

La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia

di *Claudia Sartoretti*

Abstract: The French response to the health emergency Covid-19: Rule of law and Constitution to the test of the pandemic – The French government, like all other governments in the world, found itself having to manage an unprecedented health emergency. In the face of the Covid-19 pandemic, the French government has chosen not to use the legal instruments with which the transalpine system is already equipped to manage emergencies (art.16 of the Constitution, state of emergency provided for by the law n. 55-385 or theory of exceptional circumstances developed by the Council of State). For the occasion, France has preferred to issue a special law (the law n. 2020-290) aimed at regulating an unprecedented legal figure: the state of health emergency. This choice has cost France many criticisms from publicist doctrine.

Keywords: Covid-19; State of Emergency; Rule of Law; Constitution; Right to Health.

1637

1. Introduzione. Emergenza da Covid 19, resilienza e nuove forme di equilibrio per il futuro

Nel discorso trasmesso a reti unificate il 13 aprile scorso, il Presidente francese Macron si è rivolto alla nazione per comunicare il protrarsi fino all'11 maggio del c.d. *lockdown* introdotto per far fronte alla pandemia di Covid-19, sottolineando che le regole fino a in quel momento in vigore hanno mostrato piena efficacia e pertanto non vanno né rafforzate né alleggerite, ma pienamente rispettate. L'intervento di Macron è stato anche un'occasione per il Presidente francese per riflettere sugli errori commessi dalla Repubblica transalpina nell'affrontare un'epidemia che ha colpito il mondo intero ed iniziare ad assumere alcuni impegni in prospettiva futura, primo fra i quali quello di predisporre un piano strategico e massiccio che riguardi la ricerca, la cura degli anziani, ma soprattutto la sanità.

La pandemia di Covid-19 ha infatti colto la Francia, come numerosi altri paesi europei ed extraeuropei, impreparata a gestire un'emergenza sanitaria di portata pandemica come quella che stiamo vivendo attualmente. La crisi per il Covid-19 ha soprattutto messo a dura prova i sistemi sanitari nel mondo svelando le carenze di ciascuno di essi, e anche la Francia, che pur vanta un sistema welfare da sempre considerato molto efficiente, si è trovata a dover fare i conti con una drammatica emergenza su cui pesano tutti gli errori commessi a livello

sanitario tanto nel passato (si pensi alle varie riforme della sanità francese con cui si è razionalizzata e contenuta la spesa sanitaria con il risultato di creare bilanci contriti al punto da rendere difficili le assunzioni di nuovo personale e causare un notevole sovraccarico professionale) quanto nel presente (anche la politica francese – come quella italiana e di numerosi altri paesi – è risultata inefficace sull’approvvigionamento di materiale sanitario).

Rinviando a un’altra sede un maggior approfondimento dell’impatto del nuovo Coronavirus sui sistemi sanitari, si può qui sinteticamente osservare come la sanità in Francia è parsa per certi aspetti poter gestire meglio dell’Italia l’impatto del nuovo Coronavirus grazie, ad esempio, alla scelta francese per un sistema sanitario da sempre centralizzato, ancorché strutturato a livello territoriale (regionale e dipartimentale) che è apparsa premiante rispetto all’opzione italiana di una *devolution* sanitaria¹, in cui ogni regione ha una sanità a sé: la centralizzazione sembra infatti aver assicurato ed assicurare ancora una gestione della sanità pubblica molto più omogenea, senza il timore che alcune regioni siano meno capaci di altre a contrastare la crisi. Non è infatti un caso che anche uno Stato fortemente decentrato (anche in ambito sanitario) come la Spagna abbia stabilito tra le misure eccezionali adottate per fronteggiare la pandemia la possibilità di ricorrere, seppur temporalmente, al «suministro centralizado por la Administración» di tutti i «productos necesarios para la protección de la salud» qualora «un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución»². Allo stesso tempo non va sottovalutata la presenza in Francia di un’organizzazione sanitaria ove gli ospedali possono essere di proprietà pubblica o appartenere a organizzazioni senza o con fini di lucro, ma nella quale lo Stato conserva un ruolo di sorveglianza, anche all’interno degli ospedali privati che devono rispettare criteri di qualità certificati ogni quattro anni dalla *Haute Autorité de santé*. In Lombardia, la regione italiana

¹ Il processo di decentramento regionale avvenuto in Italia a partire dalle c.d. leggi “Bassanini” e poi completato dalla riforma costituzionale del 2001 ha avuto un impatto particolarmente rilevante proprio nel settore socio-sanitario, settore cardine dell’azione delle regioni italiane che mostrano sistemi socio-sanitari contraddistinti da differenze significative per architettura, caratteristiche delle infrastrutture, servizi offerti, livelli di spesa e performance. La *devolution* sanitaria, di cui all’art. 117 della Costituzione italiana, prevede che alle regioni spetti la competenza esclusiva in materia di “assistenza e organizzazione sanitaria”, mentre allo Stato rimanga quella altrettanto esclusiva in materia di “norme generali sulla tutela della salute”, da leggere con riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni. Vedi, per approfondimenti, *ex multis*, R. Ferrara, *L’ordinamento della sanità*, Torino, 2007; Id (a cura di), *Salute e sanità*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010; C. Pinelli, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute* [online], n. 3, 2018; L. Cuocolo, A. Candido, *L’incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, 23 settembre 2013, in www.forumcostituzionale.it.

² Si veda il *Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de mars por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública* che all’art.4, del II capitolo modifica la *Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*.

più duramente colpita dall'epidemia di Covid-19, il sistema sanitario regionale, fondato sulla predominanza di strutture private, ha mostrato al contrario i suoi limiti di fronte all'emergenza Covid. Infine, anche la distribuzione dei centri di rianimazione su tutto il territorio in luogo di una loro concentrazione esclusiva nei grandi presidi ospedalieri pubblici e privati ha permesso di gestire meglio del nostro paese i ricoveri in terapia intensiva. Cionondimeno – come sopra accennato – molte scelte di politica sanitaria compiute in passato (a cominciare dal mancato adeguamento dal 2011 del piano nazionale contro le pandemie) ed altre compiute nel presente in piena emergenza (come, ad esempio, quella di non effettuare inizialmente un continuo e regolare controllo di medici e personale sanitario particolarmente a rischio di contrarre e diffondere il virus e quella di non svolgere diagnosi di laboratorio in modo sistematico e meticoloso) si sono dimostrate sbagliate, come documenta l'elevato numero dei contagi e quello delle persone morte nel territorio francese.

Di questo il Presidente sembra ben consapevole e la promessa di un cambio di passo sembra esserne la prova: il 13 aprile Macron ha elogiato infatti pubblicamente l'*État-providence* francese sottolineando come sia assolutamente necessario che esso non venga (più) concepito come un insieme di costi o oneri, ma (da ora in avanti) vada piuttosto inteso come un bene prezioso, un vantaggio indispensabile «quand le destin frappe», aggiungendo in modo chiaro e lapidario che questa pandemia ha dimostrato che alcuni beni e servizi «doivent être placés en dehors des lois du marché».

Il discorso accorato che il Presidente francese rivolge ai suoi *compatriotes* sembra segnare – perlomeno sulla carta – una svolta rispetto alle precedenti comunicazioni ufficiali, non per la sola ragione che si inizia a parlare di una successiva “fase 2” dell'emergenza sanitaria (quella che vede la coesistenza con il virus Covid-19) a partire dall'11 maggio (data stabilita per porre fine al *confinement* e avviare il ritorno progressivo a una normalità³), ma anche per l'intento che ne emerge di voler altresì proiettare il popolo di Francia verso una prospettiva futura di più lungo termine che riguarda le azioni da intraprendere per scongiurare il pericolo di una ipotetica nuova pandemia: Macron richiama così l'attenzione sulla necessità, in futuro, di ri-pensare ad una strategia imperniata su «la possibilité de planifier, la sobriété carbone, la prévention, la résilience, qui seuls peuvent permettre de faire face aux crises». Insomma, occorre «sortir des sentiers battus, des idéologies et nous réinventer» e il primo a doverlo fare, ammette il Presidente, sarà lui medesimo.

³ Si rammenti che con la *Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions* è stata invece stabilita una riapertura dall'11 maggio graduale e una proroga dello stato di emergenza sanitaria, entrato in vigore il 24 marzo scorso, fino al 10 luglio. Ciò nel timore che in caso di interruzione improvvisa delle misure in corso vi possano essere "rischi di ripresa epidemica".

Al di là del seguito concreto che le dichiarazioni di Macron avranno, in attesa cioè di verificare quanto e quando la dimensione retorica si materializzerà in una costruzione di progettualità, le parole del Presidente offrono perlomeno interessanti spunti di riflessione sulla necessità di un cambio radicale delle politiche future, a cominciare da quelle ambientali, perché è ormai cosa nota che tutte le sostanze chimiche che agiscono come interferenti endocrini influiscono sulla capacità immunitaria dell'organismo⁴. La resilienza di cui parla Macron evoca infatti la necessità di un mutamento di approccio senza il quale non pare più possibile garantire prospettive di sostenibilità sociale, sanitaria, ambientale e così via. Si tratta della resilienza di tipo c.d. adattivo⁵ per la quale un sistema contiene in sé le capacità adattive che gli consentono di riorganizzare spontaneamente, a seguito di uno shock, la sua struttura sotto il profilo economico, istituzionale e sociale, e di trovare nuovi sentieri di crescita. La pandemia che ha colpito l'intero Pianeta ha segnato un vero e proprio spartiacque fra un prima e un dopo, e ha rappresentato quella scossa violenta che ha dato (*rectius*, deve necessariamente dare) avvio a un processo di tipo dinamico definito in termini di possibilità di rimbalzare in avanti (*bounce forward*), anziché di ritorno ad una situazione pregressa, perché solo così sembra possibile recuperare la posizione di equilibrio perduta, utilizzando cioè le esperienze passate per far fronte ai rischi futuri.

Ciò premesso, tornando al 13 aprile, la Francia giunge a questa data dopo circa un mese di interventi restrittivi adottati dal governo francese per fare fronte all'emergenza sanitaria. Da metà marzo in avanti è stato, infatti, tutto un avvicinarsi di provvedimenti normativi di varia natura: leggi ma anche, inizialmente, atti consiliari e ministeriali, con i quali il Governo francese, senza l'intervento del Parlamento, ha cercato di gestire l'emergenza in ogni aspetto della vita sociale, politica, economica e così via, anche attraverso misure restrittive dei diritti costituzionali, sulle quali la comunità giuridica nazionale si è interrogata sin da subito in merito alla compatibilità con i principi del costituzionalismo liberale (e, più specificatamente, con il principio della riserva di legge) e alla effettiva legittimità costituzionale dell'azione del potere esecutivo.

⁴ Per P. Rahbi (intervista del 1° maggio 2020 pubblicata sul sito france3-regions.francetvinfo.fr/) la crisi sanitaria è una sorta di *lectio magistralis* per l'uomo, sul rapporto di quest'ultimo con la natura. L'ecologista nel puntare il dito contro una «*science sans conscience*», osserva come: «*D'aucuns disent que des virus aussi virulents se multiplient partout parce que nous avons porté atteinte à la diversité de la vie, à la biodiversité en particulier, et que les régulateurs ont été supprimés. Par conséquent, cela a laissé la porte ouverte à des virus dont on reconnaît aujourd'hui qu'ils sont très négatifs pour notre condition*».

⁵ Per un approfondimento, si veda, R. Martin, P. Sunley, *On the Notion of Regional Economic Resilience: Conceptualization and Explanation*, in *Journal of Economic Geography*, 1, 2015, 1-42.

2. La crisi da Coronavirus: breve inventario delle principali misure messe in atto

Tentando un riordino delle decisioni assunte sino ad ora, al fine di poter offrire al lettore un quadro sufficientemente chiaro dei numerosi provvedimenti assunti per gestire la pandemia in territorio francese può essere innanzitutto utile evidenziare come la *loi* n. 2020-290 du 23 mars 2020 e il *décret* n. 2020-293 du 23 mars 2020 approvato sulla base di quest'ultima costituiscano una sorta di spartiacque fra due momenti differenti, fra un prima, caratterizzato invero da una risposta “tiepida”⁶ della Francia alla epidemia che già mieteva le sue vittime, e un dopo in cui si assiste ad una presa di coscienza circa la necessità di introdurre misure eccezionali.

Fino al 23 marzo la Francia sembra aver quasi tentato di scongiurare uno scenario simile a quello italiano in cui il c.d. *lockdown* era stato stabilito già dal 10 marzo, preferendo inizialmente una sorta di “semi- quarantena” come dimostra, ad esempio, il fatto che nonostante il Coronavirus avesse già bussato alle porte della Repubblica francese e si fossero assunti provvedimenti come quello che ordinava la chiusura delle scuole, il Presidente abbia comunque consentito che il 15 marzo si svolgessero le elezioni comunali.

In principio – come è stato osservato in una recente e attenta ricostruzione⁷ – le autorità francesi hanno, infatti, preferito non diramare un vero e proprio divieto di circolazione, limitandosi a raccomandare ai cittadini di ridurre gli spostamenti al minimo essenziale, disincentivando la circolazione delle persone attraverso la sospensione degli esercizi pubblici e dei luoghi di intrattenimento, fatta eccezione per le elezioni amministrative. Sostanzialmente, le misure restrittive della libertà costituzionale di *aller et venir* sono state introdotte all'inizio con riferimento solo a casi specifici come, ad esempio, il provvedimento di messa in quarantena delle persone provenienti dalla città cinese di Wuhan adottato dal *Ministère des Solidarités et de la Santé* già tra fine gennaio e inizio febbraio⁸ o la proibizione stabilita da un *arrêté* del 13 marzo del medesimo Ministero⁹ e rivolta alle navi da crociera e alle navi passeggeri con a bordo più di cento persone di fare

⁶ Con un *Arrêté du 4 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, il Ministero della Solidarietà e della Salute si è limitato a vietare ogni assembramento che prevedesse la presenza contestuale di più di 5.000 persone in un ambiente chiuso. Successivamente il 9 marzo, con un nuovo provvedimento (*Arrêté du 9 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*), il Ministero ha ridotto il numero massimo di partecipanti a mille e ha esteso il divieto anche agli assembramenti in luogo aperto.

