

LE FONTI DEL DIRITTO E LE DIVERSE RISPOSTE AD UNA EMERGENZA SIMMETRICA: QUALCHE LEZIONE FRANCESE SUL “RENDIMENTO” DELLE CLAUSOLE DI EMERGENZA COSTITUZIONALE*

PIETRO MILAZZO**

Sommario

1. Emergenza “simmetrica” e clausole generali costituzionali sull’emergenza. – 2. Il “doppio canale” dell’emergenza in Francia: clausole costituzionali ed *état d’urgence* legislativo. – 3. La reazione normativa francese all’emergenza sanitaria del 2020. Il nuovo *état d’urgence sanitaire* nel sistema delle fonti. – 4. La lezione francese sul “rendimento” delle clausole costituzionali sull’emergenza. La garanzia costituzionale ed il rischio del “fucile di Čechov”.

Abstract

This article starts from the fact that the Italian Constitution does not provide for a clause governing states of emergency, although the constitutional and administrative rulings has defined over time the constitutional dimensions of the emergency in our system. The absence of a constitutional clause on the emergency has often been assumed as one of the reasons that caused - during the 2020 health emergency - a certain degree of confusion in the source system and an excessive centralization of powers in the hands of the government. That said, the article examines the reaction of the French legal system to the emergency induced by the Covid-19 epidemic with the aim to verify whether and to what extent the presence of explicit constitutional provisions on the emergency has affected the regulatory management of the emergency itself. The paper concludes that the presence of constitutional clauses does not always seem able to prevent the emergence of special emergency regimes, rising from the specificity of the particular emergency.

Suggerimento di citazione

P. MILAZZO, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul “rendimento” delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* “Le fonti normative dell’emergenza”, organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020. Esso è aggiornato al 20 giugno 2020.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università di Pisa, visiting professor nell’Université de Lille.

Contatto: pietro.milazzo@unipi.it

1. Emergenza “simmetrica” e clausole generali costituzionali sull'emergenza

Come è noto, la Costituzione italiana non prevede espressamente – se non nel caso del decreto-legge e nel caso della deliberazione dello stato di guerra di cui all'art. 78 Cost.¹ - strumenti eccezionali per affrontare circostanze straordinarie, o per istituire degli “stati” di emergenza caratterizzati da un diritto speciale e da una diversa distribuzione ed organizzazione delle fonti del diritto.

In realtà non manca affatto una disciplina sulla “risposta (di livello) costituzionale” all'emergenza², che è stata sviluppata dal legislatore (ad esempio mediante il Codice della protezione civile del 2018, che ha ripreso e razionalizzato una normativa che aveva avuto la sua origine con la legge del 1992 con la quale era stato istituito il servizio di protezione civile), ma soprattutto è stata delineata nei suoi contenuti costituzionalmente necessari dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa³. Tale giurisprudenza ha costruito un sistema nel quale misure emergenziali anche derogatorie alla legge possono essere configurate all'interno di un modello che ne prevede – in sintesi – la temporaneità, la determinazione all'esito di un bilanciamento ragionevole e proporzionato fra interessi e diritti costituzionalmente tutelati, il rispetto della riserva di legge, il rispetto della leale collaborazione in caso di compressione delle competenze degli enti territoriali substatali⁴.

Ciò che manca nella Costituzione italiana, diversamente rispetto ad altre Costituzioni europee ed extraeuropee, è dunque una disposizione costituzionale generale esplicita sull'emergenza.

Posto che già in passato vi sono state istanze in dottrina indirizzate alla sua introduzione⁵, ci si potrebbe chiedere se questa carenza di una norma generale costituzionale sull'emergenza non possa essere anche all'origine della

¹ Un ricorso all'art. 78 Cost., o forse meglio allo *schema* dell'art. 78 Cost (dichiarazione di emergenza fatta dal Parlamento analogamente alla delibera sullo stato di guerra; conferimento al governo dei “necessari poteri”) è stato evocato anche nell'attuale situazione di risposta normativa all'emergenza sanitaria indotta dal diffondersi della pandemia da Covid-19. Cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020, 60; A. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto. Instant Forum*, 27 marzo 2020, 5 ss.

² C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 82.

³ Sul punto, si può senz'altro rinviare al contributo di A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in questo numero della *Rivista*, nonché, più in generale ed al di fuori della emergenza sanitaria del 2020, Id., *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*.

⁴ E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, *passim*.

⁵ G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 277 ss. La riflessione dell'Autrice era peraltro diretta ad una emergenza di carattere terroristico, all'indomani degli attentati di New York, Madrid, Parigi.

complessa e discutibile evoluzione dell'uso di fonti normative diverse nel corso dell'emergenza derivante dalla pandemia da Covid-19⁶.

Una norma costituzionale avrebbe avuto la capacità e la forza – di fronte ad una emergenza come quella attuale, con i suoi particolari caratteri – di “mettere ordine” (anche se un ordine ovviamente a sua volta “eccezionale”) nel sistema delle fonti emergenziali? Avrebbe saputo costituire una guida ed uno strumento per orientare le funzioni dei vari organi costituzionali secondo una impostazione rispettosa dell'indirizzo politico-costituzionale generale? Avrebbe ragionevolmente impedito ciò che è avvenuto in Italia soprattutto nella prima fase della risposta giuridica all'emergenza, cioè un protagonismo assoluto del governo, esercitato mediante uno schema di fonti normative diverso anche rispetto al sistema ordinario della protezione civile⁷? Avrebbe, in definitiva, offerto una (più salda) copertura, “a condizioni ed entro limiti puntualmente stabiliti, agli interventi in forma non legislativa che portano a contrazioni ora più ed ora meno vistose dei diritti”⁸?

Tra i tanti e pesanti problemi che l'impatto dell'epidemia di Covid-19 ha imposto di affrontare con riferimento alle fonti del diritto, forse un elemento positivo – dal punto di vista di chi studia tale aspetto dell'ordinamento – potrebbe esserci, ed è la “simmetricità” dell'emergenza; la circostanza per cui essa ha interessato i diversi paesi europei in termini essenzialmente analoghi se non addirittura identici (salvo il fatto che ciò è avvenuto, come noto, “ad ondate” che hanno interessato i diversi paesi in momenti diversi, in una progressione tipicamente epidemica), ed ha imposto ai diversi ordinamenti scelte che – pur in una varietà ed con intensità effettivamente ed anche significativamente diverse – hanno comportato l'adozione di molte misure sostanzialmente sovrapponibili: il confinamento della popolazione; i “giustificati motivi” per poter circolare, la sospensione della libertà di riunione ed i forti condizionamenti alla libertà religiosa, le misure fortemente restrittive per la libertà di impresa, ecc.

In effetti, anche la narrazione – o come usa dire ormai da qualche anno, lo *storytelling*⁹ – della risposta giuridica alla epidemia ha assunto caratteri molto simili nei vari paesi e nei vari livelli di governo, spesso mediante l'evocazione di immagini di impronta fortemente “bellica”, come ad indicare un qualche

⁶ Sul quale, in un contesto dottrinario già molto “affollato”, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line* [giurcost.org], 11 aprile 2020, nonché, U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in questo numero della *Rivista*;

⁷ M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 28 aprile 2020.

⁸ Così A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta on line* [giurcost.org], 6 aprile 2020, 213.

⁹ A partire almeno da C. SALMON, *Storytelling. La machine à fabriquer des histoires*, La Découverte, Parigi, 2007, trad. it. *Storytelling. La fabbrica delle storie*, Fazi, Roma, 2008.

tipo di forzatura del sistema delle fonti riconducibile appunto ad un assetto “di guerra” dell’ordinamento¹⁰.

In questo contesto di minaccia “simmetrica” proveniente dalla diffusione del virus e dalla connessa inaudita ed inedita emergenza sanitaria globale, risulta senz’altro interessante valutare qualsiasi sia stata la risposta immediata a tale emergenza nei contesti ordinamentali che – diversamente dall’Italia - prevedono espressamente uno strumentario costituzionale funzionale proprio ad affrontare le emergenze; se tali clausole costituzionali emergenziali siano state invocate/applicate o meno, ed in che termini; e quale sia stato il rendimento delle scelte operate dagli organi costituzionali di quei paesi rispetto all’assetto complessivo delle fonti ed agli assetti della forme di stato e di governo che sono sottesi al sistema delle fonti stesso.

In questo contributo, si intende avviare una riflessione su tali tematiche, in riferimento al sistema francese: un sistema che ha taluni significativi paralleli con l’assetto costituzionale (e soprattutto con l’assetto delle fonti) italiano, ma che – appunto – contiene nella sua carta costituzionale diversi strumenti espressamente dedicati ad affrontare gravi emergenze.

2. Il “doppio canale” dell’emergenza in Francia: clausole costituzionali ed *état d’urgence* legislativo

La costituzione francese contiene notoriamente alcune clausole che consentono una disciplina di stati eccezionali. La più vistosa e forse la più caratterizzante il sistema semipresidenziale di quel paese – ma anche la più discussa nei suoi presupposti teorici ed applicativi – è quella prevista nell’art. 16 della Costituzione¹¹ (collocato significativamente nel secondo titolo, quello dedicati al

¹⁰ Il presidente Macron, nel suo discorso in diretta nazionale del 16 marzo 2020 – quello in cui ha indicato l’immediata adozione di provvedimento fortemente incisivi su varie libertà, prima ancora della presentazione alla camere della nuova legge sulla emergenza sanitaria (sulla quale cfr. *infra*) - ha citato 14 volte la parola “*guerre*”, ed ha utilizzato il ricorso retorico alla icastica frase “*nous sommes en guerre*” ben 7 volte (www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19).

¹¹ L’art. 16 stabilisce che “*Lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la Nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacées d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. / Il en informe la Nation par un message. / Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d’assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d’accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. / Le Parlement se réunit de plein droit. / L’Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l’exercice des pouvoirs exceptionnels. / Après trente jours d’exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l’Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d’examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d’exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée*”.

Presidente della Repubblica) il quale prevede che – qualora sussistano circostanze particolarissime – il Presidente possa adottare le misure “rese necessarie dalle circostanze”; una massima concentrazione di poteri nella figura presidenziale subordinata soltanto ad obblighi di comunicazione e di consultazione non vincolante¹² e ad un vincolo finalistico molto elastico se non addirittura vago: la circostanza per cui tali misure devono essere adottate nell’intento di garantire un recupero della normale funzionalità agli (altri) organi costituzionali nel tempo più breve possibile.

L’origine di questa disposizione è fortemente legata agli avvenimenti della Seconda guerra mondiale, ed in particolare quelli – drammatici per la Francia – del giugno 1940. Dopo la fine della guerra, infatti, emerse che in quel periodo, con l’invasione tedesca in corso, il Presidente della Repubblica Lebrun e il Presidente del Consiglio Reynaud avevano ritenuto che la Costituzione della III Repubblica non conferisse loro i poteri eccezionali che sarebbero stati necessari per proseguire la lotta contro l’invasore trasferendo il governo a Londra o a Algeri (il governo della “*France Libre*” del generale De Gaulle, infatti, scontò un problema di legittimazione costituzionale anche per questo profilo)¹³. Dunque la *ratio* dell’art. 16 era appunto quella di fornire al Presidente della Repubblica poteri sufficientemente estesi per far fronte a crisi gravissime e drammatiche come quella del 1940.

