

N. 13

Rivista N°: 3/2020

DATA PUBBLICAZIONE: 23/07/2020

AUTORE: Maria Francesca De Tullio*

IL MITO DELL'EMERGENZA E LE GARANZIE COSTITUZIONALI. INSEGNAMENTI DALL'ESPERIENZA FRANCESE

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'emergenza nell'ordinamento francese – 3. Nuove emergenze: lo stato di urgenza dopo gli attentati francesi del 2015 – 4. La 'normalizzazione' dello stato di urgenza – 5. La proposta di costituzionalizzazione dello stato di urgenza in Francia – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il lavoro osserva il diritto emergenziale nell'esperienza francese, con l'obiettivo di riflettere sulla 'normalizzazione' dei regimi derogatori, intesa come la loro tendenza ad andare oltre i limiti temporali, soggettivi e funzionali dell'emergenza stessa. Tale ordinamento è assunto come oggetto centrale dell'analisi in quanto prevede un'articolata serie di stati di eccezione, e in tempi recenti, successivamente agli attentati del 2015, si è espressamente confrontato con la proposta di costituzionalizzare lo stato di urgenza.

In questa sede, l'emergenza è intesa come atto conflittuale o potenzialmente eversivo dell'ordinamento costituito, che fa nascere l'esigenza – reale o percepita – di una deroga alle regole ordinarie di tutela dei diritti fondamentali. Il fenomeno è stato oggetto di analisi approfondita in dottrina, ma in questa sede verrà osservato soltanto in termini di emergenza conservativa, cioè tendente a salvaguardare o ripristinare l'ordine costituzionale originario, quindi a 'rendere se stessa non più necessaria'¹. Proprio in tale ambito, assume particolare rilevanza

* Dottoressa di ricerca in "Diritti umani. Teoria, storia e prassi" – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 223-224. Questo risponde a un modello di emergenza cd. 'monista', che vede il potere emergenziale come un potere costituito, che pertanto deve rimanere entro i limiti della Costituzione: O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte I, Società editrice libraria, Milano, 1904, 1154; V. Angiolini,

l'esigenza che le misure derogatorie siano strettamente funzionali al fatto dannoso o rischioso che giustifica i poteri necessitati.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, l'emergenza mette in crisi l'ordinamento perché pone in reciproca tensione i valori garantiti dal sistema. Da un lato, essa rende giuridicamente necessaria una risposta, in quanto presenta un danno o un rischio che – minacciando l'integrità fisica della Nazione – minaccia anche le libertà costituzionali². Dall'altro lato, anche la risposta stessa può rappresentare un rischio per i principi democratici, perché induce a sacrificare i diritti fondamentali del 'nemico' in nome di quello che si interpreta come interesse generale. Paradossalmente, quindi, la disciplina emergenziale mette a repentaglio proprio quegli stessi valori costituzionali che ha dichiarato di voler tutelare³. In tali casi, gli effetti del pericolo generano una compressione generalizzata delle libertà, che può protrarsi anche oltre la fase di crisi, e colpire soggetti diversi da quelli che hanno causato lo stato di necessità. La storia ha ampiamente dimostrato come i regimi derogatori incrementano i poteri dell'Esecutivo⁴ in una misura che può sfuggire dal controllo e diventare l'anticamera di un assetto autoritario, all'interno, o di un atteggiamento imperialistico, verso l'esterno.

L'osservazione è ancora più rilevante nel caso in cui il Legislatore dell'emergenza reagisca con norme preventive e precauzionali, che mirano a impedire l'illecito prima che esso accada, agendo quando l'evento dannoso non si è ancora verificato ma rappresenta ancora soltanto un pericolo. Tali misure sono più sensibili in termini di diritto costituzionale, in quanto non consentono al fatto di manifestarsi, e agiscono prima che il proposito dell'agente si concretizzi in condotte specifiche. In questo caso, la repressione deve destare particolare preoccupazione, in quanto la violazione di una norma può essere portatrice di significati che possono diventare evidenti solo dopo che essa si è manifestata nella sfera del sensibile, che è

Necessità ed emergenza nel diritto pubblico, Cedam, Padova, 1984, 130 ss.; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, La Commerciale, Sassari, 1988, pp. 77 ss.; G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 218 ss.

² G.M. Flick, *Dei diritti e delle paure*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 72-73. «Solo una forte, sicura, e stabile democrazia può garantire e proteggere i diritti umani, e solo una democrazia edificata sulle fondamenta dei diritti umani può avere sicurezza»: A. Barak, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 44. Il giudice Hughes ricorda che «Le libertà civili, come garantite dalla Costituzione, sottointendono l'esistenza di una società organizzata che mantiene l'ordine pubblico senza il quale la libertà stessa sarebbe smarrita tra gli eccessi di abusi senza freno»: *Cox et al. v. New Hampshire*, No. 502, Supreme Court of United States, March 31, 1941, in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/569/>.