⁷ Vedi, F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna* in L. Cuocolo (a cura di), *Dossier “I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata”* in *Federalismi.it*, 31 marzo, 2020, 42 ss.

⁸ *Arrêté du 30 janvier 2020 relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus 2019-nCov*, consultabile su www.legifrance.gouv.fr

⁹ *Arrêté du 13 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, consultabile su www.legifrance.gouv.fr

scalo in Corsica o presso i dipartimenti e le regioni d'oltre-mare, in considerazione del carattere insulare di questi territori e dei maggiori rischi a cui i rispettivi sistemi sanitari sarebbero stati esposti in caso di propagazione del virus¹⁰.

Solo con l'*arrêté*¹¹ del *Ministère des Solidarités et de la Santé* del 14 mars 2020 che dispone la chiusura di tutte le scuole, dagli asili nido alle università, a far tempo dal 16 marzo «jusqu'à nouvel ordre» e che ha rappresentato certamente uno shock non solo simbolico per il paese, il governo transalpino sembra finalmente iniziare a prendere coscienza di uno stato di emergenza fino a quel momento (inspiegabilmente) sottovalutato. La *fermeture* dell'istruzione di ogni ordine e grado rappresenta il primo, forte segnale che anche in Francia occorre introdurre restrizioni più rigorose rispetto a quelle sinora stabilite per contenere la pandemia.

Il 16 marzo¹², di fronte all'aumento esponenziale del numero di contagi e del numero dei morti di Coronavirus nel paese, anche il Governo di Parigi si è così visto costretto a varare significative misure di contenimento del contagio disponendo il confinamento generalizzato della popolazione francese nei propri domicili a partire dalle ore 12 del giorno successivo¹³. Alcune previsioni del *décret* n. 2020-260 del 16 marzo sono però state censurate dal *Conseil d'État*¹⁴ che, accogliendo parzialmente la domanda proposta dal Sindacato dei giovani medici, ha ordinato al Primo ministro e al Ministro della Solidarietà e della Salute di precisare la portata della deroga al confinamento prevista per “ragioni di salute”, circoscrivendola alle sole questioni urgenti, e di riconsiderare il mantenimento dell'eccezione prevista per gli spostamenti brevi in prossimità del domicilio, poiché questa appariva formulata in modo troppo ampio, o comunque tale da legittimare le pratiche sportive individuali quali il jogging.

La svolta decisiva arriva in Francia con la *loi* n. 2020-290 del 23 marzo con cui il paese entra *officiellement* per due mesi nell'*état d'urgence sanitaire*, attraverso la formalizzazione di un *nouveau régime d'exception* in cui sono previste restrizioni

¹⁰ La misura è stata confermata anche nel successivo *Décret* n. 2020-370 du 30 mars 2020 *complétant le décret n. 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, consultabile su www.legifrance.gouv.fr

¹¹ *Arrêté* du 14 mars 2020 *portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, consultabile su www.legifrance.gouv.fr

¹² *Décret* n. 2020-260 du 16 mars 2020 *portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19*, consultabile su www.legifrance.gouv.fr

¹³ Il Governo, in questa occasione, vieta ogni spostamento al di fuori del domicilio, ad eccezione degli spostamenti motivati per esigenze di lavoro, per acquistare beni di prima necessità, per imperative esigenze familiari, purché in ogni caso questi avvengano nel rispetto delle misure generali di prevenzione della propagazione del virus e evitando raggruppamenti di persone. Inoltre, il suddetto decreto aveva in un primo momento mantenuto la possibilità di uscire di casa “per motivi di salute”, nonché di effettuare spostamenti brevi, in prossimità del domicilio, legati ad attività fisiche individuali e ai bisogni degli animali di compagnia.

¹⁴ *Ordonnance du Conseil d'État* du 22 mars 2020, n. 439674, *Syndicat Jeunes Medecins*, consultabile su www.conseil-etat.fr. Vedi, sul punto, l'attenta ricostruzione di F. Gallarati, *op.cit.*, 47.

alla libertà di circolazione, di riunione e d'impresa (ma anche la libertà di culto e quella di istruzione), e le sanzioni da applicare in caso di violazione delle suddette regole di confinamento.

La legge n. 2020-290 segna un momento importante, quasi di rottura con la fase precedente, e ciò non solo per aver avviato contro il Coronavirus l'adozione di misure a 360°, rivolte cioè a disciplinare i numerosi aspetti della vita sociale, economica e politica inevitabilmente toccati dalla emergenza sanitaria, ma anche per aver offerto una base giuridica legislativa a tutti i provvedimenti normativi (per lo più *arrêtés* ministeriali) deliberati per fronteggiare la crisi sanitaria. Il problema infatti delle disposizioni prese nella prima metà di marzo non ha a che vedere solo con i contenuti apparsi ai più poco incisivi per una emergenza sanitaria che già si conosceva (il nostro paese, l'Italia, era stata infatti colpita dieci giorni prima di tutto il resto d'Europa, fungendo da "apripista"), ma riguarda anche la legittimità di quei provvedimenti medesimi attraverso cui l'esecutivo, fino al 23 marzo, ha introdotto in modo del tutto autonomo ed esclusivo misure restrittive di diritti costituzionali come la libertà di circolazione, la libertà di riunione e la libertà di iniziativa economica. Va d'altra parte evidenziato sin d'ora come il governo francese non abbia voluto ricorrere agli strumenti che l'ordinamento giuridico transalpino mette a disposizione delle sue istituzioni per gestire le emergenze (e limitare, laddove necessario, le libertà); pertanto la compressione di diritti costituzionali come la libertà di circolazione, la libertà di riunione e la libertà di iniziativa economica che il Covid-19 andava legittimata perlomeno con «un solido ancoraggio legislativo»¹⁵, in considerazione anche del fatto che l'art. 34, primo comma, della Costituzione francese, ricalcando il noto schema della riserva di legge¹⁶, assegna al Parlamento, organo di rappresentanza democratica, il compito di fissare in via esclusiva le regole concernenti la disciplina dei diritti

¹⁵ Ancora F. Gallarati, *op.cit.* Si noti come gli stessi lavori preparatori della legge 2020-290 sottolineino «la nécessité de corriger certains effets pervers de la compétence exclusive du ministre de la Santé en matière d'urgence sanitaire et, de façon plus pragmatique, de consolider juridiquement les mesures contenues par le décret de confinement du 16 mars 2020» (www.senat.fr/rap/119-381/119-3815.html#toc87). Sull'argomento, cfr., S. Renard, *L'état d'urgence sanitaire: droit d'exception et exceptions au droit*, in *revuedlf.com*, n. 13, 2020.

¹⁶ Si tratta di una riserva di legge "assoluta" in cui il Parlamento «fixe les règles» e non soltanto «des principes fondamentaux» (riserva di legge relativa) come previsto nella stessa disposizione costituzionale (art. 34 Cost. fr.) in riferimento ad altre materie che non concernono i diritti e le libertà. A stabilirlo è stato lo stesso *Conseil constitutionnel* che nella *Décision* n. 2009-579 DC du 9 avril 2009, ha espressamente definito come assoluta la riserva di legge organica stabilita dall'art. 34-1 Cost. fr. Secondo il giudice costituzionale francese la competenza del Parlamento emerge anche dal *Préambule de la Constitution de 1958 et de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, qui fait référence à l'intervention de la loi dans plusieurs de ses articles (Cfr., Cons. const., 28 novembre 1973, Mesures privatives de liberté). Sull'argomento, cfr., J. Tremeu, *La réserve de loi*, Paris, 1997, *passim*, ma spec., 245 ss.; C. Amodio, *Au nom de la loi: l'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, *passim*, ma spec., 152 ss.

civili e delle garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche¹⁷.

L'intervento del legislatore è stato raccomandato anche dallo stesso *Conseil d'État* nel parere n. 399873 emesso dal suo comitato permanente il 18 marzo 2020 sul disegno di legge di emergenza per far fronte all'epidemia di Covid-19, nonostante il Supremo giudice amministrativo francese abbia di fatto approvato le giustificazioni addotte a sostegno dei primi provvedimenti governativi limitativi della libertà. Il *Conseil* prende infatti atto che il decreto n° 2020-260 del 16 marzo 2020 che regola gli spostamenti nell'ambito della lotta contro la diffusione del virus Covid-19, adottato dal Primo Ministro sulla base dei suoi poteri di polizia generale si fonda sulla «*théorie des circonstances exceptionnelles*», elaborata dalla stessa giurisprudenza amministrativa già nel corso della prima guerra mondiale¹⁸, mentre l'art. L. 3131-1 del *Code de la santé publique*¹⁹, introdotto con la *loi* del 9

¹⁷ «La réserve de loi en matière des droits et libertés signifie seulement qu'à chaque fois qu'un droit ou une liberté fondamentale est soit limité (droits de première génération) soit concrétisé (droits de deuxième génération), l'intervention de l'organe démocratiquement élu est exigée», osserva P. Rrapi, *L'incompétence négative dans la QPC: de la double négation à la double incompréhension* in *Les Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n. 34, 2012. P. Mazeaud, *Liberté et ordre public*, 2003, in www.conseil-constitutionnel.fr, rinvia invece a una decisione del *Conseil constitutionnel* sulla sicurezza interna (*décision* n. 2003-467 DC du 13 mars 2003), in cui si afferma che «il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent le respect de la vie privée (protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789), la liberté d'aller et venir (protégée par l'article 4 de la Déclaration), ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution (en vertu duquel "Nul ne peut être arbitrairement détenu") place sous la surveillance de l'autorité judiciaire».

¹⁸ La "teoria delle circostanze eccezionali" è stata elaborata dalla giurisprudenza amministrativa (CE 28 juin 1918, Heyriès, req. n. 63412, *GAJA*, 20e éd., Dalloz, 2015, n° 31e CE 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, req. n. 61593, *GAJA*, 20e éd., Dalloz, 2015) in occasione del primo conflitto mondiale per consentire che la *puissance publique* potesse disporre di poteri eccezionalmente estesi in modo da assicurare anche in tempo di guerra la continuità dei servizi pubblici. Questa teoria elaborata inizialmente nella forma di una "teoria dei poteri di guerra", ha successivamente consentito al Consiglio di Stato di ampliare la sua giurisprudenza, estendola anche a tutti i periodi di crisi o gravi perturbazioni. Va comunque osservato che il giudice amministrativo, conscio del rischio di generalizzare le circostanze eccezionali e di lasciare «la porta aperta alla soppressione di ogni legalità» (V., M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolve, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* Paris, 2007, 187 ss.) ha ritenuto di circoscrivere detta nozione, esigendo che fossero integrate varie condizioni. Cfr., per un approfondimento, J. Massot, *Le Conseil d'État face aux circonstances exceptionnelles*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2, 2013, 27-39.; B. Laniyan, *Il potere regolamentare autonomo in periodi di crisi. A proposito di una particolarità francese: la teoria delle circostanze eccezionali*, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2017, a cui si rinvia per l'ampio corredo bibliografico.

¹⁹ Tutti i provvedimenti sopra richiamati infatti rinviengono il proprio fondamento nell'art. L. 3131-1 del *Code de la santé publique*, il quale prevede che in caso di minaccia sanitaria grave che richieda l'adozione di misure urgenti, segnatamente in caso di minaccia di epidemia, il Ministro della salute possa, con *arrêté* motivato, prescrivere "ogni misura proporzionata ai rischi corsi e appropriata alle circostanze di tempo e di luogo al fine di prevenire e di limitare le conseguenze delle minacce possibili alla salute della popolazione". Inoltre, in base a tale articolo, il Ministro della salute può autorizzare il prefetto territorialmente competente ad adottare le misura applicative dell'*arrêté*, ivi comprese misure individuali, con la precisazione che in quest'ultimo caso egli dovrà informare immediatamente il procuratore della Repubblica. Vedi, ancora, F. Gallarati, *op.cit.*, 57, il quale fa notare come il summenzionato art. L.3131-1

agosto 2004 *relative à la politique de santé publique*, ha fornito la cornice di riferimento alle misure adottate dal Ministro della Solidarietà e delle Sanità, come ad esempio il decreto del 14 marzo 2020 recante varie misure relative alla lotta contro la diffusione del virus. Cionondimeno, senza dunque mettere in discussione la necessità e validità degli interventi effettuati fino al 23 marzo, il *Conseil d'État* evidenzia come invero «l'existence d'une catastrophe sanitaire rend utile un régime particulier de l'état d'urgence pour disposer d'un cadre organisé et clair d'intervention en pareille hypothèse», e per tale ragione «souscrit à l'objectif du Gouvernement visant à donner un cadre juridique spécifique aux mesures de police administrative nécessaires en cas de catastrophe sanitaire, notamment d'épidémie».

Con l'obiettivo forse di garantire un quadro giuridico il più specifico e coerente possibile, il 23 marzo, il Parlamento, con un brevissimo *iter* parlamentare consentito dalla *procédure accélérée* prevista dai Regolamenti parlamentari, adotta quindi la legge n. 2020-290 con la quale, oltre appunto a riordinare in una cornice unitaria e ordinata le diverse e disparate misure assunte precedentemente (in quello stesso giorno, gli ordini e i decreti precedenti sono infatti abrogati e il loro contenuto assorbito nella nuova legge), riconduce nell'alveo delle prerogative del legislatore quella di autorizzare l'adozione di misure di restrizione delle libertà necessarie per far fronte alla crisi Covid-19.