Nell’opinione generale, l’art. 16 è – sulla carta – uno dei poteri presidenziali maggiormente caratterizzanti la stessa figura del Presidente della Repubblica, e per esso si è fatto addirittura riferimento al potere di decisione nello stato di eccezione di schmittiana memoria, o – forse più correttamente - alla *dittatura* nel senso del termine adottato dalla antica costituzione romana: cioè una magistratura cui si conferisce un potere pressoché illimitato, ma al fine di salvaguardare la struttura costituzionale esistente (non certo per stravolgerla)¹⁴; una magistratura che, essendo in questo caso identificata con il Presidente della Repubblica eletto direttamente dal popolo, ha ovviamente una forte connotazione personale ed espressiva di un collegamento “diretto” fra Presidente e necessità più profonde della vita nazionale, confermata dalla necessità di accompagnare il ricorso all’art. 16 con un messaggio alla nazione¹⁵.

¹² Devono infatti essere consultati il Presidente del Consiglio, i Presidenti delle Camere ed il Consiglio costituzionale. Ma si tratta di pareri senz’altro non vincolanti: M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 15e éd. LGDJ, Parigi, 2018, 453.

¹³ F. HAMON – M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 39e éd., LGDJ, Parigi, 2018, 612.

¹⁴ F. HAMON – M. TROPER, *Op. cit.*, 613.

¹⁵ C. WILLIAMS, *The last Great Frenchman. A life of General De Gaulle*, Little - Brown, Boston – New York, 1993, trad. it. *De Gaulle. L’ultimo Grande di Francia*, Mondadori, Milano, 1995, 483 e ss. ricorda come il Presidente De Gaulle, nell’unica occasione in cui fu fatto ricorso all’art. 16 della Costituzione (cfr. la successiva nota 16) apparve in televisione – addirittura in divisa (a rimarcare il suo glorioso passato militare e la grave ribellione di militari francesi in Algeria - rivolgendo un drammatico

Del resto, la effettiva eccezionalità di tale potere presidenziale ed i presupposti costituzionali per il suo esercizio, hanno reso questa disposizione di non agevole applicazione – sia sul piano strettamente giuridico-costituzionale, sia sul piano politico¹⁶. Occorre infatti che sussistano contemporaneamente due condizioni: da un lato vi deve essere una minaccia grave ed immediata alle istituzioni della Repubblica, all'integrità del suo territorio, all'indipendenza della Nazione o all'esecuzione di impegni internazionali assunti dalla Francia; dall'altro lato, e contestualmente, deve anche ricorrere una situazione di interruzione del funzionamento regolare dei poteri pubblici costituzionali (anche se non necessariamente una totale paralisi¹⁷).

Vi è poi da considerare l'oggettiva ampiezza dei poteri presidenziali d'emergenza, che può costituire una remora alla messa in atto dello stesso schema dell'art. 16: in effetti si tratta di poteri del tutto non individuati se non con riferimento alla citata finalità di ristabilire il funzionamento dell'assetto costituzionale, e che possono quindi esprimersi in provvedimenti adottati in sostituzione del potere esecutivo e legislativo, ed anche dell'autorità giudiziaria

appello alla Francia che si concludeva con l'icastica esclamazione “*Françaises, Français, aidez-moi!*”. Sul ruolo di De Gaulle nella creazione della V Repubblica cfr. la recente ricchissima biografia di J. JACKSON, *De Gaulle. Une certaine idée de la France*, Seuil, Parigi, 2019, sul quale O. BEAUD, *De Gaulle. Une certaine idée de la France. Une biographie qui devrait intéresser les constitutionnalistes*, in *Jus Politicum blog* [blog.iuspoliticum.com], 22 giugno 2020,

¹⁶ In effetti ad oggi si è fatto ricorso all'art. 16 della Costituzione francese in un'unica occasione. Il Presidente De Gaulle, infatti, utilizzò i pieni poteri garantiti da detta disposizione per far fronte al tentativo di colpo di stato intervenuto ad Algeri dal 21 aprile 1961, quando alcuni generali francesi a capo del corpo di spedizione in Algeria cessarono di ubbidire alle istruzioni del governo e cercarono di creare un governo insurrezionale, sequestrando anche un rappresentante del governo: cfr. P. ABRA-MOVICI, *Le Putsch des généraux. De Gaulle contre l'Armée 1958-1961*, Fayard, Parigi, 2011. È interessante notare come – anche se la ribellione dei generali ad Algeri rientrò nell'arco di poche settimane – De Gaulle mantenne lo stato emergenziale e quindi i pieni poteri ex art. 16 per un periodo molto più lungo (dal 23 aprile al 29 settembre 1961) ed ebbe occasione di usare detti poteri con un raggio di intervento apparentemente molto più ampio rispetto alla repressione della rivolta algerina (ad esempio, sospendendo le garanzie costituzionali dell'immovibilità dei magistrati): cfr. L. FAVOREU (a cura di), *Droit constitutionnel*, 4e éd., Dalloz, Parigi, 2001, 569, nonché, con maggior dovizia di particolari sui complessi intrecci fra applicazione dell'art. 16 della Costituzione, dell'art. 36 sul potere di ordinanza e dell'*état d'urgence* di cui alla legge del 3 aprile 1955, O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, 2e éd., LGDJ, Paris, 2018, 84 e ss., nonché R. CASELLA, *La Francia dopo gli attentati di Parigi: la dichiarazione dello stato di urgenza e la proposta di revisione costituzionale del Presidente Hollande*, in *Nomos*, 3/2015, 5.

¹⁷ Nell'unico precedente appena citato, il parere consultivo del Consiglio costituzionale richiesto dal Presidente sottolineò la effettiva ricorrenza dei due elementi richiesti dall'art. 16. Mentre il primo era effettivamente agevolmente riconoscibile, essendo in corso un tentativo di colpo di stato in una parte (all'epoca) ancora significativa di territorio francese, ancorché coloniale, poteva dubitarsi della effettiva interruzione del funzionamento degli organi costituzionali che in effetti proseguivano la loro attività. Con la *Décision* n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961, il Consiglio costituzionale, però, convenne con il Presidente sul fatto che, nel caso di specie, il venir meno del controllo su una parte relativamente importante del territorio nazionale, assieme al sequestro di un membro del governo, integravano la seconda condizione prevista dall'art. 16.

(eccezion fatta per il divieto di scioglimento dell'Assemblea Nazionale e – secondo la giurisprudenza – per la revisione costituzionale), eventualmente – ma verosimilmente – anche sospensivi delle libertà costituzionali. Lo stesso intervento del Consiglio costituzionale sulle singole misure è meramente consultivo e non pubblico¹⁸; inoltre, l'art. 16 non stabilisce nemmeno le regole e le condizioni per determinare la cessazione dello stato di emergenza costituzionale, né le condizioni per una eventuale giustiziabilità delle decisioni prese nell'ambito dello stato attivato con il ricorso all'art. 16¹⁹. Ed infatti, a seguito dei lavori della Commissione Balladur, nel 2008 l'art. 16 è stato modificato introducendo un meccanismo che coinvolge il Consiglio costituzionale e il Parlamento (anche le minoranze parlamentari) nella verifica della sussistenza (*rectius*: della permanenza) delle condizioni per il mantenimento dello stato di emergenza costituzionale²⁰: un meccanismo che non può mettere fine allo stato di emergenza ex art. 16, ma che senz'altro è in grado di esprimere un parere politicamente “pesante” nei confronti del Presidente.

Oltre all'art. 16, la Costituzione francese prevede un'ulteriore clausola costituzionale finalizzata ad affrontare le emergenze: l'*état de siège* di cui all'art. 36. Si tratta di una disposizione molto laconica: essa si limita a stabilire che lo stato di assedio è decretato in Consiglio dei ministri, e che il prolungamento di tale stato oltre dodici giorni deve essere autorizzato dal Parlamento. L'art. 36 ha costituzionalizzato – nel suo schema generalissimo e, secondo alcuni, per “pura inerzia”²¹ – una disciplina legislativa dello stato di assedio che rimonta alla seconda metà del XIX secolo, strettamente legata a situazioni di guerra o di insurrezione armata, e che sostanzialmente comporta il trasferimento

¹⁸ F. HAMON – M. TROPER, *Op. cit.*, 614-615.

¹⁹ Nella celebre decisione Conseil d'État, Assemblée, 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, il Consiglio di Stato ha stabilito che di per sé la decisione presidenziale di attivare i poteri di cui all'art. 16 non è sindacabile, trattandosi di atto di governo (cfr. D. GIRARD, *Les « actes de Gouvernement » demeurent insusceptibles de tout recours juridictionnel en France*, in *Revue générale du droit* [revuegeneraledudroit.eu], 2015, numéro 22851): il controllo è limitato agli aspetti esteriori ed estrinseci, come l'aver seguito la procedura di cui all'art. 16, o l'esistenza stessa della decisione presidenziale. Quanto alle misure attuative, il Consiglio di Stato ha ritenuto insindacabili le decisioni presidenziali adottate ai sensi dell'art. 16 quando esse operino nelle materie di competenza normale del legislatore, mentre *a contrario* sarebbero sindacabili quelle adottate nella materia regolamentare: distinzione molto sottile e che, come è stato notato (P. COSSALTER, *Légalité de crise et état d'urgence*, in *Revue générale du droit* [revuegeneraledudroit.eu], 2015, numéro 22919), non ha dato luogo ad un effettivo controllo giurisdizionale sull'attività presidenziale nello stato di emergenza.

²⁰ Come indicato *supra*, con la riforma costituzionale del 2008 si è previsto che, trascorsi trenta giorni di esercizio dei poteri presidenziali eccezionali, il presidente dell'Assemblea Nazionale, il Presidente del Senato, sessanta deputati o sessanta senatori possono ricorrere al Consiglio costituzionale affinché esamini la permanenza delle condizioni che hanno giustificato il ricorso all'art. 16. Lo stesso Consiglio costituzionale procede d'ufficio a detto esame dopo sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali del Presidente, ed in ogni momento successivo.

²¹ O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit. 76, che rilevano la pressoché totale assenza di dibattito sul mantenimento di questo antico istituto nel nuovo contesto costituzionale.

all'autorità militare di poteri normalmente esercitati dall'autorità civile, e la possibile significativa compressione di molte libertà individuali e collettive²².

Nel corso della storia della V Repubblica, lo stato di assedio non è stato mai dichiarato²³: se ne è sempre percepita infatti la estrema gravità di contenuti e la evidente vaghezza dei presupposti, ancorché sia riconosciuto al Parlamento – diversamente da quanto accade per il citato art. 16 – il potere di far cessare lo stato di assedio rifiutandosi di prorogarlo oltre i primi dodici giorni.