³ «È una pericolosa illusione credere che si possa "proteggere" la democrazia liberale attraverso la sospensione dei diritti e della forma di governo. La storia contemporanea abbonda di esempi di governo "d'emergenza" o "militare" che conducono paesi dalla democrazia alla dittatura con facilità irrevocabile»: P. Wilkinson, *Terrorism and the Liberal State*, New York University Press, New York, 1986, cit. in P. Mindus, *Emergenza, Costituzione, diritti fondamentali: una guida critica*, Working paper n. 9/2007, Dipartimento di studi politici dell'Università di Torino, Torino, 2007, p. 32.

⁴ Più precisamente, essi normalmente aumentano altresì i poteri dell'Esecutivo centrale rispetto a quelli delle autonomie: M. Belletti, *Poteri statali di garanzia e decisione ultima, commissariamenti e centralizzazione delle decisioni*, in *Le Regioni*, fasc. 2-3/2011, pp. 499 ss.

quella più propriamente politica⁵. Bisogna ricordare che le nuove libertà nascono talvolta dalla violazione di norme un tempo vigenti, e anche i diritti fondamentali, oggi sanciti in Costituzione, sono stati conquistati attraverso atti illegali che hanno portato alla rottura dell'ordinamento precedente. E tali spinte espansive dei diritti sono tuttora presenti nella realtà di fatto: talvolta, l'illecito – più che provocare un danno sociale – evidenzia in realtà un'antinomia, tra norma primaria di divieto e norma costituzionale di incentivo. Cioè, in questi casi l'atto rompe la legalità ordinaria perché quest'ultima – e non l'atto stesso – contraddice la Costituzione. Questa contraddizione, se l'atto è invisibile, non arriva a emergere nella sfera del dibattito democratico⁶.

Queste ragioni rendono delicato il bilanciamento tra i diversi valori dell'ordinamento, e in particolare tra la cd. 'sicurezza'⁷ e le libertà che sono oggetto di misure emergenziali limitative.

Il tema è un oggetto classico degli studi giuridici, ma sempre attuale, in quanto i regimi derogatori sono un fenomeno carsico, che viene di nuovo in superficie nelle diverse emergenze, vere o presunte, che si manifestano nella vita comune della Nazione. La retorica emergenziale è stata usata in contesti molto diversi, per legittimare misure fortemente limitative delle libertà fondamentali civili e sociali: basti pensare ai tagli delle prestazioni sociali, seguiti alla crisi economica del 2008, oppure alle misure escludenti emanate in tema di immigrazione. In tempi molto recenti, le misure derogatorie sono servite a contenere gli effetti della pandemia di Covid-19, di inedita gravità dal punto di vista sanitario, e ulteriormente aggravata dalle scelte politiche compiute in tempo ordinario, quando si è ridotta la capacità del sistema sanitario pubblico, con tagli e privatizzazioni.

Il presente lavoro partirà dall'assunto, ampiamente condiviso dalla dottrina internazionale, per cui in caso di grave calamità o pericolo lo Stato possa tutelare le libertà solo accettando un certo grado di compressione di altri diritti. Queste deroghe devono rispettare alcuni principi minimi connaturati all'esigenza di fondo dei regimi derogatori, che è quella di reagire a fatti specifici di eccezionale gravità, allontanandosi il meno possibile dalla legalità ordinaria⁸. Tanto la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) quanto la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea impongono che le deroghe – oltre che rispettare il contenuto essenziale delle libertà inviolabili – debbano perseguire un valore di rango pari a quello della

⁵ J. Rancière, *Le Partage du sensible : Esthétique et politique*, Fabrique, Paris, 2000, pp. 12 ss.

⁶ Cfr., ancorché con riferimento all'ambito digitale: R. Badouard – C. Mabi, *Beyond "Points of Control": logics of digital governmentality*, in *Internet Policy Review*, vol. 5, n. 3/2016, pp. 1-2.

⁷ In un ordinamento fondato sullo Stato sociale, quale quello italiano, il diritto alla 'sicurezza' deve essere inteso non solo in un'ottica conservativa, come modo per preservare i diritti di chi già li ha ottenuti (segnala questo rischio: C. Gearty, *Liberty and Security*, Polity Press, Cambridge, 2013, pp. 20-21), ma anche come esigenza più globale di intervento attivo dello Stato per l'ampliamento di questi diritti e delle loro tutele: T.F. Giupponi, *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e "ronde"*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2011, p. 708. Sull'esigenza di un'assunzione di responsabilità politica in relazione al tema della disuguaglianza: S. Staiano, *Diseguaglianze e politiche dell'eguaglianza: profili teorici e istituzionali*, in *Sociologia del lavoro*, n. 144/2016, pp. 115-116.

