccogliersi in preghiera. E se fosse stato consentito recarsi in un edificio destinato al culto per dedicarsi alla devozione individuale, non si comprende perché avrebbe dovuto essere vietato, invece, svolgere una funzione religiosa, nel rispetto ovviamente delle comuni regole di distanziamento e di profilassi¹⁴.

Eppure, in regime di così detto “primo *lockdown*”, l’interpretazione caldeggiata dal Governo, e in particolar modo dal Ministero dell’Interno, è stata tutt’altra, e anche l’impostazione prevalente, poi affermata in via prassi, ha seguito percorsi argomentativi radicalmente diversi, giacché l’ingresso nei luoghi di culto è stato ritenuto meramente estemporaneo, ovverosia l’esercizio in pubblico della libertà religiosa è stato giudicato ammissibile, unicamente se fosse avvenuto “in occasione di altri spostamenti”, determinati da quei motivi di necessità tassativamente elencati dalle disposizioni allora in vigore. Insomma, allorché ci si fosse mossi per altre ragioni imperative, si sarebbe anche potuto decidere di recarsi in chiesa o in un altro edificio di culto, ammesso e non concesso che tali strutture fossero effettivamente aperte e si trovassero già lungo il tragitto, che si era chiamati a percorrere, dal momento che nessuna

¹³ Così, esemplarmente, **N. COLAIANNI**, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Rivista AIC*, 2020, 4, p. 226 ss.; **M. d'ARIENZO**, *Libertà religiosa e autonomia confessionale ai tempi dell'emergenza coronavirus*, in *La giustizia al tempo del coronavirus*, a cura di M. CATERINI, S. MULEO, Pacini giuridica, Pisa 2020, p. 209 ss.; **A. RUGGIERI**, *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020.

¹⁴ In questo senso, **S. MONTESANO**, *L'esercizio della libertà di culto ai tempi del Coronavirus*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 20 marzo 2020, a giudizio del quale “il fatto che sia possibile uscire di casa per una passeggiata potrebbe consentire al fedele di recarsi in una Chiesa o verso un diverso luogo di culto - purché sia aperto e purché al suo interno vengano garantite le norme di sicurezza - e sostare al suo interno per un lasso di tempo ragionevole, finalizzato all’esercizio culturale personale”.



deviazione sarebbe stata ammissibile per celebrare la propria fede¹⁵. Nel momento più acuto della crisi sanitaria, dunque, la dimensione aggregativa della libertà religiosa ha finito per subire ragguardevoli restrizioni, risultando sostanzialmente precluso non solo qualsiasi fenomeno associativo connesso al culto - esercitato individualmente, alla presenza di più soggetti, oppure collettivamente, sotto forma di riunione - ma anche ogni spostamento, fondato su ragioni di carattere *lato sensu* religioso¹⁶.

Peraltro, anche a seguito della cosiddetta “prima ondata”, seppur a fronte di alcune parziali riaperture, l’esercizio della libertà di culto restava ancora fortemente compresso. Più in particolare, i D.P.C.M. del 10 e del 26 aprile 2020 ribadivano la sospensione di tutte le funzioni religiose e, pur consentendo la celebrazione delle cerimonie funebri, ne limitavano comunque la partecipazione ai soli congiunti, fino a un massimo di quindici persone, precisando altresì che il rito avrebbe dovuto svolgersi preferibilmente all’aperto, nel rigoroso rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro e con adeguate protezioni delle vie respiratorie¹⁷.

È soltanto con il decreto-legge n. 33 del 16 maggio 2020, che l’Esecutivo ha ufficialmente disposto la ripresa di tutte le funzioni religiose, che implicano la partecipazione contestuale dei fedeli, subordinandone tuttavia lo svolgimento al rispetto dei protocolli eventualmente sottoscritti dal Governo e dalle singole denominazioni per contenere e prevenire i rischi del contagio¹⁸.

¹⁵ **G. SILVESTRI**, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020; **F. CINTIOLI**, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, 2020, 7, p. 2 ss.; **G. D’AMICO**, *La libertà “capovolta”. Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 49 ss.

¹⁶ In questo senso, **V. PACILLO**, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 16 marzo 2020; **F. ADERNÒ**, *Il nuovo decreto-legge n. 19/2020: un suggerimento ermeneutico ecclesiasticistico*, in *Diritti Regionali*, 2020, 1, p. 484 ss. Si veda anche **C. GENTILE**, *L’epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, in *Federalismi.it*, 2020, 7, p. 1 ss.

¹⁷ Cfr. **A. GIANFREDA**, *Libertà religiosa e culto dei defunti nell’epoca del Coronavirus*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 17 marzo 2020, secondo cui le restrizioni dolorosamente fatte proprie dalla Chiesa italiana non avrebbero escluso in toto la celebrazione esequie ecclesiastiche, ma avrebbero dovuto ridurre il rito alla sola benedizione della salma nel luogo della sepoltura: “ciò che si perde rimane comunque la Messa esequiale [...] e dunque la sua dimensione comunitaria, che segnala visibilmente l’appartenenza del defunto e dei suoi cari al Popolo di Dio”.

¹⁸ **G. MACRÌ**, *Brevi considerazioni in materia di governance delle pratiche di culto tra istanze*



In tale prospettiva, i successivi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri del 17 maggio e dell'11 giugno 2020 hanno provveduto a specificare che l'accesso ai luoghi di culto avrebbe dovuto avvenire con misure organizzative idonee a evitare "assembramenti", garantendo in ogni caso ai fedeli la possibilità di rispettare la distanza interpersonale di almeno un metro¹⁹. In questa logica, numerose confessioni religiose, animate da un autentico spirito di "leale collaborazione" con le Istituzioni statali, si sono prontamente attivate al fine di concertare con il Governo l'adozione dei provvedimenti necessari per la ripresa delle rispettive funzioni alla presenza dei fedeli, assicurando le condizioni minime di sicurezza, richieste dalla normativa emergenziale²⁰.

Con riguardo alla Chiesa cattolica, ad esempio, pur "nel rammarico e nel disorientamento, che la decisione dell'Esecutivo ha suscitato nei Pastori, nei sacerdoti, nelle comunità religiose e nel popolo di Dio" e pur precisando che la normativa statale è stata solamente recepita dagli enti religiosi per tutelare la salute pubblica, la Conferenza Episcopale Italiana ha sostanzialmente fatto proprie le misure governative di contenimento del contagio²¹. Fino al 18 maggio 2020, sono così state sospese le Sante Messe e le esequie, rimettendo contestualmente alla potestà dei Vescovi la possibilità di dispensare i fedeli dal precetto domenicale durante il periodo di Pasqua²².

egualitarie, soluzioni compiacenti e protocolli (quasi) "fotocopia", in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, cit., n. 11 del 2020, p. 48 ss.; M. d'ARIENZO, Per responsabilità. Emergenza coronavirus, autorità ecclesiastica e bene comune, in Il Regno, 2020, 10, p. 262 ss.; S. STAIANO, Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia, in Rivista AIC, 2020, 2, p. 531 ss.

¹⁹ Le medesime prescrizioni sono state successivamente ribadite anche dal D.P.C.M. del 7 agosto 2020, dal D.P.C.M. del 13 ottobre 2020, dal D.P.C.M. del 24 ottobre 2020, dal D.P.C.M. del 3 novembre 2020 e dal D.P.C.M. del 3 dicembre 2020, che contengono il rinvio, per lo svolgimento delle funzioni religiose con la partecipazione di persone, ai protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1 a 7, integrati con le indicazioni fornite dal Comitato tecnico-scientifico.

²⁰ Circa lo spirito di "leale collaborazione" manifestato dalla maggior parte delle confessioni religiose nel corso della crisi sanitaria, si rinvia per tutti ai contributi di **A. FUCCILLO**, *La religione "contagiata" dal virus? La libertà religiosa nella collaborazione Stato-Chiesa nell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 21 aprile 2020; **T. DI IORIO**, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2020, p. 16 ss.; **A. PALMA**, *Il diritto di libertà religiosa Al tempo dell'emergenza Sars-Covid-19*, in *Salvis Juribus*, 2 aprile 2021.

²¹ **CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA**, *Comunicato del 9 marzo 2020*.

²² A questo riguardo, **V. PACILLO**, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una*



Il relativo “Protocollo di intesa”, adottato il 7 maggio 2020, ha quindi definito le singole misure per la ripresa in presenza delle funzioni religiose. In estrema sintesi, le disposizioni di cui si discute hanno previsto l’ingresso contingentato e regolato dei fedeli, anche in base alla capienza massima dell’edificio di culto e con l’assistenza di personale ausiliario preposto a gestirne l’afflusso e il deflusso; il rispetto del distanziamento sociale, pari ad almeno un metro sia laterale che frontale; l’obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie e di curare l’igiene delle mani; nonché il divieto di ingresso nelle chiese per chi presenti sintomi simil-influenzali, temperatura corporea superiore ai 37,5°C o sia stato in contatto nei giorni precedenti con persone positive al nuovo Coronavirus²³. In questo contesto, particolare attenzione è stata dedicata anche all’amministrazione dei sacramenti, dal momento che - si legge - le disposizioni relative al rispetto della distanza sanitaria e all’uso dei dispositivi di protezione individuale valgono anche per battesimi, matrimoni, unzione degli infermi ed esequie, mentre la somministrazione dell’Eucarestia deve avvenire senza toccare i fedeli e soltanto dopo che il celebrante abbia igienizzato le mani, calzato i guanti e indossato la mascherina. In termini analoghi, durante il sacramento della Penitenza sacerdote e fedele dovranno sempre indossare i dispositivi di protezione individuale e la Confessione dovrà svolgersi in luoghi ampi e areati, che consentano il pieno rispetto delle misure di distanziamento²⁴.

Misure fondamentalmente analoghe sono state accolte pure dalle comunità ebraiche; dalla Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, dalle Comunità islamiche; dalle confessioni induista, buddista, baha’i e sikh; dalle comunità ortodosse e, infine, dalle Chiesa protestante, anglicana ed evangelica. In questo contesto, l’adozione di soluzioni inevitabilmente simili, prive cioè di differenze significative sul piano pratico-operativo, non deve particolarmente sorprendere, sia perché tutti i

risposta alle critiche, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 8 del 2020, p. 85 ss.; **G. MACRÌ**, *Brevi note in tema di libertà di culto in tempo di pandemia*, in *Diritto ecclesiastico*, 2020, 1-2, p. 49 ss.; **A. TIRA**, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell’Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, in *Giustizia insieme*, 16 maggio 2020.

²³ Art. 1 (*Accesso ai luoghi di culto in occasione di celebrazioni liturgiche*), Protocollo con la Conferenza Episcopale Italiana circa la ripresa delle celebrazioni con il popolo, 7 maggio 2020

²⁴ Art. 3 (*Attenzioni da osservare nelle celebrazioni liturgiche*), Protocollo con la Conferenza Episcopale Italiana circa la ripresa delle celebrazioni con il popolo, 7 maggio 2020.



soggetti coinvolti sono stati chiamati a confrontarsi con la comune necessità di prevenire il contagio in situazioni ragionevolmente equiparabili, sia perché l'autorità pubblica ha sempre diretto il confronto tenendo ferma la necessità di far prevalere il diritto alla salute rispetto alle singole esigenze confessionali, validando, dal punto di vista sanitario, accomodamenti che consentissero di riprendere rapidamente l'esercizio della libertà religiosa, senza per questo dare eccessivo peso alle singole specificità²⁵.

Le misure generali, che hanno condizionato l'accesso agli edifici destinati al culto da parte dei fedeli all'adozione di specifici accorgimenti organizzativi, in grado di minimizzare i rischi connessi al contagio, e il correlativo paradigma pattizio, che ha invece affidato ai protocolli tra lo Stato e le singole Confessioni, la definizione dei provvedimenti più puntuali, necessari all'esercizio in concreto della libertà religiosa, sono stati reiterati, pressoché alla lettera, anche dai successivi D.P.C.M. e, più di recente dal decreto-legge n. 30 del 13 marzo 2021, oltre che dal decreto-legge n. 52 del 22 aprile 2021²⁶.

Anche da questo punto di vista, dunque, le restrizioni che hanno interessato la manifestazione pluri-individuale del culto si sono rivelate in concreto particolarmente gravose. Nella tradizione e nella liturgia di numerose comunità religiose, infatti, la celebrazione collettiva dei riti esprime plasticamente un'ineludibile vocazione ecclesiale, che rafforza i legami identitari di quello specifico consesso, rinsaldandone il comune patrimonio culturale e di fede. Secondo questa logica, il diritto di libertà religiosa implica lo svolgimento di numerose attività attraverso cui l'individuo è capace di esprimere, di regola senza impedimenti legali di sorta, il proprio patrimonio di credenze e valori. Se poi si considera che, in certi ordinamenti confessionali la partecipazione a determinati riti è resa oggetto di speciali obblighi o comunque determina la creazione di un vincolo di natura sacramentale, ben si comprende come molti fedeli

²⁵ M.L. LO GIACCO, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni, delle confessioni diverse dalla cattolica"*, cit., p. 110.

²⁶ DPCM 24 ottobre 2020; DPCM 3 novembre 2020; DPCM 3 dicembre 2020; DPCM 14 gennaio 2021; DPCM 2 marzo 2021. L'accesso ai luoghi di culto avviene con misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro; q) le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1, integrato con le successive indicazioni del Comitato tecnico-scientifico, a 7.



abbiano ritenuto di aver patito una notevole contrazione del proprio diritto fondamentale a prendere parte alle celebrazioni²⁷.

3 - Primi appunti giurisprudenziali per un corretto “bilanciamento”

In questo quadro, pertanto, occorre valutare attentamente se e in che misura l'obbligo, che ha imposto ai credenti di esercitare la propria libertà religiosa limitandosi esclusivamente alla sua dimensione spirituale privata, ovvero sia senza poter esprimere collettivamente una delle esigenze costitutive dell'individuo, abbia rappresentato - e per certi versi continui a rappresentare - una restrizione eccessiva, sproporzionata e dunque intrinsecamente irragionevole. Anche perché, sebbene lo stato di emergenza abbia comportato una legittima compressione nel godimento anche di altri diritti fondamentali, la libertà di culto, già a partire dalla sua disciplina costituzionale, presenta alcune peculiarità che la differenziano da tutte le altre situazioni giuridiche soggettive variamente incise dalla normativa anti-Covid²⁸. L'art. 19 Cost., infatti, protegge l'esercizio del culto, sia in pubblico che in privato, quale diretta estrinsecazione della libertà religiosa, contemplando come unico limite la non contrarietà dei riti ai canoni del “buon costume”. Di conseguenza, diversamente da quanto accade, ad esempio, per la libertà di riunione e associazione o per la libertà di circolazione e soggiorno, la Costituzione non sembrerebbe

²⁷ In questa prospettiva, **V. PACILLO**, *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero, l'emergenza da Covid-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 6 aprile 2020; **G. BLANDO**, *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, p. 4 ss., nonché **D. TARANTINO**, *Non in pane solo vivet homo. I cattolici di fronte al Covid-19*, in *Diritto e religione nelle società multiculturali*, in *DiReSoM Papers*, 21 marzo 2020.

²⁸ Circa le particolarità della libertà religiosa e di culto la lettura è realmente sterminata, per un primo approccio si rimanda esemplarmente ai contributi di **G. CATALANO**, *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 82 ss.; **S. CECCANTI**, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 38 ss.; **A. RAVA**, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana*, Milano, 1959, p. 43 ss.; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *La libertà di culto (art. 19 della Costituzione)*, in *Costituzione della Repubblica e Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: lezioni magistrali*, a cura di S. ROGARI, Polistampa, Firenze, 2019, p. 93 ss.; **P. DI MARZIO**, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2000, p. 73 ss. Cfr. anche **M. TEDESCHI**, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*; a cura di M. TEDESCHI, Giuffrè, Milano, 1990.



prevedere, almeno in apparenza, che la libertà religiosa possa essere limitata per “comprovati motivi di sanità, sicurezza e incolumità pubblica”²⁹.

A tal fine, si rivela estremamente utile prendere le mosse dalla Relazione annuale sull’attività della Corte costituzionale nel 2019, pubblicata il 28 aprile 2020. In un frangente ancora fortemente connotato dalla diffusione incontrollata dei contagi e dalla perdurante necessità di salvaguardare la salute pubblica, la Presidente Cartabia ricordava espressamente come la Costituzione repubblicana, discostandosi in questo senso dal modello prefigurato da altre Carte fondamentali coeve, non contempli affatto “un diritto speciale per lo stato di emergenza”. Il Costituente del 1948, infatti, pur non restando “insensibile al variare delle contingenze” e all’eventualità che potessero anche insorgere “situazioni di emergenza, di crisi o di straordinaria necessità e urgenza”, ha operato una “scelta consapevole” e ha evitato accuratamente di introdurre vere e proprie “clausole di sospensione dei diritti fondamentali” o di contemplare specifiche previsioni, che consentissero di alterare il tradizionale “equilibrio tra i poteri”, al ricorrere di circostanze eccezionali³⁰.

Benché la Repubblica abbia attraversato diverse situazioni di emergenza - dagli anni della lotta armata a quelli più recenti della crisi economico-finanziaria - tali contingenze sono state affrontate “senza mai sospendere l’ordine costituzionale, ma ravvisando al suo interno gli strumenti idonei a modulare i principi della Costituzione in base alla specificità delle circostanze”. Secondo la giurisprudenza costituzionale, del resto, “proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità” sono i criteri con cui, in ogni tempo, “deve attuarsi la tutela dei principi e dei diritti fondamentali garantiti in Costituzione”, ponderandone sempre in concreto la protezione e i relativi limiti. Conclude, dunque, la

²⁹ Non è questa la sede per una disamina approfondita sul concetto di “buon costume”, per tutti si rimanda a **V. PACILLO**, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all’interpretazione dell’art. 19 della Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2012, che lo declina come “morale comune”; “moralità media” o “senso morale”, volendo indicare quanto appartiene socialmente alle abitudini e alle prassi etiche di una comunità umana di riferimento. Circa i limiti all’esercizio della libertà di circolazione e all’esercizio delle libertà di riunione e associazione, si confrontino, invece, a titolo di esempio, **G.P. DOLSO**, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in *Ambiente e diritto*, 2020, 4, p. 260 ss.; **A. ALGOSTINO**, *Covid-19: Stato di emergenza, diritti e conflitto sociale*, in *Pandemia nel capitalismo del XXI secolo*, a cura di A. CIATTINI, M.A. PIRRONE, PM Edizioni, Savona, 2020, p. 285 ss.

³⁰ **M. CARTABIA**, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, p. 25.



Presidente Cartabia, anche nel tempo presente - ancora una volta - è la Carta costituzionale, "così com'è, con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità" a offrire alle Istituzioni e ai cittadini "la bussola necessaria a navigare per l'alto mare aperto dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende"³¹.

In buona sostanza, la relazione annuale della Corte ribadisce fermamente la piena e assoluta vigenza della Costituzione, con tutto il suo precipitato di principi e valori caratteristici, in ogni situazione dell'ordinamento e con riguardo a ogni possibile contesto applicativo, a prescindere dalla congiuntura politica, economica o socio-sanitaria³². Si tratta, a ben vedere, di un'impostazione che riprende e sviluppa coerentemente le statuizioni già contenute nella sentenza n. 85 del 2013 relativa alla ben nota vicenda Ilva³³. In quell'occasione il giudice delle leggi aveva limpidamente collocato i diritti fondamentali in un rapporto di integrazione reciproca, che non consente di determinare in via assoluta la preminenza assiologica di una libertà su tutte le altre. Di conseguenza, anche alla luce di quanto rilevato nella sentenza n. 264 del 2012, la tutela dei diritti individuali dovrà sempre collocarsi in una prospettiva "sistemica e non frazionata", in grado di coordinare sul piano interpretativo una pluralità di norme in potenziale conflitto tra loro³⁴. Se

³¹ **M. CARTABIA**, *L'attività della Corte*, cit., p. 26.

³² Sullo speciale rapporto tra Costituzione e "stato di emergenza", con precipuo riguardo alla crisi pandemica, si segnalano *ex plurimis* **A. D'ALOIA**, *Costituzione ed emergenza: L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2, p. 7 ss.; **V. BALDINI**, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Diritti fondamentali.it*, 2020, 1, p. 561 ss. **F. PALLANTE**, *Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, Ediesse, Roma, 2020, p. 19 ss.; **M. LUCIANI**, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 109 ss.; **M. D'AMICO**, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, 2, p. 16 ss.; **V. ONIDA**, *Costituzione e Coronavirus*, Edizioni Piemme, Milano, 2020. In termini più generali, **G. ROLLA**, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2015, 2, p. 1 ss.

³³ Corte cost., sent. n. 85 del 9 aprile 2013.

³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 264 del 19 novembre 2012, punto 4.1. del *considerato in diritto*. In dottrina, con riguardo all'applicazione della giurisprudenza costituzionale anche alla situazione pandemica, si rimanda alle osservazioni di **R. ROMBOLI**, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Giur. Cost.*, 2020, 3, p. 513 ss.; **S. PALMISANO**, *Del "diritto tiranno". Epitome parziale di un'indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in *Questione giustizia*, 2014, 2, p. 89 ss.; **G. CLEMENTE DI SAN LUCA**, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico-istituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2021, 1, p. 83 ss.; **M. LUCIANI**, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione giustizia*, 2020, 2, p. 6 ss. Più specificamente, con riferimento alla pronuncia



così non fosse, i singoli diritti rischierebbero di espandersi illimitatamente, finendo, in ultima istanza, per “tiraneggiare” su tutte le altre situazioni giuridiche riconosciute e protette dall’impianto costituzionale e che, nel loro insieme, esprimono parimenti la dignità della persona. Ed è proprio sulla scorta di tali considerazioni che la Consulta arriva categoricamente a escludere che l’aggettivo “fondamentale”, contenuto nell’art. 32, possa indicare una sorta di primazia del diritto alla salute rispetto a tutte le altre libertà contemplate in Costituzione³⁵.

Ma vi è di più, perché, riprendendo in parte quanto stabilito con la celeberrima sentenza n. 15 del 1982, l’intervento della Presidente Cartabia afferma significativamente che, nel quadro giuridico definito unitariamente dalla Costituzione, anche la dichiarazione dello “stato di emergenza” non deve comportare in alcun modo l’accesso a forme di protezione dei diritti parallele o alternative³⁶. Tutto al più, le situazioni di necessità e urgenza potranno essere apprezzate come condizioni di mero fatto, suscettibili di rientrare nel contemperamento di interessi operato dai pubblici poteri. Se quindi è indubbio che, in determinate circostanze, la disciplina dei diritti fondamentali possa anche subire una compressione significativa, tali limitazioni dovranno sempre avvenire nel rispetto dei parametri indicati dalla Costituzione³⁷. In questa prospettiva, tra i criteri

citata nel corpo del testo, **C. SALAZAR**, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2013, 4, p. 1 ss.

³⁵ Corte cost., sent. n. 85 del 9 aprile 2013, punto 9 del *considerato in diritto*. Per un commento **A. ALGOSTINO**, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1, p. 1 ss.; **T. GUARNIER**, *Della ponderazione di un “valore primario”. Il caso Ilva sotto la lente della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2018, 2, p. 173 ss.; **I. NICOTRA**, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, p. 98 ss.; **G. DIOTALLEVI**, *La crisi finanziaria europea e i diritti dei cittadini*, in *Questione giustizia*, 2014, 1, p. 103 ss.; **A. RUGGERI**, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC*, 2013, 1, p. 1 ss.

³⁶ Corte cost., sent. n. 15 del 13 dicembre 1982, punto 4 del *considerato in diritto*. **A. PACE**, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1, p. 108 ss.; **G.D. PISAPIA**, *Legislazione d'emergenza e garanzie costituzionali: in tema di limiti massimi di carcerazione preventiva*, in *Rivista di diritto processuale*, 1983, 1, p. 185 ss.; **P. PINNA**, *L'emergenza davanti alla corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, 1.

³⁷ Si vedano **U. ALLEGRETTI**, *Il trattamento dell'epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 1, p. 457 ss.; **G.P. DOLSO**, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *Ambiente e diritto* 2020, 1, p. 8 ss.; **A. VERNATA**, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *BioLaw Journal*, 2020, 18, p. 161 ss.; **G. AZZARITI**, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, p. 10 ss.; **A.**



elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per contemperare le istanze di cui le singole libertà sono diretta espressione, spiccano certamente la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate, da valutare scrupolosamente in relazione alle effettive peculiarità della situazione da regolamentare³⁸.

Sviluppando tali presupposti, il giudice delle leggi ha manifestato, a più riprese, la necessità sistemica che la normativa emergenziale risulti strettamente connessa al fatto che ne legittima l'adozione, dispieghi effetti solamente temporanei e risulti sempre corroborata da dati scientifici, che ne sostengano i provvedimenti, in modo tale da definire puntualmente il contenuto, i tempi e i modi di esercizio dei poteri riconosciuti agli organi statuali. Ne discende logicamente che i vari diritti costituzionali coinvolti dovranno essere opportunamente accomodati, al fine di individuare nel caso di specie, dapprima, quale fra le situazioni giuridiche soggettive in conflitto debba eventualmente prevalere e, in seguito, quale sia la soluzione effettivamente capace di comportare il minor sacrificio possibile per le libertà che sono correlativamente destinate a soccombere³⁹.