Come è evidente, sia con riferimento all'art. 16 che con riferimento all'art. 36 della Costituzione della V Repubblica, ci si trova di fronte a strumenti di straordinaria delicatezza e di portata eccezionalmente derogatoria rispetto all'assetto delle fonti ed anche alla stessa ordinaria forma di stato e di governo costituzionale. L'uso decisamente parco di tali strumenti da parte degli organi costituzionali francesi in una storia – quella della V Repubblica – lunga ormai oltre 60 anni e caratterizzata da episodi di grave crisi (oltre alla vicenda algerina, si pensi ai movimenti indipendentisti della Nuova Caledonia, agli avvenimenti del maggio 1968, al terrorismo politico degli anni '70, alla cd. rivolta delle *banlieues* del 2005, o agli attentati degli estremisti islamici nel 2015 contro la sede di *Charlie Hebdo* e nel teatro Bataclan, oltre che in altri luoghi di Parigi) indica come l'ordinamento abbia necessariamente prodotto meccanismi di reazione all'emergenza che non implicano il ricorso alle clausole costituzionali che a tale fine appaiono invece destinate (ed anzi, le sfuggono).

Ed infatti lo strumentario che l'ordinamento francese prevede per affrontare le emergenze più gravi non è disciplinato a livello costituzionale ma (solo) legislativo, e viene utilizzato come meccanismo per affrontare tutte quelle urgenze – anche gravissime – per le quali non si ritenga necessario accedere alle clausole costituzionali dell'art. 16 e dell'art. 36, percepite evidentemente come non praticabili in virtù del loro contenuto (soprattutto lo stato d'assedio) ovvero delle torsioni che esse imporrebbero all'assetto del sistema delle fonti e della forma di governo (soprattutto la concentrazione di poteri nel Presidente prevista dall'art. 16)²⁴: ed abbiamo visto che, in concreto, l'uso che è stato fatto in Francia delle clausole di emergenza costituzionale è estremamente limitato.

²² P. COSSALTER, *Légalité de crise et état d'urgence*, cit., il quale nota come la disciplina concreta dello stato di assedio sia rimessa al *Code de la défense*.

²³ Anche se taluni esponenti politici ne hanno invocato l'applicazione ad esempio dopo gli attentati terroristici del 2015 a Parigi: cfr. L. PRAT DE SEABRA, *État d'urgence, état de siège, état de guerre: quelle différence ?*, in *lefigaro.fr.*, 20 luglio 2016.

²⁴ Secondo P. COSSALTER, *Légalité de crise et état d'urgence*, cit., la elaborazione della legge del 1955 sull'état d'urgence da parte del Governo Faure fu proprio destinata ad elaborare uno strumento utilizzabile senza ricorrere allo stato d'assedio.

Tale strumento è l'*état d'urgence* previsto per la prima volta ancora come reazione alla complessa e drammatica vicenda algerina²⁵, nel 1955 (quindi prima della approvazione della Costituzione della V Repubblica nel 1958)²⁶, ma “erede” di una tradizione giurisprudenziale molto più risalente (la cd. giurisprudenza *Heyriès* sulle “circostanze eccezionali” maturata nel corso della Prima guerra mondiale²⁷) che esprimeva plasticamente la particolare attenzione dell’ordinamento francese al mantenimento dell’ordine pubblico in situazioni eccezionali²⁸.

Tale meccanismo fu considerato all’epoca dalla dottrina “*en faisant abstraction des régimes autoritaires, le texte le plus sévère que la France ait jamais connu*”²⁹, ed in linea teorica si presta ad essere utilizzato anche in combinazione con lo strumento costituzionale dell’emergenza ex art. 16³⁰ (non invece con lo stato d’assedio).

L'*état d'urgence* non fu costituzionalizzato nel 1958 soprattutto per la speciale centralità che nel contesto del dibattito costituzionale ebbe l’introduzione dell’art. 16, cioè la disciplina dello stato di eccezione che De Gaulle volle prevedere nella “sua” Costituzione; anzi, nel quadro di tale dibattito vi furono voci che contestarono la conformità della struttura dello stato di emergenza come previsto dalla legge del 1955 rispetto al nuovo testo costituzionale ed alla

²⁵ P. KENIG, *La protection des libertés publiques dans le régime de l'état d'urgence: (étude de l'application sur les plans administratif et judiciaire des lois des 3 avril et 7 août 1955)*, in *Revue administrative*, 1958, p. 19 e ss.

²⁶ La legge del 1955 ha subito – quasi immediatamente dopo l’approvazione della Costituzione del 1958 e sempre nel periodo delle rivolte d’Algeria – una riforma profonda che ha portato ad una significativa “presidenzializzazione” dei poteri espressi dalla stessa legge, con particolare riferimento alla stessa dichiarazione dello stato d’emergenza (Ordonnance du 15 avril 1960).

²⁷ Nel 1918 e nel 1919 il Consiglio di Stato adottò due decisioni “storiche” (28 juin 1918, *Sieur Heyriès* e 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*) nelle quali elaborò la teoria della espansione dei poteri della pubblica amministrazione al fine di adottare decisioni necessarie per il superamento di circostanze eccezionali, e per il tempo indispensabile per conseguire tale superamento (Cfr. P. CAILLE, *L'état d'urgence: la loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturaion*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2007, p. 330 e ss.). La teoria delle circostanze eccezionali derivate da questa giurisprudenza, peraltro, è stata con il tempo precisata e limitata, specialmente con riferimento ai presupposti (evento grave ed imprevisto), alla impossibilità per l’amministrazione di agire secondo il principio di legalità, sussistenza di un interesse particolarmente importante, alla permanenza della situazione di eccezionalità al momento di porre in essere i singoli atti: in questi termini essa è considerata una vera e propria “dottrina” delle circostanze eccezionali (su questi punti, cfr. C. BONTEMPS DI STURCO, *Francia*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, paper del marzo 2011 reperibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Poteri_emergenziali_10052011.pdf.)

²⁸ R. CASELLA, *La Francia dopo gli attentati di Parigi*, cit., 3.

²⁹ R. DRAGO, *L'Etat d'urgence et les libertés publiques*, in *Revue de droit public*, 1955, 670 e ss.;

³⁰ In effetti nella citata vicenda del tentativo di colpo di stato dei generali ad Algeri nel 1961, le due misure (concentrazione dei poteri nel Presidente secondo l’art. 16 e dichiarazione dello stato di urgenza) furono cumulate dando vita a quello che in dottrina è stato icasticamente definito un “cocktail esplosivo” (O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit. 83).

protezione delle libertà (anche se, all'epoca, il rango dei diritti espressi dalla dichiarazione del 1789 non era ancora integrato nel *bloc de constitutionnalité*).

La legge del 1955, più volte emendata e modificata, in particolare nel delicato periodo 2015-2017³¹, prevede la dichiarazione dell'*état d'urgence* con decreto del Consiglio dei ministri³², in caso di pericolo imminente derivante da minacce gravi all'ordine pubblico, o in caso di avvenimenti che presentino, per la loro natura e la loro gravità, il carattere di calamità pubblica³³. Con lo stesso strumento si stabilisce anche il territorio nel quale lo stato è dichiarato e la sua durata. La proroga oltre i dodici giorni può essere autorizzata dal Parlamento con legge con la quale esso determina la durata definitiva dello stato di emergenza. La dichiarazione dell'*état d'urgence* comporta un ispessimento molto significativo delle potestà dell'amministrazione (in particolare, del ministro degli interni e dei prefetti), a detrimento ovviamente di varie tipologie di libertà³⁴.

Nella più recente (e più prolungata) applicazione dell'*état d'urgence* – quella successiva agli attentati del 13 novembre 2015 a Parigi – la disciplina è stata significativamente mutata con le leggi che hanno prolungato lo stato di emergenza fino al 2017. In particolare (i) è stato inserito nella legge del 1955 un nuovo art. 4-1 che ha stabilito che l'Assemblea nazionale ed il Senato siano informati senza ritardo delle misure prese dal governo durante lo stato

³¹ X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Éloge d'un état d'urgence sanitaire en "co-construction"*; CSP, art. L. 3131-13 et s., in *La Semaine Juridique*, 18 maggio 2020 ripercorre brevemente la "ridefinizione" dell'*état d'urgence* nel periodo 2015-2017, dando atto di come la legge sia stata ampiamente riscritta, chiarendo l'inquadramento legale delle varie fattispecie restrittive delle libertà, anche a seguito di clune pronunce del Consiglio costituzionale in sede di questione prioritaria di costituzionalità.

³² Nella sua originaria formulazione, la dichiarazione dell'*état d'urgence* era di competenza del Parlamento, ma la citata *Ordonnance* del 1960 ha "presidenzializzato" questa fase, ponendola nella sfera dell'esecutivo. Uno dei motivi di questa scelta fu senz'altro quello di uniformare la disciplina dell'*état d'urgence* con quella dell'*état de siège*, ma non si può escludere che la spinta principale fosse quella di uniformare anche questo istituto all'impostazione di più accentuato presidenzialismo che ispira la Costituzione del 1958.

³³ Come ha osservato M. CAVINO, *Securité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta on line* [giurcost.org], n. III/2015, 825, è interessante notare come il *Juge des référés* del Consiglio di Stato – con le decisioni n. 286835 e 286837 del 14 novembre 2005 - abbia ritenuto di avere giurisdizione sui provvedimenti di dichiarazione dell'*état d'urgence*, escludendo quindi che si tratti di *actes de gouvernement* (come invece abbiamo visto essere stato ritenuto per quanto concerne l'attivazione dei poteri presidenziali previsti dall'art. 16).

³⁴ La legge prevede, fra l'altro, la possibilità di vietare la circolazione o il soggiorno, di imporre la chiusura di luoghi deputati a riunioni, di imporre l'assegnazione alla residenza ed il divieto di uscite per un massimo di 12 ore ogni 24. Dal 2015 è stata altresì prevista la possibilità di scioglimento di associazioni di cui facciano parte soggetti che pongano in essere atti che costituiscono una minaccia grave per l'ordine pubblico, o che facilitino o incitano alla commissione di tale tipo di atti. È altresì possibile procedere a perquisizioni e requisizioni. Per una descrizione più dettagliata, non possibile in questa sede, cfr. M. CAVINO, *Securité, égalité, fraternité*, cit., 822-826, nonché G. ROMA, *Francia: gli attentati del 13 novembre e l'evoluzione dello stato d'emergenza*, in *Questione Giustizia* (questione-giustizia.it), 23 novembre 2015.

d'urgenza, e che possano altresì chiedere ogni informazione complementare nel quadro del controllo e della valutazione di tali misure. Il Parlamento, quindi, è stato maggiormente associato al governo nel periodo di applicazione dello stato di emergenza, quantomeno sotto il profilo informativo e di valutazione/controllo, cercando di emendare quell'evidentissimo squilibrio in favore del governo che caratterizzava la situazione precedente; (ii) è stata prevista espressamente la giustiziabilità delle misure adottate in seguito alla dichiarazione dell'*état d'urgence*, davanti al giudice amministrativo, che così tende a divenire il giudice delle libertà nelle situazioni emergenziali³⁵.