⁸ G. De Minico, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in corso di pubblicazione sul numero speciale di *Osservatorio sulle Fonti*, § 4.

posizione lesa⁹, ed essere proporzionate rispetto al vantaggio procurato a quest'ultima¹⁰. Chiamamente, il parametro della proporzionalità deve essere inteso anche come proporzionalità-ragionevolezza delle equiparazioni e differenziazioni operate dalla norma¹¹. Infine, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha posto l'accento sulla necessità di un sistema di controlli «adeguato ed effettivo» contro gli abusi¹².

In questa sede, ci si interrogherà soprattutto sulla funzione delle clausole emergenziali generali, che possono essere contenute rispettivamente nella Costituzione e nelle fonti subordinate. Il quesito di fondo è se e in che misura la previsione di queste ultime – in luogo dell'azione caso per caso – rappresenti una garanzia che le compressioni delle libertà restino confinate allo stretto necessario per affrontare l'urgenza, e non si traducano in un abbassamento generalizzato e arbitrario dei livelli di tutela. A tal fine, l'esempio francese consentirà di approfondire sia i regimi emergenziali costituzionalizzati, sia quelli previsti dalla fonte subordinata, anche alla luce del dibattito avvenuto sulla proposta di costituzionalizzazione dello stato di urgenza. In particolare, in questa sede ci si soffermerà sugli sviluppi più recenti del dibattito istituzionale avvenuto in Francia, all'indomani degli attacchi terroristici verificatisi nel Paese tra il 2014 e il 2015.

La questione verrà esaminata da un punto di vista di diritto costituzionale, cercando di mantenere alta l'attenzione al dato di fatto: mai come nel caso dell'emergenza, il diritto dialoga

⁹ Cfr. Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Articolo 8; Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, Articolo 52. Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Grande Sezione, *Digital Rights Ireland Ltd c. Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, 8 aprile 2014, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbcd805c70edfe45d48ed4fd48d0b7dd70.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNaNf0?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=205128>. Sulla problematica identificazione dei diritti 'fondamentali': A. Ruggeri, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su Che cos'è un diritto fondamentale?, Cassino 10-11 giugno 2016, in https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Antonio_Ruggeri_-_Cosa_sono_i_diritti_fondamentali_e_da_chi_e_come_se_ne_puo_avere_il_riconoscimento_e_la_tutela.pdf, pp. 2-7. Sull'individuazione del nucleo duro dei diritti in caso di emergenza, anche con riferimento alla giurisprudenza delle Corti: G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 95 ss. Cfr., su diverse emergenze, C. Walker, *Clamping Down on Terrorism in the United Kingdom*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 5/2006, vol. 4, pp. 1146. Sul contenuto essenziale dei diritti, la dottrina è copiosa. In questa sede, ci si limiterà a citare quella che è apparsa più direttamente inerente a questo lavoro: D. Messineo, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Edizioni Simple, Macerata, 2010, pp. 70-78; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 149-158; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 96-100.

¹⁰ European Court of Human Rights – Court (Plenary), *Case of Klass and Others v. Germany*, Application no. 5029/71, 6/9/1978, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510>, punti 42, 50; Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Grande Sezione, *Digital Rights Ireland Ltd c. Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, 8 aprile 2014, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbcd805c70edfe45d48ed4fd48d0b7dd70.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNaNf0?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=205128> (d'ora in poi: *Digital Rights Ireland Ltd c. Ireland*), punto 38. Sull'uso da parte della CEDU del giudizio di bilanciamento, cfr. P. Bilancia, *Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 6/2006, pp. 258 ss.

¹¹ Su questo tipo di giudizio, cfr. G. Serges, *Questione di legittimità costituzionale alla stregua del principio di eguaglianza ed individuazione del tertium comparationis*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, pp. 3-27.

¹² European Court of Human Rights – Court (Plenary), *Case of Klass and Others v. Germany*, Application no. 5029/71, 6/9/1978, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510>, punto 50.

e scende a patti con l'evento eccezionale, e manifesta un'esigenza di massima effettività della tutela nella fattispecie concreta. Ai fini dell'analisi, quindi, risulteranno utili non solo i testi normativi, giudiziari e dottrinari, ma anche la stampa e i dibattiti politici, che rendono l'idea di come le norme siano interpretate e applicate nel contesto regolato.