Proprio perché nessun diritto costituzionale può ritenersi assoluto e la valutazione dei singoli interessi in gioco deve essere comunque svolta caso per caso, avuto cioè riguardo alle specificità della situazione da

LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 558 ss.

³⁸ In questo senso, **L. CASTELLI**, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, p. 455 ss.; **M. BONI**, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti. Brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *Federalismi.it*, 2014, 3, p. 1 ss.; **A. MORRONE**, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 1, p. 115 ss.; **V. ONIDA**, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Rivista AIC*, 2013, 3.; **A. CIERVO**, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA*, in *Questione giustizia* 2014, 2, p. 125 ss.

³⁹ Per una panoramica più completa, si rinvia fra gli altri a **S. SCAGLIARINI**, *Il bilanciamento tra diritti e risorse finanziarie nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2019, 2, p. 331 ss.; **A. SPADARO**, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2006, 1, p. 167 ss.; **M. CARTABIA**, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in **AA. VV.**, *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, 2013; **G. PINO**, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, 1, p. 219 ss.; **A. RUGGERI**, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2010, 1, p. 3 ss.



disciplinare, le singole libertà non possono - *rectius* non debbono - essere considerate isolatamente, ma si situano all'interno di una complessa trama di rapporti giuridici, per effetto della quale la tutela di un principio non può espandersi fino al punto di intaccare il "contenuto minimo" delle libertà che con esso si trovano in concorrenza⁴⁰.

Con riguardo alla vicenda Covid-19, questo implica che, pur nell'assoluta drammaticità dell'emergenza, tutti i provvedimenti limitativi delle libertà individuali adottati dal Governo debbano rispettare i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità. Sebbene, dunque, la salute rappresenti l'unico diritto che la Costituzione qualifica espressamente come "fondamentale", non può ritenersi coerente con l'impianto pluralistico delineato dal Costituente che la sua protezione finisca per legittimare una compressione incondizionata delle altre libertà. Al contrario, occorrerà che le Istituzioni democratiche, assolvendo al proprio compito di salvaguardare la vita dei cittadini, bilancino in ogni caso anche la salute con i vari diritti costituzionali di volta in volta interessati⁴¹.

Questa impostazione viene ulteriormente chiarita con la sentenza n. 58 del 2018, in cui il giudice costituzionale afferma espressamente che il punto di equilibrio nella protezione dei singoli diritti è intrinsecamente "dinamico" e, di conseguenza, non può essere predeterminato *ex ante*, ma richiede di essere valutato, in modo tale da garantire il "nucleo essenziale" delle libertà, che con esso entrano in bilanciamento, sicché la tutela dei diritti costituzionali "non può essere integralmente sacrificata al fine di

⁴⁰ Così, esemplarmente, si vedano **F. SCALIA**, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020, 7, p. 1 ss.; **M. CARTABIA**, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 1, p. 29 ss.; **V. CIACCIO**, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale"*, in *Giur. Cost.*, 2020, 4, p. 2265 ss.; **E. VIVALDI**, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2013, 15, p. 1 ss.; **G. CLEMENTE DI SAN LUCA**, *Emergenza pandemica e strumento giuridico-istituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2021, 1, p. 83 ss.

⁴¹ **C. SARTEA**, *La tirannia della salute. Riflessioni giusfilosofiche sulla pandemia*, in *Società e diritti*, 2020, 5, p. 100 ss.; **A. BELLAVISTA**, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, Ediesse, Roma, p. 37 ss.; **P. GROSSI**, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, a cura di P. GROSSI, Cedam, Padova, p. 6 ss.; **D. MORANA**, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Giur. Cost.*, 2020, 2, p. 2 ss.; **F. MINNI**, **A. MORRONE**, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013, 3, p. 1 ss.



assicurare protezione esclusiva a un unico bene giuridico"⁴². Inoltre, nella definizione della normativa emergenziale, il legislatore dovrà tenere in debita considerazione gli elementi tecnici a propria disposizione, dovendo anche motivare adeguatamente le ragioni per cui ha inteso discostarsi da quelle specifiche risultanze. Qualora poi la comunità scientifica si esprima all'unanimità su una data questione, gli spazi discrezionali riservati alle Istituzioni tenderanno drasticamente a ridursi, ma in ogni caso le relative scelte politico-normative non potranno mai acriticamente appiattirsi sul dato tecnico, dovendo sempre contemperare i diritti in gioco⁴³.

Del resto, già a partire dalla storica sentenza n. 1 del 1956, il concetto stesso di limite appare insito nella nozione costituzionale di diritto, nel senso che, all'interno dell'ordinamento, le diverse sfere giuridiche debbono di necessità limitarsi reciprocamente, affinché possano coesistere in maniera ordinata. Conseguentemente, le modalità di esercizio delle libertà costituzionali dovranno essere disciplinate in maniera tale che il perseguimento degli obiettivi individuali si concili anche con il soddisfacimento delle finalità collettive, ma senza che questo adattamento implichi, di per sé, una violazione o una negazione del diritto medesimo⁴⁴.

Parimenti, il giudice delle leggi, nella sentenza n. 365 del 1993, poi ripresa anche dalla già citata decisione sul "caso Ilva", benché affermi la rilevanza della salute come "bene primario" e benché escluda un suo totale sacrificio a vantaggio di altri interessi costituzionalmente tutelati, respinge categoricamente l'idea che il relativo diritto possa collocarsi "alla

⁴² Corte cost., sent. n. 58 del 7 febbraio 2018, punto 3.1. del *considerato in diritto*. Nella fattispecie, peraltro, il giudice delle leggi è giunto alla conclusione opposta rispetto a quanto statuito nella sentenza n. 85 del 2013, ritenendo irragionevole e sproporzionata la disciplina contenuta nel decreto-legge n. 92 del 2015, che aveva "privilegiato in modo eccessivo" l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze connesse alla tutela del diritto fondamentale alla salute e alla protezione della vita stessa

⁴³ Sul punto, **U. RONGA**, *Il governo nell'emergenza (permanente): sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2020, 1; **A. CELOTTO**, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi, Modena, 2020, p. 53 ss.; **F. RESCIGNO**, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 3, p. 254 ss.; **A. CERRI**, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, cit.; **F.S. MARINI**, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, 2020, 7, p. 2 ss.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 1 del 5 giugno 1956, punto 3 del *considerato in diritto*. Più in generale, per tutti, si veda **E.W. BÖCKENFÖRDE**, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. NICOLETTI e O. BRINO, Giuffrè, Milano, 2006 *passim*.



sommità di un ordine gerarchico assoluto". In questi termini, la Consulta rifiuta una lettura assiologicamente orientata della Costituzione e colloca i diritti in una prospettiva unitaria, per effetto della quale non può essere consentito il sacrificio - neppure temporaneo - del loro "nucleo essenziale"⁴⁵.

Simmetricamente, il giudice delle leggi, nella sentenza n. 63 del 2016, ribadisce come, nell'assetto definito dalla Costituzione italiana, ciascun diritto fondamentale - ivi compresa la libertà religiosa - debba essere predicato unitamente al suo limite, sicché le pratiche confessionali possono anche ricadere al di fuori della copertura comunemente offerta dagli articoli 8 e 19⁴⁶. Più specificamente, tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione allorché si tratti di modulare in concreto la tutela della libertà di culto, nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, sono senza dubbio da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza. In questo modo, la Corte modula la protezione assicurata alle pratiche culturali, individuando alcuni interessi di pari rango, da considerare, allorché si proceda a disciplinare quel determinato diritto. Soprattutto in situazioni di emergenza, quindi, i diritti umani andrebbero bilanciati allo scopo di evitare rivendicazioni di specialità, che possano incrinare la coesistente impostazione solidaristica della Costituzione, di talché nemmeno al diritto alla salute o alla libertà religiosa può essere riconosciuta una posizione di preminenza, che ne giustifichi un trattamento totalmente privilegiato⁴⁷.

⁴⁵ Corte costituzionale, ordinanza n. 365 del 26 luglio 1993, Per un approfondimento E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, 4, p. 1 ss.; M. CECCHETTI, *Rilevanza costituzionale dell'ambiente e argomentazioni della Corte*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1994, 2 p. 253 ss.; F. TORRE, *Il carattere bidirezionale del principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da Coronavirus*, in *Diritti Regionali*, 2020, 1.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 63 del 23 febbraio 2016, punto 8 del *considerati in diritto*. Per un commento, M. CROCE, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di eguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. n. 2 del 2016, p. 647 ss.; A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e l'edilizia di culto: alla ricerca di un difficile equilibrio, fra riparto di competenze, libertà religiosa e il "convitato di pietra" dell'emergenza terrorismo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, 1; A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze*, in *Le Regioni*, 2016, 2, p. 599 ss.; S. CANTISANI, *Luci e ombre nella sentenza Corte costituzionale n. 63 del 2016 (e nella connessa sentenza n. 52) tra affermazioni di competenza ed esigenze di sicurezza*, in *Giur. Cost.*, 2017, 1, p. 54 ss.

⁴⁷ Così, ad esempio, si leggano A. TOMER, *Libertà religiosa tra pandemia e garanzie costituzionali, sovranazionali e pattizie*, in *Ambiente e diritto*, 2020, 3; A. AMBROSI, *La garanzia del diritto ad un luogo di culto: un interminabile percorso ad ostacoli*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 2; S. MAGNANI, *L'esercizio pubblico del culto. Le*



In mancanza di tali condizioni, infatti, anche il principio di proporzionalità, opportunamente invocato dalla stessa normativa emergenziale, rischierebbe di risolversi in una mera enunciazione di principio e finirebbe per favorire soltanto le esigenze securitarie, obliterando il sostrato valoriale su cui poggiano le dinamiche pluralistiche proprie di ciascun ordinamento liberal-democratico⁴⁸. In tale prospettiva, il sistema costituzionale incorpora e sviluppa coerentemente tutta una serie di valutazioni circa le forme pratiche attraverso cui deve esplicarsi la discrezionalità politica, valorizzando il ruolo dei diritti fondamentali come limiti all'esercizio arbitrario del potere e ponendo una barriera invalicabile alla compressione delle libertà, individuali e collettive, specialmente quando si agisce in situazioni eccezionali⁴⁹. Al contrario, la difesa unilaterale di beni assoluti e la correlativa sospensione di ogni altro interesse, pubblico o privato, in nome della sicurezza e della prevenzione del rischio snatura la funzione tipica delle Costituzioni moderne quali "tavole di valori" indispensabili per condurre le necessarie operazioni di bilanciamento tra interessi confliggenti⁵⁰.

preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode "tutelatrice" dei diritti fondamentali, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, 1.

⁴⁸ In tale prospettiva, si rinvia *ex plurimis* a **M. MICHETTI**, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Diritti fondamentali.it*, 2020, 2, p. 526 ss.; **R. BENIGNI**, *Libertà religiosa, luoghi di culto e governo del territorio. Verso nuovi equilibri*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2020, 3, p. 643 ss.; **A. LICASTRO**, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26 del 2016, p. 26.

⁴⁹ Così, **A. BURATTI**, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1 maggio 2020, il quale evidenzia come le stesse Costituzioni sorgano frequentemente nel pieno di emergenze straordinarie o in contesti storici del tutto peculiari per garantire i principi, le libertà e gli equilibri istituzionali messi a repentaglio da contingenze critiche, imponendo uno sforzo ermeneutico che, per sua stessa natura, non può svolgersi in modo rigido e formalistico, ma deve necessariamente aprirsi a una molteplicità di rapporti e relazioni.

⁵⁰ In una prospettiva simile, anche in chiave comparata, si vedano *ex multis* **G. ZAGREBELSKY**, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 83 ss.; **L. GIANFORMAGGIO**, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 1, p. 65 ss.; **A. VESPAZIANI**, *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in *Diritto pubblico*, 2001, 2, p. 457 ss.; **R. BIN**, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 54 ss.; **B. CELANO**, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2004, 4, p. 53 ss.



4 - Verso un accomodamento ragionevole

Pare dunque indiscutibile che una chiusura generalizzata di tutte le attività umane potesse anche accreditarsi come il rimedio scientificamente più efficace per la riduzione dei contagi, se non fosse appunto che una misura di questo tenore non tiene conto delle altre esigenze contingenti da contemperare in concreto con la tutela del diritto alla salute. Come si è avuto modo di constatare, infatti, un conto è comprimere temporaneamente il godimento di un diritto, per ragioni contingibili e urgenti, preservandone comunque il “nucleo essenziale”, un altro è procedere, invece, al suo sostanziale annullamento, in nome di esigenze asseritamente superiori, senza valutare caso per caso le ripercussioni che la protezione di un bene collettivo, per quanto essenziale, è in grado di produrre sul godimento delle altre libertà fondamentali, che con esso entrano costantemente in bilanciamento⁵¹.

Nella misura in cui nessun diritto può ritenersi assoluto, la relativa protezione dovrà sempre considerare gli altri beni primari su cui esso incide, dando eventualmente vita anche a speciali adattamenti, che valutino la natura e le caratteristiche delle libertà da ponderare. La teoria del bilanciamento, insomma, per come è stata storicamente fraseggiata dal giudice delle leggi, evita di attribuire in via automatica una primazia gerarchica a questo o a quel diritto. Più nel dettaglio, la giurisprudenza della Corte, da una parte, postula che le singole libertà fondamentali si collochino virtualmente sullo stesso piano, potendo tutto al più essere graduate per rispondere a esigenze specifiche; dall'altra, implica che le limitazioni eventualmente apposte all'esercizio di un determinato diritto siano “proporzionate e ragionevoli”, ovvero non inficino il contenuto essenziale delle libertà interessate dai singoli provvedimenti restrittivi⁵².

Non si tratterà, allora, di stabilire se un'assemblea che professa la propria fede abbia più valore di una qualsiasi altra forma di riunione, decisamente sconsigliabile in tempi di pandemia, né tantomeno si richiederà di determinare, in via definitiva, un ordine di priorità tra i

⁵¹ Al riguardo, si rivela estremamente istruttivo il dibattito avviato dalla dottrina statunitense in tema di “*precautionary constitutionalism*”. Per un inquadramento si rimanda esemplarmente alle opere di **A. VERMEULE**, *Precautionary Principles in Constitutional Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 4, p. 181 ss.; **F. CACHALIA**, *Precautionary constitutionalism, representative democracy and political corruption*, in *Constitutional Court Review*, 2019, 9, p. 45 ss.; **V. HEYVAERT**, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 47 ss.

⁵² **M. CARTABIA**, *I principi di ragionevolezza*, cit.



diversi beni in gioco, ma, al di là del significato profondo che si intende attribuire alla libertà religiosa, occorrerà invece scongiurare che la salvaguardia di un singolo diritto - la salute - estrometta *in toto* l'esercizio delle altre facoltà riconosciute e garantite dalla Carta fondamentale. Dal momento che tra i singoli diritti intercorrono profondi nessi sistemici, la disciplina che assiste ciascuna libertà costituzionale dovrà dunque considerare tutte le altre situazioni che con essa entrano in rapporto, garantendo sempre un livello minimo di protezione anche ai diritti eventualmente sacrificati in sede di bilanciamento⁵³.

In questa stessa logica, l'impianto costituzionale pare escludere, allo stesso modo, sia esegesi acriticamente attestata su un indiscriminato *favor religionis*, secondo cui la libertà tutelata dall'art. 19 soggiacerebbe unicamente al limite esplicito del "buon costume", sia interpretazioni integralmente securitarie, per effetto delle quali, in gravi situazioni di emergenza, il diritto "fondamentale" alla salute assurge a bene esclusivo da garantire normativamente, senza considerare in alcun modo altre esigenze specifiche. In altri termini, occorrerà valutare, di volta in volta, le modalità più consone per tutelare efficacemente il nucleo indefettibile delle libertà coinvolte, verificando, ad esempio, che le precauzioni adottate per assicurare un'adeguata protezione alla salute collettiva non si traducano in un sostanziale azzeramento della libertà di culto, anche laddove una concreta lesione dei beni protetti appaia assai prevedibile sulla scorta di evidenze scientifiche condivise⁵⁴.

Ciò nonostante, se si vagliano criticamente i provvedimenti adottati dal governo alla luce dei principi costituzionali dinanzi evocati, si può agevolmente constatare come, almeno nella primissima fase dell'emergenza pandemica, la protezione della mera "*salus corporum*" abbia rappresentato, *sic et simpliciter*, il criterio informatore esclusivo dell'intera disciplina emergenziale, conducendo al correlativo, integrale, sacrificio di tutte le istanze concorrenti. Durante la così detta "prima ondata", infatti, al fine di contenere il più possibile il contagio, il

⁵³ Su tutti **B. CARAVITA**, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, p. 5 ss.; **C. ACOCELLA**, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, p. 463 ss.; **U. ALLEGRETTI**, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 1, p. 518 ss.; **G. AZZARITI**, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020; **V. BALDINI**, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos ...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 2020, 1, p. 979 ss.

⁵⁴ **R. ROMBOLI**, *L'incidenza della pandemia*, cit.



legislatore ha imposto un distanziamento sociale generalizzato, che ha penalizzato indistintamente molteplici aspetti della vita di relazione, a partire proprio dall'esercizio della libertà di culto⁵⁵.

In tal senso, le operazioni di bilanciamento tra concorrenti valori costituzionali - che ci si è comunque lodevolmente sforzati di compiere pure in una situazione senza precedenti nella storia repubblicana - non hanno tenuto debitamente conto delle peculiarità che caratterizzano intrinsecamente la dimensione associata della libertà religiosa, e così la manifestazione pubblica del culto è stata fin da subito rubricata tra le attività non essenziali, di cui si sarebbe potuto tranquillamente fare a meno, pur di proteggere la "nuda vita"⁵⁶.

In questa inedita dicotomia tra salvaguardia della salute pubblica e garanzia costituzionale dei diritti fondamentali, l'unica misura di carattere speciale, volta a riservare un trattamento particolare all'esercizio collettivo della libertà religiosa, ha riguardato l'apertura dei luoghi di culto. Come si è visto, però, si è trattato di un provvedimento che nei fatti ha assunto una rilevanza poco più che simbolica, anche alla luce dei chiarimenti diramati nella nota del Ministero dell'interno, perfettamente allineata con l'approccio massimamente prudenziale seguito dal Governo⁵⁷. Un contegno questo probabilmente eccessivo, che documenta un certo disinteresse per lo specifico religioso, specie se si considera che, perfino in periodo di guerra, le Convenzioni internazionali riservano alla libertà di culto un regime privilegiato, basato su un articolato quadro di garanzie, con riguardo, ad esempio, alla celebrazione delle esequie e ai riti di sepoltura per i caduti durante le operazioni militari⁵⁸.

⁵⁵ Circa gli aspetti più sacrificati relativi al culto si rinvia *ex multis* a **F. FRANCESCHI**, *L'esercizio del culto al tempo del Covid-19: la rivoluzione (forzata) della fede telematica tra possibili opportunità e qualche inevitabile rischio*, in *Diritto ecclesiastico*, f 2020, 1-2, p. 117 ss.; **A. GIANFREDA**, *Libertà religiosa*, cit.; **M.L. LO GIACCO**, *In Italia*, cit.

⁵⁶ Su questo aspetto, si confrontino ad esempio, **A. FERRARI**, *Covid-19 e libertà religiosa*, in *Settimana News*, 6 aprile 2020; **A. FUCCILLO**, **M. ABU SALEM**, **L. DECIMO**, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza Covid-19: attualità e prospettive*, in *Calumet*, 2020, 10, p. 87 ss.; **P. CONSORTI**, *Le religioni e il virus*, in *Diritto e religione nelle società multiculturali*, in *DiReSoM Papers*, 9 marzo 2020.

⁵⁷ Per tutti, **N. COLAIANNI**, *La libertà di culto*, cit.

⁵⁸ Sulla tutela del sentimento religioso anche durante le emergenze belliche, si rinvia a **P. LO IACONO**, *La tutela della libertà religiosa dei prigionieri di guerra*, in *La libertà religiosa*, a cura di M. TEDESCHI, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 1000 ss.; **P. FEDELE**, *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1963; **F. RUFFINI**, *La libertà religiosa: storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, 1991. **S. FERRARI**, *L'art. 19 della Costituzione*, in *Politica e diritto*, 1996, 1, p. 97 ss. Si veda anche **C. CARDIA**, *La libertà religiosa tra ascesa e crisi dei diritti umani*, in



Questa complessiva marginalizzazione della libertà di culto, in vista del soddisfacimento di esigenze sanitarie legate al contenimento dei contagi, pare essenzialmente avallata anche a livello giurisprudenziale. Con decreto n. 3453 del 29 aprile 2020, il T.A.R. del Lazio, chiamato a giudicare sull'annullamento del D.P.C.M. 26 aprile 2020, nella parte in cui vietava la celebrazione di funzioni religiose, ha respinto l'istanza cautelare promossa dai ricorrenti, a tutela dell'esercizio della libertà di culto. Secondo il giudice amministrativo, "la tutela della salute pubblica, per come prevista nel provvedimento impugnato, deve ritenersi prevalente". Considerato altresì che il sacrificio della "pur comprensibile esigenza di partecipare fisicamente alle cerimonie religiose" potrebbe essere compensato "in via temporanea dalla possibilità di soddisfare il sentimento religioso, usufruendo delle numerose alternative offerte dagli strumenti informatici"⁵⁹. Analogamente, il T.A.R. del Veneto, con decreto presidenziale n. 205 del 21 aprile 2020, ha respinto la richiesta di sospensione di un'ordinanza sindacale, che aveva disposto la chiusura temporanea del cimitero cittadino, a causa dell'emergenza epidemiologica. A detta del giudice, "il pregiudizio lamentato dal ricorrente" - ovverosia la preclusione all'esercizio della libertà di culto - avrebbe ormai dovuto ritenersi "per la maggior parte consumato" e "il residuo periodo di chiusura del cimitero" pari a ulteriori 13 giorni, fino al 3 maggio,

"ove rapportato a quello già sofferto (30 giorni) e a quello pregresso di incontestato esercizio anche quotidiano del diritto, non appare di rilevanza temporale tale da aggravare in modo determinante il danno già patito"⁶⁰.

Dunque, pur non analizzando nel dettaglio la proporzionalità delle restrizioni operate dal Governo, anche la giurisprudenza amministrativa ha attribuito una speciale preminenza alla tutela della salute pubblica, ritenendo comunque legittima il divieto di partecipazione fisica alle cerimonie religiose. Sicuramente, date le circostanze, una limitazione all'esercizio in pubblico della libertà di culto si è rivelata fondata, ma legislatore e giudici si sono con tutta probabilità spinti oltre, elevando il diritto alla salute a criterio di valutazione esclusivo, in grado di "assorbire" ogni altra istanza asseritamente ritenuta non altrettanto essenziale. Se è vero che in condizioni di emergenza saltano gli schemi

Stato, Chiese e pluralismo confessionale, cit., n. 22 del 2016, p. 1 ss.

⁵⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sezione 1, decreto n. 3453 del 29 aprile 2020,

⁶⁰ T.A.R. Veneto, sezione II, decreto n. 205 del 21 aprile 2020.



correnti, questo non dovrebbe accadere in automatico, come ineluttabile conseguenza di una situazione di crisi, ma soltanto all'esito di una valutazione che tenga comparativamente conto di tutte le esigenze costituzionali e che proponga contemporaneamente anche alternative ragionevolmente praticabili⁶¹.

In questa fase, peraltro, le operazioni di bilanciamento di cui si è dato conto hanno mostrato delle disfunzioni significative anche sul piano procedurale. Senza volersi qui addentrare in una disamina dei profili più schiettamente ecclesiasticistici della vicenda, relativi a un'asserita violazione del principio di bilateralità pattizia, già ampiamente indagati dalla dottrina⁶², in questa sede sembra sufficiente rilevare come, certamente animato dall'urgenza di provvedere e dalla necessità di trovare soluzioni tempestive, l'Esecutivo non abbia coinvolto fin dall'inizio le Confessioni religiose, al fine di trovare una soluzione condivisa, al punto che l'accettazione successiva da parte delle gerarchie delle misure unilateralmente adottate dal Governo è parsa a molti più come una sorta di acquiescenza che una convinta condivisione della strategia adottata dalle Istituzioni statali⁶³. Con tutta probabilità il carattere unilaterale delle restrizioni apportate all'esercizio della libertà di culto ha ulteriormente impedito di considerare in maniera adeguata tutte le istanze coinvolte, inibendo altresì la possibilità di modulare opportunamente il contenuto dei vari provvedimenti, a seconda delle specificità teologiche e organizzative dei singoli gruppi⁶⁴.