3. segue. La legge n. 2020-290 e il novello *état d'urgence sanitaire*

La legge n. 2020-290 si presenta come un corposo provvedimento finalizzato a gestire nello specifico l'emergenza Covid-19 sia attraverso rimandi al *Code de la santé publique*, così come modificato dalla stessa legge, che per mezzo di disposizioni rinvenibili direttamente in seno all'atto legislativo in questione. Il Parlamento ha inoltre autorizzato l'impiego di un multiforme sistema di fonti a cui è possibile ricorrere per attuare la normativa primaria, composto da *décrets*, *arrêtes* e *ordonnances*, che ha permesso di mettere in piedi un vero e proprio arsenale di misure *d'urgence* per fronteggiare in concreto la crisi sanitaria in corso.

Esaminando più nel dettaglio il contenuto della legge 2020-290, l'aspetto più significativo che va immediatamente colto è rappresentato dalla previsione del nuovo regime di "stato di emergenza sanitaria" (*état d'urgence sanitaire*), con il quale il legislatore, modificando il *Code de santé publique* del 2000, riconosce al Governo la possibilità di esercitare un ampio ventaglio di poteri necessari per gestire al

sia una norma dai contorni estremamente ampi e vaghi, che conferisce di fatto una delega "in bianco" al Ministro della salute, a cui viene imposto il solo limite del rispetto del principio di proporzionalità. L'Autore fa, infatti, notare come la disposizione citata non specifichi le tipologie di misure applicabili, né prevede alcun limite di durata delle medesime e tantomeno individua una qualsivoglia forma di controllo di queste da parte del Parlamento.

meglio la crisi sanitaria causata dal Covid-19. Secondo l'art. L. 3131-15 del *Code de santé publique*, introdotto *ex novo* dall'art. 2 della legge in esame, il Primo Ministro può, in tal senso, stabilire per decreto misure volte sia a limitare le libertà di circolazione, di iniziativa economica e di riunione (comprese quelle che vietano di uscire da casa salvo che per i motivi specificati nei provvedimenti) che a consentire la requisizione di tutti i beni e servizi necessari per porre fine al disastro sanitario e controllare temporaneamente i prezzi. Tutte le misure deliberate – viene espressamente chiarito – devono però essere «strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu», e devono terminare senza alcun ritardo quando lo stato di necessità che ne ha giustificato l'assunzione è cessato. Si tratta, in quest'ultimo caso, di criteri indispensabili, ancorché non nuovi per l'ordinamento francese²⁰, per poter porre argini alla compressione delle libertà fondamentali e adottare così misure il meno penalizzanti possibile rispetto allo scopo che si intende perseguire. In tal senso, la norma sottolinea sostanzialmente la necessità di stabilire in modo rigoroso un nesso tra la situazione emergenziale e gli strumenti impiegati per farvi fronte, in modo da consentire che i medesimi possano essere valutati come proporzionati e cioè non eccedenti quanto è indispensabile per superare l'emergenza.

²⁰ Essi trovano infatti una loro prima elaborazione nella giurisprudenza amministrativa in cui sin da subito la necessità che quando sono in gioco le libertà pubbliche, le misure adottate dalla polizia amministrativa devono essere proporzionate per natura e gravità alle circostanze che le motivano (CE, 19 mai 1933, Benjamin, req. n. 17413 e n. 17520, rec. Lebon, 541 e *GAJA* 16e éd., Dalloz n. 47, 289) e devono allo stesso tempo essere limitate nel tempo e nello spazio (CE, 22 juin 1951, Daudignac, req. n. 00590 e 02551, rec. Lebon, 362 e in *GAJA*, 16e éd., Dalloz, n.68). V., per approfondimenti, J.-P. Costa, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État*, in *A.J.D.A.*, 1988, 434 ss.; D. Rivière Lextenso *Les rapports entre liberté politique et liberté d'expression. Enjeu de l'introduction du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre de l'ordre public immatériel* in *Droit et société*, n.3, 2016, 581ss.; G. Kalfleche, *Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives*, in *Petites affiches*, n. 46, 2009, 46 ss.; J. Morand-Deville, *Droit administratif*, Paris, 2017, *passim*, ma spec., 348, la quale evidenzia come il principio di proporzionalità si traduca in una esigenza di adeguamento tra l'interesse generale e gli interessi particolari e tra un obiettivo, *a priori*, legittimo e i mezzi messi in atto per perseguirlo; con una efficace metafora, l'Autrice conclude che in sostanza «il ne faut pas casser une noisette (but légitime) avec un matreau-pilon (moyen trop puissant)». Con riguardo invece al ruolo del *Conseil constitutionnel* e al suo *contrôle de proportionnalité*, cfr., F. Nicolichia, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 gennaio 2018, 3, il quale osserva come la particolare incidenza pratica dell'attributo della proporzionalità nel settore dei controlli occulti non costituisca prerogativa esclusiva delle giurisdizioni sovranazionali. Essa trova, infatti, una precisa corrispondenza anche nelle elaborazioni dei giudici costituzionali di alcuni tra i più importanti ordinamenti europei, fra cui quello francese in cui si può trovare il filone giurisprudenziale del *Conseil constitutionnel* avente ad oggetto lo scrutinio di legittimità della legislazione emergenziale varata a seguito degli attentati terroristici di Parigi del novembre 2015. Spicca, in particolare, la *question prioritaire de constitutionnalité* sulla quale il giudice costituzionale si è pronunciato con la *Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016*, aderendo parzialmente alle censure formulate dai ricorrenti in merito all'insoddisfacente applicazione del canone di proporzionalità. V., inoltre, V. Goesel-Le Bihan, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel: présentation générale*, e F. Mélin-Soucramanien, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (Le contrôle du respect du principe d'égalité)*, in *Petites affiches*, n. 46, 2009, rispettivamente 62 ss. e 70 ss.

La legge in esame prevede, di fatto, tre gradi di intervento che oscillano tra poteri della polizia amministrativa generale e poteri della polizia amministrativa speciale, tutti riconducibili ad un'idea unitaria di ordinamento ove i poteri di gestione della crisi non sono distribuiti fra potere centrale e potere locale²¹, ma sono riservati allo Stato e, a livello locale, ai Prefetti, in qualità di rappresentanti del Governo²². Oltre al potere – appena visto – del Primo Ministro di deliberare con decreto, sulla relazione del Ministro della Solidarietà e della Salute, l'adozione di varie misure restrittive nelle aree individuate dall'art. L. 3131-15, si riconosce infatti al Ministro della sanità il compito di prescrivere – ad eccezione delle misure di esclusiva competenza del Primo Ministro – varie misure di polizia amministrativa speciale (art. L. 3131-16, introdotto anche esso dall'art. 2 della legge del 23 marzo 2020). Con *arrêté* motivato, il Ministro della Solidarietà e della Salute può, infatti, adottare nei distretti territoriali in cui è stato dichiarato lo stato di emergenza sanitaria, misure «strettamente necessarie e proporzionate ai rischi sanitari sostenuti e adeguate alle circostanze del tempo e del luogo».

Laddove poi il Primo Ministro e il Ministro della Solidarietà e della Salute adottino le misure di cui sopra, possono autorizzare il Prefetto del dipartimento territorialmente competente a prendere tutte le misure generali o individuali per l'applicazione di tali disposizioni (nuovo art. L. 3131-17 del *Code de santé publique*, creato dalla legge n.2020-290). Nel caso specifico in cui le misure previste dal *Code* debbano essere applicate limitatamente a un ambito geografico che non supera il territorio di un dipartimento, le autorità menzionate negli stessi artt. L. 3131-15 e L. 3131-16 possono autorizzare il Prefetto a decidere di sua iniziativa, dopo aver consultato il direttore generale dell'agenzia sanitaria regionale.

L'art. 2 della *loi* 2020-290, sempre novellando il *Code de santé publique*, stabilisce che l'*état d'urgence sanitaire* venga formalmente dichiarato con decreto dal

²¹ A differenza di altri ordinamenti, primi fra i quali quello italiano e quello spagnolo, nei quali il rapporto tra i diversi livelli di governo nella gestione dell'epidemia di Covid-19 assume rilevanza centrale. Cfr., *ex multis*, M. Mandato, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020; F. Gallarati, *op.cit.*; U. Allegretti, E. Balboni, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus in astrid-online*, 9 aprile 2020; G. Doménech Pascual, *Competencia autonómica para adoptar medidas de contención*, consultabile all'indirizzo web <https://almacendederecho.org/>

²² S. Mangiameli, *La rappresentanza territoriale dello Stato nei diversi modelli costituzionali. Italia, Francia e Spagna a confronto* (ottobre 2012), Relazione presentata al Convegno su «Lo Stato in periferia e l'assetto del governo regionale e locale», organizzato da *Italiadecide* alla Camera dei Deputati il 22 ottobre 2012, il quale evidenzia come la figura del Prefetto sia tipica degli Stati unitari e, nella fattispecie, di quelli che hanno sposato un'organizzazione di tipo accentrato che operi come emanazione diretta del governo centrale nei confronti delle collettività locali. L'Autore, con riferimento alla figura del Prefetto in Francia, distingue, preliminarmente, la decentralizzazione dalla deconcentrazione: la prima corrisponde all'attribuzione di una certa autonomia ad una collettività che si amministra liberamente attraverso consigli elettivi e sotto il controllo dell'esecutivo; la seconda, invece, si contraddistingue per l'intervento di una autorità statale non centrale. Il Prefetto francese rappresenterebbe una tipica forma di deconcentrazione dello Stato, poiché assume il ruolo di rappresentante dello Stato nel territorio del Dipartimento (di *dépositaire de l'autorité de l'État dans le département*) le cui procedure di nomina sono disciplinate dalla Costituzione.

Conseil des ministres, su *rapport* del *Ministre chargé de la santé* (art. L.3131-13, comma 1), possa riguardare tutto o solo una parte del territorio metropolitano (compreso quello d'oltre-mare) e si applichi nel caso specifico di una «catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population» (art. L. 3131-12).

Allo scopo di garantire la piena trasparenza delle decisioni pubbliche assunte, l'Assemblea Nazionale e il Senato devono essere informati immediatamente delle misure adottate dal Governo e possono richiedere ogni informazione necessaria nell'ambito del controllo e della valutazione di tali misure (art. L. 3131-13, comma 2). Nel codice sanitario emendato viene poi aggiunta la disposizione secondo cui la proroga della durata iniziale dell'*état d'urgence sanitaire* fissata per un mese debba essere autorizzata solo ed esclusivamente con legge (art. L. 3131-13, comma 3). Si osservi a questo proposito che se il nuovo art. L. 3131-13, comma 3, del codice sanitario menziona una durata dello stato di emergenza corrispondente a 30 giorni, l'art. 4 della legge 2020-290 si affretta invero a formalizzarne *ex lege* una deroga, stabilendo che lo stato di urgenza sanitaria dovrà persistere per ben due mesi dall'entrata in vigore della presente legge²³, fatta salva la possibilità per il Consiglio dei ministri con proprio decreto di mettere fine allo stato di emergenza sanitaria prima di tale termine. Dal combinato disposto delle due norme emerge così che a fronte della regola generale stabilita dal novello art. L.3131-13, comma 3, introdotto dall'art.2 della legge in esame, il legislatore, vista la necessità incombente, abbia ritenuto invero di effettuare già *ex ante*, in sede di approvazione della legge, il controllo sulla sussistenza dei requisiti per la dichiarazione dello stato di urgenza sanitaria, autorizzando in quella stessa occasione, *ex officio*, la proroga di un altro mese dell'*état d'urgence*.

La legge attribuisce poi particolare rilevanza al ruolo delle conoscenze scientifiche, prevedendo espressamente l'istituzione di un *comité de scientifiques* composto da tre membri nominati rispettivamente dal Presidente della Repubblica e dai presidenti dell'Assemblea Nazionale e del Senato, oltreché da un numero non predeterminato di altre *personne* qualificate nominate con decreto del Presidente della Repubblica, e con il compito di emettere periodicamente pareri sullo stato del disastro sanitario, sui dati scientifici ad esso relativi e sulle misure necessarie a gestirlo e porvi fine, incluse quelle che rientrano negli articoli da L. 3131-15 a L. 3131-17, e sulla durata della loro applicazione (art. L. 3131-19 del *Code de la santé publique*, introdotto dall'art. 2 della *loi n. 2020-290 du 23 mars 2020*). Tutti i pareri resi dagli esperti scientifici – si precisa ancora – devono essere resi pubblici *sans délai*: una scelta di trasparenza, questa, fondamentale perché contribuisce ad alimentare e mantenere la fiducia della popolazione nei confronti del comitato e

²³ L'*état d'urgence sanitaire* dichiarato dall'art. 4 è stato successivamente prorogato fino al 10 luglio 2020 dalla legge n. 2020-546 dell'11 maggio 2020.

più in generale della scienza²⁴. La nomina del suddetto comitato è, inoltre, strettamente funzionale alla gestione dello stato di emergenza sanitaria e pertanto il medesimo organo deve essere sciolto allorché la crisi sanitaria cessi.

Va infine prestata attenzione all'art. 11 della legge in esame che, richiamando l'art. 38 della Costituzione, autorizza il Governo ad assumere per ordinanza (e dunque attraverso un atto che, diversamente dai *décret*, è parificato alla legge) qualsiasi misura che rientri normalmente nell'ambito di applicazione della legge, con effetto retroattivo, se necessario, dal 12 marzo 2020 e con la possibilità di estenderle e adattarle alle comunità d'oltremare di cui all'art. 72-3 della Costituzione. Le ordinanze possono essere approvate, in particolare, allo scopo di fare fronte alle conseguenze economiche, finanziarie e sociali della diffusione dell'epidemia di Covid-19 e alle conseguenze che possono derivare dalle misure adottate per limitare tale diffusione; per garantire la continuità del sostegno e della protezione delle persone con disabilità e degli anziani che vivono a casa o in un istituto o servizio sociale e medico-sociale, nonché dei minori e degli adulti che vivono in condizioni di povertà; per assicurare la continuità del pagamento degli indennizzi spettanti alle vittime di amianto, incidenti medici e così via; per introdurre misure necessarie ad assistere i genitori che devono continuare a svolgere la propria attività lavorativa e abbisognano di forme di assistenza e accoglienza per i propri bambini piccoli.