Chi scrive è ben consapevole che gli stati di eccezione si lasciano difficilmente imbrigliare dalle norme giuridiche, e tendono a seguire i rapporti di forza. Tuttavia, è altrettanto vero che il diritto mantiene un suo ruolo. Quanto meno, in questi frangenti le regole giuridiche hanno una funzione di chiarezza, che assume un significato giuridico in quanto strumentale ai controlli democratici: la Costituzione mantiene sempre un valore precettivo, che ha anche l'effetto di ricordare ai governanti e ai governati i valori su cui si è basato il patto sociale. Se, poi, tali valori sono travolti dagli eventi o dalle risposte repressive, questo avverrà almeno in modo evidente, lasciando libera l'opinione pubblica di valutarne le conseguenze senza legittimarle *a priori* con uno strumento giuridico derogatorio.

2. L'emergenza nell'ordinamento francese

Per inquadrare questo dibattito, è bene tener presente che l'ordinamento francese prevede tre tipi di regime derogatorio: i pieni poteri al Presidente della Repubblica, lo stato d'assedio e lo stato d'urgenza.

L'istituto dei pieni poteri al Presidente della Repubblica è disciplinato dall'articolo 16 della Costituzione francese, ed è probabilmente un'evoluzione dei pieni poteri attribuiti al re in caso di «disordini civili» dalle Costituzioni del 1815 e del 1830¹³. Esso si attiva «quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali sono minacciati in maniera grave e immediata, tale da interrompere il funzionamento regolare dei poteri pubblici previsti dalla Costituzione»¹⁴. In questo caso, il regime è a maggior ragione derogatorio in quanto il Capo dello Stato cumula in sé la funzione di dichiarare l'emergenza e quella di stabilire la disciplina emergenziale.

Le attribuzioni dell'Esecutivo sono particolarmente ampie, già nella loro astratta conformazione. Tale espansione di competenze ha un preciso fondamento costituzionale: il Presidente della Repubblica è considerato titolare di poteri preminenti in materia di sicurezza nazionale, in quanto l'articolo 5 della Costituzione francese gli attribuisce la qualifica di «garante dell'indipendenza nazionale, dell'integrità del territorio e del rispetto dei trattati». A partire da tale configurazione del ruolo presidenziale, il Consiglio di Stato ha elaborato la «teoria dei poteri di guerra»¹⁵, simili agli *inherent powers* del Capo dello Stato statunitense¹⁶: il Presidente

¹³ G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 108-111; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, La Commerciale, Sassari, 1988, pp. 3-4. Per una lettura critica del ruolo del Capo dello Stato nella Costituzione della V Repubblica francese, cfr. M. Volpi, *Natura e prospettive della V Repubblica francese*, in *Politica del diritto*, fasc. 4/1997, pp. 569-579.

¹⁴ Costituzione della Repubblica francese, art. 16, comma 1.

¹⁵ Così ha stabilito l'organo nel caso cd. Heyrès: Conseil d'Etat, n. 63412, 28 juin 1918, publié au recueil Lebon.

¹⁶ A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 35-36; R. Ferretti, *La mise en oeuvre de l'état d'urgence*, in *La Gazette des Communes*, n. 3/1821, 16/1/2006, p. 80.

può esercitare potestà straordinarie, qualora si renda necessario per esercitare la funzione di cui al già menzionato articolo 5. Di conseguenza, a prescindere dalla previsione dell'art. 16 Cost., sarebbe stato possibile, in caso di bisogno, aprire un regime derogatorio di pieni poteri.

In realtà un successivo intervento di revisione costituzionale, nel 2008, ha escluso la possibilità che il Presidente fosse *dominus* assoluto della dichiarazione emergenziale. Infatti, è stato previsto che dopo i sessanta giorni il Consiglio costituzionale potesse, su richiesta dei Presidenti delle Camere o di un certo numero di Parlamentari, pronunciarsi sulla persistenza delle condizioni enunciate nell'articolo 16¹⁷. Questo emendamento non risolve tutte le criticità derivanti dall'applicazione della norma, ma è stato salutato da qualcuno come un'apertura alla definitiva messa in discussione dell'intero istituto¹⁸. Ulteriori perplessità, non affrontate dalla riforma, riguardano il ruolo delle Camere: la previsione per cui «il Parlamento si riunisce di pieno diritto»¹⁹ fa pensare che esso mantenga dei poteri, eppure questi ultimi non sono meglio specificati²⁰.

L'istituto è stato concretamente applicato soltanto una volta, durante il 'Putsch' dei generali in Algeria. In quel caso, l'emergenza si è aperta – come previsto dalla norma – in base all'enunciazione da parte del Presidente circa la sussistenza dei presupposti previsti dall'articolo 16. Eppure, tale dichiarazione non trova preciso riscontro nei fatti, ed è già in sé un esempio del potenziale espansivo dell'emergenza: i disordini mettevano in discussione il dominio sulle colonie, ma non la sovranità della Repubblica. Anche volendo considerare tale evento pericoloso per l'apparato statale, si deve pur osservare che la durata dei pieni poteri si è protratta ben oltre quanto necessario per fronteggiare il tentativo di eversione²¹.