⁶¹ **G. DE GIORGI CEZZI**, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, p. 6 ss.; **V. PACILLO**, *La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 8 del 2020, p. 56 ss.; **S. MONTESANO**, *L'esercizio della libertà*, cit.

⁶² Tra gli altri, **G. CIMBALO**, *Le relazioni tra Stato e confessioni religiose sotto lo stress del Covid-19*, in *Diritto ecclesiastico*, 2020, 1-2, p. 163 ss.; **R. ASTORRI**, *Interventi delle Conferenze episcopali europee e delle conferenze regionali italiane in materia di Coronavirus. Per un primo e provvisorio bilancio*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2020, 2, p. 301 ss.; **A. CESARINI**, *I limiti all'esercizio del culto*, cit.

⁶³ **R. SACCENTI**, *Il "digiuno" liturgico nella Quaresima segnata dal Covid-19*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 12 marzo 2020; **M. PARISI**, *Le garanzie costituzionali di libertà religiosa nell'epoca del Covid-19*, in *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, a cura di G. PALMIERI, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 1087 ss.; **S. SEGOLONI RUTA**, *Senza presbitero no, senza popolo sì?*, in *Il Regno*, 19 marzo 2020.

⁶⁴ Così, **P. CONFORTI**, *Emergenza Covid-19 e libertà religiosa in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 2020, 1-2, p. 87 ss.; **G. MACRÌ**, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, in



Fortunatamente, però, con l'affievolirsi della emergenza sanitaria, il Governo ha iniziato a disporre la graduale riapertura dei luoghi di culto, onde consentire la partecipazione dei fedeli alle celebrazioni. Come si è visto, l'iter seguito dal Governo ha condizionato l'esercizio collettivo e in presenza della libertà religiosa alla sottoscrizione di appositi protocolli sanitari con le rappresentanze delle varie confessioni. Questo singolare meccanismo ha facilmente consentito alle Autorità statali di rimodulare le misure introdotte in precedenza, proporzionandole rispetto alle nuove esigenze di prevenzione. L'atteggiamento collaborativo della maggior parte delle confessioni ha favorito, sul piano regolatorio, un più completo bilanciamento di interessi, fornendo al Governo tutti gli elementi e i chiarimenti necessari per adattare i provvedimenti alle particolarità dei riti. Si è inaugurata così una nuova fase, che perdura ancora oggi e che ha finalmente consentito di trovare una soluzione pratica, necessaria per la ripresa delle attività religiose, nel quadro di un generale allentamento delle restrizioni e nell'ottica del minor sacrificio possibile di tutte le libertà coinvolte.

In questo rinnovato scenario, si spiega anche la significativa riespansione della libertà di culto operata dal decreto-legge n. 105 del 2021, successivamente ripreso anche dal decreto-legge n. 111 del 2021. Le più recenti misure emergenziali, dettate per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e per l'esercizio in sicurezza delle attività socio-economiche, hanno infatti scartato l'utilizzo della certificazione verde per gli edifici e i luoghi di culto⁶⁵. Si tratta di una previsione di non poco conto, che non solo riammette l'esercizio di un diritto fondamentale previsto dalla Costituzione senza sottoporlo a ulteriori restrizioni, ma considera anche le peculiarità della materia religiosa, evitando di assimilare l'esercizio della libertà di culto alle attività culturali, ludiche, sportive o ricreative, così come era accaduto per tutta la "prima fase" delle restrizioni. Da questo momento in avanti, il legislatore sembra aver adeguato gradualmente la disciplina della libertà religiosa al mutato

Stato, Chiese e pluralismo confessionale, cit., n. 9 del 2020, p. 23 ss.; **A. LICASTRO**, *Relazione introduttiva*, in *Diritto ecclesiastico*, 2020, 1-2, p. 31 ss.

⁶⁵ Cfr. in particolare, quanto previsto dall'art. 3 (*Impiego certificazioni verdi Covid-19*), decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche*) e dall'art. 4 (*Disposizioni urgenti in materia di eventi sportivi e in materia di spettacoli aperti al pubblico*) del decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111 (*Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti*).



contesto emergenziale, consentendone ragionevolmente l'esercizio in condizioni di sicurezza.

In via di prima approssimazione, quindi, le disfunzioni che hanno caratterizzato le operazioni di bilanciamento condotte dal legislatore con riguardo alla disciplina della libertà di culto, durante l'emergenza sanitaria ancora in atto, sono da circoscrivere in prevalenza alla fase iniziale della pandemia, in cui l'eccezionale gravità della minaccia ha richiesto una risposta rapida e tempestiva. Tuttavia, per quanto attiene alla dimensione aggregativa della libertà religiosa l'Esecutivo è comunque intervenuto con provvedimenti di carattere unilaterale, che non hanno lasciato spazio a particolari rivendicazioni o alla possibilità di introdurre trattamenti differenziati. Con il rallentamento dei contagi, invece, il Governo - favorito in questo probabilmente da una contingenza decisamente meno critica - si è orientato progressivamente verso un bilanciamento proporzionato e ragionevole, che sembra aver contemperato tutte le varie esigenze.

I pericoli sistemici legati alla configurazione di un diritto "tiranno", però, ancora esistono e si legano verosimilmente a una concezione più generale del fenomeno religioso nelle società contemporanee, di cui si deve senz'altro avere contezza.

5 - Il paradigma francese e l'opera di bilanciamento del *Conseil d'État*

Diversamente da quanto si è avuto modo di documentare con riferimento al sistema italiano in cui si registra una sostanziale uniformità tra i provvedimenti assunti dal Governo e le - poche a dire la verità - pronunce giurisprudenziali, relative alla regolazione della libertà di culto nel corso della crisi sanitaria, l'ordinamento francese ha invece conosciuto, in specie in un primo momento, una significativa divaricazione tra l'approccio prescelto dagli organi politici e gli interventi del Consiglio di Stato, che in più di un'occasione è stato chiamato in causa per valutare la legittimità, anche costituzionale, della disciplina posta in essere dal decisore politico. Per quanto si è avuto modo di osservare, infatti, alla suprema magistratura amministrativa è stato affidato il non facile compito di valutare - ed eventualmente sanzionare - il bilanciamento operato dal Governo transalpino con le restrizioni introdotte a tutela della salute pubblica⁶⁶.

⁶⁶ Sulla centralità dell'azione del *Conseil d'État* durante l'emergenza pandemica, N.



Volendo sin d'ora anticipare sommariamente quanto si avrà modo di approfondire più nel dettaglio, in questo dualismo tra potere esecutivo e Giudice amministrativo, sembra quasi che, mentre le limitazioni introdotte a livello normativo hanno colpito le diverse libertà - ivi compresa quella di culto - in maniera tendenzialmente indiscriminata, senza quindi prestare particolare attenzione né alle singole specificità dei diritti concretamente incisi, né tantomeno alla protezione del loro "contenuto minimo", soprattutto nelle fasi di maggior diffusione del virus; al contrario, le pronunce del *Conseil d'État*, anche nei singoli casi in cui è stata riconosciuta la legittimità delle imposizioni ordinate dal legislatore, nono hanno mai mancato di sottolineare l'importanza dei valori sottesi alla manifestazione del sentimento religioso, ponendosi a presidio dell'esercizio in concreto della libertà di culto.

Così come in Italia, anche in Francia, l'esigenza di tutelare la salute pubblica è apparsa, fin da subito, come la priorità assoluta e ineludibile, che ha guidato l'azione delle Istituzioni. Il passo iniziale è stato rappresentato dall'entrata in vigore, nella giornata del 23 marzo 2020, della legge n. 2020-290, istitutiva dello stato di emergenza sanitaria. Il provvedimento in questione, nell'apportare talune modifiche alle disposizioni del *Code de la santé publique*, ha introdotto all'interno del Titolo III relativo alle *menaces et crises sanitaires graves*, il capitolo I-bis, rubricato appunto *état d'urgence sanitaire*⁶⁷. Quasi simultaneamente, il

PERLO, *La giurisprudenza del Conseil d'État e del Conseil constitutionnel: il prevalere della ragione politica su quella giuridica*, in *Giur. Cost.*, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 2 luglio 2020, p. 165 ss. Sull'operato degli organi giurisdizionali e costituzionali rispetto alle limitazioni delle libertà fondamentali, oltre il caso francese, si veda **A. CALVI**, *Anche se il riconoscimento dei diritti fondamentali può subire una limitazione, in ragione della pandemia, la Costituzione non può smettere di essere osservata*, in *DPCE Online*, 2021, 1, p. 1455 ss.

⁶⁷ Fra gli altri aspetti attenzionati dal provvedimento legislativo, ai sensi dell'art. L.3131-12, lo stato di emergenza sanitaria può essere dichiarato in tutto o in parte il territorio della Repubblica in caso di calamità sanitaria che per sua natura e la sua gravità, la salute della popolazione. Adottato mediante decreto del Consiglio dei ministri sulla base del previo rapporto del Ministro della Salute, la sua durata è contenuta nel periodo di un mese, salvo la possibilità di una proroga che però deve essere disposta dal parlamento attraverso un'apposita legge (art. L.3131-13). Durante lo stato di emergenza sanitaria, da ultimo, in virtù di quanto previsto dall'art. L.3131-15, il Primo ministro, sulla base delle indicazioni ricevute dal Ministro della Salute, è autorizzato ad adottare con proprio decreto misure atte a limitare o vietare la libera circolazione delle persone, ordinare disposizioni finalizzate a collocare in quarantena soggetti che potrebbero essere stati contagiati, vietare gli spostamenti al di fuori del proprio domicilio se non per "déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé", disporre la chiusura temporanea di una o più categorie di esercizi aperti al pubblico e di luoghi di



decreto del Primo ministro n. 2020-293, datato 23 marzo 2020, *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, indicava puntualmente le diverse disposizioni destinate a incidere concretamente sul godimento dei diritti fondamentali e sull'esercizio collettivo della libertà religiosa.

Più nel dettaglio, l'art. 2 prescriveva il rispetto dei cos' detti "gesti barriera", delle misure di igiene e del distanziamento sociale, in ogni circostanza e luogo, soprattutto nelle attività da svolgersi al di fuori del domicilio, che non fossero proibite dallo stesso decreto; l'art. 7 stabiliva, fino all'11 maggio 2020, il divieto sull'intero territorio nazionale di qualsiasi assembramento, incontro o attività che avesse riunito, contemporaneamente, più di cento persone in un ambiente chiuso, pubblico o aperto al pubblico. Di particolare interesse per la materia che qui ci occupa è il successivo art. 8, volto a specificare quegli edifici che, nel suddetto arco temporale, non avrebbero potuto accogliere il pubblico. La norma in questione, pur escludendo l'obbligo di chiusura dei luoghi di culto, precludeva infatti la possibilità che al loro interno potessero svolgersi incontri o riunioni, a eccezione delle cerimonie funebri, purché limitate alla partecipazione al massimo di venti persone⁶⁸.

A dispetto della severità delle limitazioni introdotte al godimento della libertà religiosa in forma associata, il periodo iniziale dell'emergenza si è tuttavia contraddistinto per la disponibilità manifestata dalle rappresentanze delle diverse confessioni religiose a ottemperare alle misure prescritte dalle autorità statali⁶⁹. I rapporti hanno iniziato a

ritrovo, a eccezione degli esercizi che forniscono beni o servizi essenziali, nonché porre limitazioni e finanche vietare assembramenti di qualunque genere.

⁶⁸ Un'ulteriore limitazione alla possibilità di accedere agli edifici del culto era data dalle limitazioni generali imposte alla libertà di circolazione. Ai sensi dell'art. 2 del decreto 23 marzo 2020, n. 293, infatti, erano vietati gli spostamenti al di fuori del domicilio, con la sola eccezione dei casi tassativi indicati dalla stessa disposizione la quale, a ogni modo, non faceva alcun riferimento alla facoltà di raggiungere detti luoghi. L'unica possibilità sembrava potersi estrapolare dal tenore dell'indicazione di cui al p.to 5 che ammetteva spostamenti brevi, al massimo di un'ora al giorno ed entro il perimetro di un chilometro dalla propria abitazione. In tema, **M. TRÉDEZ-LOPEZ**, *Confinement, interdiction des rassemblements et distanciation sociale: quelle place pour la liberté e religieuse dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2020, 2, p. 285 ss.

⁶⁹ A tal proposito si veda **M.C. IVALDI**, *L'intervento del Conseil d'État come giudice del référé liberté in favore della ripresa della celebrazione dei riti religiosi in Francia*, in *Diritto Ecclesiastico*, 2020, 1-2, p. 211. Sul dialogo, invece, fra autorità pubbliche e religiose in pendenza dell'emergenza sanitaria, **M.C. IVALDI**, *La via francese alla limitazione delle libertà e il dialogo con le religioni al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo*



incrinarsi con l'inizio della cosiddetta fase di *déconfinement*, ovverosia quando gli auspici di una progressiva ripresa del culto pubblico hanno dovuto scontrarsi, fra l'altro, con le parole del Primo Ministro, il quale, il 28 aprile 2020, in occasione della presentazione all'Assemblea Nazionale del progetto di legge con cui si sarebbe prorogato lo stato di emergenza, aveva categoricamente escluso una ripresa delle celebrazioni prima del 2 giugno. Il successivo decreto n. 2020-548, dell'11 maggio 2020, riproponeva quindi per la libertà di culto le stesse limitazioni previste dalle norme precedentemente in vigore⁷⁰.

In questa fase, le doglianze mosse dalle principali confessioni religiose, guidate in particolare da associazioni di ispirazione cattolico-tradizionalista, si appuntavano essenzialmente sulla eccessiva rigidità delle limitazioni imposte all'esercizio della libertà di culto, ma soprattutto eccepivano la natura intrinsecamente discriminatoria di talune riaperture. Da questo punto di vista, numerosi fedeli ritenevano irragionevole che, a fronte della progressiva ripresa di numerose altre attività ritenute "non essenziali", potessero ancora perdurare i divieti riguardanti le celebrazioni religiose. Di qui i ricorsi al *Conseil d'État*⁷¹.

Investito della questione, il Giudice amministrativo si è soffermato in primo luogo sulla natura del diritto di libertà religiosa. Dopo averne ricostruito le principali coordinate normative, a partire dalla *Déclaration* del 1789 e fino all'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, passando per la legge di separazione del 1905, i giudici di *Palais Royal*

confessionale, cit., n. 14 del 2020, p. 69 ss.

⁷⁰ È doveroso ricordare come a seguito delle reazioni particolarmente critiche provenienti in special modo dalla Conferenza dei Vescovi di Francia, lo stesso Primo Ministro, questa volta nel corso della propria orazione al Senato, avanzò l'ipotesi per un'anticipazione delle celebrazioni, indicando quale possibile data quella del 29 maggio 2020. Una soluzione che avrebbe consentito una riapertura dei luoghi di culto in tempo con il cadere di importanti festività di cattolici, ebrei e musulmani.

⁷¹ In ragione di quanto previsto dall'art. L.521-2 del *Code de la justice administrative*, norma che disciplina la procedura del *référé-liberté* dinanzi al *Conseil d'État*, qualora quest'ultimo venga adito da una richiesta motivata dall'urgenza, riunitosi in camera di consiglio può disporre i provvedimenti necessari a tutelare una libertà fondamentale oggetto di una violazione grave e manifestamente illegale da parte dell'azione di un'autorità amministrativa o di un ente di diritto privato preposto alla gestione di un pubblico servizio applicherebbe abbia compiuto. Accertate queste condizioni di procedibilità, il Giudice amministrativo decide entro quarantotto, dettando all'amministrazione interessata le misure per assicurare la tutela della libertà violata. Per una ricostruzione complessiva dei diversi ricorsi sottoposti al Giudice amministrativo, **D. FERRARI**, *Pandemia e liturgia: la libertà di culto ai tempi del Coronavirus in Francia*, in *Diritto Ecclesiastico*, 2020, 1-2, p. 196 ss.



hanno affermato che la libertà di cui si discute “présente le caractère d'une liberté fondamentale”⁷². Dunque, la protezione delle relative istanze non va circoscritta al solo diritto di esprimere individualmente la propria fede, a patto che questo non confligga con la salvaguardia dell'ordine pubblico, ma ricomprende fra i suoi elementi essenziali anche “le droit de participer collectivement, sous la même réserve, à des cérémonies, en particulier dans les lieux de culte”⁷³. Nondimeno, data l'attuale emergenza sanitaria, tutte le disposizioni finalizzate a prevenire o limitare gli effetti della pandemia “qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux doivent [...] être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent”⁷⁴.

Pertanto, nella ricostruzione offerta dal Consiglio di Stato, pure le cerimonie religiose possono soggiacere a specifiche limitazioni. Al Giudice amministrativo non sfugge, cioè, il rischio connesso alla circostanza che, in occasione del loro svolgimento, possano crearsi assembramenti, suscettibili di favorire la propagazione del contagio. A questo proposito, ancorché il limite delle venti persone previste in occasione della partecipazione ai soli riti funebri possa apparire tutto sommato ammissibile sul piano razionale, nel percorso argomentativo del *Conseil d'Etat*, l'irragionevole sproporzione delle misure governative emergerebbe all'esito del bilanciamento tra l'esercizio della libertà di culto e lo svolgimento di altre attività cui il Governo aveva concesso un regime meno restrittivo, tra cui si segnalavano i servizi di trasporto pubblici, i punti vendita commerciali, gli istituti scolastici e le biblioteche, ai quali era stato concesso di ricevere il pubblico, pur nel rispetto di precise regole di distanziamento⁷⁵.

Secondo il Giudice amministrativo, peraltro, non è soltanto il raffronto fra la diversa tipologia dei luoghi che rileva, ai fini del giudizio

⁷² *Conseil d'État*, Decision n° 440366, 18 mai 2020, p.to 11.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Conseil d'État*, Decision n° 440366, 18 mai 2020, p.to 6.

⁷⁵ *Conseil d'État*, Decision n° 440366, 18 mai 2020, p.to 27. Le cerimonie di culto, infatti, “exposent les participants à un risque de contamination, lequel est d'autant plus élevé qu'elles ont lieu dans un espace clos, de taille restreinte, pendant une durée importante, avec un grand nombre de personnes, qu'elles s'accompagnent de prières récitées à haute voix ou de chants, de gestes rituels impliquant des contacts, de déplacements, ou encore d'échanges entre les participants”. Non vi è dubbio che, in tal senso, il giudizio abbia risentito della vicenda occorsa fra il 17 e il 24 febbraio 2020 a Mulhouse, quando, in occasione di un raduno religioso che impegnò moltissimi fedeli, venne registrato un elevatissimo numero di contagi.



di proporzionalità, ma anche e soprattutto, la natura delle attività che si svolgono al loro interno. Di qui l'affermazione, indubbiamente centrale per la risoluzione della controversia, secondo cui "les activités qui y sont exercées ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes"⁷⁶. Ogni riapertura, insomma, realizza alcune fra le libertà fondamentali, che la Costituzione riconosce e protegge. Nella ricostruzione patrocinata dal Consiglio di Stato, però, non tutti i diritti costituzionali sono allocabili sullo stesso piano e, in quest'ottica, la libertà religiosa, con tutto il sostrato valoriale che la caratterizza, sembrerebbe meritare un livello di protezione particolarmente elevato⁷⁷. Considerato poi che le ragioni del divieto assoluto di riunirsi all'interno dei luoghi di culto era stato motivato esclusivamente in ragione dell'elevato pericolo di contagio e dato che, al momento della presentazione del ricorso, sarebbe stato possibile prevedere adeguate misure di sicurezza tali da giustificare limitazioni meno severe, la regolamentazione governativa costitutiva "une atteinte grave et manifestement illégale" alla libertà di culto⁷⁸.

Al Primo ministro veniva quindi ordinato di predisporre entro otto giorni misure strettamente proporzionate ai rischi per la salute, adeguando la normativa sui luoghi di culto alle circostanze che avevano giustificato l'inizio della nuova fase delle riaperture. Alle indicazioni contenute nella decisione del *Conseil d'État* veniva data attuazione mediante l'adozione del decreto n. 2020-618, del 22 maggio 2020. Secondo quanto previsto dal novellato art. 10 - nell'ossequioso rispetto dei gesti barriera, del distanziamento sociale, da osservarsi in ogni luogo e in ogni circostanza - venivano rimosse le precedenti limitazioni, facendo sì che i luoghi di culto fossero "autorisés à recevoir du public dans le respect des dispositions qui leur sont applicables".

Il secondo intervento del Consiglio di Stato segue di qualche mese la prima decisione. *Medio tempore*, il peggioramento della situazione sanitaria aveva imposto al governo di ritornare sui propri passi, adottando nuovi divieti, tesi un'altra volta a limitare la circolazione del virus, riducendo la socialità e limitando il godimento delle libertà fondamentali. Fra le disposizioni emergenziali emanate al fine di contenere gli effetti della così detta "seconda ondata", il decreto del Primo ministro n. 2020-1310 del 29 ottobre 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire*

⁷⁶ *Conseil d'État*, Decision n° 440366, 18 mai 2020, p.to 32.

⁷⁷ A. LICASTRO, *La messe et servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, in *Giur. Cost.*, 3 giugno 2020, p. 321.

⁷⁸ *Conseil d'État*, Decision n° 440366, 18 mai 2020, punto 34.



face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, all'art. 4 reintroduceva il divieto generale, salvo tassative eccezioni, di spostarsi dal proprio domicilio, mentre al successivo art. 47, pur lasciando inalterata la possibilità di apertura per i luoghi di culto, vietava nuovamente le celebrazioni, eccezion fatta per i matrimoni e le esequie, alla presenza di non più di trenta persone⁷⁹.

Anche in questa occasione, il provvedimento governativo è stato prontamente impugnato di fronte al *Conseil d'État*. Stavolta, però, diversamente da quanto accaduto con il decreto dell'11 maggio, il giudice francese ha rigettato le istanze dei ricorrenti. A essere cambiato non è stato - ovviamente - l'inquadramento dogmatico della libertà di culto, che continua a configurarsi come un diritto fondamentale⁸⁰, bensì il contesto sanitario all'interno del quale veniva chiamato a svolgersi il necessario giudizio di proporzionalità e ragionevolezza. Dinanzi al mutamento di alcuni fattori, cioè, l'esito delle operazioni di bilanciamento non poteva rimanere inalterato. Così, la decisione del 18 maggio 2020 era stata adottata in un quadro, che giustificava un generale allentamento delle misure di contenimento, il nuovo innalzamento del contagio imponeva invece l'adozione di provvedimenti più severi.

Si trattava, tuttavia, di misure che, come sottolineato dallo stesso Consiglio di Stato, non comportavano restrizioni paragonabili a quelle introdotte in precedenza, non solo perché i luoghi di culto avrebbero comunque potuto accogliere i ministri e il personale addetto, onde consentire "d'en assurer la retransmission, à des cérémonies religieuses"⁸¹, nel rispetto degli indispensabili gesti barriera, ma anche perché, in questo caso, pur nella perdurante impossibilità di partecipare alle cerimonie pubbliche, i fedeli, avrebbero comunque potuto frequentare le Chiese e i templi delle varie denominazioni "à l'occasion de l'un quelconque de leurs déplacements autorisés hors de leur domicile, sans se munir d'un autre justificatif"⁸², per celebrare la propria fede individualmente⁸³. Da ultimo,

⁷⁹ In verità, la possibilità di celebrare matrimoni, con un numero di partecipanti massimo di sei persone, in un primo momento era apparsa poco chiara. L'art. 3 del decreto in parola pareva escludere apertamente l'ipotesi. Di contro, nell'espone le nuove misure, durante la conferenza stampa tenutasi il 29 ottobre 2020, è stato lo stesso Primo ministro ad ammetterne lo svolgimento. Seppure nelle motivazioni del *Conseil d'État* la loro celebrazione sembrava doversi considerare possibile, gli stessi giudici chiederanno al governo di esprimersi chiaramente sul punto.

⁸⁰ *Conseil d'État*, Decision n° 445825, 7 novembre 2020, p.to 10.

⁸¹ *Conseil d'État*, Decision n° 445825, 7 novembre 2020, p.to 16.

⁸² *Conseil d'État*, Decision n° 445825, 7 novembre 2020, p.to 16.



la proporzionalità delle misure impugnate si spiegava in ragione della loro temporaneità e dell'attenzione riservata alle festività religiose: le disposizioni impugnate avrebbero perso la loro efficacia, al più tardi con lo spirare del termine dello stato di emergenza previsto per il 16 novembre 2020, mentre la decisione di postergarne la decorrenza al 3 novembre 2020, la si doveva imputare alla volontà del governo di consentire la celebrazione della festa di *Ognissanti* e la commemorazione dei defunti⁸⁴.

Più in generale, il riconoscimento di un'intrinseca pericolosità degli edifici di culto, in quanto luoghi chiusi, poco ventilati e con un'alta densità di frequentatori, con il conseguente avallo delle restrizioni all'accesso varate dal Governo è transitata attraverso quella che, per molti commentatori, è suonata, a tutti gli effetti, come una sorta di *reprimenda* nei confronti delle autorità religiose. Una maggior apertura degli spazi destinati alla devozione collettiva, infatti, si era resa possibile anche grazie alla previsione di rigidi protocolli, che ne avevano subordinato l'accesso al rispetto di precise misure di contenimento del contagio. Di fatto, però, l'analisi dei dati scientifici testimoniava come la loro predisposizione, avvenuta a ridosso dell'inizio del periodo di "deconfinamento" non fosse stata poi seguita da una altrettanto rigorosa applicazione da parte delle autorità religiose⁸⁵.