Lo stato di emergenza è stato oggetto di alcune importanti decisioni del Consiglio costituzionale in occasione del ricorso che ad esso venne fatto per la situazione pre-insurrezionale dei movimenti indipendentisti in Nuova Caledonia nel 1984 e in occasione del suo utilizzo dopo gli attentati del 13 novembre 2015 a Parigi, da parte del Presidente Hollande. Nel primo caso il Consiglio respinse la questione della compatibilità dello stato di urgenza con la presenza in costituzione dello stato di assedio – oggetto di un ricorso parlamentare – sostenendo che l'art. 34 della Costituzione non vieta al Parlamento di creare meccanismi di bilanciamento fra salvaguardia dell'ordine pubblico e tutela delle libertà diversi rispetto allo stato d'assedio³⁶. Potenzialmente, quindi, il Parlamento potrebbe creare figure di “urgenza” anche diversificate fra loro: vedremo *infra* che in effetti nel caso della reazione francese all'epidemia di Covid-19 l'opzione è stata proprio quella di creare un nuovo modello di stato di urgenza, piuttosto che ricorrere a quelli già esistenti. Nel secondo caso il Consiglio costituzionale ha affrontato, fra l'altro, una *question prioritaire de constitutionnalité* “filtrata” dal Consiglio di Stato, ed avente ad oggetto la costituzionalità di una delle misure della legge sull'*état d'urgence*: quella che prevedeva la possibilità di confinare in un domicilio persone ritenute pericolose per la sicurezza e l'ordine pubblico, per un massimo di dodici ore su ventiquattro³⁷, senza provvedimento di una autorità giudiziaria ex art. 66 cost.³⁸. Il Consiglio costituzionale, in questa occasione, non ha ritenuto incostituzionale tale disciplina, rilevando come incomba al legislatore la determinazione del punto di equilibrio fra istanze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico e garanzia

³⁵ B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19; quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules*, in *La Semaine Juridique*, 1 giugno 2020, *passim*.

³⁶ Consiglio costituzionale, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, sulla quale cfr la *nota* di P. WACHSMANN in *AJDA*, 1985, p. 364 e ss.

³⁷ Décision n. 2015-527 du 22 janvier 2015, sulla quale cfr. A. ROBLOT-TROIZIER, *État d'urgence et protection des libertés*, in *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 424 e ss.

³⁸ L'art. 66 della Costituzione francese stabilisce che “Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi”.

delle libertà e come, in questo caso, il soggiorno obbligato non avrebbe costituito una *privazione* della libertà personale tale da attivare la garanzia della riserva di giurisdizione, limitandosi a costituire una misura di polizia amministrativa *restrittiva* della libertà di circolazione³⁹, in linea generale compatibile con l'assetto costituzionale anche perché suscettibile di essere valutata caso per caso dal giudice amministrativo per quanto concerne la sua adeguatezza e proporzionalità.

Proprio la attivazione dell'*état d'urgence* nel 2015 pone una importante questione in punto di fonti del diritto, soprattutto in punto di idoneità di una normativa primaria (non costituzionale) a costituire lo strumento adatto a imporre tutta una serie di restrizioni delle libertà anche molto estese, in presenza di clausole costituzionali che sono stabilite proprio per affrontare situazioni di emergenza. Posto che il Consiglio costituzionale – come *supra* accennato – ha fin dall'inizio considerato possibile un “doppio canale”, costituzionale e legislativo, di gestione delle emergenze, deve rilevarsi come la natura primaria della disposizione potrebbe consentire ad una maggioranza parlamentare – specialmente al momento di autorizzare con legge il prolungamento dell'*état d'urgence* dichiarato dal Consiglio dei ministri – di modificare anche le condizioni stesse dell'emergenza e di ampliare i poteri dell'amministrazione a discapito della sfera di libertà, funzionalizzando tali modifiche al tipo di emergenza che viene affrontata di caso in caso (ed abbiamo visto che mediante la dichiarazione dell'*état d'urgence* in Francia sono state affrontate emergenze molto diverse: da quelle di tipo coloniale, a quelle relative all'ordine pubblico interno minacciato da diffuse forme di rivolta sociale, fino all'emergenza terroristica). Questa problematica è al tempo stesso un elemento positivo (perché consente di plasmare la risposta emergenziale alla specifica problematica che si affronta caso per caso), ma anche un possibile elemento di debolezza, in quanto rende la risposta normativa all'emergenza sostanzialmente precaria ed incerta, suscettibile di essere modificata di caso in caso (ed anche maggiormente esposta a giudizi di incostituzionalità).

Anche sulla base di questa valutazioni, durante l'*état d'urgence* attivato nel novembre 2015 (e che sarebbe durato fino al 2017), il Presidente Hollande – peraltro con la massima solennità possibile con contesto costituzionale francese, cioè davanti al Parlamento riunito al Palazzo di Versailles - ha sollevato la questione dell'inadeguatezza degli stati di eccezione previsti dalla Costituzione, ed

³⁹ Molto criticamente, su tale pronuncia, ed in particolare sulla ristrettezza della nozione di libertà personale che ne emerge, D. GIRARD, *Quand la constitutionnalité jugée d'une loi no convainc que mal...*, in *Revue générale du droit* [revuegeneraledudroit.eu], 4 gennaio 2016, nonché S. DEGIRMENCI, *Une validation sinieuse de l'assignation à résidence en état d'urgence doublée d'un appel renforcé au contrôle du juge administratif*, in *Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 31 dicembre 2015.

ha quindi proposto una revisione costituzionale che avrebbe dovuto inserire nell'art. 36 della Costituzione francese un fondamento diretto per la dichiarazione dell'*état d'urgence* "civile" (con presupposti sostanzialmente identici a quelli attualmente previsti dalla legge del 1955 come modificata proprio nel 2015) da affiancarsi all'*état de siège* "militare"⁴⁰. Tale progetto di modifica costituzionale è poi naufragato⁴¹ per motivi estranei a questo aspetto⁴², ma rimane di grande interesse l'idea centrale che aveva mosso l'amministrazione Hollande nel proporlo, cioè l'utilità – o addirittura la necessità – di una previsione costituzionale che rendesse più solido il ricorso a misure emergenziali "civili", fortemente limitative delle libertà.

3. La reazione normativa francese all'emergenza sanitaria del 2020. Il nuovo *état d'urgence sanitaire* nel sistema delle fonti

Quando la Francia ha dovuto affrontare l'emergenza sanitaria derivante dalla pandemia di Covid-19⁴³, dunque, la sua Costituzione prevedeva due stati di emergenza costituzionalmente indicati (quelli di cui all'art. 16 ed all'art. 36) ed un *état d'urgence* di fonte legislativa ordinaria (quello della legge del 1955 modificata praticamente in ogni occasione in cui è stata applicata), la cui costituzionalizzazione quanti ai presupposti era stata solo sfiorata nel 2015 a seguito dell'emergenza derivante dagli attacchi terroristici dell'Islam radicale, ma che in quel periodo aveva subito una forte torsione "securitaria".

Inoltre, erano previsti nella legislazione - in modo non dissimile rispetto alla situazione italiana – anche poteri emergenziali in capo al Primo ministro "*en*

⁴⁰ Si trattava di una soluzione già prospettata da due dei comitati che, in passato si erano occupati di proporre revisioni complessive della Costituzione: il Comitato Vedel ed il Comitato Balladur, il quale ultimo aveva proposto di rinviare ad una legge organica la definizione dei presupposti per l'attivazione dell'*état de urgence*. Come è noto la *loi organique* richiede un *iter* ed una maggioranza particolari per la sua approvazione, e comporta il controllo di costituzionalità preventivo da parte del Consiglio costituzionale. La scelta del legislatore del 2015 è stata invece quella di continuare a disciplinare la materia con legge ordinaria, evitando così il controllo preventivo di costituzionalità.

⁴¹ P. CASSIA, *Révision constitutionnelle: quand le président de la République perd la fa(r)ce*, in *Medipart.fr*, 30 marzo 2016.

⁴² La legge di revisione costituzionale ha trovato una forte opposizione soprattutto su un aspetto particolare che era stato associato alla riforma dell'art. 36 e fortemente sostenuto dall'amministrazione Hollande; si trattava di un punto politico di particolare delicatezza: quello della introduzione in costituzione della possibilità di dichiarare la decadenza dalla cittadinanza per i cittadini francesi (dotati anche di un'altra cittadinanza) che fossero stati definitivamente condannati per un reato che costituisce u attentato agli interessi fondamentali della nazione o per un reato che costituisce un atto di terrorismo.

⁴³ Per una prima ricostruzione delle scelte normative francesi, cfr. D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione di un nuovo stato di urgenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2020, 2 giugno 2020, nonché F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza in Francia e Spagna*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020.

dehors de toute délégation législative” (in relazione alla sua competenza di *police administrative générale*⁴⁴), in capo al Ministro della salute e dei prefetti in caso di minaccia di epidemia (dunque in relazione ad una competenza di *police administrative spéciale*)⁴⁵, così come poteri di carattere ancora emergenziale riconosciuti in capo ai sindaci⁴⁶. Ed in effetti, la primissima reazione normativa e provvedimentale alle iniziali notizie di diffusione dell’epidemia di Covid-19 nei mesi di febbraio e marzo 2020 è stata canalizzata essenzialmente nei poteri emergenziali di *police administrative* del Ministero della Salute, dei prefetti e dei sindaci, peraltro con significative incertezze – rilevate anche dalla dottrina⁴⁷ – in ordine alla base legale di volta in volta effettivamente utilizzata, e se si trattasse di utilizzare poteri di *police administrative générale* o *spéciale*⁴⁸, e infine sui rispettivi rapporti fra i poteri esercitati a vario titolo dai soggetti istituzionali coinvolti⁴⁹. In generale, si è fatto riferimento alla citata impostazione pretoria delle *circonstances exceptionnelles* per giustificare una amplificazione dei poteri delle varie amministrazioni coinvolte, fra cui soprattutto quella del Primo Ministro.

Con l’emergere della effettiva portata dell’epidemia in corso – anche in relazione agli sviluppi della situazione sanitaria intervenuti in altri paesi, fra cui ovviamente l’Italia- il governo francese ha dapprima adottato una sorta di stato di urgenza sanitaria *ante litteram*, mediante il ricorso ad un decreto di portata fortemente limitativa di molte libertà⁵⁰, che è stato ritenuto addirittura *illegale* da una parte della dottrina⁵¹, ma che il Consiglio di Stato ha giustificato di nuovo in relazione al combinato dei poteri governativi di *police administrative générale* e delle *circonstances exceptionnelles*⁵². Ma si è ben presto manifestata

⁴⁴ Questa competenza ha una origine essenzialmente giurisprudenziale, riconducibile alla giurisprudenza “*Labonne*” (Conseil d’État, 8 août 1919).

⁴⁵ In questo senso l’art. L. 3131-1 del *Code de la santé publique*.

⁴⁶ Sulla base soprattutto degli artt. L. 2212-2 e L. 2215-1 del *Code général des collectivités territoriales*.

⁴⁷ D. ROMAN, *Coronavirus: des libertés en quarantaine?*, in *La Semaine Juridique*, n. 13, 2020, p. 623.

⁴⁸ Cfr. V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d’argile. Les fondements juridiques fragiles de l’urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l’homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 29 marzo 2020.

⁴⁹ In diverse occasioni misure locali hanno avuto contenuti più rigorosi, e maggiormente limitativi delle libertà, rispetto alle misure nazionali: cfr. C. MARLIAC, *Quelques réflexions à propos de l’ordonnance du 31 mars 2020, Préfet du Calvados. L’urgence sanitaire appréciée au niveau local*, in in *La Revue des droits de l’homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 8 aprile 2020.