Né sembra irrilevante che questo regime abbia trovato applicazione in un'unica occasione, a dispetto del fatto che esso era stato concepito come clausola generalissima, destinata a valere per un numero indeterminato di ipotesi a venire. Di fatto, quello che allora sembrava l'archetipo dell'evento dannoso e della risposta emergenziale è diventato nel tempo un caso residuale, mentre l'emergenza ha assunto nel tempo vari volti: quello degli scontri sociali, del costante rischio terroristico, della pandemia... Tale circostanza chiama a riflettere sulla costituzionalizzazione dell'eccezione, che per esistere deve necessariamente cristallizzare il presupposto e le modalità dell'emergenza, laddove quest'ultima è, per definizione, imprevedibile.

In realtà, una certa dottrina ha individuato anche un anacronismo 'istituzionale' nell'articolo 16 della Costituzione. Infatti, prevedendo poteri pressoché incontrollati in capo al Presidente della Repubblica, la disposizione si porrebbe in tensione con i diritti fondamentali sanciti nella Costituzione del 1958²².

¹⁷ Costituzione della Repubblica francese, articolo 16, comma 6. Cfr. S. Platon, *Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 5/2008, HS n°2, pp. 115-116.

¹⁸S. Platon, *Vider l'article 16 de son venin*, cit., pp. 115-116.

¹⁹ Costituzione della Repubblica francese, articolo 16, comma 4.

²⁰ S. Platon, *Vider l'article 16 de son venin*, cit., p. 105.

²¹ *Ibidem*, p. 102.

²² S. Platon, *Vider l'article 16 de son venin*, cit., p. 100; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 28-33; B. Ackerman, *Before the next attack: Preserving civil liberties in*

A ogni modo, le pur limitate garanzie previste dalla disposizione costituzionale non hanno avuto un ruolo di sostanziale contrappeso all'autorità dell'Esecutivo. Al contrario, il Capo dello Stato ha spinto per un'interpretazione molto ampia dei propri poteri, e questa idea è stata avallata dallo stesso Presidente dell'Assemblea nazionale, che si è adeguato alla restrizione dei poteri parlamentari. Secondo la ricostruzione applicata in quel frangente, il Parlamento in sessione ordinaria conserverebbe le proprie funzioni, ma solo finché non riguardano misure prese o da prendere in base all'art. 16; nelle sessioni 'speciali', le attribuzioni delle Camere sarebbero ancora più limitate, in quanto resterebbero ad esse preclusi l'esercizio dei poteri legislativi e la destituzione del Governo²³.

Sostanzialmente il Capo dello Stato, nell'esercizio dei propri poteri emergenziali, sarebbe libero di agire pressoché incontrollato, soprattutto in determinati momenti dell'anno²⁴: l'unico contrappeso, di ordine politico, starebbe nella possibilità, per il Parlamento, di sfiduciare il Governo nominato dal Presidente²⁵. Dunque, è evidente che l'articolo 16 della Costituzione francese, nei termini in cui è formulato, è stato più una base legittimante che un limite ai poteri derogatori.

Il secondo istituto emergenziale previsto dall'ordinamento francese è lo stato d'assedio, regolato dall'articolo 36 della Costituzione e dalla legge 9 agosto 1849: esso viene dichiarato dal Consiglio dei Ministri in «caso di pericolo imminente risultante da una guerra esterna o da un'insurrezione armata»²⁶, e trasferisce poteri eccezionali all'autorità militare²⁷. Tale autorità viene temperata dal controllo del Parlamento, al quale spetta di decidere sulla durata dello stato d'assedio qualora esso si protragga per oltre dodici giorni²⁸.

Si comprende che l'articolo richiama una fattispecie archetipica del diritto emergenziale: la guerra esterna²⁹. Tuttavia, oggi si deve osservare che questa linea di demarcazione tradizionale, tra guerra esterna e lotta alla criminalità interna, non è più così chiara nell'epoca della globalizzazione, e risulta elusa da nuovi fenomeni come il terrorismo³⁰.

Successivamente, la l. 55-385 del 3 aprile 1955 ha istituito lo stato di urgenza, che può essere instaurato «sia in caso di pericolo imminente risultante da violazioni gravi dell'ordine

an age of terrorism, Yale University Press, New Haven, 2006, trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 99-100.

²³ *Ibidem*, pp. 106-107.

²⁴ *Ibidem*, p. 107.

²⁵ *Ibidem*, pp. 106-107.

²⁶ «L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure»: Loi 1849-08-09, art. 1.

²⁷ Loi 1849-08-09, art. 7. Per le limitazioni alle libertà fondamentali, vd. l'art. 9 della stessa Legge. Cfr. A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 28.