Trascorrerà poco tempo prima che il *Conseil d'État* si trovi nuovamente investito della questione. Da una parte, la legge n. 2020-1379 del 14 novembre 2020 aveva prorogato lo stato di emergenza sanitaria sino al 16 febbraio 2021, dall'altra, tuttavia, il conseguente decreto del Primo ministro n. 2020-1454 del 27 novembre, nel modificare le disposizioni adottate il 29 ottobre dello stesso anno, aveva anche contestualmente previsto un nuovo allentamento delle restrizioni approvate in precedenza. Più dettagliatamente, il nuovo art. 47 eliminava il riferimento ai soli riti funebri e ai matrimoni, consentendo lo svolgimento di qualunque cerimonia religiosa, mantenendo però fermo il limite numerico dei trenta partecipanti, indipendentemente dalla conformazione e dalle dimensioni del luogo di culto interessato. Al miglioramento della situazione

⁸³ I giudici suffragano questa posizione aggiungendo come, sulla base delle indicazioni pervenute dalle autorità pubbliche, sarebbe stato consentito lasciare il domicilio per raggiungere il luogo di culto più vicino alla propria abitazione o nell'ambito di uno spostamento entro un ragionevole perimetro, adducendo come motivazione "motif familial impérieux". In ogni caso, data la sensibilità della questione, si richiedeva un necessario chiarimento da parte del governo

⁸⁴ *Conseil d'État*, Decision n° 445825, 7 novembre 2020, p.to 20.

⁸⁵ *Conseil d'État*, Decision n° 445825, 7 novembre 2020, p.to 19.



epidemiologica generale era dunque corrisposto un nuovo bilanciamento fra l'esigenza di salvaguardare la salute pubblica e la necessità di esercitare collettivamente la libertà religiosa.

Se nell'ultima pronuncia dei giudici di *Palais Royal*, il vaglio sulla proporzionalità era parso sostanzialmente curvato sull'indefettibile bisogno di tutelare la *salus vitae*, in questa occasione, al contrario, sono riemerse con maggior vigore le considerazioni che avevano guidato i giudici nella decisione del 18 maggio 2020: oltre che fondamentale, la possibilità di praticare il culto individualmente, pubblicamente e collettivamente costituisce una libertà meritevole di una tutela speciale, dati i fatti della vita dei singoli credenti che mira a difendere⁸⁶. Da questo punto di vista la protezione della sfera religiosa assumerebbe un peso maggiore rispetto, per esempio, alle libertà legate alla protezione della sfera economica⁸⁷. L'interdizione numerica legata alla partecipazione di un massimo di trenta persone per ogni singola funzione, pertanto, incide gravemente sulla libertà di culto, dal momento che conduce "dans de nombreux lieux, à ce que les fidèles ne puissent y participer le jour de la semaine où se déroulent les principales d'entre elles, en dépit de l'augmentation du nombre de ces dernières"⁸⁸.

Inoltre - prosegue il giudice francese - altre attività, suscettibili comunemente di svolgersi in luoghi chiusi, alla presenza di un numero anche potenzialmente elevato di persone non erano state interessate da una misura analoga, che non ne subordinasse l'esercizio almeno a considerazioni più generali legate allo stato effettivo dei luoghi. Di conseguenza, per quanto le limitazioni contestate fossero temporalmente limitate fino al 15 dicembre 2020, esse apparivano, comunque, sproporzionate tenuto conto dell'obiettivo "de préservation de la santé publique et constitue ainsi, eu égard au caractère essentiel de la composante en cause de la liberté de culte, une atteinte grave et

⁸⁶ *Conseil d'État*, Decision n° 446930, 29 novembre 2020, p.to 19.

⁸⁷ È lo stesso Giudice amministrativo a porre in relazione fra loro la regolamentazione degli esercizi commerciali e dei luoghi di culto. Il decreto n. 2020-1454 del 27 novembre, all'art. 37 aveva previsto che i punti vendita e i centri commerciali potessero ricevere pubblico a condizione che per ciascun cliente fosse assicurata una superficie non inferiore agli 8 metri quadrati. Inoltre, il *protocole sanitaire renforcé des commerce* stabilito a livello ministeriale consentiva di calcolare come unico cliente più persone purché appartenenti allo stesso nucleo familiare. Nulla di tutto ciò era stato approntato per quanto riguardava i luoghi di culto.

⁸⁸ *Conseil d'État*, Decision n° 446930, 29 novembre 2020, p.to 14.



manifestement illégale à cette dernière”⁸⁹. All’Esecutivo spettava quindi il compito di modificare l’art. 47 del decreto, adottando, nel termine di tre giorni, misure rigorosamente commisurate al fine di consentire un più ampio accesso agli edifici di culto e una vigilanza stretta sui raduni e sugli eventuali assembramenti in tali luoghi⁹⁰.

Le modifiche ordinate dal *Conseil d’État* sono quindi confluite nel decreto del Primo Ministro n. 2020-1505 del 2 dicembre 2020, il quale, rimettendo mano al testo del 29 ottobre 2020, ha previsto che lo svolgimento delle cerimonie all’interno dei luoghi di culto avesse luogo, a condizione che venissero puntualmente assicurate le seguenti condizioni: rispetto della distanza minima di almeno due posti fra quelli occupati da singoli fedeli o da gruppi di fedeli che condividessero il medesimo domicilio; obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie per tutti i partecipanti alla funzione che avessero compiuto l’età di undici anni, compatibilmente con lo svolgimento dei riti che ne avessero richiesto la momentanea rimozione; vigilanza sul rispetto delle singole misure da parte del ministro responsabile del luogo, fatta salva l’ipotesi per il prefetto di ordinare la sospensione delle cerimonie, qualora l’organizzazione e i relativi controlli non fossero risultati tali da garantire la corretta osservanza dei provvedimenti sanitari di contenimento del virus.

Le suddette regole verranno mantenute in vigore sino alla loro parziale modifica, avvenuta con l’entrata in vigore del decreto n. 2021-6060 del 18 maggio 2021, che aggiungerà un ultimo comma all’art. 47, secondo cui *l’accueil du public pour la visite des établissements de culte* avrebbe dovuto armonizzarsi con le norme previste per regolare l’accesso e l’accoglienza all’interno di musei e sale adibite a mostre o eventi culturali, garantendo quindi anche per gli edifici destinati alla devozione religiosa l’accesso al pubblico dalle sei di mattina alle nove di sera, purché ciascun visitatore potesse disporre di uno spazio minimo pari a otto metri quadrati.

Nel frattempo, il *Conseil d’État* ha avuto l’occasione di esprimersi un’ultima volta sulle guarentigie costituzionali della libertà di culto. Il decreto del 19 marzo n. 2021-296, in ragione del peggioramento dell’emergenza sanitaria⁹¹, aveva infatti nuovamente reintrodotta il limite

⁸⁹ *Conseil d’État*, Decision n° 446930, 29 novembre 2020, p.to 20.

⁹⁰ *Conseil d’État*, Decision n° 446930, 29 novembre 2020, p.to 21.

⁹¹ Si ricorda come lo stato di emergenza sanitaria fosse stato nel frattempo prorogato sino alla data del 1° giugno 2021 in forza di quanto previsto dalla legge n. 2021-160 del 15 febbraio 2021.



assoluto agli spostamenti dal proprio domicilio, a eccezione di talune ipotesi tassativamente elencate, al ricorrere delle quali sarebbe stato possibile lasciare la propria abitazione, tra le sei del mattino e le sette di sera e fra queste ragioni di natura eccezionale si annoverava anche la necessità di raggiungere i luoghi di culto. Ciononostante, alcune associazioni religiose avevano eccepito la circostanza secondo cui i rigorosi termini del coprifuoco avrebbero impedito la celebrazione di alcune cerimonie di particolare importanza, tra cui spiccava la Veglia di Pasqua. Di tal guisa, veniva chiesto al giudice amministrativo di ordinare al Governo la sospensione della normativa indubbiata onde consentire lo svolgimento dei riti.

Riprendendo una giurisprudenza che ormai potrebbe dirsi consolidata sul punto, il Consiglio di Stato ha rigettato le istanze alla base del ricorso sul duplice presupposto del peggioramento dei contagi e della portata non eccessivamente restrittiva delle misure impugnate. A norma dei protocolli sanitari sottoscritti con le singole confessioni religiose, infatti, non era stata ordinata alcuna chiusura dei luoghi di culto né erano state irrogate le condizioni per accedervi. A questo proposito, il Giudice amministrativo sottolinea, *ad adiuvandum*, come molte parrocchie e perfino la *Conférence des évêques de France* avessero dettato istruzioni liturgiche, tese a conciliare le esigenze celebrative con l'obbligo del coprifuoco⁹². Dunque, l'impossibilità di recarsi presso un luogo di culto dalle sette di sera alle sei di mattina durante la settimana di Pasqua, "ne peut être regardée comme portant une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté de culte au regard de l'objectif de préservation de la santé publique"⁹³.

Infine, un ulteriore aspetto di particolare rilievo può dirsi rappresentato dal passaggio a quella che avrebbe dovuto segnare la fase finale dell'emergenza sanitaria, caratterizzata dall'introduzione del così detto *passé sanitaire*⁹⁴. Il decreto n. 2021-955 del 19 luglio 2021, modificativo del precedente decreto del Primo ministro n. 2021-699 del 1 giugno 2021, ha introdotto l'obbligo per chi avesse compiuto i dodici anni, di esibire una speciale certificazione per poter accedere all'interno di quei luoghi che riunissero più di cinquanta persone. La prescrizione di cui all'art. 47-1, riguardante nel dettaglio le attività culturali, sportive e ricreative, nel fare

⁹² *Conseil d'État*, Decision n° 446930, 29 mars 2021, p.to 10.

⁹³ *Conseil d'État*, Decision n° 446930, 29 mars 2021, p.to 10.

⁹⁴ Si veda in proposito la legge n. 2021-689 del 31 maggio 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*.



espresso richiamo, fra gli altri, ai luoghi di culto, ha introdotto una significativa differenziazione. Per poter accedere all'interno di questi ultimi, infatti, la certificazione verde avrebbe dovuto essere prodotta soltanto in occasione di eventi di natura non religiosa e non anche per le cerimonie rientranti specificamente nell'ambito del culto⁹⁵. In altri termini e, per certi versi, in linea con le indicazioni fornite dal *Conseil d'État* nelle decisioni a cui si è fatto cenno, l'Esecutivo è parso porre particolare attenzione alla manifestazione collettiva della libertà religiosa, escludendo la necessità di esibire la documentazione sanitaria per fare ingresso negli edifici di culto e assicurandole per questa via una tutela più ampia, legata al suo contenuto e alle sue specificità.

6 - Alcune considerazioni in termini di bilanciamento fra libertà di culto e tutela della salute

La libertà religiosa rientra a pieno titolo fra le condizioni consustanziali e logicamente necessarie allo sviluppo della democrazia⁹⁶. Un'affermazione che trova conforto altresì nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui essa costituisce uno degli elementi essenziali che informano l'identità dei credenti e la loro stessa concezione di vita. Un bene prezioso che in verità rileva anche per coloro i quali non condividano una fede religiosa, giacché contribuisce a dare sostanza al principio pluralista su cui le società moderne si fondano⁹⁷.

Se tale condizione sembra emergere dalla più recente disciplina adottata dal governo francese quale coeva conclusione di un percorso durato quasi due anni, lo stesso non può dirsi rispetto alle restrizioni apportate alla libertà di culto durante le prime fase dell'emergenza pandemica. Sarebbe erroneo sostenere che, anche considerato il sentimento secolare radicato nella società francese e, non da ultimo, nelle maglie del suo ordinamento giuridico⁹⁸, la difesa della libertà religiosa, in

⁹⁵ Questa impostazione verrà confermata anche in seguito, da ultimo con il decreto n. 2022-247 del 25 febbraio 2022.

⁹⁶ G. MACRÌ, *La libertà religiosa*, cit., p. 35.

⁹⁷ ECtHR, *Affaire Kokkinakis c. Grèce*, Req. No. 14307/88, 25 mai 1993, p.to 31, e *Affaire Buscarini et autres c. Saint-Marin*, Req. No. 24645/94, 18 février 1999, p.to 34.

⁹⁸ Fra gli altri, sul tema, E.A. IMPARATO, *La libertà religiosa tra interesse privato e interesse pubblico. Il dilemma costituzionale delle rivendicazioni identitarie islamiche in Francia e nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2021, 4, p. 1074 ss.; A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione europea. Lineamenti di*



specie sul versante della manifestazione del culto, sia stata oggetto di un trattamento deteriore, allorché rapportato alle altre libertà fondamentali. Basti pensare come durante i primi mesi, ai divieti imposti su larga scala e in una prospettiva di riapertura, si sia cercato di far fronte sul versante politico attraverso l'instaurazione di un rapporto dialogico con le rappresentanze delle principali religioni⁹⁹. Nondimeno, si fornirebbe una versione altrettanto alterata della realtà allorché si perseverasse nel sostenere che il governo si sia mosso con particolare cautela nell'assumere la scelta di limitare lo svolgimento delle celebrazioni religiose. Come si è detto in precedenza, soprattutto durante l'iniziale confinamento, e così in seguito nei momenti caratterizzati dal peggioramento della diffusione del virus, la protezione della salute ha rappresentato senza riserve il parametro di riferimento in funzione del quale è stata delineata l'intera politica emergenziale. In queste fasi si è osservato un indubbio *favor* nei confronti della salute sullo sfondo degli altri diritti, sacrificati in modo tendenzialmente indifferenziato al cospetto della prima.

È solo a partire dall'iniziale *déconfinement* che la legalità della crisi ha lasciato maggior spazio a un più fisiologico bilanciamento fra le diverse libertà costituzionali. Ed è in questo contesto che è emersa la figura del *Conseil d'État* come Giudice dei diritti, chiamato in diverse occasioni ad arginare l'azione governativa quand'essa si è dimostrata poco attenta alle diverse esigenze che si contrapponevano alla sola difesa della vita, imponendo non di rado un intervento adeguatore al governo che tenesse primariamente in considerazione l'esigenza di proporzionalità delle restrizioni imposte a livello normativo. Se in un primo momento, come

comparazione, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 34 ss.; **M.C. IVALDI**, *The meaning of 'Religion' in French case law. The judgements of the Conseil d'État*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 39 del 2017, p. 110 ss.; **D. FERRARI**, *Natività e laicità: i presepi in Francia tra religione e secolarizzazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 17 del 2017, p. 1 ss.; **M. d'ARIENZO**, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., dicembre 2011, p. 1 ss.; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Stato e religioni nella Francia separatista e nell'Italia concordataria. Verso un modello europeo di laicità?*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 2006, 4, p. 560 ss.; **M. BARBIER**, *Pour une définition de la laïcité française*, in *Revue Le Débat*, 2005, 2, p. 129 ss.; **T. GUNN**, *Religious Freedom and Laïcité: A Comparison of the United States and France*, in *Brigham Young University Law Review*, 2004, 2, p. 420 ss.; **E. POULAT**, *Du principe de catholicité au principe de laïcité*, in *Philosophie Politique*, 1993, 4, p. 73 ss., e **L. CAPERAN**, *Histoire contemporaine de la laïcité française*, vol. II, Rivière, Paris, 1960.

⁹⁹ Per un approfondimento, **M.C. IVALDI**, *Dialogue and Cooperation Between French Institutions and Religious Groups*, in *Law, Religion and the Spread of Covid-19 Pandemic*, a cura di F. BALSAMO, D. TARANTINO, Papers II, DiReSoM, 2020, p. 189 ss.



osservato, gli stessi giudici amministrativi hanno fatto proprio un paradigma organicista funzionale a *sostenere la politica emergenziale*, con l'approcciarsi delle prime riaperture è venuto a galla il loro ruolo di garanti delle libertà individuali¹⁰⁰.

Pur con un occhio sempre puntato all'evolversi della propagazione del virus, il *Conseil d'État* ha avuto il merito di riequilibrare le contrapposte esigenze di difesa della salute e della libertà di culto, anche affermandosi in attestazioni di rilievo e tutt'altro che scontate quali il riconosciuto del carattere fondamentale di quest'ultima e la non dissociabilità della componente individuale da quella collettivo-celebrativa¹⁰¹. Un'asserzione che gli ha consentito, per esempio, di misurare il sacrificio posto a carico della libertà di culto soppesandolo con il *tertium comparationis* della libertà economica - in specie riferita alle attività non essenziali a tratti predilette dal governo nel tentativo di favorire la ripresa del sistema produttivo¹⁰² - e attestando il valore intrinsecamente più elevato della prima, a giustificazione del fatto che una sua limitazione dovesse necessariamente transitare per primarie e indefettibili esigenze di ordine generale. In proposito, è interessante notare come se con la pronuncia del 29 novembre 2020 i giudici hanno riconosciuto l'illegittimità della scelta del governo di limitare l'ingresso nei luoghi di culto a sole trenta persone ritenendola sproporzionata, a distanza di pochi giorni e precisamente l'8 dicembre hanno rigettato il ricorso volto a chiedere la sospensione della chiusura totale di bar e ristoranti¹⁰³. Ad analoga sorte sono andate incontro le istanze sollevate da artisti, operatori del settore e associazioni di categoria nel momento in cui hanno domandato al *Conseil d'État* di ordinare la riapertura di cinema, teatri e sale per spettacoli. Queste ultime sono state respinte il 23 dicembre

¹⁰⁰ Riprendendo le riflessioni di N. PERLO, *La giurisprudenza del Conseil d'État*, cit., p. 170, nella prima delicata fase dell'epidemia il *Conseil d'État* "ha scelto di accompagnare il governo, non ostacolando la politica di emergenza, ma al contrario giustificandola attraverso la sua giurisprudenza, con un intento pedagogico teso a costruire un consenso sociale, condizione necessaria per l'effettività della sua applicazione. La natura della giurisdizione amministrativa, concepita come privilegio accordato all'amministrazione, ha quindi prevalso sulla sua seconda natura, quella di giudice garante dei diritti individuali di fronte agli abusi della pubblica amministrazione. Nella seconda fase, nel quadro del progressivo deconfinamento, il giudice del *référé* ha invece ritrovato il suo ruolo e ha contribuito in modo determinante alla protezione di diritti e libertà che continuavano irragionevolmente ad essere compressi".

¹⁰¹ A. LICASTRO, *La messe et servie*, cit., p. 322.

¹⁰² M.C. IVALDI, *L'intervento*, cit., p. 215.

¹⁰³ *Conseil d'État*, Decision n° 446715, 8 décembre 2020.



2020¹⁰⁴. In detta ultima fattispecie, secondo il Giudice amministrativo, la chiusura al pubblico di questi luoghi pregiudica gravemente libertà fondamentali quali “la liberté d'expression et la libre communication des idées, la liberté de création artistique, la liberté d'accès aux œuvres culturelles, la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce”¹⁰⁵. Il solo fatto che una parte delle attività in questione potesse rimanere accessibile al pubblico attraverso la fruizione mediatica non avrebbe fatto venire meno l'esistenza della grave violazione alle suddette libertà. Al contempo, però, seppur l'utilizzo attento di specifici protocolli sanitari avrebbe favorito un significativo contenimento del rischio di contagio, il rilevato peggioramento della situazione sanitaria era comunque tale da giustificare la proporzionalità del regime di completa chiusura¹⁰⁶.

Ciò, ovviamente, non significa che la libertà di culto, a differenza di altre libertà, sia insuscettibile di essere limitata, anche in modo particolarmente incisivo. Nella sua opera di bilanciamento il *Conseil d'État* ha costantemente fatto proprio un processo analitico focalizzato sull'esigenza di introdurre limitazioni a una o più libertà fondamentali, sulla natura delle libertà fondamentali pregiudicate dalle misure in questione e la possibilità di prevedere strumenti in grado di incidere su di esse con minore intensità, considerato la situazione della pandemia e tenuto conto della disciplina applicata a situazioni diverse per quanto analogicamente confrontabili. Il passaggio conclusivo, poi, è stato quello relativo alla valutazione della proporzionalità vera e propria, per la quale ancorché si sia utilizzato lo strumento meno invasivo possibile, fra la limitazione della libertà e le ragioni che la giustificano deve pur sempre sussistere un rapporto diretto di proporzionalità¹⁰⁷.

Cercando di sussumere dentro questo processo ermeneutico il progressivo sviluppo della normazione governativa, si rileva come ciò che è mancato nella prima fase al decisore politico sia stata una più adeguata valutazione del valore da attribuire alla libertà di culto, considerata al pari di qualsiasi altra libertà prevista dalla Costituzione, e la possibilità di individuare divieti meno condizionanti ma non per questo capaci di salvaguardare gli interessi correlati al diritto alla salute in maniera minore. Un'opera di bilanciamento che il *Conseil d'État* ha dimostrato, invece, essere possibile, apportando alcune correzioni alla rotta del governo, il

¹⁰⁴ *Conseil d'État*, Decision n° 447698, 23 décembre 2021.

¹⁰⁵ *Conseil d'État*, Decision n° 447698, 23 décembre 2021, p.to 8.

¹⁰⁶ *Conseil d'État*, Decision n° 447698, 23 décembre 2021, p.to 14.

¹⁰⁷ **A. LICASTRO**, *La messe et servie*, cit., p. 322.



quale è successivamente parso averne colto la portata, come comprovato dalla maggior attenzione riservata all'esercizio pubblico del culto, pur senza distogliere l'attenzione su quella che in fin dei conti è rimasta, immutata, la stella polare: la protezione della *salus publica*.

Per concludere sul punto, in ragione di quanto si è potuto osservare sinora e per quanto possa sembrare all'apparenza un paradosso, l'emergenza pandemica ha sicuramente avuto un peso significativo sull'esercizio della libertà di culto, ma questo non necessariamente deve essere interpretato in chiave negativa. Cercando di essere più chiari, se è vero che in diverse occasioni la manifestazione della libertà religiosa è andata incontro a limitazioni che ne hanno pregiudicato il suo effettivo esercizio, dal punto di vista della sua veste generale di libertà costituzionale, è forse vero il contrario. Grazie anche alla giurisprudenza del *Conseil d'État*, infatti, la libertà di culto può contare oggi su alcuni punti fermi che la rendono sicuramente più intellegibile per quanto concerne il riconoscimento dei modi attraverso i quali può estrinsecarsi e, con buona probabilità, più solida che in passato nel suo rapportarsi con altre libertà.

7 - Minime notazioni di sistema a mo' di conclusione

Volendo provare a tracciare un consuntivo circa le operazioni di bilanciamento tra tutela della libertà di culto e protezione della salute collettiva, condotte rispettivamente dal legislatore italiano e dal proprio omologo francese, durante la recente crisi sanitaria, si può ritenere che la singolare convergenza delle soluzioni impiegate nei due ordinamenti non sia tanto il frutto di una innovativa declinazione del principio di laicità, in grado di modificare l'assetto dei rapporti tra lo Stato e le singole confessioni, ma sia dipesa piuttosto da una crescente secolarizzazione della società, che ha via via marginalizzato lo specifico religioso, condizionando in questo modo anche l'individuazione di un ideale "punto di equilibrio" tra concorrenti valori costituzionali, egualmente meritevoli di tutela¹⁰⁸.

¹⁰⁸ A. LICASTRO, *Il lockdown*, cit. Per un'analisi più generale, si rinvia su tutti a G. DALLA TORRE, *Libertà religiosa e secolarismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 10 del 2018, p. 1 ss., e V. TURCHI, *Laicità e laicismo: origini storiche e ragioni attuali di una dicotomia*, in *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, a cura di G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1231 ss.



Posto che anche la manifestazione del culto può subire delle restrizioni, dettate da esigenze contingenti, il sacrificio imposto alla dimensione pubblica e collettiva della libertà religiosa, specie durante la prima fase della pandemia, si segnala in entrambi gli ordinamenti come un segno dei tempi o, se si vuole, come la conseguenza diretta di una concezione più ampia, che, a partire dallo spazio che la religione effettivamente occupa nei sistemi europei, non sembra considerare le esigenze della fede tra i valori essenziali da contemperare e preservare durante una fase emergenziale così acuta come quella pandemica. La libertà religiosa parrebbe così scontare, già a monte, un apprezzamento di valore, all'esito del quale la sua dimensione culturale non appagherebbe esigenze indifferibili o comunque non esprimerebbe istanze altrettanto essenziali rispetto a quelle eventualmente soddisfatte da altri interessi concorrenti, meritevoli di una più urgente tutela¹⁰⁹.