Da ultimo, occorre ricordare che alla legge testé esaminata è seguito il provvedimento legislativo n. 2020-546 la cui disposizione principale è costituita dalla proroga fino al 10 luglio dello stato di urgenza sanitaria dichiarato dall'art. 4 della legge n.2020-290. La nuova legge interviene inoltre in materia di responsabilità penale delle persone, in particolare dei datori di lavoro e delle autorità locali, nel contesto dello stato di emergenza sanitaria; introduce nuove norme in materia di viaggi, trasporti e apertura di stabilimenti aperti al pubblico e luoghi di incontro, in vista del deconfinamento; regola in modo specifico, e

²⁴ La scelta di pubblicare online sul sito del Ministero della Solidarietà e della Salute gli *avis* resi dal *comité de scientifiques* al Governo si basa inizialmente su una decisione adottata in via informale su proposta del comitato stesso, e poi è stata successivamente elevata a obbligo legislativo con la promulgazione della legge in esame. Sul punto, cfr., G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, 27 marzo 2020, in www.biodiritto.org, il quale osserva come attorno all'istituzione di un organo di consulenza scientifica *ad hoc*, il dilemma ancora irrisolto sia sempre il medesimo e cioè quale debba essere il modello da applicare alla lettura dei rapporti tra scienza e diritto: se il modello "separatista" secondo il quale, in base alla regola che vede la scienza «speaking truth to power», il diritto sarebbe un mero recettore delle evidenze scientifiche, o, piuttosto, quello di co-produzione in base alla quale scienza e diritto sarebbero interdipendenti e il linguaggio dell'uno e dell'altro contribuirebbero alla reciproca comprensione, modificazione e produzione (cfr., M. Tallacchini, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2005, 75-106). Da questo punto di vista, l'approccio francese appare più chiaro e definito, laddove lo stesso *Conseil scientifique* ha ribadito più volte nel suo primo parere del 12 marzo 2020, e in misura minore anche nei pareri successivi, come fosse suo compito proporre delle opzioni chiare, lasciando poi ai poteri pubblici la responsabilità delle decisioni da prendere e l'individuazione delle priorità da perseguire.

sempre nella prospettiva di una progressiva riapertura del paese, la quarantena e l'isolamento; amplia l'elenco delle persone abilitate ad accertare violazioni delle misure di emergenza relative allo stato di salute; stabilisce la creazione di un sistema informativo che raccolga i dati relativi alle persone colpite dal virus e alle persone che sono state in contatto con loro.

4. *segue*. La sospensione dei termini processuali. La *loi organique* n. 2020-365: una *brèche* nello Stato di diritto?

Accanto alla legge n. 290-2020, il Parlamento ha approvato un'altra legge significativa, la *loi organique* n. 2020-365 du 30 mars 2020 (*d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*) con cui, nell'unico articolo di cui il provvedimento si compone, non interviene direttamente nella lotta all'epidemia di Covid-19, ma a causa della crisi sanitaria in corso dispone una sospensione, fino al 30 giugno 2020, dei termini entro i quali il *Conseil d'État* o la *Cour de cassation* devono pronunciarsi sul rinvio di una questione prioritaria di costituzionalità (QPC) al Consiglio costituzionale e dei termini entro i quali quest'ultimo deve pronunciarsi.

Conformemente al primo paragrafo dell'art. 61-1 della Costituzione francese²⁵, gli artt. 23-4 e 23-5 dell'*ordonnance* n.58-1067 del 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* prevedono che le Supreme magistrature ordinaria ed amministrativa possano interpellare il *Conseil constitutionnel* entro il termine prestabilito di tre mesi da quando ricevono richiesta da un giudice inferiore²⁶, mentre l'art. 23-10 impone al giudice costituzionale francese l'obbligo di decidere la QPC in un termine analogo di tre mesi, a partire dal deferimento ad esso. L'attenzione sulla circoscritta prospettiva dei tempi del giudizio evidenzia chiaramente l'intenzione originaria del legislatore francese di governare senza residui la tempistica del processo, con la finalità precipua di

²⁵ Si rammenti che l'art. 61-1 della Costituzione francese del 1958 prevede: «Qualora, in occasione di un procedimento in corso dinanzi ad una giurisdizione, si sostenga che una disposizione di legge porti pregiudizio ai diritti e alle libertà garantiti dalla Costituzione, il Consiglio costituzionale può essere investito di tale questione su rinvio del Consiglio di Stato o della Corte di cassazione, che si pronuncia entro un termine stabilito. Le condizioni di applicazione del presente articolo sono stabilite con legge organica».

²⁶ Più specificatamente, quando la costituzionalità di una disposizione legislativa viene contestata durante un processo, è possibile per una parte chiedere una *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC). Prima di sottoporre la questione al *Conseil constitutionnel*, il giudice del processo e, successivamente, le Supreme magistrature controlleranno se la domanda soddisfi le condizioni per la trasmissione della questione medesima al giudice costituzionale. La *Cour de Cassation* e il *Conseil d'État* hanno quindi tre mesi per prendere la loro decisione sulla trasmissione della QPC, ed il *Conseil constitutionnel*, dal canto suo, ha altrettanti tre mesi per decidere sulla conformità della legge alla Costituzione.

Sono quindi queste scadenze di tre mesi che sono state temporaneamente sospese dalla legge organica, poiché l'epidemia di Covid-19 rende difficoltoso per queste giurisdizioni il rispetto della formazione collegiale e, conseguentemente, delle scadenze. V., M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in A. Ruggeri (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino, 2016, 481 ss.

contenere gli adempimenti entro termini relativamente brevi²⁷. Tuttavia, l'epidemia di Covid-19 ha reso difficile per le giurisdizioni interessate dalla normativa appena menzionata incontrarsi nella formazione collegiale, rendendo conseguentemente altrettanto difficile il rispetto delle scadenze prestabilite, ciò che ha indotto il legislatore a intervenire proprio su quell'effetto palesemente e volutamente propulsivo delle norme citate nei confronti del giudizio di costituzionalità in via incidentale, sospendendo i termini (certi) di rinvio al *Conseil constitutionnel* di una *question prioritaire de constitutionnalité* dal 31 marzo fino a 30 giugno 2020. I termini, così sospesi, potranno riprendere a decorrere dal 1° luglio 2020 per il tempo che residua alla data del 31 marzo 2020.

L'iniziativa del legislatore organico, pur incontrando un certo consenso in merito alla sua opportunità, se non addirittura necessità²⁸, non è risultata però esente da critiche non solo sulla sostanza²⁹, ma anche e soprattutto sulle modalità dell'intervento del Parlamento, critiche fomentate peraltro dal fatto che ad avallare la suddetta iniziativa sia stato lo stesso *Conseil constitutionnel* (*décision* n. 2020-799 DC du 26 mars 2020), al quale, com'è noto, tutte le leggi organiche devono essere obbligatoriamente sottoposte per il vaglio di costituzionalità prima della promulgazione (art. 46 Cost. fr).

Dal punto di vista formale, ciò che si contesta al legislatore, è la violazione della Costituzione, nella fattispecie dell'art. 46, secondo comma in cui si prevede che il disegno, o la proposta, di legge organica non possa, in prima lettura, essere sottoposto alla decisione ed al voto delle assemblee prima che siano trascorsi i termini stabiliti dal terzo comma dell'art. 42, tuttavia, se la procedura accelerata è stata avviata alle condizioni di cui all'art. 45, il disegno, o la proposta, non può essere sottoposto alla decisione della prima assemblea investita prima che siano trascorsi quindici giorni dalla sua presentazione. Diversamente quindi che per le leggi ordinarie, per le leggi organiche, anche la scelta di avviare la procedura accelerata comporta dunque l'obbligo di rispettare il termine di quindici giorni che deve decorrere tra il suo deposito e la discussione nella prima assemblea investita.

²⁷ Cfr., P. Costanzo, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta online*, 17 aprile 2020, 242 ss., ma spec., 243.

²⁸ Il 23 marzo 2020, Didier Maus nel suo *contribution extérieur* (c.d. *porte étroite*) fatto pervenire al *Conseil constitutionnel* che deve pronunciarsi sulla legittimità del progetto di *loi organique pour faire face à la épidémie de covid-19*, pur criticando il progetto di legge, osserva tuttavia che: «sur le fond cette loi répond à une nécessité évidente, dont personne peut nier ni l'utilité ni l'urgence». L'intervento è consultabile alla pagina web https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020799dc/2020799dc_contributions.pdf

²⁹ K. Roudier, *Un nouveau repli du Conseil constitutionnel dans son rôle de contrepoids*, 6 aprile 2020, in *actu.dalloz-etudiant.fr*, mette in guardia sul fatto che «toutes les questions relatives aux droits et aux libertés méritent d'être examinées y compris, voire surtout, dans une période de crise sanitaire. Il n'existe pas de droits ni de libertés "moins" importants que d'autres qui justifierait que des inconstitutionnalités présumées à leur encontre ne soient pas examinées».

Il legislatore organico ha invece approvato un disegno di legge organica adottato il 18 marzo 2020 in seno al Consiglio dei ministri, presentato davanti al Senato lo stesso giorno, esaminato in seduta pubblica il giorno successivo e adottato in prima lettura il 19 marzo, 24 ore dopo la sua presentazione!

L'incostituzionalità della forma è per una parte della dottrina così evidente³⁰ da indurla a confidare pienamente sul fatto che il guardiano della Costituzione non lascerà certo passare una simile deviazione dalle regole della procedura legislativa.

E invece, contro ogni aspettativa, il *Conseil constitutionnel*, con la *décision* n. 2020-799 DC du 26 mars 2020, ha ritenuto la legge organica conforme alla Costituzione, sia da un punto di vista formale che sostanziale, asserendo, da un lato, 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» e, dall'altra, che «afin de faire face aux conséquences de l'épidémie du virus Covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, l'article unique de cette loi organique (...) ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période»³¹.

1652

Come sopra già precisato, più che per il mancato riconoscimento dei vizi di natura sostanziale della legge sottoposta al suo esame, sui quali si trovano invero anche pareri discordi, il giudizio espresso dal *Conseil* è stato piuttosto contestato per aver negato l'esistenza di vizi formali, ritenuti palesi da buona parte della dottrina.

Nello specifico, con riguardo ai vizi di sostanza, se ad alcuni autori³² il *Conseil* è parso minimizzare troppo la portata della disciplina esaminata allorché esso riduttivamente affermi ad esempio che la legge organica esaminata «se borne»³³ a sospendere il decorso di certi termini, ad altri³⁴ è sembrato invece condivisibile il giudizio di conformità della *loi organique* n. 2020-365 con riferimento alla violazione dell'art. 61-1 della Costituzione. Sul punto si è infatti innanzitutto osservato che il termine richiesto dall'art. 61-1 non risulta all'evidenza soppresso e che l'apposizione del termine finale di efficacia della sospensione al 30 giugno 2020 non dà luogo invero ad un'indeterminatezza nel decidere tale da mettere a repentaglio la tutela dei diritti. Non solo. L'articolo unico della legge in questione – viene sottolineato – sospende l'efficacia di un termine finale ma non anche lo

³⁰ P. Cassia, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, in *Mediapart* di giovedì 16 aprile 2020, inquadra la disposizione costituzionale tra quelle «rares dispositions d'une limpidité de nature à exclure toute interprétation contraire à leur lettre même», recate dalla Costituzione del 1958. V., altresì, M. Carpentier, *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel?* in *JP BLOG*, 4 aprile 2020; A. Levade, *QPC en suspens sanitaire*, in *Le Club des Jurists*, 15 aprile 2020.

³¹ La decisione è consultabile all'indirizzo web www.conseil-constitutionnel.fr

³² P. Costanzo, *op. cit.*, *passim*, ma spec., 246; K. Roudier, *op. loc. cit.*

³³ Così, K. Roudier, *op. loc. cit.*

³⁴ Cfr., M. Carpentier, *op. cit.*, e A. Levade, *op. cit.*

svolgimento di una funzione, al punto da potersi dire che si tratta piuttosto di una proroga del lasso di tempo concesso per svolgere la medesima funzione.

Da ultimo, vi è anche chi³⁵ fa notare come con riguardo alla decisione del *Conseil constitutionnel* su una QPC «aucune règle ni aucun principe constitutionnel n'exige que la loi organique instaure un délai quel qu'il soit». L'art. 61-1, infatti, menziona espressamente un «délai déterminé», da quantificare a mezzo di una *loi organique*, solo con riferimento alle Supreme magistrature e al loro potere di trasmissione di una QPC al giudice costituzionale.

Più condivisa dalla dottrina al suo interno è invece – come già accennato – la critica verso il riconoscimento ad opera del giudice costituzionale della legittimità costituzionale della legge organica con riguardo alla violazione dell'art.46 della Costituzione: un vero e proprio «“coup d'éponge colossal” passé par le Conseil constitutionnel»³⁶, si è affermato in modo lapidario!

La stesura delle motivazioni (soprattutto quando viene richiamata la particolarità delle circostanze concrete di specie – che si noti bene, sono un'altra cosa rispetto alle circostanze eccezionali teorizzate dal giudice amministrativo³⁷ –

³⁵ V., ancora, M. Carpentier, *op.cit.*

³⁶ *Ibidem*, il quale rimprova al *Conseil constitutionnel* di non aver mai cercato di accertare se fosse impossibile per il Governo attendere la scadenza di 15 giorni prevista dalla Costituzione. Cfr., altresì, P. Cassia (citato nell'articolo di J.-B. Jacquin, *L'état d'urgence sanitaire ouvre des brèches dans l'État de droit*, pubblicato su *Le Monde*, 28 marzo 2020) che denuncia: «*Il y aura accoutumance, les contrôleurs ont lâché prise*».