²⁸ Costituzione della Repubblica francese, art. 36, comma 1.

²⁹ Il ragionamento sottostante è ben esemplificato dal caso di scuola della giurisprudenza statunitense: *Korematsu v. United States*, No. 22, Supreme Court of United States, October 11, 12, 1944, in <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/214>.

³⁰ Anche nel diritto internazionale – è stato osservato – si evitano dichiarazioni formali di guerra, e si riduce tale fenomeno a conflitto armato, grave crisi internazionale o operazione di polizia internazionale: G. De Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 199-200.

pubblico, sia in caso di avvenimenti che presentano, per la loro natura e la loro gravità, il carattere di calamità pubblica»³¹. Diversamente dallo stato d'assedio, esso affida la gestione dell'emergenza alle autorità civili³².

Lo stato di urgenza ha mostrato nei fatti non solo l'obsolescenza degli artt. 16 e 36 della Costituzione francese, ma anche il dato che la presenza di questi istituti non serve a limitare i poteri emergenziali del legislatore ordinario. Infatti, lo strumento in questione è stato introdotto proprio per rispondere con strumenti *extra-ordinem* a un evento specifico, che non rientrava nei regimi previsti in Costituzione: un tentativo di rovesciamento del governo che la Francia aveva insediato ad Algeri. In questo caso, l'ambiguità sullo statuto giuridico delle colonie rendeva impossibile utilizzare l'istituto già esistente dello stato di assedio: instaurando quest'ultimo si sarebbe ammesso che il conflitto con l'Algeria fosse una guerra esterna, mentre la madrepatria aveva interesse a dichiarare tale territorio come francese a tutti gli effetti, anche per evitare l'intervento dell'ONU³³. Proprio questa difficoltà politica spinse a definire il presupposto emergenziale con una terminologia generale e indeterminata³⁴, strumentale all'esigenza di aprire un regime straordinario servente al dominio coloniale. Quindi, l'«urgenza» derivava non da una necessità di difesa – come il nome poteva far pensare – bensì dalla volontà di aprire una guerra offensiva senza dichiararla tale.

Da allora in poi, lo strumento ha coperto diversi tipi di «urgenze», tutt'altro che imprevedibili, in cui si sono voluti accrescere i poteri dell'Esecutivo senza chiarire più specificamente i valori costituzionali che si asserivano essere a rischio.

L'istituto è stato utilizzato altre volte in ambito coloniale e poi in contesti di grave crisi politica interna che avrebbero portato alla nascita della V Repubblica. Nel 2005, poi, la legge è stata applicata in una situazione di tipo nuovo: la 'rivolta' nelle *banlieue*³⁵. Si trattava di un conflitto annunciato, che – più che pratiche repressive emergenziali – avrebbe richiesto delle politiche sociali e di accoglienza³⁶, che agissero sulle radici degli scontri³⁷.

Proprio l'approvazione dello stato di urgenza ha mostrato che gli stati di emergenza esistenti in Costituzione, per quanto ampi, non sono tassativi, e possono sempre essere espansi o sostituiti dalla legge ordinaria. Tanto è confermato dalla decisione del Consiglio costituzionale del 1985³⁸, che si è pronunciato per la piena legittimità della stessa legge del 1955 che sullo stato di urgenza.

³¹ Loi n° 55-385, art. 1.

³² D. Rousseau, *L'état d'urgence, un état vide de droit(s)*, in *Projet*, 2/2006 (n° 291), p. 21; R. Ferretti, *La mise en oeuvre de l'état d'urgence*, in *La Gazette des Communes*, n. 3/1821, 16/1/2006, p. 80; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 28.

³³ D. Rousseau, *L'état d'urgence, un état vide de droit(s)*, cit., pp. 20-21.

³⁴ *Ibidem*, p. 22.

³⁵ *Ibidem*, pp. 19-20; R. Ferretti, *La mise en oeuvre de l'état d'urgence*, in *La Gazette des Communes*, n. 3/1821, 16/1/2006, p. 81.

³⁶ D. Rousseau, *L'état d'urgence, un état vide de droit(s)*, in *Projet*, 2/2006 (n° 291), p. 26.

³⁷ A. Fourcaut, *Les banlieues populaires ont aussi une histoire*, in *Projet* 4/2007 (n° 299), pp. 1-7.

³⁸ Conseil Constitutionnel, Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1985/85-187-dc/decision-n-85-187-dc-du-25-janvier-1985.8162.html>.