In questa visione generale, la pragmatica necessità di ridurre il numero dei contagi sembra giustificare in partenza un bilanciamento di fatto sperequato, in cui la protezione della libertà religiosa può essere (temporaneamente) pretermessa, senza particolari patemi. In tal modo, l'ordine delle priorità non viene più determinato dalla Costituzione, ma viene dettato da una situazione di necessità, capace di condizionare pesantemente le scelte dell'autorità governativa, sulla base di valutazioni meramente tecniche. Proprio perché si tratta di un bisogno non indispensabile, la libertà di culto si situa giocoforza in secondo piano e cede automaticamente alle esigenze di protezione dell'incolumità pubblica, essendo le funzioni religiose concepite solamente come potenziale fonte di elevata diffusione del virus¹¹⁰.

¹⁰⁹ Con riguardo alla situazione pandemica **M. CARRER**, *Salus Rei Publicae e salus animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2, p. 1 ss. Circa il giudizio di valore, espresso soprattutto dalla giurisprudenza, relativamente al diritto di libertà religiosa, si leggano invece **G. DALLA TORRE**, *Secolarizzazione e laicità. A proposito delle radici cristiane dell'Europa*, in *La storia, il dialogo, il rispetto della persona. Scritti in onore del Cardinale Achille Silvestrini*, a cura di L. MONTEFERRANTE, D. NOCILLA, Studium, Roma, 2009, p. 25 ss.; **N. MARCHEI**, *La libertà religiosa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 33 del 2019, p. 46 ss.

¹¹⁰ Così **G. FATTORI**, *La libertà religiosa al tempo del Coronavirus*, in *DiReSoM Papers*, 6 aprile 2020; **F. D'AGOSTINO**, *Diritto, religione e secolarizzazione*, in *Diritto e religione*, a cura di F. D'AGOSTINO, Aracne, Roma, 2013, p. 27 ss.; **P. CAVANA**, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Laicità e libertà religiosa*, a cura di G. DAL FERRO, Edizioni Rezzara, Vicenza, 2013, p. 103 ss.



Durante la prima fase dell'emergenza sanitaria, segnata dalla maggior diffusione dei contagi e dall'intensa preoccupazione per una situazione del tutto inedita, la difesa della salute si è imposta - tanto nel paradigma italiano quanto nel modello francese - come la finalità pressoché esclusiva, perseguita dalle istituzioni nazionali. Si è così assistito a una contrazione quasi totale della dimensione aggregativa della libertà religiosa, con i governi, che non sono sembrati pienamente cogliere né le particolarità attraverso cui il culto necessariamente si estrinseca né i valori che esso custodisce ed esprime nel quadro di una società pluralista.

Al contrario, con la cosiddetta "fase due", la questione della proporzionalità e della ragionevolezza delle restrizioni apportate all'esercizio della libertà di culto ha assunto una rinnovata centralità, in rapporto alla diffusione del contagio. In entrambi gli ordinamenti assunti in comparazione, seppur con un andamento a tratti ondivago, la graduale diminuzione dell'emergenza ha consentito che anche la salute potesse effettivamente entrare in bilanciamento con altri diritti. Qui la libertà di culto, anche grazie ai protocolli di intesa con le singole confessioni religiose, ha iniziato a riesplorare il proprio ambito di applicazione e le autorità pubbliche hanno cominciato a riprendere in considerazione la dimensione celebrativa dei riti come un aspetto essenziale da salvaguardare.

Da questo punto di vista, il crescente coinvolgimento delle autorità religiose, in Italia, e gli interventi giurisprudenziali del Conseil *d'Etat*, in Francia, hanno contribuito a rimodulare significativamente la gerarchia degli interessi in gioco, rappresentando in sede di bilanciamento le fondamentali istanze sottese alla tutela della libertà religiosa, sia sul piano sostanziale sia a livello procedurale. Molto probabilmente una previa e immediata interlocuzione con le varie confessioni avrebbe consentito, in entrambi gli ordinamenti, di temperare in termini più accurati le esigenze di tutela della salute pubblica con quelle di libertà religiosa nella sua dimensione collettiva, in funzione della promozione del bene comune. Ma così non è stato.

Peraltro, se i numerosi pronunciamenti del Consiglio di Stato sembrano muoversi su un piano ancora strettamente assiologico, dal momento che introducono una diversa classificazione gerarchica dei singoli valori da considerare, riposizionando, per così dire, la libertà di culto al centro del dibattito pubblico e delle considerazioni dell'Esecutivo, le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza costituzionale italiana offrono una chiave di lettura sistemica, richiamando, più in generale, la funzione che i diritti fondamentali dispiegano all'interno dei moderni ordinamenti democratici.



In effetti, le argomentazioni addotte dal giudice amministrativo francese, al fine di introdurre nelle operazioni di bilanciamento negoziate dal Governo anche le ragioni caratteristiche della libertà religiosa, partono dalla considerazione del suo carattere essenziale e da una valutazione dei valori che questa preserva, quasi a suggerire che, a seconda delle circostanze, la protezione della libertà di culto debba eventualmente collocarsi al di sopra della tutela della salute, e viceversa. Per quanto ci pare di poter constatare, pertanto, il discorso viene pur sempre impostato in termini di importanza dei singoli valori, censurando di volta in volta i provvedimenti della pubblica autorità che hanno operato una ricostruzione differente o che hanno attribuito un altro rilievo ai diritti da tutelare.

Le prescrizioni ricavabili dal tessuto costituzionale italiano, invece, si sviluppano in una prospettiva sensibilmente diversa, poiché evitano di impostare la questione in termini meramente valoriali, per inserire il diritto alla salute e la libertà religiosa - ma forse sarebbe meglio dire i diritti fondamentali genericamente intesi - all'interno di una complessa rete di rapporti, in cui nessuna libertà può essere integralmente sacrificata. In altri termini, la teoria del bilanciamento declinata dalla Corte pone idealmente tutti i diritti fondamentali sullo stesso piano, imponendo un sacrificio proporzionato e ragionevole, a salvaguardia del loro "nucleo essenziale". Da questo punto di vista, la temporanea compressione di una libertà individuale o collettiva, dettata ad esempio dal soddisfacimento di una precisa istanza sociale o dal perseguimento di un interesse specifico, non potrà mai tradursi nell'azzeramento di quel diritto

Lo "stress-test" condotto per il tramite della libertà religiosa sulla tenuta complessiva dei principi costituzionali fornisce quindi istruzioni di basilare importanza per gli organi di governo allorché si tratti di temperare le varie esigenze, soprattutto in tempi di crisi. La rilevanza primaria di un bene, qualunque esso sia, non può arrivare a giustificare il sacrificio integrale di altri interessi costituzionalmente tutelati. Il punto di equilibrio tra le varie istanze dovrà cioè garantire comunque una operatività minima a tutti i diritti interessati, senza agire come un "peso" eccessivo, in grado di impedire qualsiasi forma di bilanciamento. Solo così, infatti, sarà possibile preservare il sostrato pluralistico su cui si sviluppa la Costituzione, scongiurando i rischi di torsioni autoritarie, inevitabilmente insiti nella qualificazione di un "diritto tiranno"¹¹¹.

¹¹¹ L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti"*, cit.; S. PALMISANO, *Del "diritto tiranno"*, cit.; A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia)*, cit.; C. SARTEA, *La tirannia*, cit.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento*, cit.



Greta Pavesi

(dottoranda di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria")

**Limitazioni alla libertà religiosa e principio di proporzionalità
davanti alle Corti: una prospettiva comparata ***

*Restrictions on Religious Freedom and the Principle of Proportionality
before the Courts: A Comparative Perspective **

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. "Breve durata" delle restrizioni e proporzionalità: l'interpretazione del *Bundesverfassungsgericht* - 3. Il Consiglio di Stato francese e la "question de proportionnalité" della libertà di culto - 4. "Secular gatherings" v. "secular businesses": il *tertium comparationis* nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense - 5. Emergenza sanitaria e test di proporzionalità nella giurisprudenza di Strasburgo: brevi considerazioni *de iure condendo* - 6. Conclusioni.

ABSTRACT: The emergency legislation through which the legal systems have tried to cope with the Covid-19 pandemic has necessitated new forms of balancing health protection and other fundamental freedoms, including freedom of religion. The aim of this paper is to analyse the different ways in which the superior Courts have applied the principle of proportionality, with the purpose of trying to assess the extent to which the different sensitivity of judges (especially as regards the identification of the *tertium comparationis*) has affected the effective protection of freedom of religion during the pandemic. In particular, a comparison will be made among the statements of the *Bundesverfassungsgericht*, the *Conseil d'État* and the US Supreme Court, which have balanced the right to health and religious freedom. Short concluding remarks will be addressed to the possible role of Strasbourg jurisprudence in guiding the work of national judges dealing with the proportionality test, also in a post-pandemic perspective.

1 - Introduzione

Come ormai noto, l'emergenza sanitaria innescata dalla diffusione del virus SARS-CoV-2 ha imposto ai governi nazionali la necessità di adottare misure eccezionali idonee a preservare la salute e la vita degli individui.

Naturalmente, la primazia riconosciuta al diritto alla salute non è stata (e non poteva essere) a "costo zero": essa ha imposto la compressione di numerosi diritti e libertà fondamentali, ivi incluse restrizioni che - più o



meno ovunque, seppur con differenti declinazioni - hanno interessato il pubblico esercizio del culto¹.

In conformità alle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica, che sin dall'esordio del fenomeno pandemico ha individuato nei così detti assembramenti la principale fonte di propagazione dell'infezione, le autorità dei Paesi più colpiti sono infatti apparse da subito allineate nella scelta di sospendere (o, quantomeno, di sottoporre a condizioni particolarmente stringenti) lo svolgimento di funzioni religiose *coram populo*².

A uno sguardo generale, si può osservare come tali misure siano state inizialmente condivise dalle confessioni che, pur riconoscendo il carattere fortemente restrittivo del divieto di celebrazioni religiose, in

* Contributo selezionato dal Comitato organizzatore - Paper selected by the organizing Committee.

¹ Le misure restrittive, la cui *ratio* s'identificava con la necessità di contenere la diffusione dei contagi, hanno infatti colpito l'esercizio del diritto di libertà religiosa nella sua sola "dimensione fisica collettiva" (così **A. FERRARI**, *Covid-19 e libertà religiosa*, in *Settimana News*, 6 aprile 2020), lasciandone impregiudicata quella individuale.

² Puntuali ricostruzioni sulle modalità di gestione del fenomeno pandemico, anche in ordinamenti diversi dal nostro, sono rinvenibili nei contributi pubblicati in **A. NEGRI**, **G. MAZZONI** (a cura di), *Libertà religiosa e Covid-19: tra diritto alla salute e salus animarum*, Focus del dossier *Olir emergenza coronavirus*, Milano, 2021; **P. CONSORTI** (a cura di), *Law, religion and Covid-19 emergency*, *Diresom papers I*; **F. BALSAMO**, **D. TARANTINO** (a cura di), *Law, religion and the spread of Covid-19 pandemic*, *Diresom papers II* (queste ultime due disponibili al sito www.diresom.net). Con specifico riferimento alle limitazioni della libertà di culto adottate dal Governo italiano, vedi, tra gli altri, **N. COLAIANNI**, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 7 del 2020, p. 25 ss.; **A. LICASTRO**, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta Online*, rivista telematica (www.giurcost.org), 14 aprile 2020, p. 222 ss.; **T. DI IORIO**, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2020, p. 36 ss.; **S. MONTESANO**, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: sintesi ragionata delle limitazioni introdotte in Italia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2 del 2020, p. 255 ss.; **V. PACILLO**, *La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19. Motivazioni e bilancio di un webinar e prospettive di fronte al perdurare dell'emergenza sanitaria*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 19 ss.; **A. CESARINI**, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18 del 2020; **D. MILANI**, *Covid-19 e libertà religiosa in Italia: lo spirito di resilienza dello Stato e della Chiesa davanti alla sfida della pandemia*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1 del 2021, p. 89 ss. Sul "lascito del contagio da COVID-19" al settore ecclesiasticistico, vedi **G. D'ANGELO**, **J. PASQUALI CERIOLI**, *L'emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi (prospettivi) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 19 del 2021, p. 25 ss.



diverse occasioni hanno invitato i fedeli ad attenersi alle disposizioni impartite dalle autorità di governo, promuovendo al contempo il ricorso a strumenti compensativi, come la trasmissione *in streaming* delle funzioni³.

Gli equilibri sono, però, mutati con l'approssimarsi del progressivo allentamento delle restrizioni: la persistenza del divieto di celebrazioni alla presenza dei fedeli - che, di nuovo, ha visto allineati diversi ordinamenti - ha suscitato, non solo in Italia, la reazione di alcune autorità confessionali che, alla luce del mutato quadro epidemiologico, consideravano sproporzionato il mantenimento in vigore di misure così restrittive⁴.

In generale, nell'esperienza di tutti gli ordinamenti che saranno oggetto di comparazione in questo articolo, è ravvisabile il passaggio da una prima fase (ispirata al criterio della massima precauzione⁵) a una seconda fase (coincidente con un graduale allentamento delle restrizioni) ed è proprio in essa che si sono progressivamente collocate le pronunce che hanno giudicato sproporzionata la persistenza di alcune misure restrittive⁶.

³ L'atteggiamento collaborativo delle confessioni religiose nel corso della così detta "fase 1" è evidenziato, in particolare, da **M. TOSCANO**, *Libertà di culto e collaborazione tra stato e confessioni religiose al tempo dell'emergenza sanitaria* in M. BIASI, F. FERRARO, D. GRIECO, S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale. Distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità. Atti del II convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", 15-18 marzo 2021, Giuffrè, Milano, 2021*, p. 145 ss.; **M. LO GIACCO**, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, in *www.diresom.net*, 12 marzo 2020, p. 3 ss., e, con riferimento al virtuoso esempio in tal senso offerto dal Regno Unito, **C. CIANITTO**, *La gestione della pandemia nel Regno Unito: un modello di collaborazione Stato-confessioni religiose*, in M. BIASI, F. FERRARO, D. GRIECO, S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza Covid*, cit., p. 45 ss. Su opportunità e rischi di una "fede telematica", vedi **F. FRANCESCHI**, *L'esercizio del culto al tempo del Covid-19: la rivoluzione (forzata) della 'fede telematica', tra possibili opportunità e qualche inevitabile rischio*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 117 ss.

⁴ Sul punto vedi, in particolare, **A. FERRARI**, *CEI: un'occasione mancata*, in *Settimana News*, 29 aprile 2020; **F. BOTTI**, *Bagattelle per una pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 10 del 2020, p. 11 ss.; **M. TOSCANO**, *Libertà di culto*, cit., p. 148.

⁵ Questo profilo - decisivo ai fini della legittimità delle restrizioni adottate - è stato prontamente sottolineato in dottrina: cfr. **F. ALICINO**, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 19 del 2020, specialmente pp. 17-18; **M. TOSCANO**, *Libertà di culto*, cit., p. 147; **M. MICETTI**, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2 del 2020, p. 526 ss., specialmente p. 545 ss.

⁶ Sulla gestione di un'emergenza "a più fasi", vedi **A. LICASTRO**, *Annotazioni sugli standard di tutela della libertà di culto nella seconda fase di gestione della pandemia (spunti per una comparazione fra Italia, Francia e Stati Uniti d'America)*, in *Consulta Online*, cit., 23



Il passaggio dalla “fase 1” alla “fase 2” rappresenta quindi un momento cruciale: non solo inaugura un nuovo tempo per la gestione politica della pandemia⁷, ma riporta al centro il principio di proporzionalità che consente di esigere, anche (e forse soprattutto) in situazioni eccezionali, soluzioni giuridiche che, nel bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali, valorizzino al meglio tutti gli elementi della fattispecie concreta.

Del resto, lo aveva già affermato recisamente la giurisprudenza costituzionale italiana: la qualificazione della salute come valore primario non implica che essa sia posta alla sommità di un ordine gerarchico assoluto, richiedendo, all’opposto, un “continuo e vicendevole bilanciamento con gli altri principi e diritti fondamentali”, il cui punto di equilibrio “deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”⁸.

In questo senso, spunti particolarmente interessanti provengono da alcune pronunce della Corte costituzionale tedesca e del Consiglio di Stato francese, che nell’operazione di bilanciamento tra diritto alla salute e libertà di religione sembrano dare rilevanza a fattori in parte diversi, condizionando in tal modo l’esito finale dello *screening* di proporzionalità.

Ampliando l’orizzonte oltreoceano, quest’ultimo aspetto risulta ancor più evidente nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense, i cui giudizi sulla proporzionalità delle misure restrittive che hanno interessato l’esercizio del culto si arricchiscono di numerose opinioni ora concorrenti, ora dissenzienti, cui corrispondono inevitabilmente soluzioni di segno opposto.

dicembre 2020, p. 759 ss. e, prima ancora, **P. CONSORTI**, *Emergenza Covid-19 e libertà religiosa in Italia*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 87 ss.

⁷ Che, in Italia, ha coinciso con la sottoscrizione, da parte del Governo e delle confessioni religiose, dei protocolli per la ripresa delle funzioni religiose. In argomento, vedi, tra gli altri, **A. CESARINI**, *I limiti*, cit., p. 15 ss.; **G. MACRÌ**, *Brevi considerazioni in materia di governance delle pratiche di culto tra istanze egualitarie, soluzioni compiacenti e protocolli (quasi) “fotocopia”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2020, pp. 68 ss.; **M.L. LO GIACCO**, *I “Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica”: una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, ivi, n. 12 del 2020, p. 108 ss.; **A. TIRA**, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell’Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, in *Giustizia insieme*, 16 maggio 2020; **ID.**, *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge maggio 2020*, n. 35, ivi, 8 giugno 2020; **M. TOSCANO**, *Libertà di culto*, cit., p. 148 ss.

⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 85 del 2013, § 9 del *Considerato in diritto*.



Questo articolo si propone, quindi, di analizzare le diverse modalità attraverso cui le Corti hanno dato applicazione al principio di proporzionalità, con l'obiettivo di provare ad apprezzare in quale misura la diversa sensibilità dei giudici (soprattutto per ciò che attiene all'individuazione del *tertium comparationis*) abbia inciso sull'effettiva tutela della libertà di culto nel periodo pandemico.

In particolare, si porranno a confronto le pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, del *Conseil d'État* e della *Supreme Court* statunitense che hanno operato un bilanciamento tra diritto alla salute e libertà religiosa.

L'interazione tra questi modelli giurisprudenziali sembra offrire preziose indicazioni relative alle circostanze che possono incidere sulla selezione dei fattori da includere nel bilanciamento tra diritti e libertà tra loro confliggenti.

Laddove la Corte costituzionale tedesca sceglie di dare rilevanza a circostanze meramente oggettive, verificando che la portata delle misure restrittive sia parametrata alle circostanze di tempo e di luogo, il Consiglio di Stato francese si spinge a estendere il proprio sindacato su un piano qualitativo, che, a parità di rischio oggettivo, accorda un trattamento più favorevole alle attività che, come quella religiosa, godono di particolari garanzie costituzionali.

Così facendo, i giudici di *Palais Royal* introducono il tema dell'individuazione del *tertium comparationis*, la cui complessità emerge con evidenza dalle pronunce della Corte Suprema statunitense.

La delicata operazione di identificazione del termine di paragone più appropriato sembra, infatti, aver determinato un conflitto tra i giudici di Washington, che si rende apprezzabile attraverso le articolate *opinions* che accompagnano le pronunce in materia di proporzionalità (e quindi legittimità) delle misure restrittive della libertà di culto.

Brevi spunti conclusivi saranno invece dedicati al possibile ruolo della giurisprudenza di Strasburgo nell'orientare l'operato delle autorità nazionali. L'imprescindibilità della proporzionalità delle misure restrittive di diritti e libertà fondamentali è stata infatti rimarcata, sin dall'inizio della pandemia, dalle istituzioni del Consiglio d'Europa, le quali, consapevoli che "the virus is destroying many lives and much else of what is very dear to us", affermano senza esitazioni: "we should not let it destroy our core values and free societies"⁹.

⁹ Così **COUNCIL OF EUROPE**, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states*, 7 aprile 2020, p. 2.



2 - “Breve durata” delle restrizioni e proporzionalità: l’interpretazione del *Bundesverfassungsgericht*

Nella giurisprudenza costituzionale tedesca, la necessità di sottoporre le misure restrittive della libertà di culto a un rigoroso test di proporzionalità è stata affermata già dopo poche settimane dall’esordio dell’emergenza pandemica.

Con un’ordinanza emessa il 10 aprile 2020¹⁰, la Seconda Camera del Primo Senato - respingendo l’istanza cautelare con cui un cittadino cattolico richiedeva la sospensione di un provvedimento del *Land* Assia che disponeva, tra le altre misure di contenimento, il divieto di riunione nei luoghi di culto - affermava sì la prevalenza del diritto alla vita su quello di libertà religiosa, ma con una serie di precisazioni che, ai nostri fini, assumono speciale rilevanza¹¹.

Anzitutto si può osservare, quanto all’individuazione dei fattori che hanno contribuito a determinare l’esito finale del bilanciamento, che il *BVerfG* ha posto accanto al diritto alla salute, come parametro a sé stante, la tutela del sistema sanitario il quale, a fronte di un’illimitata possibilità di creare assembramenti, sarebbe certamente esposto al collasso¹².

In secondo luogo, si osservi che i giudici di Karlsruhe non esitano a qualificare la restrizione in esame come “interferenza estremamente grave nella libertà di fede”¹³, spiegando, però, di ritenerla proporzionata (e, quindi, giustificabile) in ragione del carattere temporaneo, ricordando che il termine finale di efficacia del provvedimento era fissato per il 19 aprile.

In altre parole, come afferma poco più avanti la Corte, la limitata efficacia temporale della misura ne garantirebbe il periodico aggiornamento, da svolgersi, ogni volta, con un “nuovo rigoroso esame della proporzionalità”¹⁴ che consenta di parametrare l’incisività delle limitazioni all’evoluzione del quadro epidemiologico.

¹⁰ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/28/20.

¹¹ A commento vedi **A. LICASTRO**, *Relazione introduttiva al webinar “La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19”*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 31 ss., specialmente pp. 36-37; **M. MICHETTI**, *La libertà religiosa*, cit., p. 548 ss.; **S. TESTA BAPPENHEIM**, *Stato d’emergenza e libertà religiosa: lo stress costituzionale nel diritto tedesco (art. 4 GG)*, in *www.diresom.net*, 1° giugno 2020.

¹² Di “un ulteriore elemento” aggiunto al bilanciamento operato dal *BVerfG*, scrive **S. TESTA BAPPENHEIM**, *Stato d’emergenza*, cit., p. 23.

¹³ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/28/20, § 14.

¹⁴ *Ibidem*.



Si noti che, seppure in un caso che non interessa la materia ecclesiasticistica, un richiamo alla “breve durata” è stato operato anche dalla Corte costituzionale italiana che, in tal modo, ha ritenuto la sospensione del decorso della prescrizione giustificata, sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità, dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva¹⁵.

L'impostazione adottata in questa prima pronuncia ha trovato conferma qualche settimana più tardi in una nuova ordinanza della Seconda Camera del Primo Senato¹⁶, che ha accolto l'istanza cautelare presentata da un'associazione islamica, sospendendo provvisoriamente il divieto di celebrazioni religiose *coram populo* imposto dal *Land* della Bassa Sassonia¹⁷.

La Corte costituzionale tedesca, infatti, pur convenendo con il Tribunale amministrativo superiore sull'inopportunità di assumere come *tertium comparationis* i supermercati (l'accesso ai quali - consentito - esporrebbe a un rischio di contagio sensibilmente inferiore rispetto a quello derivante dalla partecipazione a una funzione religiosa)¹⁸, ha affermato che, a fronte di una così grave limitazione della libertà di religione, non possa ritenersi giustificabile un divieto assoluto, che escluda a priori la possibilità di eccezioni nei casi in cui, in base a una valutazione scientifica complessiva delle circostanze della fattispecie concreta, si possa ragionevolmente escludere un aumento rilevante del rischio di contagio¹⁹.

Esaurito l'esame sulla proporzionalità (e dunque sulla legittimità) della misura, il *BVerfG* ha elencato, almeno in via esemplificativa, i

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 278 del 2020, § 14 del *Considerato in diritto*: “da una parte, che la breve durata della sospensione del decorso della prescrizione è pienamente compatibile con il canone della ragionevole durata del processo e, dall'altra parte, che, sul piano della ragionevolezza e proporzionalità, la misura è giustificata dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva (art. 32, primo comma, Cost.) per contenere il rischio di contagio da COVID-19 in un eccezionale momento di emergenza sanitaria”. Con specifico riferimento alle restrizioni che hanno interessato il libero esercizio del culto, cfr., invece, TAR Lazio, decreto del 29 aprile 2020: “[c]onsiderato altresì che il sacrificio della pur comprensibile esigenza, prospettata dal ricorrente, di partecipare fisicamente alle cerimonie religiose può ritenersi *in via temporanea* compensato dalla possibilità di soddisfare il proprio sentimento religioso usufruendo delle numerose alternative offerte mediante gli strumenti informatici” (corsivo aggiunto).