³⁷ La teoria delle circostanze eccezionali appare essere molto più rigorosa della logica che sembra essere alla base della decisione del *Conseil constitutionnel*. Secondo la giurisprudenza del *Conseil d'État*, la teoria delle circostanze eccezionali – così com'è stata in particolare sistematizzata e teorizzata dal commissario governativo Letourneur nelle sue conclusioni sulla sentenza Laugier (CE Ass., *conclusions sur l'arrêt CE, Ass., 16 avril 1948, Laugier*, rec. p. 161) – suppone un effettivo controllo approfondito da parte dell'autorità giudiziaria sul carattere eccezionale nel tempo e/o nello spazio delle circostanze («*Une situation anormale, exorbitante [qui] suppose soit l'absence des autorités régulières... soit la survenance brutale d'un ou plusieurs événements graves et imprévus* » secondo la formula di Letourneur) e sul legame concretamente esistente tra queste circostanze e l'illegalità commessa: occorre cioè che l'amministrazione risulti di essersi realmente trovata nelle condizioni di non aver potuto agire legalmente e che la risposta offerta alle circostanze sia stata necessaria e proporzionata. V., L. Crouzatier-Durand, *Les autres régime d'exception* in *Le Journal de Droit Administratif*, 9 marzo 2016; N. Jacquinet, *Le juge administratif et la sécurité des personnes et des biens*, in M. Nicod, (dir.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens?*, Toulouse, 2008, 91 ss.

In sostanza, come è stato osservato (A. Pech, *De maux en mots: les premiers temps d'une gestion incertaine du COVID-19*, in *Le Journal de Droit Administratif*, 30 marzo 2020): «*Plusieurs facteurs doivent inviter à la prudence quant à la mise en œuvre de la théorie des circonstances exceptionnelles*». Le «*circonstances particulières de l'espèce*» evocate dal *Conseil constitutionnel* sembrano invece, più semplicemente, delle «*circonstances générales que nous traversons* (la “guerre” menée contre le coronavirus) qui justifient qu'un brevet de constitutionnalité soit décerné à la violation d'une disposition explicite de la Constitution» (cfr., M. Carpentier, *op.cit.*). Ciò che non è certo esente da rischi. M. Carpentier, *op.loc.cit.*, richiama a questo proposito Maurice Hauriou evidenziando come l'illustre giurista avesse già ben compreso i rischi del ricorso a espressioni del genere. Nel suo commento all'*arrêt Dol et Laurent* del 28 febbraio 1919 (M. Hauriou, *Limites des pouvoirs de police en temps de guerre. Note sous Conseil d'État, 28 février 1919, Dol et Laurent, S. 1918-1919.3.33*, in *Revue générale de droit* [online], 2014), egli osserva come il *Conseil d'État* avesse, in quella occasione, preferito «*une évocation de l'état de guerre et des nécessités qu'il entraîne*», mentre forse sarebbe stato più opportuno richiamare le “circostanze eccezionali” già elaborate nella nota sentenza Heyriès, poiché «*la théorie des*

senza precisarne i contenuti) è parsa, ad alcuni, per certi versi «laconique»³⁸, mentre per altri lascerebbe trasparire un «pizzico di disinvoltura»³⁹ da parte del *Conseil constitutionnel* che di fatto sembra aver autorizzato una deroga alla Costituzione; si fa inoltre notare⁴⁰ che è come se il *Conseil constitutionnel* si fosse trovato davanti a un dilemma: applicare la Costituzione alla lettera e censurare quindi la legge organica oppure «bien “ fermer les yeux” et déclarer sa conformité afin de lui permettre de prendre effet sans avoir besoin de réunir de nouveau le Parlement en urgence afin de réadopter la loi en respectant les délais (et donc en attendant deux semaines supplémentaires)»? La risposta per la maggior parte della dottrina è chiara: il giudice costituzionale – si osserva criticamente⁴¹ – ha scelto in un periodo eccezionale come questo, di «ne prend pas le risque» di «contrarier les dispositions juridiquement adoptées par le Parlement mais politiquement portées par le gouvernement».

Con rammarico si fa, addirittura, notare⁴² come confidare nei periodi "speciali" in un controllo di legittimità rafforzato o quantomeno identico a quello che si svolge nei cosiddetti periodi normali, rappresenti solo un'illusione: là dove ci si attenderebbe di vedere «les clés de la garantie de l'État de droit leur étant en quelque sorte remises là où le parlement essaie de garder celles de la démocratie», si assiste invece ad una situazione inversa.

La critica corale che la dottrina rivolge al giudice costituzionale per aver consentito alla legge organica n. 2020-365 di venir promulgata nonostante la presenza di invalidità solleva legittime preoccupazioni sulle deroghe alla Costituzione, soprattutto con riferimento alla questione riguardante il rispetto dell'art. 46 della Costituzione. Il termine di 15 giorni stabilito nell'art. 46 ha,

“circonstances”, en matière de pouvoirs de police, n'est pas spéciale à l'état de guerre, et qu'il vaut toujours mieux invoquer les principes généraux déjà connus que de créer des principes spéciaux dont on ne sait pas toujours jusqu'où leurs conséquences iront porter». Il richiamo ad una generale e generica teoria dello stato di guerra rischiava – secondo lo studioso francese – di essere «comme une colossale éponge, [servirait] à laver toutes les illégalités et toutes les fautes et à diluer toutes les responsabilités».

³⁸ Ancora, K. Roudier, *op.cit.*; M. Carpentier, *op.cit.*, il quale evidenzia criticamente come il *Conseil constitutionnel* invochi in modo generico le «circonstances particulières de l'espèce» senza precisare quali esse siano.

³⁹ P. Costanzo, *op.loc.cit.*, osserva che quando il giudice costituzionale richiama le circostanze eccezionali per giustificare il suo giudizio di conformità della legge organica sottoposta al suo esame è come se avesse di fatto riconosciuto che si è consumata una rottura delle regole costituzionali sul procedimento legislativo organico, ma che essa è coperta dalla eccezionalità delle circostanze contingenti. L'allusione del *Conseil constitutionnel* è dunque al fatto che non è stato rispettato il periodo di riflessione di quindici giorni, che, anche nell'ambito di una procedura d'urgenza, deve intercorrere tra il deposito del progetto e la sua presa in considerazione da parte del primo ramo del Parlamento (come si è esposto, il periodo trascorso è stato di un giorno soltanto).

⁴⁰ M. Torrente, *Loi d'urgence contre le Covid-19: une nécessaire inconstitutionnalité*, in *Le Monde.fr*, 27 marzo 2020.

⁴¹ Cfr., V. Champeil-Desplats, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, in *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 13 April 2020, 12.

⁴² *Ibidem*.

infatti, un significato ben preciso e fondamentale che Jérôme Solal-Céligny ebbe occasione di chiarire magistralmente ai membri del *Conseil d'État* il 25 agosto 1958 affermando che «un délai de réflexion obligatoire de quinze jours entre le dépôt et le début de la première discussion (...) est destiné à éviter que l'on ne vote une telle loi, en quelque sorte, à la sauvette. Et aussi, éventuellement, pour que l'opinion publique puisse s'emparer de la question et faire connaître aux parlementaires ses inquiétudes, au moins par la voie de la presse»⁴³.

Tuttavia, a queste più che plausibili osservazioni critiche si può forse conclusivamente replicare che rispetto ad una prassi consolidata che vuole il giudice costituzionale francese impegnato a svolgere controlli di costituzionalità per lo più astratti⁴⁴, senza cioè tenere conto del contesto che circonda la legge, con la decisione del 26 marzo il *Conseil constitutionnel* abbia invece ritenuto di dover cambiare approccio, considerando rilevanti anche gli elementi di fatto⁴⁵ (le «circonstances particulières en l'espèce») e non solo quelli di diritto, e ricorrendo a quella “concretizzazione” del controllo di costituzionalità che non è solo appannaggio esclusivo dei controlli *a posteriori*, ma – si noti bene – può ben anche essere prerogativa di quelli *a priori*⁴⁶.

Inoltre, come è stato evidenziato⁴⁷, si potrebbe altresì ipotizzare che il giudice costituzionale si sia ispirato alla teoria detta «de la formalité non substantielle en l'espèce» formulata dal *Conseil d'État*⁴⁸, giungendo alla

⁴³ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. III, *La Documentation française*, Paris, 1991, 142.

⁴⁴ Nicole Belloubet ex membro del *Conseil constitutionnel*, a proposito del giudice costituzionale francese aveva avuto occasione di affermare che: «Le juge constitutionnel exerce un contrôle abstrait; même lorsqu'il est saisi d'une QPC, il intervient au cœur d'un procès entre parties mais dans le cadre d'un procès fait à la loi. L'abstraction n'incite pas au déploiement de considérations de fait» (N. Belloubet, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel: justifier et réformer* in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 55-56, 2017, 7 ss).

⁴⁵ A. M. Lecis Cocco-Ortu, *L'intervento del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra l'Italia e la Francia*, in *DPCE*, 2013, 347 ss., ma spec. 362 parla di “fatti” (sociali, economici e scientifici) la cui conoscenza è funzionale alla precomprensione e interpretazione della norma oggetto del controllo.

⁴⁶ Si veda G. Severino, *Il ruolo della giurisprudenza comune nel giudizio di costituzionalità in Francia. Un diritto vivente dinnanzi al Conseil constitutionnel?*, in M. Cavino (a cura di), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Milano, 53 ss, ma spec., 88 ss.; J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris- Aix-en-Provence, 2001.

⁴⁷ Cabinet Bornhauser, *Plaider en droit et plaider en fait devant le Conseil Constitutionnel ou la promesse d'une décision décriée* (CC Décision n°2020-799 DC du 26 Mars 2020), consultabile alla pagina web blog.bornhauser-avocats.fr

⁴⁸ Formulata per la prima volta nella sentenza CE ASS 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud*, n° 89011, rec. p. 179 e rivisitata nella sentenza CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, req. n°335033, la teoria detta « de la formalité non substantielle en l'espèce » stabilisce che «un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie» (*arrêt Danthony*).

conclusione di non dover sanzionare una procedura *mal conduite* se la sua irregolarità risulti invero priva di conseguenze: nel caso specifico, la riduzione del periodo di consultazione previsto dall'art. 46 della Costituzione non sembra infatti aver avuto influenza sulla decisione del Parlamento e i diritti dei parlamentari non sembrano essere stati compromessi.

5. Il nuovo *État d'urgence sanitaire* e gli altri regimi di emergenza

In Francia, come in tutti gli altri ordinamenti, la gestione dell'emergenza, sia con riferimento ai contenuti delle misure messe in atto che alla tipologia di strumenti scelti per fronteggiare la crisi da Covid-19 ha offerto anche sul piano giuridico numerosi spunti di riflessione sulla bontà di un modello normativo concretamente adottato per contrastare l'epidemia che ha imposto evidenti ed inedite torsioni del diritto e del sistema costituzionale.

Gli interrogativi sul tappeto sono tanti, a cominciare da quello, più diffuso e generale, che porta molti a domandarsi se davvero tutti i diritti possano esser negati o compressi in emergenza o ci siano invero dei limiti, fino ai dubbi più specificatamente rivolti alla legittimità dei singoli provvedimenti adottati dal Governo, a cominciare da quelli sulla legge del 23 marzo 2020, una legge di emergenza, approvata in costanza d'emergenza, nonostante ci fossero probabilmente altri strumenti giuridici già presenti nell'ordinamento francese a cui poter ricorrere.

Le risposte non sono semplici e a rendere ancora più difficoltosa la trattazione dell'argomento Covid-19 (da un punto di vista giuridico) è la confusione generata dall'enfasi generale che si muove attorno alla crisi sanitaria di questo momento, enfasi che arriva anche a coinvolgere l'uso del linguaggio, e nella fattispecie del linguaggio specialistico, con il rischio di compromettere la possibilità di apprezzare o meno in modo adeguato le misure adottate in questa circostanza. Ne è un esempio l'uso indistinto delle locuzioni "stato di emergenza" e "stato di eccezione" attribuite ambedue alla situazione che stiamo vivendo quasi fossero interscambiabili fra loro, l'una il sinonimo dell'altra, dimenticando, al contrario, che la prima si riferisce alla ricorrenza di eventi calamitosi, mentre la seconda allude piuttosto alla rottura del *pactum* politico, un concetto chiave della dottrina politica di Carl Schmitt⁴⁹.

(«Enfin et surtout, vous êtes allés jusqu'à admettre que l'omission d'une formalité en principe substantielle puisse dans des circonstances particulières d'espèce ne pas présenter un tel caractère», si legge ancora nell'*arrêt* Danthony). Cfr., per un approfondimento, T. Gallaud, *La sécurité juridique par le traitement des irrégularités en droit de l'urbanisme*, in *Droit et Ville*, vol. 79, n. 1, 2015, 29 ss.

⁴⁹ Lo osserva I. Massapinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Quest. giust.*, 18 marzo 2020.

Richiamare la dottrina schmittiana con riferimento alla situazione di emergenza sanitaria che si sta vivendo nel nostro paese e in molti altri ordinamenti democratici è – ad avviso di chi scrive – non solo inappropriato ma altresì fuorviante. In Francia, nessuna autorità si è, infatti, eretta a sovrano che decide *sullo* stato di eccezione e *nello* stato di eccezione, nessuna autorità ha sciolto il vincolo giuridico al quale essa è sottoposta, in modo da non appartenere più all'ordinamento giuridico che essa stessa ha il potere di sospendere. L'ordinamento giuridico continua a rappresentare il limite per ogni azione che intende intraprendere per far fronte all'emergenza Covid-19. E anche quando non si voglia espressamente “scomodare” il giurista tedesco, l'allusione che in questi giorni sovente si fa a uno “stato d'eccezione” come «figura d'ordine sospeso», ove vige una «forza di legge senza legge»⁵⁰ una sorta di “autonegazione del diritto”, che si colloca in una zona intermedia tra il giuridico e l'extra-giuridico, tra la legge e il mero esercizio della forza, non sembra condivisibile e applicabile nella circostanza di fatto rappresentata dall'emergenza Covid-19. Dei poteri rilevanti sono stati certamente accordati all'esecutivo, ma non si può parlare – né in Francia né altrove (in altri Stati democratico-costituzionali) – di attribuzione di pieni poteri! Da un punto di vista formale la gestione dell'emergenza ha senz'altro sottoposto alcune disposizioni costituzionali a un'indubbia tensione, sotto molteplici profili, che coinvolgono – come si è visto – anche le procedure con le quali sono stati introdotti via via i limiti sempre più stringenti alle libertà e ai diritti costituzionali. Cionondimeno, occorre fare attenzione a qualsivoglia forzatura filosofica che veda la manifestazione di stati di eccezione e/o di un'eccedenza del politico sul giuridico⁵¹, dove magari vi è solo «un cattivo diritto o addirittura soltanto esecrabili “atti di forza”»⁵².