In quel caso, il ricorso argomentava che «il legislatore non può comprimere, neanche in via eccezionale e temporanea, le libertà costituzionali se non nei casi previsti in Costituzione», e di conseguenza «lo stato d'urgenza che, a differenza dello stato d'assedio, non è previsto dalla Costituzione non potrebbe dunque essere instaurato attraverso una legge»³⁹. In risposta, il Giudice delle leggi ha valutato che la Costituzione – sebbene non prevedesse lo stato d'urgenza – certamente non lo vietasse. D'altra parte – ha stabilito il Consiglio – la possibilità per il legislatore di prevedere un regime emergenziale è necessaria «per conciliare [...] le esigenze di libertà e di salvaguardia dell'ordine pubblico»⁴⁰. La decisione è stata confermata nel 2016, durante la nuova applicazione dello Stato di urgenza: il Consiglio costituzionale, in questo caso, ha stabilito che «la Costituzione non esclude la possibilità per il legislatore di prevedere un regime di stato di urgenza»⁴¹.

È interessante osservare che la sentenza del 1985 non ha dettato dei limiti all'emergenza, ma ha osservato che «in virtù dell'art. 34 Cost. la legge fissa le regole concernenti le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche», e che quindi «nel quadro di questo compito, spetta al legislatore operare la conciliazione necessaria tra il rispetto delle libertà e la salvaguardia dell'ordine pubblico senza il quale [ordine pubblico] l'esercizio delle libertà non potrebbe essere assicurato»⁴². Come è evidente, tale principio di diritto attribuisce un ampio potere discrezionale all'organo parlamentare, che è designato come il vero *dominus* dei regimi emergenziali sub-costituzionali nel sistema francese.

Peraltro, il Consiglio di Stato si è dichiarato incompetente a valutare il presupposto dell'emergenza. Con la sentenza *Rubin de Servens*, esso si è astenuto dalla valutazione sulla sussistenza dei presupposti giustificativi e sulla durata dello stato d'emergenza⁴³, in quanto ha qualificato l'assunzione di pieni poteri come «atto di governo» (*acte de gouvernement*). Più di

³⁹ Conseil Constitutionnel, Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Punto 2.

⁴⁰ *Ibidem*, Punto 4.

⁴¹ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-536-qpc/decision-n-2016-536-qpc-du-19-fevrier-2016.146991.html>, punto 5.

⁴² Conseil Constitutionnel, Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1985/85-187-dc/decision-n-85-187-dc-du-25-janvier-1985.8162.html>, punto 3.

⁴³ Conseil d'État, *Rubin de Servens*, n. 55049, Assemblée, 2 mars 1962, in <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&texte=rubin+de+servens%0D%0A&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True>. Cfr. S. Platon, *Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 5/2008, HS n°2, p. 101-102; D. Rousseau, *L'état d'urgence, un état vide de droit(s)*, in *Projet*, 2/2006 (n° 291), p. 24; R. Ferretti, *La mise en oeuvre de l'état d'urgence*, in *La Gazette des Communes*, n. 3/1821, 16/1/2006, p. 81. La decisione riecheggia un atteggiamento delle Corti, comune anche ad altri ordinamenti. Ad esempio, sugli Stati Uniti: Cfr. C. Bologna, *Tutela dei diritti ed emergenza nell'esperienza statunitense: una political question?*, 2008, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0040_bologna.pdf; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 138-190. Cfr. O. Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *Minnesota Public Law Research Paper No. 03-2*, anche in <http://ssrn.com/abstract=370800> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.370800>, 1102-1104.

recente, nel 2005⁴⁴, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la possibilità di un controllo giurisdizionale sui presupposti, ma ha anche qualificato la discrezionalità politica del Governo e del Parlamento in termini molto ampi, legittimando l'utilizzo dello stato di urgenza per le violenze nelle *banlieue*.

A fronte di questa libertà nella previsione e dichiarazione di nuovi regimi emergenziali, il diritto francese prevede alcuni vincoli.

Il primo è la riserva di legge, che è diretta conseguenza del dominio parlamentare sull'emergenza, menzionato sopra. L'articolo 34 della Costituzione francese affida alla competenza esclusiva della legge diverse materie rilevanti per l'emergenza, tra cui quella penale, quella delle libertà pubbliche e della libertà di espressione, nonché gli obblighi imposti dalla Difesa nazionale ai cittadini relativamente alle loro persone e ai loro beni. Come è noto, la riserva di legge è una garanzia in più rispetto al principio di legalità, stabilito nell'ordinamento dell'Unione Europea e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Infatti, quest'ultimo indica che la Legge deve essere abbastanza chiara e precisa da rendere prevedibili al cittadino le conseguenze della sua condotta, e quindi consentirgli di adeguarsi alla norma⁴⁵. La riserva di legge contempla certamente questo requisito di determinatezza, ma va anche oltre, in quanto comporta anche una tutela delle minoranze: se si incardina una competenza esclusiva nel Parlamento, è perché quest'ultimo organo consente alla maggioranza di decidere in modo 'analitico', cioè in dialogo con le opposizioni. La garanzia in questione è un presidio ineliminabile dei diritti e, come è stato notato, deve essere esercitata in modo sostanziale, cioè tale da affidare in prima battuta al potere legislativo il bilanciamento dei valori costituzionali⁴⁶. Questo vale a maggior ragione nei contesti emergenziali, in quanto il rischio è che la necessità diventi un pretesto per riaffermare il potere della maggioranza, mettendo a tacere l'opposizione con il pretesto dell'interesse generale della Nazione.