⁵⁰ Décret 2020-260 du 16 mars 2020.

⁵¹ J. BOUDON, *De quelques problèmes juridiques et politiques dans les circonstances actuelles*, in *Le club des juristes* [leclubdesjuristes.com], 3 aprile 2020, ID., *Note complémentaire sur l’illegalité du décret n. 2020-260 du 16 mars*, ivi, 7 aprile 2020.

⁵² Sulla *ordonnance de référé* del Consiglio di Stato del 22 marzo 2020, cfr. J. DE GLINIASTY, *La gestion de la pandémie devant le Conseil d’État à la aune de l’ordonnance de référé du 22 mars 2020*, in *La Revue des droits de l’homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 1

l'inadeguatezza del quadro normativo esistente⁵³, e quindi la necessità di fornire alle misure adottate nella prima fase dell'emergenza – soprattutto al decreto del Primo ministro del 16 marzo 2020 - una base giuridica più solida⁵⁴.

Anche in questa occasione, però, non si è fatto ricorso ad alcuna delle clausole emergenziali previste dalla Costituzione. In particolare, non è stato ritenuto necessario od opportuno attivare l'art. 16⁵⁵, verosimilmente per valutazioni di proporzionalità rispetto alla situazione da affrontare, e forse soprattutto per una effettiva carenza dei presupposti previsti dalla disposizione (in particolare, il “blocco” di funzionamento delle istituzioni repubblicane)⁵⁶. Ed anzi, la reazione all'epidemia di Covid-19 ha riproposto la riflessione di una parte della dottrina sulla inadeguatezza delle attuali clausole costituzionali a garantire una base giuridica precisa agli stati di emergenza “civili”⁵⁷: riflessione, che, come si è visto, era stata sposata dal Presidente Hollande nel 2015 e stava per tradursi in una riforma costituzionale poi fallita.

La scelta non è stata nemmeno quella di applicare alla emergenza in atto la legge del 1955 sull'*état d'urgence*, più volte modificata nel tempo per adattarne i presupposti ed i contenuti alle varie situazioni di emergenza in cui si era

giugno 2020. La pronuncia è peraltro intervenuta in un contesto relativamente paradossale: mentre normalmente il ricorso al giudice amministrativo con il sistema del *référé-liberté* introdotto nel 2000 viene utilizzato per censurare misure dei pubblici poteri lesive (nel senso di limitative) delle libertà – ed in quest'ottica il sistema del *référé-liberté* è divenuto il meccanismo principe del controllo giurisdizionale anche degli stati di urgenza e di eccezione – nel caso di specie il ricorso introduttivo lamentava che il citato decreto del Primo Ministro del 16 marzo 2020 non aveva abbastanza imitato vari tipi di libertà; si chiedeva quindi al giudice amministrativo che ordinasse il confinamento totale della popolazione.

⁵³ Conviene con l'idea di una insufficienza della normativa esistente per affrontare l'emergenza sanitaria J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, in *AJDA*, 2020, n. 15, p. 833 e ss; con accenti diversi (e più critici) V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile*, cit., p. 3.

⁵⁴ S. RENARD, *L'état d'urgence sanitaire: droit d'exception ed exception au droit*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* [revuedlf.com], 2020, n. 13.

⁵⁵ Il ricorso all'*état de siège* ex art. 36 era effettivamente improponibile, stanti i presupposti che la legge prevede per la sua dichiarazione, completamente estranei ad una emergenza del tipo sanitario ed epidemico come quella affrontata nel 2020. Va però detto che la retorica “guerresca” della comunicazione soprattutto presidenziale sulla crisi sanitaria ha secondo alcuni avuto la funzione di evocare l'idea “*mais l'idée seulement*” dello stato d'assedio: cfr. M. ALTWEGG-BOUSSAC, *La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 2020, 10 aprile 2020, p. 2.

⁵⁶ Su questi aspetti, O. BEAUD, *La suprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du 2nd tour des élections municipales*, in *Jus Politicum blog* [blog.juspoliticum.com], 23 marzo 2020, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les régimes de crises à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionnelles*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* [revuedlf.com], 2020, n. 20.

⁵⁷ Ad es. P. BLACHER – J.-E. GICQUEL, *Pour gérer des crises comme celle du coronavirus, il faut modifier notre Constitution*, in *Huffingtonpost.fr*, 17 marzo 2020, hanno riproposto la costituzionalizzazione di un regime civile di eccezione. Analogamente J. P. DEROSIER, *Pour un état d'urgence constitutionnalisés*, in *La Constitution décodée* [constitutiodecodee.fr], 20 aprile 2020 ritiene che la Costituzione debba offrire un fondamento agli stati di crisi ed agli stati di eccezione non per facilitarli, ma per inquadrali.

deciso di applicarla⁵⁸, verosimilmente per l'impronta eccessivamente "securitaria" che tale legge aveva sempre avuto, ma che si era particolarmente accentuata all'epoca della sua applicazione (e delle numerose modifiche su di essa intervenute) nel periodo 2015-2017.

Si è quindi optato per introdurre – a fianco di numerose norme speciali e temporanee *ad hoc* per l'emergenza in corso⁵⁹ - un nuovo regime d'eccezione, l'*état d'urgence sanitaire*, basandosi essenzialmente sul carattere inedito della crisi sanitaria in atto e sulla idea che l'*état d'urgence* "securitario" (quello della legge del 1955) fosse inadatto alla gestione di una crisi di questo nuovo tipo⁶⁰.

L'operazione è stata compiuta mediante la velocissima approvazione da parte del Parlamento di un "pacchetto" di leggi, la più rilevante delle quali, per quello che qui interessa, è la legge 2020-290 del 23 marzo 2020⁶¹. Una legge

⁵⁸ Come osserva X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Éloge d'un état d'urgence sanitaire en "co-construction"*; CSP, art. L. 3131-13 et s., in *La Semaine Juridique*, 18 maggio 2020, in linea di principio non sarebbe stato irragionevole comprendere l'epidemia in atto fra gli "avvenimenti che presentano, per la loro natura e per la loro gravità, il carattere della calamità pubblica", cioè uno dei presupposti dell'applicazione della legge del 1955. In effetti, già P. RRAPI, *Changements climatiques et urgence environnementale, l'hypothèse de l'état d'urgence écologique*, in J.-L. HALPÉRIN - S. HENNETTE VAUCHEZ - É. MILLARD (a cura di.), *L'état d'urgence: de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, pp. 181-195 aveva indicato come il termine "calamité" potesse attrarre anche emergenze profondamente diverse rispetto a quelle strettamente securitarie. V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile*, cit., p. 4-5 è ancora più netto nel ritenere la scelta di creare un nuovo stato di emergenza come semplicemente significativa della incapacità dello Stato di individuare modi di reazione all'emergenza alternativi alla severa imitazione delle libertà ed alla concentrazione dei poteri in capo al governo.

⁵⁹ Come nota A. LEVADE, *État d'urgence sanitaire: à nouveau peril, nouveau régime d'exception*, in *La Semaine Juridique*, 2020, n. 13, p. 613, la normativa in commento è divisa fra l'idea di creare una nuova ipotesi di stato di eccezione valevole per il futuro, e la disciplina diretta ed immediata della gestione dell'epidemia di Covid-19.

⁶⁰ Molto critico su questa scelta, fra gli altri, G. BLYGH, *Quelle est la fonction de la loi sur l'état d'urgence sanitaire?*, in *Jus Politicum blog* [blog.juspoliticum.com], 3 giugno 2020. Cfr., altresì O. BEAUD - C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?*, in *Recueil Dalloz*, 30 avril 2020, p. 3-4.

⁶¹ Di un certo interesse – anche se non centrale per il discorso sulle fonti – è anche la legge organica 2020-365, con la quale sono stati sospesi per tre mesi i termini di rimessione delle questioni prioritarie di costituzionalità dai giudici-filtro al Consiglio costituzionale, nonché i termini di decisione del Consiglio stesso. La questione è arrivata ovviamente davanti al Consiglio costituzionale (in via di controllo preventivo trattandosi di *loi organique*), che si è dovuto pronunciare, fra l'altro, sulla violazione evidente dell'art. 46 della costituzione, che prevede un termine di 15 giorni fra la presentazione del disegno di legge organica e la sua discussione in Parlamento: nel caso di specie era invece trascorso solo un giorno. Il Consiglio costituzionale ha giustificato tale evidente *vulnus* ad una disposizione costituzionale molto precisa mediante un passaggio molto rapido (e forse assertivo) della decisione 2020-799 del 26 marzo 2020, con il quale ha dato atto che "*compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution*". Ha suscitato forti perplessità in dottrina il riferimento alle "circostanze particolari" che consentirebbero di derogare ad una norma costituzionale procedimentale: è stato interpretato come un'eco della citata teoria delle "circostanze eccezionali" di ascendenza pretoria amministrativa, ma con la non piccola differenza che in questo caso il riferimento alla particolarità delle circostanze di fatto implica una deroga alla Costituzione, e non una semplice amplificazione delle

ordinaria, non organica (come forse sarebbe stato opportuno): in questo modo il Governo ha evitato le strettoie procedurali della *loi organique* e il controllo di costituzionalità preventivo obbligatorio; d'altra parte, lo stesso Parlamento – e le forze politiche, specialmente quelle di minoranza, che vi sono rappresentate – così come (ovviamente) il Presidente della Repubblica ed il Primo Ministro, hanno rinunciato alla propria prerogativa di *saisine* della legge al Consiglio costituzionale, proseguendo quella interpretazione del ricorso allo stato di urgenza come *union sacrée* (evocante una unità delle forze politiche in vista della salvezza della Nazione di fronte ad una sfida esterna inesorabile) che aveva fortemente caratterizzato la comunicazione e l'azione politica nel periodo 2015-2017⁶², e che è stata sostanzialmente riproposta sul piano retorico anche dal Presidente Macron e dal Primo ministro Philippe nel corso del (fulmineo) passaggio parlamentare della legge del marzo 2020⁶³.

Con la legge in commento – oltre a prevedere misure specificamente dirette contro l'attuale epidemia di Covid-19 autorizzando (fra l'altro) il Governo a legiferare per ordinanza ai sensi dell'art. 38 Cost. in un numero elevatissimo di campi normalmente attribuiti al *domaine de la loi*⁶⁴ - è stato dunque introdotto

competenze di certi organi amministrativi. Su tale vicenda, sulla quale non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente, cfr. P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta on line* [giurcost.org], 2020, I, 17 aprile 2020, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n. 2020-799 CDDC du 26 mars 2020*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 13 aprile 2020, P. CASSIA, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, in *Mediapart.fr*, 27 marzo 2020

⁶² O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit. p. 135 e ss., ripercorrono i passaggi che avevano portato le Camere, nel 2015, a non attivare la *saisine* parlamentare e quindi rimettere la questione al Consiglio costituzionale. In particolare, viene messa in rilievo la posizione dell'allora Primo ministro Valls, che qualificò pubblicamente il ricorso al Consiglio costituzionale come un "risque constitutionnel". Sul punto, cfr. anche M. CAVINO, *Securité, égalité, fraternité*, cit., p. 828.