D'altra parte non si dimentichi che è la stessa Costituzione francese, diversamente da quella italiana per la quale i costituenti ritennero pericoloso inserire clausole d'emergenza che potessero in casi necessariamente imprevedibili sovvertire l'ordine costituzionale conferendo pieni poteri a questo o quell'organo

⁵⁰ Si veda il provocatorio articolo di G. Agamben, *Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata* in *Il Manifesto* 25 febbraio 2020 in cui secondo l'Autore: «si direbbe che esaurito il terrorismo come causa di provvedimenti d'eccezione l'invenzione di un'epidemia possa offrire il pretesto ideale per ampliarli oltre ogni limite».

⁵¹ V., ad esempio, V. Champeil-Desplats, *op.cit.*, 12, la quale nel criticare la sentenza del *Conseil constitutionnel* n. 779-2020 e riferendosi alla attuale situazione di emergenza sanitaria osserva come i periodi eccezionali siano momenti politici per eccellenza, ossia «des moments où la raison politique l'emporte sur la raison juridique que l'on conçoit celle-ci *a minima* comme le respect de règles de procédure ou *a maxima* comme celui de certains principes ou droits tenus pour fondamentaux. *a minima* comme le respect de règles de procédure ou *a maxima* comme celui de certains principes ou droits tenus pour fondamentaux».

⁵² T. Epidendio, *Il diritto nello “stato di eccezione” ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in *Giustizia insieme* [online], 30 marzo 2020.

costituzionale, a prevedere ben due strumenti eccezionali che consentono⁵³ di derogare alla carta fondamentale. Si tratta degli artt. 16 e 36 della Costituzione, il primo concerne l'attivazione presidenziale di poteri diretti a proteggere le istituzioni mentre il secondo disciplina l'instaurazione dello stato di assedio. Più specificatamente, l'art. 16 stabilisce che nei casi di gravissima emergenza e urgenza, nei quali sono minacciate le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio, o l'esecuzione degli impegni internazionali – e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto – il Presidente può adottare direttamente le ordinanze necessarie, consultando previamente il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Consiglio costituzionale. Storicamente molto criticato dalla dottrina⁵⁴ che vedeva in questa norma un forte richiamo al potere di ordinanza previsto dall'art. 48 della Costituzione di Weimar e/o alla figura del *dictator* romano⁵⁵, l'art. 16 è stato in tempi più recenti (2008) modificato allo scopo di introdurre maggiori garanzie (oltre a quelle già contenute nella medesima norma⁵⁶) contro possibili derive autoritarie del Presidente, e nella fattispecie, prevedendo che dopo trenta giorni dall'esercizio dei poteri eccezionali il *Conseil constitutionnel* può essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni che hanno giustificato

⁵³ G. Comazzetto, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, 20 marzo 2020, in www.biodiritto.org, osserva come sia diffusa, nella dottrina francese, «la consapevolezza del carattere “emergenzialista” della Costituzione francese», ciò che può spiegarsi anche alla luce della sua scaturigine da un periodo turbolento come quello della guerra franco-algerina, connotato da forti tensioni politiche e dall'impronta indelebile che la carismatica figura di De Gaulle lasciò anche sulla complessiva architettura istituzionale (ci si riferisce, in particolare, alla centralità della figura del Presidente della Repubblica e alla netta preminenza del potere esecutivo rispetto al legislativo); V., altresì, A. Vidaschi, *A la guerre comme a la guerre?*, Torino 2007, 301 ss., a proposito della *clausola generale* contenuta nell'art. 16 Cost.; J. Robert, *Les situations d'urgence en droit constitutionnel*, in *Rev. intern. dr. comp.*, n.2, 1990, 751 ss.

⁵⁴ Cfr., sull'argomento, E Raffiotta, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato* in *Rivista AIC*, 15 luglio 2017; F. Guenard, *Contre le terrorisme, la législation d'exception?*, 23 novembre 2015, consultabile all'indirizzo web laviedesidees.fr

⁵⁵ C. Bontemps di Sturco, *Francia*, in P. Passaglia (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, in www.cortecostituzionale.it osserva come Georges Vedel avesse addirittura affermato che con l'art. 16 della Costituzione, il Presidente della Repubblica potesse diventare un «dittatore nel senso romano del termine», in quanto la crisi gli permette di disporre della concentrazione di tutti i poteri dello Stato che ritiene necessari, donde la possibilità di paragonare questa situazione a quella della Repubblica romana che, quando era minacciata nella sua esistenza, permetteva al Senato di invitare i consoli a designare un dittatore investito per sei mesi della totalità del potere.

⁵⁶ L'art. 16 della Costituzione ad esempio non consente di riformare durante l'emergenza la Costituzione e di sciogliere l'Assemblea nazionale, e le decisioni del Presidente sono soggette a vari controlli, a cominciare da quello (previsto nel terzo comma) operato dal *Conseil constitutionnel* finalizzato ad accertare che le misure adottate siano ispirate dalla volontà di assicurare ai poteri pubblici costituzionali, nel minor tempo possibile, i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti.

il ricorso alle misure dell'art. 16 siano ancora attuali, potendo così il Consiglio pronunciarsi «nel più breve tempo possibile» sull'opportunità di tali misure⁵⁷.

L'art. 36 regola invece “lo stato d'assedio”, ossia il caso in cui la Francia venisse attaccata o colpita da una rivolta armata, e prevede il trasferimento di alcuni poteri all'autorità militare. Può essere applicato solo in parte del territorio e permette di trasferire i poteri civili e di polizia all'esercito, insieme alla creazione di giurisdizioni militari. Lo stato d'assedio si proclama in caso di una grave crisi, una guerra o una rivolta armata.

A completare il quadro normativo per la gestione delle emergenze, va poi aggiunta la *loi n. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence* ed un quarto caso che trova però la sua fonte – come si è già visto – direttamente nella giurisprudenza del *Conseil d'État*, e, segnatamente, nella *théorie des circonstances exceptionnelles*.

Del principio consolidatosi nella giurisprudenza amministrativa secondo cui ad un'autorità amministrativa è permesso produrre norme generali e astratte che possono derogare a una legge, in presenza di fatti qualificati come “circostanze eccezionali”, si è già detto⁵⁸; con riguardo invece all'*état d'urgence*, esso è stato introdotto e disciplinato dalla legge del 1955, dunque da un provvedimento anteriore alla Costituzione vigente (del 1958), ma di fatto «ri-legittimato dal legislatore e dal *Conseil Constitutionnel*»⁵⁹. Questo strumento, così come successivamente modificato, è stato ampiamente utilizzato⁶⁰ grazie soprattutto alla genericità dei suoi presupposti: esso può essere infatti applicato sia in caso di pericolo imminente – ossia per gravi violazioni dell'ordine pubblico – sia in caso di eventi che, per natura e gravità, siano classificabili come “calamità pubblica”. Lo stato d'urgenza può essere proclamato dal Consiglio dei ministri in tutto o in parte del territorio francese (compresa la Corsica e i dipartimenti e territori d'Oltremare) e può durare dodici giorni, salva la possibilità di proroga autorizzata con legge, inoltre, ai sensi del nuovo art. 4-1, l'Assemblea nazionale e il Senato devono essere informati «senza ritardo» delle misure adottate dal Governo durante lo stato

⁵⁷ L'aspetto più critico della disposizione, nella sua originaria formulazione, risiedeva nella assenza di un termine all'esercizio dei poteri eccezionali: il Presidente avrebbe potuto esercitarli per il periodo necessario a superare il pericolo per il regolare funzionamento delle istituzioni repubblicane, ma essendo egli stesso a stabilirne la durata. V., *ex multis*, M. Cavino, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia. (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta online* 3, 2015, 821 ss, ma spec., 830; A. Di Giovine, *Note sul rééquilibrage delle istituzioni della V Repubblica nella revisione costituzionale del luglio 2008*, in F. Lanchester, V. Lippolis (a cura di), *La V Repubblica francese nel dibattito e nella prassi in Italia*, Napoli, 2009, 258 ss.

⁵⁸ V., *supra*, note 17 e 40.

⁵⁹ Così, P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 166, il quale rammenta in particolare come nel 1985 il *Conseil constitutionnel* dichiarò la legittimità costituzionale della legge n. 55-385 in applicazione della quale si era instaurato l'*état d'urgence* nel territorio d'oltremare francese della Nuova Caledonia.

⁶⁰ Tra gli episodi più recenti che hanno determinato la dichiarazione dell'*état d'urgence* si possono ricordare la rivolta delle *banlieues* del 2005 e la serie di attentati terroristici di matrice islamica fondamentalista avvenuti nel corso del 2015.

d'emergenza e possono richiedere ogni ulteriore informazione in sede di loro controllo e valutazione⁶¹. L'*état d'urgence* introdotto dalla legge n. 55-385 comporta, in particolare, l'estensione dei poteri di polizia tanto in capo al Ministro dell'Interno quanto ai Prefetti, ambedue i quali possono adottare provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione e soggiorno e di quella di riunione.

Ciò premesso, tornando alla attuale crisi sanitaria va osservato come il governo francese non abbia fatto ricorso a nessuno dei quattro strumenti di disciplina dell'emergenza a disposizione, fatto salvo l'impiego della teoria delle circostanze eccezionali nel solo decreto del 16 marzo 2020 che in apertura con la formula «Vu les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de Covid-19» giustifica la sua adozione ad opera del Primo Ministro con un palese rimando all'insegnamento del giudice amministrativo.

Tralasciando l'art. 36 della Cost., che non trova chiaramente giustificazione in questa circostanza, visto che si riferisce al caso di un pericolo imminente derivante da una guerra o da un'insurrezione armata, anche l'art. 16 e, soprattutto, la legge del 1955 non vengono utilizzati dal governo francese, che preferisce piuttosto approvare una nuova legge con la quale introdurre un inedito «*état d'urgence sanitaire*» da applicare alla circostanza del caso.

1660

La scelta politica di rinunciare all'impiego di strumenti giuridici esistenti e di ricorrere invece ad elaborare una nuova cornice giuridica in cui inserire la regolazione dell'emergenza Covid-19 ha sollevato ovviamente perplessità e critiche oltre a porre un quesito di fondo su quali possano essere state le ragioni che hanno spinto la Francia ad approvare una nuova legge finalizzata a disciplinare nello specifico le catastrofi sanitarie. L'approvazione della *loi* n. 2020-290 suona poi ancor più singolare per il fatto che si tratta di una legge di emergenza deliberata "alla svelta" nel pieno dell'emergenza stessa alla cui gestione essa era destinata. Se, come si è osservato⁶², le leggi di emergenza andrebbero approvate quando la situazione si è stabilizzata e non nella concitazione del momento, e non trovandosi la Francia comunque sprovvista di mezzi giuridici al punto da vedersi costretta a stilare (frettolosamente) una qualche normativa indispensabile per far fronte a una situazione straordinaria, perché mai si è dovuti ricorrere a introdurre un'altra disciplina dell'emergenza? Disciplina che, si noti bene, interviene modificando il *Code de santé publique* e introducendo una nuova figura giuridica, quella dell'*état d'urgence per catastrophe sanitaire*, al solo scopo di gestire la

⁶¹ V., per approfondimenti anche in merito alle più recenti modifiche della l. n. 55-385, 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*, n.3, 2015.

⁶² P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, in *Mediapart*, 23 marzo 2020, sottolinea come le leggi sull'emergenza «relèvent de la procédure législative de temps calme, et non de celle de précipitation».

pandemia in corso. L'art. 7 della legge⁶³ parla infatti chiaro: le norme contenute nel Capitolo I bis, Titolo III, Libro I, Terza parte del *Code de la santé publique* (ossia gli artt. L.3131-12 – L.3131-20) sono applicabili fino al 1° aprile 2021.

Perché allora impegnarsi così tanto in un provvedimento di emergenza volto a disciplinare in modo circoscritto la crisi epidemiologica da Coronavirus, quando si poteva fruire di strumenti generali già presenti nell'ordinamento?

Alcuni⁶⁴ osservano che la codificazione dell'*état d'urgence sanitaire* nel codice sanitario renderebbe in realtà la «limitation législative temporelle (...) peu crédible» e costituirebbe «un indice sérieux que ce régime d'exception est conçu comme pérenne», potendo il Parlamento in qualunque momento cancellare la scadenza o posticiparla⁶⁵. Se così dovesse accadere, lo stato d'urgenza sanitaria potrebbe allora continuare ad essere applicato anche fuori dal caso di specie e divenire uno strumento di gestione per tutte le crisi sanitarie che dovessero verificarsi in futuro, aggiungendosi in questo modo agli altri tipi di regimi emergenziali previsti dall'ordinamento francese. Tuttavia, anche in questa ipotetica situazione, i dubbi sulla effettiva utilità giuridica della legge in esame permangono: è stato infatti osservato⁶⁶ come dal combinato disposto degli artt. L.3131-1 e L.3131-12 del *Code*, il primo revisionato e il secondo creato *ex novo*, si evince che la nuova regolamentazione interviene in caso di «menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment⁶⁷ en cas de menace d'épidémie» e che, curiosamente, le nuove norme (dall'art. L. 3131-12 all'art. L. 3131-20) sono state inserite nel *Livre I* della terza parte del codice sanitario, libro dedicato espressamente alla «Lutte contre les maladies transmissibles». Ciò che impedirebbe di invocare l'*état d'urgence sanitaire* qualora la crisi sanitaria a cui si debba provvedere fosse causata da fattori diversi dalle «maladie transmissibles». Un evento come, ad esempio, quello accaduto a Chernobyl o Fukuyama non

⁶³ Si tratta di una sorta di «clausola di autodistruzione» (l'espressione è di F. Delfino, *La legislazione antiterrorismo in Francia e in Russia. Un difficile equilibrio tra sicurezza dei cittadini e diritti* in *Rivista di diritto dei media*, n.1, 2019, 1 ss., ma spec., 21) del tutto analoga a quella inserita nella *loi* n. 2017-1510 del 30 ottobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*.