¹⁶ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/44/20.

¹⁷ Per una ricostruzione dei fatti di causa e della pronuncia del Tribunale amministrativo superiore, vedi **S. TESTA BAPPENHEIM**, *Stato d'emergenza*, cit., p. 16 ss.

¹⁸ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/44/20, § 11.

¹⁹ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/44/20, § 9.



parametri da includere nel bilanciamento propedeutico alla concessione di un'eventuale deroga, statuendo che

“[n]el caso di una richiesta di autorizzazione eccezionale per lo svolgimento di funzioni religiose[...], il peso dell'ingerenza nella libertà di fede associata al divieto è decisivo per la valutazione del rischio, [...], ma altrettanto rilevante è [...] la possibilità di controllare efficacemente il rispetto delle condizioni e delle restrizioni, le condizioni locali, nonché la struttura e le dimensioni della rispettiva comunità di fede e, non da ultimo, la valutazione attuale - se necessario anche in relazione alla regione - dei pericoli per la vita e per l'incolumità fisica derivanti dai contatti sociali”²⁰.

Entrambe le pronunce insistono, quindi, sulla valorizzazione delle circostanze del caso concreto, descrivendo una precisa modalità di applicazione del principio di proporzionalità, che risulta interessante porre a confronto con le soluzioni proposte, anzitutto, dal Consiglio di Stato francese.

3 - Il Consiglio di Stato francese e la “*question de proportionnalité*” della libertà di culto

Nell'esperienza francese, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nel corso dell'emergenza sanitaria è stata scandita da una serie di pronunce del *Conseil d'État* che consentono anzitutto di apprezzare il ruolo politico - volto a promuovere il consenso sociale, necessario per l'effettiva applicazione delle misure restrittive - esercitato da quest'ultimo durante la prima fase del periodo di crisi.

La giurisprudenza amministrativa francese pare, infatti, essersi evoluta coerentemente con lo stato di avanzamento della pandemia: a un primo momento (coincidente con il così detto *confinement*), in cui il Consiglio di Stato ha scelto di assecondare (legittimandola) la politica d'emergenza, ha fatto seguito il periodo concomitante con il *déconfinement*, nel corso del quale i giudici di *Palais Royal* hanno accordato una più energica protezione ai diritti e alle libertà fondamentali che risultavano ancora (irragionevolmente) limitati²¹.

²⁰ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/44/20, § 16.

²¹ Sul punto, vedi **N. PERLO**, *La giurisprudenza del Conseil d'État e del Conseil constitutionnel: il prevalere della ragione politica su quella giuridica*, in *Consulta Online*, cit., 2 luglio 2020, p. 11. Analogamente **M.C. IVALDI**, *L'intervento del Conseil d'État come giudice del référé liberté in favore della ripresa della celebrazione dei riti religiosi in Francia*, in



La riacquisizione del ruolo giurisdizionale di garante dei diritti e delle libertà nei confronti della pubblica amministrazione ha trovato piena espressione in un'ordinanza del 18 maggio 2020 con cui il *Conseil d'État* ha sottoposto a un rigoroso test di proporzionalità le misure restrittive della libertà di culto²².

Pronunciandosi congiuntamente su una serie di ricorsi presentati da alcuni fedeli e associazioni religiose, il Consiglio di Stato ha giudicato il divieto generale e assoluto di riunioni all'interno dei luoghi di culto sproporzionato rispetto all'obiettivo di tutela della salute pubblica, oltretutto gravemente e manifestamente lesivo di una componente essenziale (quella di partecipare collettivamente alle funzioni religiose) della stessa libertà di culto.

Insistendo sull'imprescindibilità del rispetto del principio di proporzionalità, il *decisum* si concludeva con l'ordine, rivolto al Primo ministro, di modificare entro otto giorni il decreto n. 2020-548 dell'11 maggio 2020, adottando misure rigorosamente proporzionate ai rischi sanitari e adeguate alle circostanze di tempo e di luogo²³.

In estrema sintesi, quindi, sembra possibile affermare che anche i giudici di *Palais Royal* declinino il test di proporzionalità nella periodica (ri)valutazione della conformità delle misure restrittive ai criteri della "necessarietà", "congruità" e "proporzionalità" rispetto all'obiettivo di tutela della salute pubblica²⁴.

L'iter argomentativo su cui l'alta giurisdizione amministrativa francese ha costruito la propria decisione appare, però, più articolato

Dir. eccl., nn. 1-2 del 2020, p. 207 ss., specialmente pp. 211-212.

²² Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, ricorsi nn. 440366 ss. A commento vedi **A. LICASTRO**, *La messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, in *Consulta Online*, cit., 3 giugno 2020, p. 312 ss., specialmente p. 319 ss.; **M.C. IVALDI**, *L'intervento*, cit., p. 213 ss.; **EAD.**, *La via francese alla limitazione delle libertà e il dialogo con le religioni al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 14 del 2020, p. 69 ss., specialmente p. 101 ss.; **D. FERRARI**, *Pandemia e liturgia: la libertà di culto ai tempi del coronavirus in Francia*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 189 ss., specialmente p. 196 ss.

²³ In questo modo, "il *Conseil d'État* disattende le [...] maldestre principali argomentazioni del Governo che aveva evocato i fatti di Mulhouse" (così **M.C. IVALDI**, *L'intervento*, cit., pp. 214). Invero, come osserva **D. FERRARI**, *Pandemia*, cit., i giudici sottolineano che "non si può assumere [...] che la proporzionalità di questi divieti discenda, ancora nel mese di maggio, dal fatto che fu proprio una grande celebrazione religiosa nella città di Mulhouse, nel nord-est della Francia, a provocare, tra la fine di febbraio e l'inizio di marzo, un grande numero di contagi".

²⁴ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, cit., § 6.



rispetto a quello proposto dal *Bundesverfassungsgericht*, presentando alcuni passaggi di significativo rilievo (anche) ecclesiasticistico.

Anzitutto, dopo aver verificato la sussistenza di tutte le condizioni previste per il *référé liberté* (urgenza particolare, necessità di salvaguardare una libertà fondamentale, sussistenza di una violazione grave e manifestamente illegale)²⁵, il Consiglio di Stato afferma il carattere fondamentale della libertà di culto, di cui il diritto di partecipare collettivamente alle cerimonie, assoggettato al solo limite dell'ordine pubblico, costituisce componente essenziale²⁶.

Tuttavia, precisano i giudici, ciò non vale a escludere l'ammissibilità di restrizioni sanitarie: la libertà di culto va conciliata con l'obiettivo di valore costituzionale della tutela della salute²⁷.

In secondo luogo, l'ordinanza evidenzia il carattere sproporzionato delle persistenti restrizioni al pubblico esercizio del culto, assumendo come *tertium comparationis* il più favorevole regime previsto, tra gli altri, per i trasporti, gli esercizi commerciali e le scuole e sottolineando che, in ogni caso, i ricorrenti si erano mostrati determinati a garantire la ripresa delle celebrazioni nel pieno rispetto delle misure di contenimento²⁸.

Si arriva così allo snodo fondamentale della pronuncia: andando oltre le statuizioni della giurisprudenza costituzionale tedesca, i giudici di *Palais Royal* si spingono a ricomprendere tra i fattori del bilanciamento di proporzionalità (accanto alla sempre ferma oggettiva comparabilità della situazione di rischio) il tipo di attività svolta nei diversi contesti contemplati dalla normativa emergenziale, affermando che "les activités qui y sont exercées ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes"²⁹.

La portata di quest'affermazione - che pare delineare una sorta di gerarchia tra le libertà fondamentali, al cui vertice si collocherebbe (anche) la libertà religiosa - non è passata inosservata alla dottrina, che in un'occasione vi ha persino ravvisato una (inattesa) "lezione di laicità positiva" per l'Italia³⁰.

²⁵ Cfr. art. L. 521-2 *Code de justice administrative*.

²⁶ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, cit., § 11.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, cit., § 34.

²⁹ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, cit., § 31.

³⁰ Così G. DALLA TORRE, *La sentenza francese. Lezione di libertà di culto dalla patria della "laïcité"*, in *Avvenire.it*, 21 maggio 2020.



In definitiva, dunque, il test di proporzionalità descritto dal *Conseil d'État* sembra comporsi di due momenti.

Il primo richiederebbe una valutazione dell'oggettivo rischio di contagio in una determinata situazione, potendo (e dovendo) quindi assumere come parametro principale le indicazioni provenienti dalla comunità scientifica.

Il secondo, coniugando il principio di proporzionalità a quello di ragionevolezza, postulerebbe invece una comparazione, a parità di rischio, tra le diverse attività esercitate, rendendo "determinanti gli apprezzamenti di carattere strettamente tecnico-giuridico riservati al decisore politico e rimessi, eventualmente, al successivo sindacato del giudice"³¹.

L'attenzione riservata al tipo di attività svolta pare diretta a denunciare una "visione economico-centrica del deconfinamento", svelando una strategia governativa che nel progressivo allentamento delle restrizioni, sceglie di prediligere le attività "più strettamente connesse alla ripresa del sistema produttivo"³².

Il parallelismo con quanto accaduto nel nostro ordinamento appare evidente: anche il Governo italiano, inaugurando la così detta "fase 2" (corrispondente al *déconfinement* francese), ha riservato una disciplina più favorevole alle attività economiche, accordando così, in apparente contrasto con quanto disposto all'art. 4, secondo comma, Cost., una netta prevalenza al progresso materiale rispetto a quello spirituale, che trovava conferma nella proroga del divieto di funzioni religiose *coram populo* di cui al d.p.c.m. del 26 aprile 2020³³.

In questo senso - e al di là di ogni dissertazione intorno all'opportunità di disporre diritti e libertà fondamentali secondo una struttura gerarchica - l'unica premessa costituzionalmente conforme, a partire dalla quale assumere le decisioni finalizzate alla gestione dell'emergenza, avrebbe preteso un'eguale considerazione delle due

³¹ Così **A. LICASTRO**, *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause nella giurisprudenza della Corte Suprema USA: un ritorno alla dottrina della "neutralità" nell'interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 15 del 2020, p. 34 ss., specialmente, p. 59, che individua nel ragionamento dei giudici "due diversi ordini di valutazioni". Sul punto vedi anche **ID.**, *La messe*, cit., p. 320 ss.

³² Cfr. **M.C. IVALDI**, *L'intervento*, cit., p. 215.

³³ Il quale, come ricorda **M. TOSCANO**, *Libertà di culto*, cit., p. 148, "consentiva (a certe condizioni) i rituali funebri, ma proibiva - così come il decreto precedente - tutte le altre funzioni *coram populo*, con ciò tradendo le aspettative confessionali in ordine a una cauta riapertura del Governo".



“sfere”³⁴ che - al contempo, distinte e inscindibili - contribuiscono al progresso della società.

Di converso, suscita qualche perplessità il giudizio di valore operato (anche) dal Governo italiano, che si coglie a maggior ragione considerando quello “iato tra religione e cultura”³⁵, che ha determinato l’Esecutivo a destinare ai luoghi di cultura - che pure consentono quell’“elevazione spirituale” strumentale ad adempiere il dovere di cui all’art. 4, secondo comma, Cost.³⁶ - una disciplina ancor più deteriore rispetto a quella riservata ai luoghi di culto, anche al costo (accettato, almeno all’apparenza, solo qui e solo in questo caso) di un pregiudizio economico consistente.

In ogni caso, già quattro giorni dopo l’*ordonnance* del 18 maggio 2020, il Governo francese interveniva a modificare la disciplina, consentendo la ripresa delle celebrazioni, seppur, naturalmente, nel pieno rispetto delle misure precauzionali³⁷.

Tuttavia, è con il decreto n. 2020-663 del 31 maggio che l’Esecutivo si è dimostrato pienamente adesivo alle indicazioni del Consiglio di Stato, circoscrivendo la possibilità per l’autorità prefettizia di interdire le riunioni negli edifici di culto alla sola adozione di “misure strettamente proporzionate ai rischi per la salute e adeguate alle circostanze di tempo e di luogo” (art. 57, II, lett. C)³⁸.

A seguito della ripresa dei contagi³⁹, il *reconfinement* imposto con decreto il 29 ottobre 2020 reintroduceva, tra le altre misure di conteni-

³⁴ L’immagine è di G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Einaudi, Torino, 2014, p. 33 ss.

³⁵ Così J. PASQUALI CERIOLO, in G. D’ANGELO, J. PASQUALI CERIOLO, *L’emergenza*, cit., p. 75.

³⁶ Sul punto si vedano le riflessioni di J. PASQUALI CERIOLO, in G. D’ANGELO, J. PASQUALI CERIOLO, *L’emergenza*, cit., p. 75 ss.

³⁷ Nello specifico, con il decreto n. 2020-618 *complétant le décret n. 2020-548 du 11 mai prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’Etat d’urgence sanitaire*, che, modificando l’art. 10, terzo comma, del decreto dell’11 maggio, consentiva l’accesso del pubblico ai luoghi di culto, subordinandolo al rispetto delle misure di sicurezza indicate all’art. 1 dello stesso provvedimento.

³⁸ Come osserva M.C. IVALDI, *La via*, cit., p. 113 ss., in tale previsione “non può certo non ravvisarsi l’eco della [...] giurisprudenza del *Conseil d’État* che, proprio al criterio del bilanciamento dei diversi diritti e libertà in gioco, aveva richiamato le istituzioni governative francesi”.

³⁹ Che ha coinciso, come noto, con la fine della stagione estiva, cui si era accompagnato un generale allentamento delle misure restrittive, descritto, nei suoi passaggi più rilevanti, da M.C. IVALDI, *La via*, cit., p. 111 ss.



mento, il divieto di celebrazioni alla presenza dei fedeli, scatenando, come già accaduto in primavera, la reazione della *Conférence des évêques de France*, che proporrà due ricorsi all'Alta giurisdizione amministrativa⁴⁰.

La prima decisione dei giudici di *Palais Royal*, emessa il 7 novembre 2020, sembra segnare un inaspettato *revirement*: le misure adottate dal Governo sono, infatti, giudicate necessarie e non sproporzionate, in ragione, da un lato, del preoccupante innalzamento della curva epidemica, dall'altro (e qui si apprezza la simmetria con gli approdi del *Bundesverfassungsgericht*) del carattere temporaneo delle restrizioni⁴¹.

Anche in questa occasione, il Consiglio di Stato sembra riscoprire quel ruolo politico che lo aveva contraddistinto nelle prime fasi dell'emergenza, convincendolo ad avallare, secondo il criterio della massima precauzione, le decisioni dell'Esecutivo.

Il mutamento d'orientamento non trova, però, conferma nella pronuncia del successivo 29 novembre, con cui il *Conseil d'État*, richiamando le motivazioni già rese nell'ordinanza di maggio, giudica la possibilità di svolgere funzioni religiose nel limite di 30 persone - introdotta con decreto due giorni prima⁴², ma già anticipata dal Presidente Macron in un discorso ai cittadini⁴³ - sproporzionata rispetto all'obiettivo di salvaguardare la salute pubblica qualificandola, di conseguenza, come ingerenza grave e manifestamente illecita a danno di una componente essenziale (la libertà di culto) della libertà religiosa⁴⁴.

Ancora una volta, quindi, la questione della tutela della libertà di culto si pone, per mutare l'espressione cui ha fatto ricorso l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques come una "*question de proportionnalité*"⁴⁵.

⁴⁰ Sul punto, vedi **A. LICASTRO**, *Annotazioni*, cit., p. 771 ss.

⁴¹ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 7 novembre 2020, ricorsi nn. 445825 ss., § 17 ss.

⁴² Cfr. *Décret n° 2020-1454 du 27 novembre 2020 modifiant le décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*.

⁴³ Cfr. **E. MACRON**, *Adresse aux Français*, 24 novembre 2020 (<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/11/24/adresse-aux-francais-24-novembre>).

⁴⁴ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 29 novembre 2020, ricorsi nn. 446930 ss., §§ 18 e 20. A commento, vedi **A. LICASTRO**, *Annotazioni*, cit., p. 773, che, ricorda come, a seguito di una consultazione tra il Ministro dell'interno e i rappresentanti delle confessioni religiose, il decreto n. 2020-1505 del 2 dicembre avesse introdotto nuove misure, capaci di "conciliare la libertà di esercizio del culto e le esigenze sanitarie".

⁴⁵ Cfr. **OFFICE PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES**, *Note à l'attention des membres de l'Office. Les*



La qualificazione del “tipo di attività svolta” come ulteriore elemento da includere nel bilanciamento tra il diritto alla salute e gli altri diritti e libertà fondamentali - confermata dalla pronuncia del 29 novembre⁴⁶ - pare avere convinto anche la Corte Suprema statunitense, la cui giurisprudenza si arricchisce però delle opinioni (non di rado tra loro confliggenti) dei giudici.

Queste ultime assumono particolare rilievo ai nostri fini, dal momento che sembrano offrire preziose indicazioni su come la (diversa) sensibilità degli organi giurisdizionali nella selezione dei fattori da porre a bilanciamento (compreso il *tertium comparationis*) possa incidere sull'esito finale del giudizio di proporzionalità.

4 - “*Secular gatherings*” v. “*secular businesses*”: il *tertium comparationis* nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense

Oltreoceano, la gestione dell'emergenza sanitaria è stata rimessa, quasi totalmente, alle decisioni dei governatori degli Stati federati, che hanno contribuito a delineare un quadro normativo piuttosto variegato.

Se, infatti, nella maggior parte dei casi, gli *orders* governativi paiono aver prediletto il criterio della massima precauzione, non sono mancate specifiche eccezioni a favore delle attività religiose⁴⁷.

Quest'ultimo non è stato, però, il caso della California, dove il Governatore Newsom, con un *order* del 19 marzo 2020 (la cui efficacia si sarebbe protratta “*until further notice*”), disponeva la chiusura di tutte le attività non essenziali, senza alcuna eccezione per gli edifici di culto.

Anche il Piano di ripresa (*Resilience Roadmap*), avviato a partire dal successivo 28 aprile - che consentiva la graduale riapertura, prima, dei

cultes religieux face à l'épidémie de Covid-19 en France, p. 34 (mio il corsivo).

⁴⁶ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 29 novembre 2020, cit., § 19, che richiama quanto statuito nella precedente *ordonnance* del 18 maggio: “*les activités qui y sont exercées ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes*”.

⁴⁷ Sul punto, vedi A. MADERA, *Some preliminary remarks on the impact of COVID-19 on the exercise of religious freedom in the United States and Italy*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 16 del 2020, p. 70 ss., specialmente p. 87 ss.; M. FAGGIOLI, *Pandemic and religious liberty in the USA: between privatization of the church and neo-integralism*, in P. CONSORTI (a cura di), *Law, religion*, cit., p. 119 ss.; C. GRAZIANI, *Libertà di culto e pandemia (Covid-19): la Corte Suprema degli Stati Uniti divisa*, in *Consulta Online*, cit., 6 luglio 2020, p. 357 ss.



luoghi di lavoro considerati a basso rischio, poi, di uffici, negozi e scuole - non contemplava alcun allentamento delle restrizioni che avevano interessato (e continuavano a interessare) le chiese.

La riapertura dei luoghi di culto veniva, infatti, programmata in corrispondenza alla così detta *Phase 3*, congiuntamente alle attività e ai luoghi di lavoro ad alto rischio.

Anche in questo caso, come ammesso dallo stesso Newsom, la selezione delle attività cui accordare precedenza nell'allentamento delle restrizioni era fondata su giudizi di valore, in base ai quali si sceglieva di dare priorità ai servizi considerati più importanti⁴⁸.

La disciplina riservata ai luoghi di culto induceva così la *South Bay Pentecostal Church* a impugnare i provvedimenti governativi, lamentando una violazione della *Free Exercise Clause* contenuta nel Primo Emendamento⁴⁹.

A seguito del rigetto dell'istanza da parte del Tribunale distrettuale⁵⁰, i *plaintiffs* proponevano appello dinanzi alla Corte del Nono Circuito, la cui pronuncia, resa in data 22 maggio 2020⁵¹, si arricchisce della *dissenting opinion* del giudice Collins, che vale la pena di ripercorrere, seppur con riferimento ai soli passaggi più rilevanti.

Laddove l'*opinion* di maggioranza rilevava che i ricorrenti non avessero dimostrato in che modo era stata violata la *Free Exercise Clause*, l'opinione del giudice Collins era tesa, all'opposto, a dimostrare la

⁴⁸ Per una più ampia disamina della gestione dell'emergenza pandemica da parte del Governo californiano, cfr. **A. LICASTRO**, *Normativa*, cit., p. 36 ss.; **C. GRAZIANI**, *Libertà*, cit., p. 360 ss. Sulla correlazione tra apprezzamenti di valore e diversificazione della disciplina, vedi, invece, **M. STORSLEE**, *The COVID-19 Church-Closure Cases and the Free Exercise of Religion*, in *Journal of Law and Religion*, 2022, pp. 3-4, "officials likely considered a variety of factors - the risk of virus transmission, the economic health of the community, and so on. But none of that can hide the fact that, on their face, these regulations also explicitly focused on the *worth* of various activities, and thus ratcheted up regulation on worship only after making a negative judgment about its value" (corsivo dell'A.).

⁴⁹ La clausola, che con l'*Establishment clause* compone il Primo Emendamento della Costituzione americana, impedisce al Congresso di approvare leggi finalizzate a proibire il libero esercizio del culto. Sul significato delle due *religious clauses* che compongono il Primo Emendamento, vedi, tra gli altri, **G. D'ANGELO**, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015; **L.P. VANONI**, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare. Una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016, specialmente p. 17 ss.

⁵⁰ Sul punto, vedi **A. LICASTRO**, *Normativa*, cit., pp. 39-41.

⁵¹ Cfr. *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*, 22 maggio 2020, n.20-55533, 3:20-cv-00865-BAS-AHG. A commento vedi **A. LICASTRO**, *Normativa*, cit., p. 41 ss.



sussistenza di siffatta violazione, con argomentazioni che sembrano riecheggiare nella successiva pronuncia della Corte Suprema.

In estrema sintesi, il giudice dissenziente, richiamando il precedente *Lukumi*⁵² - che aveva escluso una violazione del Primo Emendamento qualora l'azione dello Stato non avesse violato o limitato le pratiche "a causa della loro motivazione religiosa", né avesse imposto oneri "solo a comportamenti motivati dal credo religioso in modo selettivo" -, contestava il carattere neutrale e di applicazione generale delle misure contenute nel *Resilience Roadmap*.

In particolare, nell'opinione si legge che

«[b]y explicitly and categorically assigning all in-person "religious services" to a future Phase 3 - without any express regard to the number of attendees, the size of the space, or the safety protocols followed in such services - the State's Reopening Plan undeniably "discriminate[s] on its face" against "religious conduct"»⁵³.

Un ruolo centrale è quindi riservato allo *strict scrutiny test*, che permette di valutare la conformità del provvedimento impugnato al principio di proporzionalità. Non vi è alcun dubbio che la tutela della salute rappresenti un *compelling interest* per lo Stato; tuttavia, si ritiene che esso possa essere soddisfatto attraverso misure meno lesive della libertà religiosa.

A introdurre il delicato tema dell'individuazione del *tertium comparationis* - che costituirà il fulcro delle *opinions* dei giudici della Corte Suprema (vedi *infra*) - interviene la contestazione secondo cui lo Stato della California "illogically assumes that the very same people who cannot be trusted to follow the rules at their place of worship can be trusted to do so at their workplace"⁵⁴.

Lo stesso giorno in cui la Corte d'appello decideva il caso, il Presidente Trump, nel corso di una conferenza stampa, definiva i luoghi di culto "essential places that provide essential services", minacciando (non è chiaro su quali basi giuridiche) di "override" i governatori che non avessero provveduto alla loro riapertura⁵⁵.

In risposta a queste dichiarazioni, il Governatore della California adottava alcune linee guida che consentivano ai fedeli di accedere

⁵² Cfr. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508, U.S. 520, 533 (1993).

⁵³ Cfr. *U.S. Court of Appeals, cit., dissenting opinion*, pp. 16-17.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁵⁵ Sul punto, vedi C. GRAZIANI, *Libertà*, cit., p. 362.



nuovamente alle chiese, nei limiti del 25% della capienza dell'edificio e, in ogni caso, in numero non superiore a 100 persone⁵⁶.

A seguito di tale intervento, la pronuncia del Nono Circuito veniva impugnata davanti ai giudici di Washington, lamentando il carattere discriminatorio dei precedenti *orders* e delle linee guida, dal momento che per tutte le altre attività non era imposto alcun limite di capienza. Di quest'ultimo si contestava, inoltre, l'irragionevolezza, poiché non veniva concessa la possibilità di parametrare il numero massimo di accessi alle dimensioni dell'edificio.

Assumendo una posizione improntata al criterio della massima prevenzione, che ricorda quella fatta propria dal *Conseil d'État* nel corso delle prime fasi dell'emergenza, la Corte Suprema⁵⁷, con cinque voti contro quattro, ha rigettato l'istanza, operando un "*self-restraint* per deferenza verso il decisore politico"⁵⁸, in conformità al dettato costituzionale che rimette la tutela della salute pubblica ai funzionari *politically accountable*, escludendo un ulteriore sindacato da parte del giudice federale.