⁶³ J.P. DEROSIER, *Du calme!*, in *La Constitution décodée* [constitutiondecodee.fr], 12 maggio 2020 segnala l'eccezionale velocità di intervento degli organi costituzionali, e specialmente l'estrema compressione dei lavori parlamentari.

⁶⁴ Tali amplissimi campi di intervento sono indicati nell'art. 11 della Legge 2020-290. La possibilità conferita al Governo di operare con ordinanza si è peraltro – per così dire – colorata di un nuovo interesse alla luce della recentissima sentenza del Consiglio costituzionale n. 2020-843 QPC del 28 maggio 2020 del Consiglio costituzionale. In tale pronuncia, introducendo un principio dichiaratamente nuovo, infatti, il Consiglio costituzionale ha stabilito che con riferimento alle ordinanze ex art. 38 – che sono pacificamente atti amministrativi suscettibili di impugnazione davanti al giudice amministrativo – se solo si verifica la condizione (di fatto puramente formale) che il Consiglio dei Ministri abbia depositato in una Camera il progetto di legge di ratifica nel termine fissato dalla legge di abilitazione, le disposizioni dell'ordinanza non ratificata che vertono su materie che la Costituzione riserva al legislatore acquisiscano la natura di disposizioni allo spirare del termine dell'abilitazione (perché successivamente possono essere modificate solo dalla legge). Sul tema, criticamente, P. CASSIA, *En République française, le gouvernement légifère*, in *Mediapart.fr*, 8 giugno 2020 e, sotto un diverso angolo visuale, T. CARRÈRE, *La guerre des ordonnances aura-t-elle lieu ? À propos de la décision du conseil constitutionnel n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020*, in *Jus Politicum blog* [blog.juspoliticum.com], 8 giugno 2020.

un nuovo *état d'urgence sanitaire* cui ricorrere in caso di “*catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature e sa gravité, la santé de la population*” (definizione di per sé non particolarmente chiara e non priva di ambiguità⁶⁵); esso segue – come schema generale – le linee dell'*état d'urgence “securitaire”*: è dichiarato dal Consiglio dei Ministri, ha una durata predefinita, e un suo prolungamento può essere deciso solo con legge dal Parlamento; esso comporta la possibilità per il Primo Ministro di adottare per decreto misure restrittive delle libertà in un campo molto vasto, normalmente attribuito al legislatore.

Vi sono però subito alcune importanti differenze. Innanzitutto, il nuovo stato di emergenza sanitaria può avere una durata di trenta giorni (anziché dodici) prima di dover essere eventualmente prorogato: quindi la concentrazione di poteri in capo all'esecutivo senza passaggi parlamentari ha una durata sensibilmente più lunga⁶⁶; è interessante notare come la stessa legge che, in generale e per il futuro, indicava in trenta giorni tale termine, ha stabilito direttamente in *due mesi* (dall'entrata in vigore della legge) la durata dell'attuale stato di emergenza sanitaria (anche stavolta, senza particolari motivazioni o dibattito); una sorta di doppia immediata deroga ad una legge, nel momento stesso in cui essa è stata elaborata: una deroga alla durata iniziale dell'*état d'urgence* e – di fatto – anche una deroga alla individuazione del soggetto che ne verifica i presupposti di ricorrenza (che nel caso dell'emergenza sanitaria del 2020 è – apparentemente - lo stesso Parlamento con la legge, mentre abbiamo visto che essa era stata preceduta da varie iniziative normative governative, ministeriali, prefettizie e dei sindaci che avevano di fatto aperto uno stato generale di urgenza senza che esso fosse stato dichiarato in alcuna forma, e che necessitava di una “copertura” legislativa). Ovviamente, l'assenza di una disposizione

⁶⁵ A. GELBLAT – L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tout les états?*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 20 aprile 2020, notano come nel corso dei lavori parlamentari la definizione della situazione che può originare lo stato di emergenza sanitaria sia stata discussa in relazione alla sua eccessiva ampiezza (tale, astrattamente, da potervi ricomprendere anche ...l'influenza stagionale), ed anche in relazione alla difficoltà nel distinguere la “catastrofe” (che attiva i poteri eccezionali del Primo ministro dalla “minaccia” sanitaria, che invece, sulla base del Code de santé publique, giustifica un intervento emergenziale ministeriale. V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile*, cit., p. 4 osserva che la scelta di creare un nuovo stato emergenziale avrebbe potuto essere l'occasione per fissarne i presupposti in modo più chiaro rispetto alle debolezze definitorie dell'*état d'urgence* nella legge del 1955, più volte criticate in dottrina; ma esprime anche delusione per l'eccessiva ampiezza utilizzata, anche stavolta, dal legislatore nel definire il perimetro applicativo delle nuove disposizioni. Molto critico su un dispositivo emergenziale definito “perenne” anche P. CASSIA, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, in *Mediapart.fr*, 23 marzo 2020.

⁶⁶ La scelta per un termine più che doppio rispetto a quello previsto per l'*état d'urgence “securitaire”* è stato giustificato dal Consiglio di Stato, nel suo parere sul disegno di legge che sarebbe divenuto la legge 2020-290, con un riferimento – invero un po' vago - alla “*nature d'une catastrophe sanitaire*”. Secondo J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, cit., 836, invece, il termine di trenta giorni non deriverebbe da alcuna riflessione o dibattito seri.

costituzionale legittimante ha reso di fatto possibile questa curiosa operazione, con la quale nell'atto stesso di indicare il soggetto legittimato alla dichiarazione dell'*état d'urgence* ed il termine generale di durata di tale stato, la stessa legge lo smentisce con riferimento alla situazione in atto.

In secondo luogo, la dichiarazione dello stato di urgenza sanitario deve essere fatta sulla base di un rapporto del ministro della salute e dei dati scientifici relativi alla situazione sanitaria, che sono resi pubblici. La pubblicità dei dati scientifici dovrebbe quindi costituire una sorta di giustificazione esterna alla scelta politica di adottare le misure restrittive, basata su un bilanciamento fra potere pubblico e potere scientifico⁶⁷: ovviamente, sul punto potrà aprirsi un dibattito sulla qualità dei dati, sulla loro selezione, sulla loro provenienza (anche perché in quel momento – quello della dichiarazione dell'*état d'urgence* – non esiste ancora un organo scientifico “ufficiale” a supporto delle scelte politiche del governo, anche se l'ordinamento francese contempla numerosi organi scientifici consultivi che potrebbero svolgere questa funzione utilmente).

Tale dialettica deve anche riproporsi al momento in cui il Parlamento è chiamato a prolungare la durata dello stato di emergenza sanitaria: cosa che può fare su parere del comitato scientifico la cui costituzione è prevista dalla legge stessa e che svolge un ruolo consultivo rispetto all'attività del governo (e del Parlamento) nell'attuazione delle misure legate allo stato emergenziale⁶⁸. Questo schema pone importanti questioni in ordine all'ordine di priorità da dare alla scelta politica rispetto all'opinione scientifica (o alle opinioni scientifiche, al plurale), cioè alla possibilità, o anche solo alla capacità politica del Parlamento di porre una propria decisione contro il parere del comitato. È un tema che sta emergendo in modo significativo anche in Italia, dove il ruolo del comitato tecnico scientifico è senz'altro più sfumato e meno “istituzionalizzato” – e meno pubblico - che in Francia. Nella dottrina francese è stato rilevato che questa dialettica è in concreto condizionata dalla stessa composizione del comitato, che è largamente dominata da scelte provenienti dall'esecutivo⁶⁹, e viene quindi riproposto un problema di selezione politica delle fonti scientifiche cui fare riferimento, che può avere ovviamente un riflesso nell'avallare o meno talune opzioni di carattere politico rispetto ad altre.

⁶⁷ J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, cit., 836.

⁶⁸ Sul comitato tecnico-scientifico in Francia, e sulle differenze con l'analogo organo costituito in Italia, cfr G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, speciale issue 1/2020, p. 89 e ss.. Più in generale, sulle leggi science-driven, A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e covid-19. il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, *ivi*, p. 119 e ss.

⁶⁹ A. GELBLAT – L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tout les états?*, cit. 7, osservano come all'interno del comitato – pur essendovi due componenti nominati dai presidenti delle camere – la grande maggioranza dei membri sia nominata dal Governo, ed il presidente sia designato dal Presidente della Repubblica.

Infine, *but not least*, anche la qualità e la quantità delle misure restrittive disponibili per il governo è estremamente ampliata, potendo avere ad oggetto dieci campi materiali molto vasti – tipicamente di competenza legislativa secondo il riparto dell’art. 34 della Costituzione francese⁷⁰ - e potendo incidere in maniera estremamente pervasiva su vari tipi di libertà⁷¹ (tanto che vi è chi ha evocato una ampiezza non dissimile rispetto a quella astrattamente configurabile in caso di attivazione dell’art. 16 della Costituzione⁷², e più in generale una tendenza *hypercratique* delle istituzioni della V Repubblica messe alla prova della crisi sanitaria⁷³). Ed in effetti, l’autorizzazione legislativa ha consentito l’emissione di numerosissimi decreti ed ordinanze dell’esecutivo (particolarmente del Primo Ministro, ma anche del Ministro della Salute⁷⁴, per non parlare dei Prefetti⁷⁵), vertenti in tutti i campi autorizzati, non sempre peraltro caratterizzati da una tecnica normativa inappuntabile⁷⁶.

Un discorso a parte lo merita il ruolo del Parlamento in questo contesto emergenziale, soprattutto se si considera che le misure adottate dal ministro della sanità, dal Primo ministro, dai prefetti e dai sindaci nel primo mese di lotta contro il Covid-19 sono state completamente prive di un ruolo significativo del Parlamento, ispirate com’erano a presupposti emergenziali generali o speciali, o addirittura alla teoria delle circostanze eccezionali (che importa per

⁷⁰ Come è noto l’art. 34 della Costituzione francese prevede una serie di materie che rientrano nel *domaine de la loi*, mentre l’art. 37 prevede che le altre materie hanno “carattere regolamentare”: cfr. F. HAMON – M. TROPER, *Droit constitutionnel*, cit., p. 737 e ss.

⁷¹ P. WACHSMANN, *Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19*, in *La Semaine Juridique*, 18 maggio 2020.

⁷² A. SEE, *Les libertés économiques en période de crise sanitaire: un premier état des lieux*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* [revuedlf.com], 2020, n. 21.

⁷³ T. MULIER, *La crise du covid-19, reflet des anomalies du fonctionnement de la Ve République*, in *Jus Publicum blog* [blog.juspublicum.com], 11 giugno 2020, che mutua l’espressione “ipercrizia” (da intendersi come verticalizzazione abusiva del potere) da J. FREUND, *Le nouvel âge. Éléments pour la théorie de la démocratie et de la paix*, Éd. Marcel Rivière, 1970, p. 124-125

⁷⁴ Il Ministro della salute è abilitato dalla legge 2020-290 a prendere ogni misura regolamentare relativa all’organizzazione ed al funzionamento del dispositivo di salute.