⁶⁴ P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, cit.

⁶⁵ Di fatto è come se si trattasse di una sorta di "sperimentazione" delle misure che decadranno il 1° aprile 2020, termine entro il quale saranno sottoposte al controllo del Parlamento che potrà allora anche prorogarle per un tempo illimitato.

Si veda, P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, cit, il quale osserva che per rendere l'*état d'urgence sanitaire* realmente effimero e sostanzialmente limitato nel tempo all'attuale crisi sanitaria, occorre che il legislatore prevedesse espressamente che la sua applicazione avvenisse «en raison des circonstances exceptionnelles liées à l'impérative protection de la santé publique face à l'épidémie de covid-19» (per usare i termini impiegati nell'emendamento n. CL42 presentato dal membro Delphine Batho davanti alla Commissione di legge).

⁶⁶ Cfr., A. Levade, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception* in *La Semaine Juridique*, 30 marzo 2020, 613 ss.

⁶⁷ [mio corsivo]

rientrerebbe nell'ambito di applicazione previsto dalla nuova normativa, nonostante si tratti di un'evidente catastrofe sanitaria, oltre che ambientale.

Tutto ciò non fa allora che avvalorare ancor di più l'opinione diffusa⁶⁸ che la pandemia non necessitasse di una nuova e ulteriore normativa per essere regolata, ma potesse essere ben gestita con i mezzi giuridici esistenti e che forse questa legge rappresenti, in definitiva, più una scelta di convenienza politica che di effettiva necessità di colmare un vuoto normativo che...non esiste. Lasciando da parte la questione se fosse opportuno o meno utilizzare la teoria delle circostanze eccezionali (peraltro impiegata in uno dei primi decreti di emergenza Covid-19), viste le severe condizioni che essa pone ai fini della sua applicazione⁶⁹, con riferimento agli altri regimi emergenziali, alcuni⁷⁰ si sono addirittura spinti a evidenziare come, paradossalmente, perfino l'art. 16 della Costituzione avrebbe potuto garantire i diritti (necessariamente compressi durante questa emergenza) meglio e di più di quanto abbia fatto la *loi* n. 2020-290; altri hanno invece fatto leva sull'opportunità di ricorrere alla legge del '55, facendo notare⁷¹ che, se necessario, si sarebbe tutt'al più potuto approvare un'altra legge finalizzata a integrare la prima (come fu fatto nel 2015 per gli episodi di terrorismo islamico), in modo da consentirne un'applicazione adeguata anche al caso di specie della pandemia di Covid-19.

In entrambi i casi, sia nell'ipotesi (più remota⁷²) in cui si fosse optato per intervenire nella cornice dell'art. 16 Cost., che in quella forse più probabile (anche

⁶⁸ Cfr., A. Gelblat, L. Marguet, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 20 aprile 2020, a cui si rinvia altresì per il ricco corredo bibliografico.

⁶⁹ L'applicazione di questa teoria, come si è già visto, non è illimitata e generica poiché presuppone la combinazione di alcuni elementi: il verificarsi di eventi gravi e imprevisti; l'impossibilità per l'autorità amministrativa di agire legalmente; la persistenza di circostanze eccezionali in cui è stato adottato l'atto amministrativo in questione e la natura dell'azione realizzata. Ora, se quasi tutti questi presupposti potevano essere provati nella situazione attuale, quello relativo all'impossibilità per l'Amministrazione di agire legalmente avrebbe potuto invece incontrare delle riserve e sollevare numerose polemiche al riguardo.

⁷⁰ Si veda l'intervista del 21 marzo 2020 a Dominique Rousseau (*Coronavirus: «C'est en temps de crise que le respect des droits fondamentaux est encore plus important» selon Dominique Rousseau*) su publicsenat.org.

⁷¹ Così, A. Levade, *op.cit.*, 615.

⁷² Si rammenti che il sistema previsto dall'art. 16 della Costituzione è stato in passato oggetto di ampie contestazione per il rischio insito di una deriva autoritaria (V., sull'argomento, S. Platon, *Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain?*, in *Rev. fr. dr. const.*, n. 5, 2008, 97 ss.; M. Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, in *Rev. intern. dr. comp.*, n. 1, 1971, 295 ss.). La norma è stata applicata una sola volta, nel periodo che va dal 23 aprile 1961 al 29 settembre dello stesso anno, a seguito del *putsch* di Algeri: tentativo che finì nella notte tra 25 e 26 aprile, seppure il Presidente della Repubblica De Gaulle abbia continuato ad applicare l'art. 16 fino al 29 settembre e per questo ricevette diverse critiche. La riforma costituzionale del 2008, introdotta allo scopo di moderare la discrezionalità del Presidente nella determinazione dei tempi di durata dello stato di emergenza, costituisce un tentativo per arginare l'abbondante potenziale di abusi di potere offerto dall'art. 16. Cfr., E. Grosso, *La Francia*, in P. Carrozza, G. F. Ferrari, A. Di Giovine (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, Roma-Bari, 2019, 108 ss., ma spec., 139, 116.

perché già sperimentata molte altre volte⁷³) in cui si fosse deciso di ricorrere alla legge del '55, il dato che viene messo in evidenza dalla dottrina francese è rappresentato dalle garanzie maggiori che i due strumenti per l'emergenza offrono, a cominciare dalla maggior tutela del ruolo del Parlamento: nello specifico si fa notare⁷⁴ che a differenza della legge n. 2020-290 che consente al Parlamento di intervenire decorso il termine di *due mesi*⁷⁵, l'art. 16, terzo comma, Cost. prevede che dopo *un mese*⁷⁶ il Presidente dell'Assemblea nazionale e il Presidente del Senato possono incaricare il *Conseil constitutionnel* di verificare se le circostanze che hanno giustificato i poteri eccezionali del Presidente della Repubblica sussistano ancora, mentre l'art. 36-1 della legge n. 55-385 riconosce al Parlamento il compito di valutare l'opportunità di una proroga dello stato di urgenza oltre il termine dei *dodici giorni*⁷⁷, decidendone anche la durata.

Appurato che probabilmente non occorre approvare una nuova legge per affrontare la pandemia in corso, restano da capire quali siano le ragioni di una scelta, presumibilmente politica, che hanno spinto le istituzioni francesi ad adottare la nuova normativa, al di là della (apparente) necessità di offrire un *cadre juridique plus cohérent et spécifique* per la gestione della crisi sanitaria dopo i primi, disparati, provvedimenti assunti con *décret* presidenziale e *arrêt* ministeriale. L'ipotesi più accreditata⁷⁸ sembra essere quella di un Governo per lo più preoccupato di dare buona prova di sé, dimostrando, attraverso una legge specificatamente mirata a gestire le emergenze sanitarie, di essere all'altezza della gravità della situazione pandemica in corso⁷⁹. Allo stesso modo – come è stato messo in rilievo⁸⁰ – anche il Parlamento, cedendo alla tentazione di approvare una nuova legge per l'emergenza sanitaria, ha voluto prender parte attivamente alla gestione della crisi da Covid-19, “esibendo” un dispositivo inedito per una crisi altrettanto inedita.

⁷³ Lo stato d'emergenza di cui alla legge n.55-385 fu instaurato per la prima volta nel 1955, durante la guerra d'indipendenza dell'Algeria, nel 1958 a Algeri, nel 1961 sempre in Algeria, nel 1984 in Nuova Caledonia, e nel 2005 da Jacques Chirac all'epoca delle rivolte delle *banlieue* e durò fino al 4 gennaio 2006 (Cfr., *ex multis*, S. Thénault, *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine: destin d'une loi*, in *Le Mouvement social*, n.1, 2007, 63 ss.).

⁷⁴ Ancora, D. Rousseau, *op.cit.*

⁷⁵ [mio corsivo].

⁷⁶ [mio corsivo].

⁷⁷ [mio corsivo].

⁷⁸ J-J. Urvoas, *Dans la crise que nous vivons, le contrôle parlementaire peut et doit s'exercer*, in un'intervista su *L'Opinion*, 23 marzo 2020, si domanda: «Était-il nécessaire de prévoir un état d'urgence sanitaire ? Probablement pas. La jurisprudence du Conseil d'État permet de prendre les mesures qui s'imposent. [Mais...] Le vote d'une loi d'urgence dans la crise actuelle montre surtout que l'État agit...».

⁷⁹ François Hollande cedette alla stessa tentazione quando nel novembre 2015, dopo gli attentati di Parigi, tentò di far costituzionalizzare lo stato d'urgenza previsto nella legge n.55-385.

⁸⁰ Ancora, A. Levade, *op. loc. cit.*

Ora, individuati gli elementi di criticità (ragioni meramente politiche, mancanza di una lacuna giuridica in materia di emergenza da colmare e precipitosità con cui la legge n. 2020-290 è stata adottata) che fanno della legge sull'*état d'urgence sanitaire* un provvedimento adottato senza che ve ne fosse l'effettiva necessità, resta da capire se questi nodi problematici abbiano avuto una qualche ripercussione sul contenuto della legge. La questione centrale è ancora una volta la gestione "sostanziale" della crisi sanitaria, con riguardo soprattutto ai poteri straordinari riconosciuti in capo all'Esecutivo, all'organo politico per antonomasia, e ovviamente, alle misure che hanno disposto la compressione di alcune libertà costituzionali.

Riguardo agli aspetti più problematici, alcuni autori⁸¹ fanno leva sull'entità dei poteri conferiti all'Esecutivo, facendo notare che, nel proporsi l'obiettivo di meglio articolare i poteri di polizia del Primo Ministro e del Ministro della Solidarietà e della Salute, il legislatore abbia invero «*augmenté bien plus qu'il n'a articulé*» i poteri dell'esecutivo, attuando un regime cumulativo, ove alle misure che potevano essere adottate dal Ministro della Solidarietà e della Salute prima della crisi (nel quadro del suo "classico" potere di polizia sanitaria) si sono aggiunte quelle che possono essere adottate dal Primo Ministro dopo l'inizio della crisi (nell'ambito delle prerogative derivanti dallo stato di emergenza sanitaria).

Un'osservazione questa, che sembra in parte ricordare le numerose discussioni sollevate negli altri ordinamenti intorno agli ampi poteri dell'esecutivo in emergenza e alla possibilità/legittimità di questo di adottare misure che comprimono alcune libertà costituzionali. Ma il punto – per chi scrive – non è tanto la quantità di poteri che vengono conferiti all'esecutivo e/o la restrizione di alcuni diritti che devono necessariamente retrocedere di fronte al diritto alla salute. In fondo il diritto alla salute rimanda al diritto alla vita e la vita in buona salute è condizione necessaria per poter effettivamente godere di tutti gli altri diritti. «*Il y a des cas où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux*», recitava Montesquieu nel suo *Esprit des lois*.

Il nodo centrale è, piuttosto, il rispetto di alcune condizioni che sono indispensabili perché un provvedimento non venga considerato liberticida. Un regime di emergenza sarà infatti accettabile solo se è provvisorio, giustificato dalla straordinarietà ed eccezionalità delle circostanze a cui fare fronte e se finalizzato all'adozione di misure strettamente necessarie e proporzionate all'obiettivo perseguito, obiettivo che deve comunque sempre essere quello del ritorno alla normalità istituzionale il più rapidamente possibile. Per dirla con le parole di Jean Carbonnier⁸², una volta cessata l'emergenza, senza indugio, *le flux* di norme giuridiche eccezionali deve lasciare posto a un *reflux du droit*.

⁸¹ Cfr., ad esempio, S. Renard, *op. cit.*

⁸² J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, 1969, 25 ss.

Questi presupposti, la legge n. 2020-290 sembra averli rispettati.

Lo stato di emergenza è stato confinato temporalmente (l'art. 4 della legge ha infatti stabilito una durata massima di due mesi dall'entrata in vigore della stessa legge); si stabilisce espressamente che le misure adottate debbano essere «strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu» (nuovo art. L. 3131-15 del *Code de santé publique*) ed esse potranno essere oggetto di un *référé suspension* o di un *référé liberté devant le juge administratif* (nuovo art. L. 3131-18). A ciò si aggiunga poi la presenza di un *comité de scientifiques* (nuovo art. L. 3131-19) i cui pareri dati al Governo sono resi pubblici, ciò che contribuisce a conferire trasparenza all'azione complessiva che si sta esercitando in questa circostanza particolare⁸³.

E dunque, in conclusione, possiamo per certi versi condividere la critica sulle ragioni di mera opportunità politica che hanno condizionato la scelta di dotarsi di una nuova legge *ad hoc* per l'emergenza Coronavirus anziché ricorrere a strumenti già rodati (primi fra i quali quello rappresentato dalla legge del 1955): una scelta che è apparsa inutile, ridondante, pretestuosa e condotta probabilmente al solo scopo di recuperare consensi perduti. Ma è sul contenuto della legge che va focalizzata l'attenzione, perché così come è certo che il carattere inedito e insieme mortale dell'infezione universale richiede uno "scarto" rispetto al ritmo normale dell'azione politica, è altresì vero che in una democrazia le regole dello Stato di diritto non possono venire mai meno.

“Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem” recita il vecchio adagio a cui numerose volte è corso il pensiero in un contesto emergenziale come quello che stiamo vivendo; ma anche laddove è la necessità a farsi legge essa deve continuare a rispettare i principi generali dell'ordinamento giuridico, sulla base dei quali un paese potrà adottare le misure che ritiene più opportune per la soluzione di una crisi a patto che esse siano generali e astratte, limitate nel tempo, irretroattive, motivate e proporzionate allo scopo che si prefiggono. L'emergenza non può infatti espandersi al punto da snaturare l'ordinamento, di valicare cioè quel c.d. «minimo costituzionale»⁸⁴ che rappresenta il “nucleo duro” indefettibile dell'ordinamento, superato il quale si oltrepassa il potere costituito per tornare al potere costituente⁸⁵. Come rifletteva Benjamin Constant: «les gouvernants sont ces sentinelles, placées par les individus, qui s'associent

⁸³ «Questa pandemia è una sfida per le democrazie. Mentre i regimi possono imporre delle scelte in maniera autoritaria e hanno la possibilità di guadagnare tempo, nelle democrazie bisogna creare un legame di consenso con i cittadini», ricorda Enrico Letta in una sua intervista a *La Repubblica*, 30 marzo 2020.

⁸⁴ P. Pinna, *Crisi costituzionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, 479 ss., ma spec., 484; P. Barile, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, 51.

⁸⁵ G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Giappichelli 2000; F. Cerquozzi, “Stato d'emergenza” e Costituzione, in *Iusnitinere*, 26 marzo 2020.

précisément pour que rien ne trouble leurs repos, ne gêne leur activité»; ma se essi vanno al di là di questo loro compito, «s'ils vont plus loin, ils deviennent eux-mêmes cause de trouble et de gêne»⁸⁶.

Come dimenticare poi la lezione dell'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino secondo cui «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione»? È questo un principio che l'urgenza e i poteri di crisi non devono mai mettere in dubbio, perchè se pur non sia possibile “imbrigliare” le situazioni di emergenza entro tipi e regole predeterminate, ciò non ci dispensa dal dover coniugare l'emergenza con i principi tipici del costituzionalismo democratico⁸⁷.

D'altra parte – come ci viene ricordato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa⁸⁸ – in uno Stato democratico sono il controllo parlamentare e le garanzie giurisdizionali a fornire le garanzie essenziali contro la possibilità di un arbitrario comportamento dell'Esecutivo e la conseguente implementazione sproporzionata delle misure.

Il controllo parlamentare e le garanzie giurisdizionali sono parte di quel “nucleo duro” che non può mai mancare nell'uso di misure derogatorie⁸⁹. E di questo il legislatore francese, autore della legge n. 2020-290, sembra essere consapevole, visto che nel suo provvedimento tanto l'informazione quanto il controllo del Parlamento paiono assicurati e così pure le tutele giurisdizionali.

6. Spunti conclusivi

Dal quadro appena illustrato di misure adottate dalla Francia per fronteggiare la pandemia si possono trarre alcune brevi osservazioni conclusive.

Come negli altri paesi europei, anche in Francia è stata adottata la scelta di limitare al massimo i danni derivanti dall'epidemia di Covid-19 mediante provvedimenti che per la loro natura e per i contenuti hanno sollevato non poche critiche ed obiezioni: anche oltr'Alpe si è infatti denunciato l'uso di provvedimenti definiti liberticidi e si è criticata l'eccessiva estensione del potere dell'esecutivo ritenuta lesiva delle prerogative parlamentari, con cui si assisterebbe ad una “messa in quarantena” dell'intero Stato di diritto e all'affiorare progressivo dello spettro dello stato di polizia, vale a dire della sottomissione della pratica della legge alle decisioni amministrative⁹⁰.

In Francia, come nel nostro paese, non è poi mancato chi, dinanzi a misure

⁸⁶ B. Constant, *Principes applicables à tous les gouvernements*, Genève, 1980, p. 384.

⁸⁷ V., G. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC* [online], 2, 2015.

⁸⁸ Council of Europe, Office of the Commissioner for Human Rights, Opinion 1/2002 of the Commissioner for Human Rights.

⁸⁹ Cfr., P. Bonetti, *op.cit.*, 237.

⁹⁰ Così, F. Mas, *Coronavirus: l'état de droit en quarantaine?*, in *Contrepoints* [online], 2 aprile 2020.

come il confinamento a casa dell'intera collettività, la proibizione di raduni e l'introduzione di controlli nei parchi pubblici effettuati con droni, ha altresì evocato sinistri scenari orwelliani in cui a precipitare non sarebbe solo l'ordinamento francese ma l'Europa intera, per giunta con il consenso dei cittadini, soggiogati dal turbamento e dalla paura per un'epidemia che ha coinvolto (e sconvolto) il mondo intero.

Come si è precedentemente visto, l'*état d'urgence sanitaire* introdotto dalla legge 2020-290 e tutto ciò che esso comporta non è stato salutato da tutti con favore e tantomeno è stata accolta senza riserve la recente legge 2020-546 con cui si è posticipata la fine dello stato di emergenza. La Costituzione è parsa "sotto stress", i diritti in pericolo e così pure il tradizionale principio di separazione dei poteri, ma come ha sinteticamente ed efficacemente replicato Nicole Belloubet, Ministro della Giustizia ed ex componente del *Conseil constitutionnel*, in una rubrica pubblicata sul quotidiano Le Monde il 1° aprile 2020, «la loi du 23 mars 2020 crée un cadre juridique nouveau pour faire face aux catastrophes sanitaires les plus graves. Elle n'autorise en aucun cas l'édiction de règles et de décisions durables au-delà de ce que l'urgence justifie»; «L'Etat de droit passe par le respect des droits fondamentaux sous le contrôle du juge. Rien de cela n'est atteint, n'est remis en cause. Ni en théorie ni en pratique».

E di tutto ciò l'ordinamento francese sembra – a chi scrive – aver dato piena prova a cominciare ad esempio dal fatto che se per la legge del 23 marzo si è scelto – vista l'assoluta urgenza del momento – di non sottoporre il progetto legislativo al controllo (facoltativo) preventivo del *Conseil constitutionnel*, per il provvedimento successivo (*loi* n. 2020-546) – assunto in un secondo tempo in cui, pur persistendo l'emergenza, si è iniziato a intravedere la possibilità di un futuro e graduale ritorno alla normalità – si è invece applicato pienamente il secondo comma dell'art. 61 Cost.: come a dire che appena vi è stata la possibilità – pur continuando a sussistere l'emergenza sanitaria – si è provveduto senza indugio ad assicurare appieno le garanzie previste nella Costituzione⁹¹.

A ciò si aggiunga un'altra considerazione è cioè che al di là delle ragioni di "opportunità politica" (sopra viste) che hanno condizionato la scelta di adottare della legge 2020-290, non ci si può esimere dall'osservare che l'alternativa dell'art. 16 della Cost. sia stata scartata da subito dal governo francese. Una scelta che, al

⁹¹ Definitivamente adottato dalle due Camere, il progetto di legge di proroga dello stato di urgenza è stato immediatamente deferito dal Presidente della Repubblica, dal Presidente del Senato e da oltre sessanta deputati e senatori al *Conseil constitutionnel* che si è pronunciato con *Décision* n° 2020-800 DC *du* 11 mai 2020. Il giudice costituzionale ha dichiarato gran parte delle disposizioni sottoposte al suo esame conformi alla Costituzione, fatto salvo per alcune disposizioni relative alla disciplina sulla quarantena e sull'isolamento e sul nuovo dispositivo di trattamento dei dati personali di natura medica che sono state comunque censurate e/o sottoposte ad alcune riserve di interpretazione perché ritenute lesive rispettivamente della libertà di circolazione e del diritto alla vita privata.

di là che vi fossero o meno i presupposti concreti per una sua applicazione⁹², evidenza – ad avviso di chi scrive – una volontà sottesa di non ricorrere a un istituto che, come l'esperienza insegna, può essere pericoloso, a causa della genericità dei suoi presupposti che lascia aperti spazi indeterminati di arbitrio nella limitazione di tutti i diritti fondamentali⁹³.

Con particolare riferimento alle limitazioni di alcuni diritti e libertà che sono conseguite alla dichiarazione dello stato di emergenza va poi evidenziato come esse siano state introdotte allo scopo di tutelare la salute nella sua duplice veste di diritto fondamentale ed interesse generale. Questo, dunque, l'obiettivo dei provvedimenti anti-Coronavirus e la ragione dell'instaurazione di uno stato di emergenza sanitario eccezionale: difendere la salute che è al tempo stesso diritto (proclamato nel preambolo della Costituzione francese⁹⁴) e componente di ordine pubblico⁹⁵, ciò che obbliga a garantire l'integrità fisica e psichica di tutti, al di là delle scelte individuali, poiché le pandemie e le relative risposte degli Stati possono comportare rischi significativi per molti altri diritti sociali e per la vita di tutti.

Il bilanciamento che si impone dunque tra salute e libertà individuali (di circolazione, riunione, culto, impresa) non può che segnare allora una prevalenza della prima sulle seconde e una temporanea restrizione di quest'ultime, in base anche a quel principio di solidarietà caro a molti ordinamenti democratici (primi fra i quali quello italiano e francese) per il quale l'appartenenza ad una comunità deve necessariamente prevalere sull'individualismo. Ciò che ci permette di comprendere (e apprezzare) la scelta francese (come anche quella italiana e spagnola) di adottare una strategia ben diversa da quella adottata da altri paesi e guidata dal calcolo bruto tra costi e benefici e dal rifiuto pregiudiziale di misure troppo restrittive, considerate dannose per l'economia.

⁹² Wanda Mastor, docente di diritto pubblico all'Université Toulouse 1 Capitole non ha escluso del tutto che si potesse ricorrere all'art. 16 Cost.fr anche se ha ritenuto senz'altro preferibile e «plus pertinent», per l'emergenza attuale, l'*état d'urgence sanitaire* introdotto con la legge n.2020-290. Cfr., l'intervista di A. Gaboulaud, *État d'urgence, article 16... Quels outils face au coronavirus?*, pubblicata sulla rivista online *Parismatch* il 16 marzo 2020.

⁹³ Vedi l'intervista a Luigi Ferrajoli di M. Toti, *Un colpo di Stato in nome del coronavirus*, nel quotidiano online *Rassegnasindacale* del 5 aprile 2020.

⁹⁴ Nel *Préambule* della Costituzione francese del 27 ottobre 1946 si sancisce (alinéa 11) che la Nazione «garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence».

⁹⁵ Sulla possibilità di riferire il diritto alla salute pubblica alla nozione di ordine pubblico, D. Turpin, *Le droit de grève face à un nouveau « principe de valeur constitutionnelle »*, in *Droit social*, n. 11, 1980, 441 ss, ma spec. 446 ha osservato: «on peut considérer que ce principe n'est rien d'autre que "l'ordre public", objectif traditionnel de la police, qu'elle soit administrative ou législative. Dans sa conception classique, l'ordre public s'analyse en une trilogie bien connue: "tranquillité, sécurité, salubrité publiques". [...] La salubrité c'est l'hygiène ou la santé publique, au sens le plus large du mot». Cfr., sull'argomento, G. Serges, *Il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale francese: Una rassegna della giurisprudenza del Conseil constitutionnel*, in *Federalismi.it*, 25 luglio 2018.

All'ideologia dell' "immunità di gregge" avanzata da alcuni ordinamenti, alle scelte compiute da alcuni paesi (si pensi al Brasile) di lasciare i poveri, i vecchi e gli ammalati al loro destino, la Francia (come il nostro paese⁹⁶) ha contrapposto la sua idea originaria di società giusta in cui lo Stato (nella sua accezione di Stato sociale⁹⁷) deve assumersi come suo compito prioritario la protezione della vita di tutti e, in primo luogo, di coloro che non ce la fanno da soli, anche a costo di prendere misure che comportano la (temporanea) compressione di libertà individuali.

Come sosteneva Zygmunt Bauman⁹⁸, sicurezza e libertà sono valori entrambi necessari, ma in costante conflitto tra loro: è impossibile guadagnare sicurezza senza cedere parti di libertà ed è altrettanto impossibile estendere la libertà senza cedere una parte della sicurezza. In situazioni di emergenza, come già avvenuto in passato, il bisogno di sicurezza tende a prendere il sopravvento sulla libertà. Il punto allora non è capire se le misure di costrizione adottate siano legittime o meno, se occorresse davvero spingersi fino a quel punto. La risposta è nota: la vita e la salute sono valori primari che valgono per tutti e come tali possono giustificare limitazioni, come quelle che sono state ordinate dal governo francese, ad altri diritti fondamentali.

Il vero problema è piuttosto quello di saper circoscrivere le costrizioni entro un tempo limitato, strettamente necessario per fare fronte all'emergenza del momento; perché ciò avvenga occorre avere ben chiara l'eccezionalità della situazione che si sta fronteggiando, così che, una volta azzerato o circoscritto il pericolo del contagio, ogni limitazione venga immediatamente privata di ogni legittimazione giuridica e il regime di ordinaria legalità possa automaticamente riespandersi. Un passaggio, questo, inevitabile se si vuole che i fondamenti democratici di un ordinamento rimangano integri, un passaggio che il governo francese sembra avere ben chiaro come dimostra il fatto che esso ha sempre precisato i termini di efficacia delle misure di compressione adottate dando piena prova della loro temporaneità e transitorietà.

Claudia Sartoretti
Dip.to di Studi giuridici
Università degli Studi di Torino
claudia.sartoretti@unito.it

⁹⁶ Cfr., un recente articolato di G. Zagrebelsky, *La vita prima di tutto*, pubblicato sul quotidiano *La Repubblica* del 29 maggio 2020.

⁹⁷ J. Fanny, *La protection de la santé par le Conseil constitutionnel: un parfum français aux notes d'Italie*, in *Rev. fr. dr. const.*, n. 3, 2018, 513 ss., osserva: «Lorsque, pour la première fois, les constituants français et italien introduisent la santé dans les textes constitutionnels de 1946 et de 1947, ils s'associent certes à la dynamique européenne et internationale du Welfare State, mais aussi et surtout, ils font endosser à l'État une responsabilité de l'ordre de l'existentiel».

⁹⁸ Cfr. Z. Bauman, K. Tester, *Società, etica, politica: conversazioni con Zygmunt Bauman*, trad.it. (2001), Milano, 2002.