Alla mancanza di motivazione del *decisum* sopperiscono le *opinions* confliggenti del Chief Justice Roberts e del giudice Kavanaugh, il cui *reasoning* è tutto strutturato sull'individuazione del *tertium comparationis* cui fare riferimento per valutare la proporzionalità delle misure contestate.

Nello specifico, l'opinione concorrente del primo considera le linee guida coerenti con la *Free Exercise Clause*, poiché analoghe restrizioni si applicano ai così detti *secular gatherings*, in occasione dei quali numerosi gruppi di persone si riuniscono a distanza ravvicinata per un periodo di tempo prolungato⁵⁹.

All'opposto, la *dissenting opinion* di Kavanaugh ritiene assimilabili ai luoghi di culto i così detti *secular businesses* (e.g. supermercati, ristoranti, farmacie) che non incontrano il limite del 25% della capienza.

In particolare, secondo il giudice, la California non avrebbe provato la sussistenza di una "*compelling justification*" per distinguere tra "*religious worship services*" e "*the litany of other secular businesses that*

⁵⁶ Cfr. *Covid-19 Industry Guidance: Places of Worship and Providers of Religious Services and Cultural Ceremonies*, 25 maggio 2020.

⁵⁷ Cfr. *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Gavin Newsom, Governor of California et al.*, 590 U.S. (2020).

⁵⁸ Così N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 95 ss., specialmente p. 97.

⁵⁹ Cfr. *South Bay*, cit., *concurring opinion Roberts*, p. 2.



are not subject to an occupancy cap”, integrando così una violazione del Primo Emendamento⁶⁰.

Il *reasoning* di questa seconda opinione sembra essere modulato sul consueto schema del principio di proporzionalità: dopo aver accertato la violazione del Primo Emendamento, il giudice ha indagato la configurabilità di un (contro)interesse pubblico meritevole di tutela, verificando, da ultimo, la possibilità di pervenire al medesimo esito con misure meno lesive della libertà di culto⁶¹.

L’individuazione del “most appropriate secular comparator” quale “crucial issue”⁶² trova conferma anche nella giurisprudenza successiva.

Nel caso *Calvary Chapel*⁶³, deciso il 24 luglio 2020, la Corte Suprema ha respinto l’istanza presentata avverso una direttiva del Governatore del Nevada che fissava al 50% della normale capienza l’accesso a luoghi quali casinò, palestre o ristoranti, stabilendo invece il limite massimo di 50 persone per gli edifici di culto⁶⁴.

La decisione, non motivata, è accompagnata da tre *dissenting opinions*.

La prima è quella del giudice Alito che insiste, anzitutto, sulla necessità di operare un equo bilanciamento tra gli interessi in gioco, soprattutto nel contesto di un fenomeno, quello pandemico, che pare destinato a protrarsi nel tempo. In altre parole, “a public health emergency does not give Governors and other public officials *carte blanche* to disregard the Constitution for as long as the medical problem persists”⁶⁵.

L’attenzione del giudice si sposta poi sul carattere discriminatorio della disciplina riservata ai luoghi di culto, che subiscono un trattamento deteriore rispetto ad altri contesti (sottoposti al più favorevole limite del 50% della normale capienza) che pure implicano “extended, indoor gatherings of large groups of people”.

⁶⁰ Cfr. *South Bay*, cit., *dissenting opinion Kavanaugh*, pp. 2-3.

⁶¹ In questo senso, vedi C. GRAZIANI, *Libertà*, cit., pp. 364-365, cui si rinvia per un commento alle *opinions* dei giudici. Sul punto, cfr. anche A. LICASTRO, *Normativa*, cit., p. 56 ss.; A. MADERA, *Some preliminary*, cit., p. 106 ss.

⁶² Così A. MADERA, *Reconciling the Protection of Public Health with Religious Freedom: The Viability of Shared Responses*, in F. BALSAMO, D. TARANTINO (a cura di), *Law, religion*, cit., p. 213 ss., specialmente p. 216. Sul frequente richiamo ai “secular comparators” nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, vedi M. STORSLEE, *The COVID-19*, cit., p. 6 ss.

⁶³ Cfr. *Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada*, 591 U.S. (2020).

⁶⁴ Per una ricostruzione dei fatti di causa, vedi A. MADERA, *Reconciling*, cit., p. 217 ss.

⁶⁵ Cfr. *Calvary Chapel*, cit., *dissenting opinion Alito*, p. 3.



Un'ulteriore contestazione colpisce l'argomentazione dello Stato secondo cui la diversificazione della disciplina troverebbe giustificazione nel fatto che la sorveglianza sul rispetto delle misure di contenimento sarebbe più efficace all'interno dei casinò: non solo la ripresa delle celebrazioni era subordinata a precise condizioni, quali, ad esempio, il distanziamento sociale e l'uso delle mascherine, ma non vi erano altresì ragioni di ritenere che all'interno dei luoghi di culto tali prescrizioni non venissero fatte osservare.

Il carattere discriminatorio del provvedimento, con conseguente violazione del Primo Emendamento, è ravvisato anche nella stringata *dissenting* del giudice Gorsuch.

Ben più articolata è, invece, l'opinione, anch'essa dissenziente, del giudice Kavanaugh che, dopo aver ripreso alcune delle argomentazioni del collega Alito, ammette la legittimità, con riferimento alla gestione di una pandemia, di un più ampio margine di discrezionalità in capo alle autorità amministrative, precisando però che "COVID-19 is not a blank check for a State to discriminate against religious people, religious organizations, and religious services"⁶⁶.

A giudizio del dissenziente, le ragioni sottese alla scelta del Governatore Sisolak sono tutte riconducibili ad apprezzamenti di tipo economico, che qualificano le "for-profit assemblies" più importanti e meritevoli di una tutela più intensa rispetto ai "religious gatherings". Di qui, la manifesta violazione del Primo Emendamento: "the Constitution does not tolerate discrimination against religion merely because religious services do not yield a profit"⁶⁷.

Attorno al valore intrinseco delle attività interessate dalle restrizioni sembra essere costruita anche la più recente pronuncia relativa al caso *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*⁶⁸, con cui la Corte Suprema, nella nuova composizione a maggioranza conservatrice, accoglie l'istanza di *injunctive relief* presentata dai ricorrenti⁶⁹.

La contestazione aveva a oggetto l'*Executive Order* con cui il Governatore di New York aveva suddiviso il territorio dello Stato in tre

⁶⁶ Cfr. *Calvary Chapel*, cit., *dissenting opinion Kavanaugh*, cit., p. 10.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁸ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, 592 U.S. (2020).

⁶⁹ A commento vedi A. LICASTRO, *Annotazioni*, cit., p. 766 ss.; M.M. PORCELLUZZI, *Senza celebrazioni non si può vivere: la libertà religiosa in tempo di covid-19 e la Corte suprema americana*, in *diritticomparati.it*, 3 dicembre 2020; M. STORSLEE, *The COVID-19*, cit., p. 14 ss.



differenti aree di rischio, in corrispondenza delle quali venivano graduati, tra gli altri, i limiti di accesso ai luoghi di culto.

Sulla scorta di *Lukumi*, l'opinione di maggioranza, resa *per curiam*, insiste sulla necessità di sottoporre le misure contestate - a giudizio della Corte prive di carattere neutrale e di applicazione generale - allo *strict scrutiny test*.

L'esito di tale valutazione è, però, negativo, in quanto la Corte - che pur riconosce alla salute pubblica la natura di "compelling interest" - ritiene di poter ravvisare soluzioni egualmente efficaci, ma meno lesive della libertà religiosa, tra cui, in particolare, la possibilità (non contemplata nel provvedimento impugnato) di parametrare il numero massimo di fedeli alle dimensioni dell'edificio⁷⁰.

Ancora una volta, le opinioni dei giudici sembrano focalizzarsi prevalentemente sull'individuazione del *tertium comparationis*, facendo ricorso ad argomentazioni per lo più adesive a quelle già avanzate nelle precedenti pronunce.

Da segnalare è, però, la *dissenting opinion* del giudice Sotomayor che, assumendo come criterio principale quello dell'oggettività della situazione di rischio, evidenzia come la disciplina riservata ai luoghi di culto sia in realtà più favorevole rispetto a quella prevista per i così detti *secular comparators*, quali, ad esempio, i teatri⁷¹.

Tuttavia, con un'argomentazione che ricorda molto quella dell'ordinanza del Consiglio di Stato francese di cui si è trattato, l'opinione *per curiam*, nel solco di quanto già affermato dal giudice Kavanaugh nel caso *Calvary Chapel*, sembra riconoscere alle funzioni religiose, riconducibili al "cuore" della *Free Exercise Clause*,

"una pregevolezza intrinseca [...] che le rende meritevoli di una tutela (sicuramente non deteriore, ma anche) più intensa rispetto ad altre attività secolari e non strettamente correlata, pertanto, al solo dato dei livelli di rischio ad esse connessi"⁷².

Il nuovo orientamento inaugurato dalla maggioranza conservatrice sembra destinato a un rapido consolidamento: il 5 febbraio 2021, la Corte Suprema, nell'ambito del caso *Harvest Rock Church*, ha accolto il ricorso avverso un provvedimento della California che assoggettava i luoghi di culto a una disciplina deteriore rispetto ad altre "secular activities"⁷³.

⁷⁰ Cfr. *Roman Catholic*, cit., p. 4.

⁷¹ Cfr. *Roman Catholic*, cit., *dissenting opinion Sotomayor*, p. 3.

⁷² Così A. LICASTRO, *Annotazioni*, cit., p. 776.

⁷³ Cfr. *Harvest Rock Church, et al. v. Newsom, Governor of California*, 5 febbraio 2021



Anche nella giurisprudenza oltreoceano sembra quindi possibile individuare alcuni elementi di continuità con le pronunce delle Corti apicali europee prese in esame.

In particolare, la necessità di ricorrere a un bilanciamento degli interessi in gioco ispirato al principio di proporzionalità si avverte nel passaggio tra la prima fase, più rigorosa e improntata al criterio della massima precauzione, e quella successiva, volta al progressivo allentamento delle restrizioni.

La diversificazione delle misure, che contraddistingue questa fase (non propriamente) intermedia, rende imprescindibile la corretta individuazione del *tertium comparationis*; operazione - come dimostra il persistente contrasto in seno alla Corte - particolarmente delicata, da cui, tuttavia, dipende la tenuta, su un piano logico-giuridico, della decisione finale dei giudici.

5 - Emergenza sanitaria e test di proporzionalità nella giurisprudenza di Strasburgo: brevi considerazioni *de iure condendo*

L'impatto che la pandemia di COVID-19 ha avuto sulla tutela (non solo della salute, ma più in generale) della maggior parte dei diritti e delle libertà fondamentali ha inevitabilmente determinato il coinvolgimento, a vario titolo, delle istituzioni del Consiglio d'Europa.

Anzitutto, la Segretaria generale, nel tentativo di guidare l'azione dei Governi in una direzione convenzionalmente orientata, ha diffuso il 7 aprile 2020 un documento informativo⁷⁴, che "affronta le principali questioni relative agli *standard* di forma e contenuto che le misure emergenziali dovrebbero garantire", insistendo sull'importanza del ruolo dei Parlamenti, chiamati a (ri)valutare periodicamente l'attività di governo, verificandone "a intervalli di tempo ragionevole" la persistente giustificatazza⁷⁵.

Già all'interno di questo documento - che subordina, tra le altre, le limitazioni all'accesso ai luoghi di culto al rispetto dei principi di legalità e

(order in pending case), 592 U.S. Conformi i successivi *Gateway City Church, et. al v. Newsom, Governor of California*, 26 febbraio 2021, (order in pending case), 592 U.S. e *Ritesh Tandon, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, (9 aprile 2021), 593 U.S.

⁷⁴ Cfr. **COUNCIL OF EUROPE**, *Respecting democracy*, cit.

⁷⁵ Cfr. **R. LUGARÀ**, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3 del 2020, p. 342 ss., specialmente p. 343.



proporzionalità - si affermava la necessità che le misure di contenimento rimanessero “proportional to the threat posed by the spread of the virus”, nonché “limited in time”⁷⁶.

In secondo luogo, alcuni Stati membri (per la quasi totalità precedentemente appartenuti al così detto “blocco orientale”) hanno ritenuto di attivare la procedura di cui all’art. 15 della Convenzione⁷⁷, che “in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione” consente alle Alte Parti contraenti di adottare delle misure in deroga agli obblighi in essa previsti, “nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”.

Tale clausola derogatoria ha dunque una valenza giuridica distinta rispetto ai limiti normalmente contemplati dalle disposizioni convenzionali, quali, ad esempio, per quanto attiene alla libertà di pensiero, coscienza e religione, quelli tassativamente elencati all’art. 9. 2 (tra cui, come noto, è annoverata la salute pubblica)⁷⁸.

Questi ultimi - da considerarsi quali “[limits to] the scope of permissible limitations” e non già come “general permissions to impose limitations to human rights”⁷⁹- sono, infatti, ammissibili a regime ordinario; al contrario, la deroga di cui all’art. 15 CEDU può essere attivata solo in situazioni eccezionali, a cui, pur se non espressamente menzionata, è stata unanimemente ricondotta la crisi pandemica⁸⁰.

In ogni caso, lo stesso diritto di deroga non è illimitato, ma può essere esercitato solo “nella stretta misura in cui la situazione lo richieda” (corsivo aggiunto).

Il richiamo implicito al principio di proporzionalità appare evidente; tuttavia, con riferimento alle circostanze descritte dall’art. 15 CEDU, i giudici di Strasburgo sembrano riconoscere un ampio di margine

⁷⁶ Cfr. **COUNCIL OF EUROPE**, *Respecting democracy*, cit., p. 2.

⁷⁷ Sul punto, vedi **M. ARGENTINI**, “Fase 1” di contrasto al Covid-19, ordinamento italiano e tutela dei diritti umani alla luce della CEDU, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2 del 2020, p. 153 ss., specialmente p. 175 ss.

⁷⁸ Sulla distinzione tra *limitations* e *derogations*, vedi **A. KELLER, M.E. SALERNO**, *DPCM anti-Covid tra Costituzione e CEDU: marginali, ma non trascurabili, profili di illegittimità delle misure di contenimento ed irrilevanza penale delle false autodichiarazioni*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 5 del 2021, specialmente p. 16 ss.

⁷⁹ Così **H. BIELEFELDT**, *Limiting Permissible Limitations: How to Preserve the Substance of Religious Freedom*, in *Religion and Human Rights*, n. 15 del 2020, p. 3 ss., specialmente p. 18.

⁸⁰ In questo senso, **M. ARGENTINI**, “Fase 1”, cit., p. 172.



di apprezzamento agli Stati membri, convinti che “laddove è la sopravvivenza stessa dell’ordinamento a essere in gioco la responsabilità (e dunque il potere) degli Stati si esprime al massimo grado”⁸¹.

Da un punto di vista qualitativo, la valutazione di proporzionalità operata dalla Corte con riferimento all’esercizio della deroga *ex art. 15 CEDU* non differisce dal sindacato normalmente esercitato nell’ambito del bilanciamento tra diritti e libertà confliggenti.

Il primo *step* richiederà dunque di valutare l’adeguatezza della misura e, quindi, se la gestione dell’emergenza (in questo caso pandemica) avrebbe potuto essere operata con il ricorso a strumenti ordinari. In particolare, si è sostenuto che ai fini della legittimità dell’adozione di misure emergenziali è necessario che - sulla base delle argomentazioni del Governo, cui spetta l’onere della prova - queste risultino indispensabili, essendo insufficiente la loro mera utilità.

Successivamente, si provvederà a verificare la necessità della misura e la sua proporzionalità in senso stretto.

Con riferimento a questi due ulteriori momenti si coglie, però, una differenza da un punto di vista quantitativo, dal momento che, rispetto a quanto accade nel corso dell’ordinario screening di proporzionalità, il controllo della Corte risulta qui meno invasivo, attraverso la concessione di un ampio margine di apprezzamento⁸².

Fino alla diffusione del virus SARS-CoV-2, il ricorso alla deroga *ex art. 15 CEDU* era stato esercitato prevalentemente quale mezzo di contrasto al terrorismo o ad altre minacce alla sicurezza interna di un determinato ordinamento; circostanze con riferimento alle quali risultava difficile equiparare le situazioni dei diversi Stati membri, con conseguente impossibilità di assumere come parametro decisionale l’esistenza di un eventuale consenso tra questi. Coerentemente con ciò, si attribuiva particolare rilevanza al così detti *better placed argument*, che, nell’ambito di avvenimenti di precipuo interesse nazionale, riconosce alle autorità statali competenze di valutazione e d’intervento più raffinate di quelle a disposizione del giudice internazionale⁸³.

Tuttavia, l’emergenza sanitaria pare aver cambiato, anche sotto il profilo giuridico, lo scenario di partenza.

⁸¹ Così **R. LUGARÀ**, *Emergenza*, cit., p. 359.

⁸² La distinzione tra la dimensione qualitativa e quella quantitativa nel sindacato di proporzionalità operato dai giudici di Strasburgo è colta da **R. LUGARÀ**, *Emergenza*, cit., p. 360 ss.

⁸³ **R. LUGARÀ**, *Emergenza*, cit..



Infatti, da una parte, come osservato in dottrina, la Corte europea non appare

«disposta a riconoscere agli Stati alcuna discrezionalità quando si tratti di restrizioni generali, indiscriminate e automatiche [caratteristiche che hanno accomunato molti dei provvedimenti volti a limitare la propagazione dell'infezione] apportate a diritti convenzionali di importanza vitale (senza, peraltro, che sia mai stato definito il confine che separa i "diritti di importanza vitale" da quelli che non lo sono)»⁸⁴;

d'altra parte, però, il carattere trasversale del fenomeno pandemico, che ha colpito senza distinzioni tutti gli Stati membri, sembra indicare la via per un sindacato di proporzionalità più rigoroso, al quale la Corte di Strasburgo (data la tendenziale uniformità delle politiche emergenziali adottate dalle autorità nazionali) non potrà facilmente sottrarsi invocando l'inesistenza di un consenso diffuso⁸⁵.

Quest'ultimo punto è di speciale importanza, poiché idoneo a orientare l'operato della Corte, di cui lo *screening* di proporzionalità costituisce uno degli strumenti principali, anche al di fuori dei casi in cui venga invocato l'art. 15 CEDU.

Di più. La prospettiva di un sindacato maggiormente incisivo potrebbe addirittura scoraggiare il ricorso alla deroga di cui all'art. 15 CEDU, che riacquisirebbe così la propria natura di *ultima ratio*, restituendo, di converso, piena operatività ai limiti (impliciti o espliciti) già contemplati dalle disposizioni convenzionali, il cui fine ultimo sarebbe quello di preservare "the substance of human rights provision in complicated situations, when a human rights-based interest collides, or seems to collide, with important public goods or with the rights and freedoms of others"⁸⁶, esattamente com'è accaduto (e continua ad accadere) nel corso dell'emergenza sanitaria.

Non resta dunque che attendere le future pronunce della Corte europea, nella consapevolezza che gli orientamenti adottati costituiranno

⁸⁴ Così **M. TOSCANO**, *Il fattore religioso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, ETS, Pisa, 2018, p. 184.

⁸⁵ Sulla relazione inversamente proporzionale tra la sussistenza di un consenso diffuso tra gli Stati membri e l'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto a questi ultimi dalla Corte europea, vedi **M. TOSCANO**, *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2011, p. 6.

⁸⁶ Cfr. **H. BIELEFELDT**, *Limiting*, cit., p. 4.



“un importante banco di prova per la tenuta del sistema convenzionale”⁸⁷, destinato ad acquisire un rilievo ancor più tangibile per il diritto ecclesiastico che, come dimostrano le più recenti pronunce giurisprudenziali (nazionali e non), è continuamente chiamato a rispondere a esigenze di bilanciamento.

6 - Conclusioni

La diffusione del virus SARS-CoV-2, che in un primo momento sembrava riguardare esclusivamente la tutela della salute (e della vita) degli individui, ha finito ben presto per coinvolgere (comprimendoli) la maggior parte dei diritti e delle libertà fondamentali.

Sebbene inizialmente la scelta (quasi ovunque condivisa) di adottare una politica emergenziale ispirata alla massima precauzione sia stata considerata l'unica strategia possibile per contenere il dilagare dell'infezione, l'evoluzione della situazione epidemiologica, accompagnata dall'acquisizione di nuovi dati scientifici, ha reso altrettanto evidente l'urgenza di porre a bilanciamento tutti i diritti e le libertà coinvolti, scongiurando quello che in dottrina è stato definito - con riferimento all'assoluta primazia riconosciuta al diritto alla salute - «“winner takes it all” approach»⁸⁸.

La necessità d'individuare soluzioni giuridiche improntate al principio di proporzionalità è emersa con chiarezza nelle pronunce di alcune corti apicali, chiamate a valutare la legittimità delle misure restrittive del pubblico esercizio del culto e quindi a operare un bilanciamento tra diritto alla salute e diritto di libertà religiosa.

Nello specifico, questo contributo ha provato a porre a confronto gli approdi della giurisprudenza costituzionale tedesca, del Consiglio di Stato francese e della Corte Suprema statunitense.

Nel primo caso, i giudici costruiscono il sindacato attorno a una valutazione meramente quantitativa, che, enfatizzando le circostanze di tempo e di luogo, lega il giudizio di proporzionalità e di legittimità delle misure impugnate alla loro coerenza con l'evoluzione del quadro epidemiologico.

⁸⁷ Così **R. LUGARÀ**, *Emergenza*, cit., p. 373.

⁸⁸ Così **G.A. DU PLESSIS**, *COVID-19 and Limitations to the International Right to Freedom of Religion or Belief*, in *Journal of Church and State*, n. 4 del 2020, p. 619 ss., specialmente p. 634.



Il *Conseil d'État* sembra compiere un passaggio ulteriore, arricchendo la propria valutazione di un piano qualitativo: a parità di rischio oggettivo, occorrerà accordare un trattamento più favorevole a quelle attività che - come quella religiosa, circondata da particolari garanzie costituzionali - devono considerarsi essenziali.

Oltre a denunciare una strategia politica di ripresa economicamente orientata - che aveva spinto il Governo francese (e non solo) a considerare essenziali, ai fini del progressivo allentamento delle restrizioni, le sole attività che avrebbero contribuito maggiormente alla ripartenza del settore produttivo - il Consiglio di Stato introduce il delicato tema dell'individuazione del *tertium comparationis*, che trova fisiologico sviluppo nelle articolate *opinions* dei giudici della Corte Suprema statunitense.

Le pronunce esaminate si compongono infatti di numerose opinioni, per lo più di segno opposto, il cui *reasoning* è strutturato sull'individuazione del più appropriato termine di paragone.

Naturalmente - come ha dimostrato il *revirement* successivo alla nomina della giudice Barrett, che ha definitivamente spostato gli equilibri della Corte a favore di una netta maggioranza conservatrice - la diversa sensibilità dei giudici nella selezione dei fattori da includere nel bilanciamento assume un ruolo determinante quanto all'esito dello stesso⁸⁹.

Si comprendono allora i timori avanzati da quella dottrina che - a partire dalla possibilità (riconosciuta dall'art. 15 CEDU) di derogare, in casi eccezionali, ai diritti e alle libertà fondamentali, seppur nei limiti dello "strettamente necessario" - ragiona dell'opportunità d'introdurre, quanto meno con riferimento alle controversie riconducibili alla situazione emergenziale in atto, un sindacato di proporzionalità più rigoroso.

Invero, se, da un lato, come ben ha evidenziato il *Bundesverfassungsgericht*, la valutazione di proporzionalità impone la massima valorizzazione di tutte le circostanze della fattispecie concreta, escludendo qualsiasi tipo di bilanciamento in astratto; dall'altro, anche sulla scorta delle indicazioni provenienti da Washington, sembra profilarsi il rischio di una tutela puntiforme dei diritti e delle libertà fondamentali, che renderebbe difficile mantenere, a emergenza conclusa, «una rappresentazione significativa sia del modo in cui si distribuiscono i

⁸⁹ Sulla rilevanza che il mutamento della composizione della Corte ha assunto nella (ri)definizione degli orientamenti della stessa, vedi J. BLACKMAN, *The "Essential" Free Exercise Clause*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 3 del 2021, p. 637 ss.



“punti”, sia del “luogo”, definito da coordinate giuridiche, in cui se ne concentra la maggior parte»⁹⁰.

⁹⁰ Cfr. **M. TOSCANO**, *Il fattore*, cit., p. 287. Il rischio di un “false sense of objectivity” con riferimento al sindacato di proporzionalità, i cui esiti potrebbero dipendere in misura eccessiva dalla sensibilità dei giudici, era già stato evidenziato da **L. VICKERS**, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 230, secondo cui “the fact that these decisions are so fact-sensitive, and dependent on the context in which the requests are made, can leave the law open to the charge that the decisions merely reflect the personal views and political opinions of those who judge them, even though they are dressed up in the objective language of proportionality”.