⁷⁵ La legge 2020-290 attribuisce ai rappresentanti dello Stato nei dipartimenti il potere di prendere ogni misure generale o individuale di applicazione delle disposizioni primoministeriali o del Ministro della salute. Sull’operato dei Prefetti, cfr. M. BOULESTREAU – V. CARO – E. DANTAN – Y. FERNANDEZ – S. GASSE – C. GOURZONES – F. LANGE – V. LOUIS – A. PAWLITSKY – L. PEZRON, *Les mesures locales d’aggravation de l’état d’urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l’homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 29 aprile 2020.

⁷⁶ H. MOYSAN, *La législation de crise, miroir grossissant de la crise de la législation (una analyse légistique de la législation relative au Covid-19)*, in *Le club des juristes* [leclubdesjuristes.com], 4 maggio 2020 rileva come la legislazione della crisi sanitaria, dal punto di vista della legistica, sia affetta da problemi che affliggono la produzione normativa comune recente e che comportano una degradazione della qualità dei testi normativi. L’autore cita soprattutto l’eccesso di dettaglio, l’inintelligibilità, la precarietà/instabilità, gli errori formali, in certi casi la stessa inaccessibilità della legge.

sua stessa natura l'emarginazione del controllo parlamentare in favore di un'immediata attività delle autorità amministrative).

Nel contesto della legge sull'*état d'urgence* del 1955 ed in occasione dei vari prolungamenti dello stato di emergenza dichiarato nel novembre 2015 erano state inserite alcune modalità di controllo parlamentare rinforzato: le due camere devono essere informate senza ritardo delle misure prese dal Governo durante lo stato di emergenza; le autorità amministrative devono trasmettere alle camere senza ritardo copia di tutti gli atti adottati in applicazione della legge sullo stato di emergenza; ed infine le camere possono richiedere ogni informazione complementare nel quadro del controllo e della valutazione di tali misure⁷⁷. Nella prima versione del progetto di legge presentato dal governo nel quadro dell'emergenza sanitaria del 2020, il controllo parlamentare era stato di fatto pretermesso, creando una significativa "asimmetria" fra il nuovo stato di emergenza sanitaria e l'*état d'urgence* che ne costituiva il modello. Questa omissione – avallata peraltro dal Consiglio di Stato nel suo parere preliminare sul disegno di legge, con una argomentazione che aveva destato forti perplessità in dottrina⁷⁸ – è stata praticamente l'unico oggetto del brevissimo dibattito parlamentare che ha portato alla approvazione della legge 2020-290, ed ha portato alla introduzione della disposizione per cui "*l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures*"⁷⁹.

⁷⁷ Sul punto, cfr. M. ALTWEGG-BOUSSAC, *La fin des apparences*, cit., p. 2, nonché O. BEAUD – C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence*, cit., p. 129 e ss.

⁷⁸ Secondo il Consiglio di Stato (avis n. 399873 del 18 marzo 2020), la previsione che impone al Governo la trasmissione di informazioni relative alla applicazione dello stato di emergenza sanitaria costituirebbe una "*injonction*" del Parlamento al Governo al di fuori della competenza della legge. Il ragionamento, quindi, è condotto sul filo del problema del riparto delle competenze normative fra i due organi, e non invece sul piano del potere di controllo parlamentare sull'operato dell'esecutivo. Il Consiglio costituzionale nella decisione 2020-800 DC dell'11 maggio 2020 sulla legge di prolungamento dell'*état d'urgence sanitaire* ha evocato esplicitamente il principio della separazione dei poteri con convenire con il Consiglio di Stato sulla incostituzionalità della disposizione che prevedeva la trasmissione informativa automatica al Parlamento delle misure relative al trattamento dei dati sanitari in stato di emergenza. Molto critica, su questi aspetti, M. ALTWEGG-BOUSSAC, «*Un mal qui répand la terreur*»: *l'information du Parlement*, in *Jus Publicum blog* [blog.juspublicum.com], 18 maggio 2020, che critica la riproposizione della teoria del divieto di "*injonction*" dal Parlamento al Governo, tipico – secondo l'autrice – della ossessione della V Repubblica per la razionalizzazione del parlamentarismo, e stigmatizza una giurisprudenza del Consiglio costituzionale basata su una "*conception de la séparation des pouvoirs conçue pour blinder l'autonomie de l'exécutif*". Da un diverso punto di vista (quella della sottrazione delle ordinanze di questo tipo alla giurisdizione del Consiglio di Stato una volta acquisita la "nature legislative"), cfr. J. P. DEROSIER, *Le Conseil d'État dépossédé*, in *La Constitution décodée* [constitutiondecodee.fr], 4 giugno 2020.

⁷⁹ Art. L. 3131-13 del Code de Santé publique.

Sulla base di questa formulazione, dunque, secondo una prima lettura che emerge chiaramente dagli atti parlamentari⁸⁰, è stato istituito un controllo parlamentare più debole – o comunque meno rinforzato – rispetto a quello previsto per l'*état d'urgence* “securitario”. Le Camere, infatti, hanno titolo ad essere informato solo delle misure strettamente legate all'*état d'urgence sanitaire*, e non invece sulle numerose ed ampie misure di urgenza economica e complementari che la stessa legge prevede con specifico riferimento all'emergenza Covid-19, e che – lo si è accennato – sono previste dalla legge ma su un piano diverso dalla dichiarazione generale dell'emergenza sanitaria⁸¹. Inoltre non è più prevista la trasmissione da parte delle amministrazioni alle Camere dei provvedimenti adottati sulla base della legge: scelta, questa, discutibilmente giustificata dal Governo con riferimento all'esigenza di non “ingorgare” il Parlamento.

Nei fatti, l'Assemblea nazionale ha inizialmente creato una missione di informazione⁸² “sull'impatto, la gestione, e le conseguenze in tutte le dimensioni dell'epidemia di Coronavirus-COVID19; successivamente, all'indomani della legge di prolungamento dello stato di emergenza (sulla quale *infra*) il Senato ha optato per l'istituzione di una commissione d'inchiesta, ed anche l'Assemblea nazionale ha finito per seguire una strada non dissimile⁸³. È interessante notare come anche il Governo abbia in animo di istituire una ulteriore commissione di inchiesta “indipendente” sui medesimi temi: circostanza, questa, che ha sollevato forti perplessità sul ruolo del Parlamento nello svolgimento delle funzioni di controllo sull'attività del Governo, e sulla creazione di ulteriori sedi di verifica che sfuggono alla dialettica politica Parlamento/Governo,

⁸⁰ M. ALTWEGG-BOUSSAC, *La fin des apparences*, cit., p. 2

⁸¹ Sulle quali ovviamente potrà essere svolto un controllo parlamentare, ma non il controllo “rinforzato” di cui si va discorrendo, ma invece il controllo “classico” con gli ordinari strumenti del diritto parlamentare.

⁸² Composta peraltro al massimo livello: il presidente dell'Assemblea nazionale, i presidenti delle commissioni permanenti, oltre a deputati nominati proporzionalmente ai gruppi. Sulle oggettive perplessità sulla composizione della missione (nonché sulla scelta di nominare relatore il Presidente dell'Assemblea nazionale e correlatori i presidenti delle commissioni – tutti, tranne uno, appartenenti alla maggioranza parlamentare), cfr. A. GELBAT – L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tout ses états?*, cit., p. 11-12, i quali illustrano come al Senato si è inizialmente preferito affidare alle singole commissioni la funzione di controllo, salva la scelta della *commission des lois* di istituire al proprio interno una *mission de suivi et de contrôle* (più compatta rispetto alla missione della camera bassa) e che sembra avere inteso la propria funzione nel senso di un controllo più approfondito e non limitato ai provvedimenti *stricto sensu* emergenziali.

⁸³ Nel caso dell'Assemblea nazionale, si è in realtà proceduto conferendo i poteri di una commissione di inchiesta alla missione di informazione precedentemente creata. Cfr. E. LEMAIRE, *Contrôle parlementaire de la crise sanitaire: interrogations autour de l'attribution des pouvoirs d'enquête à la mission d'information sur l'épidémie de coronavirus à l'Assemblée nationale*, in *Jus Publicum blog* [blog.juspublicum.com], 18 giugno 2020.

operando sostanzialmente – anche se con uno *status* indipendente – nella stessa area governativa oggetto di controllo⁸⁴.

Il Parlamento è poi intervenuto per prorogare l'*état d'urgence sanitaire* fino al 10 luglio 2020 con la legge 2020-546 dell'11 maggio 2020, con la quale ha altresì effettuato alcune modifiche a taluni aspetti regolati dalla legge 2020-290, ed ha istituito un sistema informatico dedicato al contrasto dell'epidemia di Covid-19.

Questa legge è interessante anche perché, diversamente dalla legge 2020-290, è stata sottoposta al controllo di costituzionalità su richiesta sia del Presidente della Repubblica, sia del Presidente del Senato, sia infine da sessanta senatori e sessanta deputati, cioè tutti i soggetti intitolati a chiedere l'intervento preventivo del *Conseil constitutionnel* ai sensi dell'art. 61 comma 2 della Costituzione (eccezion fatta per il Primo Ministro e per il Presidente dell'Assemblea nazionale). Il Consiglio costituzionale si è dunque finalmente espresso sull'*état d'urgence sanitaire*, come era stato richiesto da parte della dottrina anche all'epoca della legge 2020-290⁸⁵, anche in relazione alla difficoltà tecnica di far pervenire al Consiglio costituzionale una questione prioritaria di costituzionalità (stante anche la citata sospensione dei termini per questo tipo di questione)⁸⁶.

Con la decisione 2020-800 DC⁸⁷ dell'11 maggio 2020⁸⁸ il Consiglio costituzionale – per quello che qui interessa con riferimento al sistema delle fonti⁸⁹ -

⁸⁴ S. BARBARIT, *Covid-19 : la commission d'enquête du Sénat ira chercher « la petite bête »*, in *publicsenat.fr*, 8 giugno 2020.

⁸⁵ J.P. DEROSIER, *Que le Conseil constitutionnel soit saisi!*, in *La Constitution decodée* [constitutiondecodée.fr], 21 marzo 2020.

⁸⁶ V. SIZAIRE, *Consolidation du domaine de la liberté. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n. 2020-800 DC du 11 mai 2020*, in *La Revue des droits de l'homme – Actualité Droits-Libertés* [journals.openedition.org/revdh/], 28 maggio 2020.

⁸⁷ Sulla quale V. SIZAIRE, *Consolidation du domaine de la liberté*, cit.; O. DORD, *Covid19 et Constitution: la loi prorogant l'état d'urgence sanitaire devant le Conseil constitutionnel*, in *Le club des juristes* [leclubdesjuristes.com], 27 maggio 2020. J.- É. GICQUEL, *La loi du 11 mai 2020 validée en urgence par le Conseil constitutionnel*, in *La Gazette du Palais*, 2 giugno 2020, n° 20, p. 3, P. Rrapi, *Le Préambule de la Constitution de 1946, fondement constitutionnel de l'état d'urgence*, in *La Revue des droits de l'homme - Actualités Droits-Libertés (Lettres)* [journals.openedition.org/revdh/7616], 8 giugno 2020, p. 9 p.

⁸⁸ Pare interessante osservare che la decisione è stata presa dal Consiglio costituzionale in tempi veramente brevissimi, anche rispetto alla procedura di urgenza di cui all'art. 61 comma 3 della Costituzione (che prevede un termine di otto giorni, contro i trenta ordinari). La *saïsine* del Presidente della Repubblica e quella del Presidente del Senato sono state trasmesse il 9 maggio, quelle parlamentari entrambe il 10 maggio; il Consiglio si è espresso l'11 maggio, quindi meno di ventiquattro ore dopo avere ricevuto l'ultimo ricorso parlamentare!

⁸⁹ In effetti la pronuncia ha anche un interesse relativo al regime delle libertà in stato di emergenza sanitaria, prevedendo l'incostituzionalità, o sottoponendo a riserve interpretative alcune delle disposizioni della legge. Su tali aspetti si deve rinviare a V. SIZAIRE, *Consolidation du domaine de la liberté*, cit. passim.

ha fatto riferimento al Preambolo della Costituzione del 1946 secondo il quale la Nazione “*garantit à tous [...] la protection de la santé*”, e ne ha fatto derivare che la protezione della salute sia un obiettivo di valore costituzionale. Ciò premesso, la decisione ha preso le mosse dalla risalente giurisprudenza sull’*état d’urgence*⁹⁰ per ribadire che la Costituzione non esclude la possibilità per il legislatore di prevedere un regime di stato di emergenza sanitaria, dato che è competenza propria del legislatore quella di conciliare l’obiettivo di valore costituzionale di tutela della salute con il rispetto dei diritti e delle libertà. Non sembra peraltro che il Consiglio costituzionale si sia spinto ad effettuare in concreto un test di adeguatezza/proporzionalità del bilanciamento di volta in volta effettuato dal legislatore, accontentandosi di fatto di avere individuato proprio in tale bilanciamento il fondamento del potere legislativo di fondazione di un nuovo stato di emergenza.

Infine, il 15 giugno 2020 il Primo Ministro ha presentato alle Camere un progetto di legge “*organisant la fin de l’état d’urgence sanitaire*”, nel quale peraltro si prevede di confermare in capo al Primo Ministro stesso – fino al 30 novembre 2020 - il potere di adottare decreti regolamentari con i quali “al solo fine di garantire la salute pubblica” venga disciplinata la circolazione delle persone e l’accesso ai mezzi di trasporto, possa essere ordinata la chiusura di luoghi aperti al pubblico e di luoghi di riunione, possa essere limitato il diritto di assembramento e di riunione. La dottrina ha già espresso perplessità significative su questo aspetto, che sostanzialmente attribuisce poteri eccezionali al Primo Ministro (alcuni dei poteri più emblematici fra quelli utilizzati nel periodo emergenziale⁹¹) dopo che è stata sancita la fine dello stato di emergenza sanitaria, ed in una situazione nella quale le recenti leggi “emergenziali” avevano già creato una competenza diversa⁹².

4. La lezione francese sul “rendimento” delle clausole costituzionali sull’emergenza. La garanzia costituzionale ed il rischio del “fucile di Čechov”

Dalla vicenda francese – quella del “doppio canale” costituzionale e legislativo di gestione dell’emergenza – si può desumere come un contesto in cui la Costituzione prevede espressamente clausole preposte ad organizzare la risposta normativa a stati di emergenza, non garantisca necessariamente che tal clausole

⁹⁰ Cfr. *supra*, note 36 e 37.

⁹¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *L’état d’urgence innomé*, in *liberation.fr*, 18 juin 2020

⁹² Come nota P. CASSIA, *L’état d’urgence sanitaire «bis» est-il conforme à la Constitution?*, in *Mediapart.fr*, 22 giugno 2020, il “prolungamento larvato” dell’*état d’urgence sanitaire* andrebbe in contraddizione con quanto stabilito dalla stessa legge 2020-290 con la quale è stata introdotto nel *Code de santé publique* una disposizione per cui il Ministro della salute (e non invece il Primo Ministro) può “prendre [...] mesures après la fin de l’état d’urgence sanitaire [...] afin d’assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire” (art. L. 3131-1). Su tali aspetti, cfr. X. BIOY, *Le régime de sortie de l’état d’urgence sanitaire*, in *Le club des juristes* [leclubdesjuristes.com], 15 giugno 2020.

vengano attivate in concreto al momento in cui la singola emergenza si manifesta.

In Francia si è preferita una faticosa – sul piano delle fonti – elaborazione di nuovi modelli legislativi di *état d'urgence*, che si sono via via arricchiti di contenuti a seconda delle emergenze che adavano ad affrontare, sino ad arrivare allo “sdoppiamento” fra *état d'urgence* (di radice sostanzialmente securitaria) e *état d'urgence sanitaire*.

È possibile che ciò dipenda dal tipo di clausole costituzionali di emergenza previste, che possono essere anacronistiche, troppo legate a vicende storiche che ne sono state l'origine, difficilmente attuabili sul piano politico/istituzionale, o anche chiaramente predisposte per emergenze di tipo diverso: è senz'altro il caso dell'art. 16 e dell'art. 36 della Costituzione francese.

Si può però rilevare come anche in ordinamenti in cui non solo vi sono clausole emergenziali in Costituzione, ma esse sono state anche attivate in occasione dell'epidemia di Covid-19 (come ad esempio in Spagna⁹³) il ricorso ai modelli costituzionali di stati d'emergenza non abbia lasciato i commentatori completamente soddisfatti del relativo “rendimento”, e che anche in quei contesti il diritto “emergenziale” tenda a trascinare dall'alveo costituzionale (che è poi sostanzialmente un alveo formale, e spesso estremamente esiguo) per incidere in modo forse discutibile sul sistema delle fonti oltre che sulla stessa forma di Stato e sulla forma di governo⁹⁴.

In definitiva, la risposta alla attuale emergenza sanitaria pone degli interrogativi anche rispetto all'effettivo funzionamento, in concreto, delle previsioni

⁹³ Come è noto, la Costituzione Spagnola prevede all'art. 116 gli stati di allarme, eccezione ed assedio (ordinati secondo un senso di politicità ascendente) e nell'art. 55 i casi in cui è possibile sospendere i diritti fondamentali e le libertà dei cittadini. Sui tre stati emergenziali, cfr. P. CRUZ VILLALON, *El nuevo derecho de excepcion (Ley organica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1981, p. 93 e ss., P. FERNANDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, *El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía*, in *Revista de derecho político*, 2020, p. 111 e ss. Il Governo ha dichiarato la prima di tali figure: lo stato di allarme (dichiarato con Real Decreto n. 463/2020, adottato dal Governo il 14 marzo 2020, oggetto di numerose modifiche e proroghe).

⁹⁴ Sulle problematiche emerse dalla dichiarazione dello stato di allarme (e non quello di eccezione) cfr. V. ALVAREZ GARCÍA, *El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, in *El Cronista*, 2020, n. 86-87, p. 6 e ss. (il quale elenca anche i vari poteri emergenziali settoriali attribuiti a varie autorità al di fuori della dichiarazione di uno degli stati di emergenza costituzionale costituzionalmente indicati; in Spagna il tema è reso particolarmente complesso dalla natura regionale dello stato e dai poteri attribuiti, anche in materia sanitaria, alle Comunità autonome), A. NOGUEIRA LOPEZ, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción*, ivi, p. 22 e ss., J. J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia de COVID-19*, Documento de opinion IEEE 43/2020, in *www.ieee.es*, 2020, 1 maggio 2020, M.A. PRESNO LINERA, *Coronavirus Sars-Cov-2, garantía de derechos fundamentales y límites a los mismos en el derecho español*, in *BioDiritto*, 2020, 19 marzo 2020, ID., *Crisis del Coronavirus y estado de alarma en España*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, p. 703 e ss., M. FUERTES, *Estado de excepción, no de alarma*, in *El Cronista – Diario del Derecho*, 20 aprile 2020.

costituzionali che prevedono a priori stati di eccezione – le quali peraltro sono spesso frutto di specifiche situazioni storiche e politiche. Sembra infatti che la imprevedibile specificità e singolarità della singola crisi eserciti su tali disposizioni una pressione tale per cui esse possono essere difficili da utilizzare in concreto, preferendo il ricorso a fonti di altro tipo e circondate da un assetto di garanzie di differente intensità.

Sembra confermarsi che le emergenze tendono ad acquisire “sul campo” un *proprio* diritto: ad ogni emergenza tende a corrispondere uno specifico stato di emergenza. Si tratta di una conseguenza abbastanza comprensibile, e derivante dalla irriducibile diversità fra una emergenza e l'altra, fra gli interessi coinvolti, la intensità della reazione giuridica necessaria ad affrontarla.

In questo senso, non sembra così automatico che una clausola costituzionale sull'emergenza, che si limitasse ad individuare le rispettive competenze fra gli organi costituzionali ed a tracciare un quadro generalissimo dei limiti della disciplina adattabile, sia di per sé in grado di frenare la tendenza ad affrontare le emergenze ciascuna per suo conto e mediante gli strumenti normativi di volta in volta ritenuti più utili (anche nel quadro dello sviluppo storico della forma di governo). Per parafrasare il Consiglio costituzionale nelle pronunce sopra citate, è difficile ritenere che l'esistenza di una clausola costituzionale sull'emergenza impedisca al legislatore (o meglio, al circuito governo/parlamento) di elaborare una normativa specifica per l'emergenza stessa, nel suo ruolo di individuazione del corretto bilanciamento fra creazione di strumenti di reazione e tutela dei diritti e delle libertà.

Se questo è vero (e sembra decisamente esserlo stato in Francia) forse l'esistenza di una dottrina dell'emergenza derivante dalla giurisprudenza costituzionale, ordinaria ed amministrativa – come esiste senz'altro in Italia - può fungere da parametro di rispetto del contesto costituzionale almeno quanto l'inserimento di una clausola in costituzione (che verosimilmente non potrebbe stabilire principi diversi da quelli oggetto della concrezione pretoria), e forse in modo addirittura più efficace.

Visto il problema da un altro punto di osservazione, l'inserimento di una clausola costituzionale di emergenza – se potrebbe non essere del tutto soddisfacente in punto di garanzia effettiva – potrebbe paradossalmente trasformarsi, in piena eterogenesi dei fini, in un'occasione di *facilitazione* del ricorso ai meccanismi emergenziali anche quando non vi sia (come invece mi pare vi sia nel caso del Coronavirus) un *idem sentire* politico in ordine alla necessità dell'intervento eccezionale⁹⁵.

⁹⁵ Si trattava di una preoccupazione che avevano espresso anche i costituenti italiani, come ricorda A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione*, cit., in questo numero della *Rivista*.

Per prendere spunto dalla frase attribuita ad Anton Čechov (che si riferiva alla struttura del racconto letterario)⁹⁶: se viene introdotto un fucile, prima o poi quel fucile sparerà.

⁹⁶ L'immagine čechoviana è riportata S. SHCHUKIN nei suoi *Memoirs* del 1911: “*se nel primo capitolo dici che c'è un fucile appeso al muro, nel secondo o terzo capitolo devi assolutamente farlo sparare. Se il fucile non viene usato, non dovrebbe neanche starsene lì appeso*”