Marcello Toscano

(professore associato di Diritto ecclesiastico presso l'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria")

Metodo concertativo e tecniche di bilanciamento nella disciplina giuridica della libertà religiosa in tempi di emergenza (a margine delle relazioni di Silvia Baldassarre, Simone Gianello e Paolo Zicchittu)¹

*Concertative method and balancing techniques in the legal discipline of religious freedom in times of emergency
(about the reports by Silvia Baldassarre, Simone Gianello and Paolo Zicchittu)*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Metodo concertativo, bilateralità e laicità - Paesi diversi, bilanciamenti simili.

ABSTRACT: In this contribution, which takes its cue from the reports by Silvia Baldassarre, Simone Gianello and Paolo Zicchittu, the author makes some brief considerations about the method followed - and the balancing results achieved - by the political decision-maker in the emergency management of religious freedom.

1 - Premessa

Le due relazioni che abbiamo appena sentito offrono numerosi spunti di riflessione, che mi pare possano essere distinti, in una visione d'insieme, in funzione del punto focale centrale intorno al quale i relatori hanno scelto di articolare le proprie considerazioni.

Infatti, mentre Silvia Baldassarre si è concentrata innanzitutto sul metodo - unilaterale, concertato, e via dicendo - adottato nei diversi Paesi per dare forma a una disciplina giuridica della libertà di culto adeguata al così detto tempo dell'emergenza, Simone Gianello e Paolo Zicchittu hanno rivolto attenzione per lo più agli esiti del bilanciamento tra libertà di religione, da una parte, ed esigenze di tutela della salute pubblica, dall'altra.

¹ Contributo selezionato dal Comitato organizzatore - Paper selected by the organizing Committee.



I due contributi possono quindi essere letti come felicemente complementari; tuttavia, per chiarezza, mi pare opportuno tenere distinte le mie considerazioni a margine delle relazioni di Silvia Baldassarre (§ 2) e di Simone Gianello e Paolo Zicchittu (§ 3).

2 - Metodo concertativo, bilateralità e laicità

Quanto alla relazione di Silvia Baldassarre, premesso che si tratta di una ricostruzione ricca di spunti, mi pare che tra questi, come ho anticipato, i più fecondi siano quelli concernenti il metodo adoperato nei Paesi-campione per disciplinare la libertà di culto in fase emergenziale. In questa prospettiva, basti ricordare i seguenti due aspetti, giustamente evidenziati nella relazione.

Innanzitutto, la diversità degli approcci metodologici adottati in Italia, Francia e Belgio non trova corrispondenza in un'analogia diversificazione degli esiti di bilanciamento, che appaiono invece sorprendentemente simili.

In secondo luogo, questa convergenza in termini di politica normativa della libertà di culto 'emergenziale' sembra stridere, almeno a prima vista, con i connotati differenti - per certi versi propriamente antitetici - che la laicità dello Stato assume nei tre Paesi considerati: diverse laicità, simili esiti.

A partire da queste considerazioni le nostre riflessioni potrebbero prendere tante direzioni diverse; quelle che vorrei condividere con voi si muovono in particolare lungo un filo rosso identificato dal termine *bilateralità*.

Innanzitutto, abbiamo sentito come al metodo concertativo si sia ricorsi dapprima - da subito - in Francia e solo successivamente negli altri Paesi di riferimento. In Italia, in particolare, all'apertura del tavolo si è giunti solo dopo l'accesa reazione confessionale - *in primis* della Conferenza Episcopale Italiana - suscitata dall'atteso e non realizzato affievolimento delle misure restrittive della libertà di culto nella così detta 'fase due', quando si andavano per la prima volta temperando le rigide misure che avevano caratterizzato il confinamento di marzo-aprile 2020.

Quest'apparente maggiore propensione al dialogo di quella Francia - erede dell'impostazione che, con le parole di Victor Hugo, Silvia Baldassarre riassume nella massima "l'État chez lui, l'Église chez elle" - potrebbe sembrare dissonante se considerata alla luce dei diversi "modelli di laicità storicamente sedimentatisi" negli Stati considerati: propositivo e aperto al dialogo quello italiano, tendenzialmente rigido e indifferente (quando non proprio ostile) quello francese.



Sarebbe interessante chiedersi il perché.

Non voglio provare a dare in questa sede risposte - inevitabilmente sbrigative - a un interrogativo così complesso; mi limiterò quindi a condividere con voi alcune suggestioni.

Innanzitutto, mi pare di poter rilevare senza tema di smentita come, in materia di diritto e religione e in linea con la pregressa politica macroniana (e non solo), le autorità francesi in carica si siano dimostrate più 'disinvolte' nell'approccio al dialogo con le parti sociali, quantomeno rispetto all'Esecutivo italiano. All'inizio del XXI secolo - si potrebbe dedurre - la Francia separatista pare quindi più propensa dell'Italia concordataria a un confronto con le organizzazioni religiose e con quelle a esse assimilate: qualcosa di simile, volendo, a quel "dialogo aperto, trasparente e regolare" che, ai sensi dell'art. 17.3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) - giustamente richiamato, infatti, nella relazione di Silvia Baldassarre - l'Unione instaura e mantiene con le chiese e le organizzazioni filosofiche e non confessionali, delle quali sono riconosciuti "l'identità e il contributo specifico".

Se così è, certamente a ciò può aver contribuito la circostanza che la Francia sia più vicina 'per sentimento', rispetto all'Italia, a quel dialogo "aperto" che, superando la selezione soggettiva imperniata sulla qualificazione religiosa, estende la platea dei potenziali interlocutori a ricomprendere anche le organizzazioni filosofiche e non confessionali.

Ma forse c'è dell'altro.

Mi pare infatti che, al di là della maggiore o minore propensione culturale ad assimilare nel trattamento giuridico le chiese e le organizzazioni 'di senso' non religiose, la circostanza per cui il dialogo si sia realizzato con maggior facilità in Francia derivi soprattutto da un altro fattore, che ha a che fare con il diverso inquadramento giuridico del confronto Stato-confessioni.

Da una parte, infatti, in un sistema come quello francese - perdonatemi le semplificazioni, che mi concedo solo per non esondare dal ruolo e dal tempo assegnatimi - di regola l'apertura di un tavolo con le organizzazioni religiose non coinvolge alcun "rapporto" interordinamentale: gli esiti del confronto si realizzano tutt'al più sul piano della concertazione amministrativa e la bilateralità in senso proprio - per come noi la intendiamo - non è chiamata in causa.

Nella nostra esperienza (politica e giuridica) le cose stanno in un altro modo. In Italia, ogniqualvolta si ventili l'ipotesi di un tavolo di confronto Stato-confessioni, immediatamente fa capolino lo 'spirito' della bilateralità, di una bilateralità (in senso proprio) che si collega direttamente a una trama di contenuti costituzionali primari - sul punto



tornerà a breve - e che, in quanto tale, è fortemente impegnativa anche dal punto di vista *lato sensu* politico, così che talvolta si assiste a una vera e propria 'fuga dalla bilateralità' (un esempio su tutti: la sentenza n. 52 del 2016 della Corte costituzionale, che depotenzia la bilateralità da principio a "metodo").

In altri termini, non mi pare sorprendente che in un sistema 'a bilateralità grave' come quello italiano - in cui la strada dell'accordo di vertice è l'unica concessa dallo Stato alle confessioni per risalire la piramide del privilegio - la tendenza al dialogo sia minore di quanto accade in un sistema (com'è invece quello francese) in cui: a) la responsabilità politica che deriva dall'aver aperto un confronto con le chiese e le altre organizzazioni assimilate è di modesta entità; b) in nessun caso si può, comunque, parlare di bilateralità in senso tecnico.

Proseguendo in quest'ordine di considerazioni, mi sentirei anche di affermare che quanto è accaduto in Italia nella primavera del 2020 non sia in rapporto stretto con il principio costituzionale di bilateralità: i protocolli per la ripresa delle celebrazioni non sono, a mio avviso (e non solo mio), espressione di quel principio.

Mi pare utile ricordare che quest'ultimo, per come si incastona nella trama dei canoni costituzionali primari - non dimentichiamo che si tratta di un riflesso immediato del principio supremo di laicità -, discende dal combinato operare di altri due principi: quello interventista-personalista e quello di distinzione degli ordini. In sintesi: da una parte i rapporti Stato-confessioni sono necessari per consentire una migliore tutela della libertà di religione (artt. 3, secondo comma, e 19 Cost.) e, dall'altra, quei rapporti possono essere regolati solo mediante accordo perché il principio di distinzione degli ordini (art. 7, primo comma, Cost.) impedisce interventi unilaterali da parte dello Stato. Nessuna bilateralità sarebbe invece imposta in un ordinamento: a) tendenzialmente disinteressato di fronte al fenomeno religioso oppure, b) non vincolato dall'autolimitazione derivante dal principio di distinzione degli ordini.

Tornando al tema specifico che qui ci occupa, è possibile rilevare come l'intera materia delle misure di contenimento anti-contagio rientrasse nell'ordine dello Stato: i protocolli di cui sopra, infatti, non sono altro che declinazioni concertate, ritagliate (nemmeno sempre) sulle specificità dei diversi gruppi di confessioni, di regole definite a priori e unilateralmente dallo Stato nel pieno esercizio di una sovranità in senso pieno all'interno del proprio ordine.

Non mi stupisce quindi che, pur in un sistema nel quale la semplice apertura di un tavolo viene spesso caricata di significati, si sia deciso di estendere la sottoscrizione dei protocolli a confessioni tradizionalmente



escluse dall'élite dei concordati e delle intese: la ragione - semplice - è che in questo caso non era chiamata in causa la bilateralità in senso proprio.

Da questo punto di vista sarei quindi meno ottimista di Silvia Baldassarre, quantomeno dove afferma che il metodo impiegato in Italia sia stato espressione di un "agire laico": a me pare, invece, che quel metodo possa essere considerato espressivo di un certo neo-giurisdizionalismo (basti pensare al raggruppamento delle confessioni ai fini della sottoscrizione - tutte tranne la Chiesa cattolica) e che l'Esecutivo italiano abbia acconsentito ad ampliare il tavolo dei protocolli oltre la cerchia soggettiva delle confessioni con intesa sol perché, da questa modesta apertura, non derivava alcuna conseguenza significativa di medio-lungo periodo.

Sarei, ovviamente, ben felice di dovermi ricredere qualora dovessimo assistere a breve all'apertura di vere e proprie trattative finalizzate alla stipula di intese con l'Islam italiano.

3 - Paesi diversi, bilanciamenti simili

Guardando, ora, alla relazione di Simone Gianello e Paolo Zicchittu, come ho già anticipato mi pare che qui il maggior punto di attenzione riguardi il bilanciamento sostanziale, operato dalle autorità nazionali, tra il diritto alla salute e (altri diritti, tra i quali) la libertà di religione.

L'ipotesi cui giungono gli Autori è che

"la singolare convergenza delle soluzioni impiegate nei due ordinamenti non sia tanto il frutto di una innovativa declinazione del principio di laicità, in grado di modificare l'assetto dei rapporti tra lo Stato e le singole confessioni, ma sia dipesa piuttosto da una crescente secolarizzazione della società, che ha via via marginalizzato lo specifico religioso, condizionando in questo modo anche l'individuazione di un ideale "punto di equilibrio" tra concorrenti valori costituzionali, egualmente meritevoli di tutela" (corsivi miei).

Penso di essere almeno in parte d'accordo, anche se parlerei, più che di innovativa declinazione, tutt'al più di mutevole percezione.

Con riferimento all'Italia, la mia (e non solo mia) sensazione è infatti che nel passaggio alla così detta fase due il decisore politico abbia trascurato non tanto, o non solo, l'elemento religioso bensì, in termini più ampi, quello culturale: volendo, tutto ciò che contribuisce al "progresso spirituale della società" senza avere al contempo un'importante ricaduta immediata e diretta in termini di "progresso materiale".



È diffusa, cioè, l'impressione che il progredire della 'dittatura del PIL' sia giunta a tal punto che, quando i governi si sono trovati a distinguere tra attività essenziali e attività non essenziali ai fini del graduale allentamento delle restrizioni, il discrimine primario (se non esclusivo) sia stato quello economico.

Tuttavia sappiamo bene, e lo abbiamo sentito più volte anche oggi, che importanti limitazioni della libertà religiosa - irragionevoli, secondo alcuni - si sono avute solo all'inizio della così detta fase due, quando molte restrizioni - ma non, appunto, quelle relative alle celebrazioni *coram populo* - andavano allentandosi. Possiamo ora aggiungere un elemento: quando quelle limitazioni a carico dell'esercizio collettivo del culto sono state alleggerite, la stessa cosa non è stata fatta per altre libertà che pure contribuiscono, insieme a quella religiosa, al progresso spirituale della società.

Ci si potrebbe quindi chiedere come mai, nel cammino di ripresa, l'elemento religioso sia stato in qualche modo (seppure forse con qualche ritardo) 'recuperato' a rinnovate forme di esercizio compatibili con la doverosa tutela della salute collettiva, mentre l'elemento in senso lato culturale non ha ricevuto lo stesso trattamento (basti pensare alla didattica a distanza e alla prolungata chiusura dei musei, dei teatri, dei cinema).

Un'ipotesi potrebbe essere questa: il decisore politico ha trovato maggiore motivazione a proposito della libertà di religione anche perché, quando si volge lo sguardo a questo diritto, è possibile trovare facilmente interlocutori e *medium* (formazioni sociali, corpi interposti, e via dicendo), in alcuni casi espressivi di veri e propri ordinamenti giuridici, che da una parte funzionano come gruppi di pressione e dall'altra possono collaborare con lo Stato.

Se così è, mi pare di poterne trarre almeno due considerazioni.

Innanzitutto, lo Stato dovrebbe essere più accorto nel ponderare le necessità di progresso materiale e quelle di progresso spirituale, incentivando il secondo anche nei settori e negli ambiti di esercizio dei diritti nei quali non è dato rinvenire formazioni sociali di natura equiparabile a quella delle confessioni religiose: un'associazione di categoria - faccio un esempio - non esprime certamente un ordinamento originario, ma non per questo è inidonea a rappresentare agli organi dello Stato esigenze meritevoli di tutela, al pari di quelle propriamente religiose, ai fini del "progresso spirituale" della società.

In secondo luogo e al contempo, laddove richieste collegate all'esercizio di diritti fondamentali siano rappresentabili da formazioni - quali sono le confessioni religiose - dotate di un'investitura costituzionale *sui generis* a disciplinare i propri rapporti con lo Stato, a queste dovrebbe



andare sempre lo sguardo attento dell'Amministrazione: non tanto per negoziare punti di bilanciamento interamente compresi nell'"ordine" temporale, quanto per ricercare la rappresentazione autentica di bisogni che allo Stato non è dato definire.



Marco Croce

(ricercatore di Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi di Firenze, Dipartimento di Scienze giuridiche)

Il problema dei limiti alla libertà religiosa alla prova della pandemia: specialità o privilegio? (a margine delle relazioni di Silvia Baldassarre, Simone Gianello e Paolo Zicchittu)¹

The problem of limits to religious freedom under the pandemic test: specialty or privilege? (about the reports by Silvia Baldassarre, Simone Gianello and Paolo Zicchittu)¹

SOMMARIO: 1. Premessa: sui così detti limiti impliciti - 2. Le misure limitative della libertà religiosa alla prova dei test di bilanciamento - 3. Il ritorno della specialità (o del privilegio) nella seconda fase della pandemia.

ABSTRACT: In this contribution, which takes its cue from the reports by Silvia Baldassarre, Simone Gianello and Paolo Zicchittu, the author makes some brief remarks on the subject of limits to religious freedom, the difficulties of balancing them, and the legitimacy of differential treatment between spiritually connoted activities.

1 - Premessa: sui così detti limiti impliciti

Le relazioni che ci troviamo a discutere offrono spunti davvero interessanti per tornare a riflettere su un tema non nuovo, che sembrava in parte essersi assestato e avere dunque esaurito le possibilità di indagine, e che invece mostra di avere ancora molti margini di problematicità da risolvere. Ma, prima di svolgere alcune riflessioni stimolate dai lavori dei giovani studiosi che abbiamo sentito, partiamo da alcuni punti difficilmente discutibili che, curiosamente, in dottrina, proprio alla luce degli eventi seguiti alla pandemia, hanno trovato voci dissenzienti francamente poco comprensibili.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 63 del 2016, ha con molta precisione - e direi definitivamente - inquadrato il tema dei limiti impliciti

¹ Contributo selezionato dal Comitato organizzatore - Paper selected by the organizing Committee.



alle libertà e in particolare alla libertà religiosa; certo, lo ha fatto in tema di edilizia di culto, ma nell'ambito di una parte motivazionale di taglio dottrinario e a valenza generale.

Rileggiamo quel passo:

«Nella Costituzione italiana ciascun diritto fondamentale, compresa la libertà di religione, è predicato unitamente al suo limite; sicché non v'è dubbio che le pratiche di culto, se contrarie al "buon costume", ricadano fuori dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 19 Cost.; né si contesta che, qualora gli appartenenti a una confessione si organizzino in modo incompatibile "con l'ordinamento giuridico italiano", essi non possano appellarsi alla protezione di cui all'art. 8, secondo comma, Cost. Tutti i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e illimitata e possa, così, farsi "tiranno" (sentenza n. 85 del 2013). Tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto - nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra - sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza».

Ha molto sorpreso chi scrive che, dinanzi a questo recente e molto chiaro pronunciamento, quando la libertà religiosa è stata limitata - indirettamente (in realtà a essere limitata è stata la libertà di circolazione per motivi di sanità così come previsto dall'art. 16 Cost. come ha chiaramente statuito la Corte con la recentissima sentenza n. 127 del 2022) - in virtù delle necessità scaturenti da esigenze promananti dall'art. 32 Cost., si sia in qualche maniera gridato allo scandalo, asserendo, ad esempio, che l'unico limite potesse essere il buon costume o che il Concordato impedisse di limitare la libertà di culto.

In tutta evidenza, secondo il chiaro disposto della Corte - e secondo la logica generale che presiede al sistema delle libertà - anche la libertà religiosa conosce la possibilità di essere limitata se esistono necessità che scaturiscano da altri principî e valori costituzionali.

Il tema dunque avrebbe comunque sempre dovuto essere non quello della possibilità di limitarla ma quello, appunto, della necessità, della proporzionalità e della ragionevolezza delle misure limitative.

Ed è appunto su questo aspetto che opportunamente le relazioni offrono spunti di interesse e di riflessione.



2 - Le misure limitative della libertà religiosa alla prova dei test di bilanciamento

I nodi problematici che emergono dai lavori esaminati mi pare siano essenzialmente due: a) le difficoltà del bilanciamento e b) il peso politico dei gruppi religiosi che hanno mi sembra alla fine comportato un trattamento differenziato e privilegiario (pur nella permanenza delle limitazioni) per il fenomeno religioso.

Pur nella diversità degli approcci e delle conclusioni i lavori di Greta Pavesi e di Simone Gianello e Paolo Zicchittu fanno bene emergere questi nodi. Un altro aspetto che mi pare emerga da questi contributi - che mi sembra sia stato condiviso anche da Marcello Toscano nel suo intervento - è quello della sostanziale omogeneità degli interventi assunti in sistemi giuridici che declinano diversamente il principio di laicità dello Stato, a riprova del fatto che ci siamo trovati di fronte a un fenomeno caratterizzato da una marcata oggettività che ha richiesto una risposta urgente e sostanzialmente omogenea nei diversi paesi.

Ma veniamo a qualche sommaria considerazione sui nodi problematici prima menzionati: analizzando comparativamente le risposte che i giudici hanno dato in risposta ad azioni giudiziarie che tendevano a far dichiarare illegittime le limitazioni che negli Stati Uniti, in Francia e in Germania i vari Governi avevano predisposto, i lavori qui considerati fanno emergere due modi diversi di approccio riguardo alle limitazioni della libertà religiosa e alla valutazione della loro legittimità. Pare potersi infatti sottolineare una non trascurabile diversità di approccio: mentre la giurisprudenza tedesca è stata molto rigorosa nel mantenersi il più possibile sul piano dell'oggettività materiale e scientifica, giudicando sempre e comunque alla luce della ragionevolezza "oggettiva" delle limitazioni, facendo sempre attenzione alla necessità e alla proporzionalità delle restrizioni a prescindere da ogni elemento valutativo riguardante la maggiore o minore importanza dell'attività in questione, pare invece che negli USA e in Francia, mano mano che si passava a fasi in cui le limitazioni cominciavano a essere messe in discussione, si sia scivolati verso valutazioni che avevano più a che fare con una presunta maggiore importanza delle attività religiose (che dunque avrebbero avuto maggiore diritto a vedersi togliere le limitazioni che i Governi ponevano nei confronti delle restanti attività).

Mi pare che l'approccio tedesco sia il più rispettoso rispetto al principio di laicità e alla necessità di considerare le attività da vietare, ai fini della tutela della salute, sulla base di parametri oggettivi (cubature dei locali, numero di partecipanti, ecc.). L'altro approccio, basato su giudizi di



valore e sulla essenzialità di un'attività, apre infatti la porta a discriminazioni che sembrano sornite di ragionevolezza (come ha dimostrato il caso italiano dove a fronte della possibilità di riunirsi per motivi religiosi nella così detta Fase 2 non ha corrisposto la stessa possibilità di riunirsi per motivi culturali - come ben ha sottolineato Marcello Toscano).

Non che non sia possibile distinguere le varie attività in ragione di una loro intrinseca caratteristica - ciò che potrebbe portare a regolazioni anche diverse - ma sicuramente una distinzione basata su una valutazione statale della essenzialità per le persone di un'attività rispetto a un'altra non pare compatibile con il rispetto della libertà di coscienza: sta agli individui e ai gruppi decidere ciò che per loro è essenziale, non allo Stato.

Queste considerazioni conducono direttamente sul campo del secondo nodo problematico: laddove infatti un trattamento migliore e preferenziale nelle seconde fasi della pandemia c'è stato, ciò sembra essersi verificato sulla base del peso politico dei gruppi di pressione religiosamente caratterizzati. Parrebbe dunque essere essenziale, nell'approccio a questi problemi, cercare di ricostruire i contesti in cui l'attività di questi gruppi è stata prestata, le loro dinamiche interne, le loro interazioni con la politica nazionale.

Piuttosto significativo mi pare essere il fatto che in diversi paesi gruppi religiosi identici abbiano avuto comportamenti diversi: probabilmente questo è dovuto alle differenze di *status*, di riconoscimento giuridico e politico, nei diversi ordinamenti; dalle relazioni ascoltate è emerso infatti che, ad esempio, negli USA siano stati i Pentecostali a premere per l'allentamento delle misure e per il riconoscimento di un trattamento diverso e migliore basato sulla maggiore essenzialità dell'elemento religioso, in Belgio invece alcune sigle dell'Islam, da noi in Italia la CEI.

3 - Il ritorno della specialità (o del privilegio) nella seconda fase della pandemia

Pur in un contesto di perdurante limitazione della libertà religiosa - ma, si ripete, a essere limitata era la nostra libertà in tutti i suoi aspetti a causa della impossibilità di circolare liberamente -, cessata la fase iniziale di emergenza totale che ha giustificato compressioni pesantissime dei diritti costituzionali, l'allentamento delle misure restrittive ha visto riemergere un trattamento differenziato riguardo alle riunioni per motivi religiosi.



Lungi dunque da trattamenti *in peius*, le attività religiosamente orientate hanno visto invece riemergere, nei loro confronti, atteggiamenti ispirati al *favor religionis*. Certo, se analizziamo comparativamente le misure raffrontandole con quelle prese nei confronti delle attività economiche si può continuare forse a poter rilevare un *favor* nei confronti di queste ultime. Ma certamente questo trattamento favorevole durante tutte le fasi della pandemia (si pensi all'apertura degli esercizi commerciali) è stato dovuto in gran parte a necessità davvero essenziali dal punto di vista materiale come quelle di potersi nutrire, di poter accedere all'acquisto di medicinali e dispositivi di protezione, ecc.

Se invece spostiamo correttamente l'ottica sul settore così detto *no profit*, sulle attività che caratterizzano spiritualmente la vita delle persone, si noterà invece che è prepotentemente tornata alla ribalta, senza che i pubblici poteri si siano dati cura di evitare discriminazioni, una visione della libertà religiosa come soggettivamente od oggettivamente privilegiante che sembrava essere ormai tramontata. E questo, oltre a dimostrare che questi temi sono "inesauribili" e che quindi è sempre necessario continuare a studiarli nelle loro evoluzioni e nelle loro diverse sfaccettature, ovviamente pone dei seri dubbi sulla tenuta del principio di laicità in contesti emergenziali, dal momento che in assenza di parametri oggettivi per discriminare tra un'attività e l'altra (che giustificerebbero con certezza regimi speciali e diversi), tutte le valutazioni basate sull'essenzialità di una attività non possono che portare a trattamenti discriminatori.