Una seconda garanzia dettata dalla Costituzione francese è quella dell'art. 66: «Nessuno può essere detenuto arbitrariamente. Il giudice ordinario, guardiano della libertà individuale, assicura il rispetto di questo principio». La norma stabilisce chiaramente una riserva di giurisdizione, ma è oggetto di un'interpretazione controversa, con particolare riferimento

⁴⁴ Conseil d'Etat, ORD., 14 novembre 2005, *Rolin*, requête numéro 286835, publié au recueil, in <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-juge-des-referes-14-novembre-2005-rolin-requete-numero-286835-publie-au-recueil/>.

⁴⁵ European Court of Human Rights – Court (Plenary), *Case of the Sunday Times v. The United Kingdom*, Application no. 6538/74, 26/4/1979, in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584>, punto 49; Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Seconda Camera, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, C-407/08 P, 1/7/2010, in <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CJ0407&lang1=en&type=TEXT&ancre=>, punto 91.

⁴⁶ La previsione che designa un determinato soggetto per agire in prima battuta è legata a ragioni sostanziali, cioè serve proprio affinché sia quest'ultimo a specificare e bilanciare i fini dell'azione politica in maniera conforme alla Costituzione: G. Marazzita, *Il modello dell'emergenza giuridica*, in M.F. Corsi (a cura di), *Eccezione e regola. Un dialogo interdisciplinare*, ESI, Napoli, 2008, pp. 90-91; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, pp. 108-110.

all'espressione «libertà individuale». Parte della dottrina interpreta quest'ultima in senso ampio, come una sintesi che si riferisce a tutte le libertà⁴⁷. Tale lettura è propugnata dalla stessa Corte di cassazione, che rivendica un ruolo costituzionale come guardiana della libertà individuale e ha espresso parere favorevole a che il Costituente le riconosca effettivamente questo ruolo⁴⁸. Tale esito viene fatto risalire anche dai lavori preparatori della Costituzione del 1958, a partire dalla relazione di De Gaulle, che collega il controllo del giudice ordinario a tutti i diritti fondamentali, in quanto espressamente dichiara: «l'autorità giudiziaria deve restare indipendente per essere capace di assicurare il rispetto delle libertà essenziali come sono definite dal preambolo della Costituzione del 1946 e dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino cui si riferisce». Questa affermazione legittimerebbe – secondo questa tesi – una lettura unitaria volta a creare un combinato disposto tra l'art. 64, sull'indipendenza della Magistratura, e l'art. 66 stesso.

Nonostante ciò, la giurisprudenza costituzionale si è avvalsa di un'interpretazione restrittiva dell'art. 66. Infatti, esso è stato letto in modo da includere soltanto la libertà personale *stricto sensu*; per tutte le altre, il Consiglio costituzionale ha ritenuto sufficiente il controllo *ex post* del giudice amministrativo⁴⁹. Addirittura, l'organo è arrivato a escludere anche la libertà di circolazione dall'ambito di questa tutela, con l'effetto di considerare determinante la durata delle privazioni delle libertà, invece che la loro natura: una limitazione breve intaccerebbe soltanto la libertà di circolazione, e quindi non rientrerebbe nell'art. 66, al contrario, una privazione lunga richiederebbe l'intervento del giudice ordinario⁵⁰.

Infine, in terzo luogo, vi è la garanzia dettata dall'articolo 89 della Costituzione francese, secondo cui nessuna revisione può essere iniziata o continuata quando è in corso un attacco all'integrità del territorio. La norma ha chiaramente la *ratio* di evitare che i rappresentanti possano fare leva sul timore derivante dall'emergenza per menomare stabilmente delle garanzie sostanziali o procedurali⁵¹. Tuttavia, va da sé che essa è facilmente aggirabile, se è vero che resta sempre possibile prevedere nuovi regimi derogatori a livello di fonte ordinaria.

⁴⁷ A. Gossement, *La constitutionnalisation de l'état d'urgence: juridiquement justifiable, politiquement contestable*, in *MediaPart.fr*, 23/12/2015, in <https://blogs.mediapart.fr/arnaud-gossement/blog/231215/la-constitutionnalisation-de-l-etat-d-urgence-juridiquement-justifiable-politiquement-contesta>. Tale posizione è spiegata compiutamente da B. Louvel, in *Protection de la Nation - Audition de M. Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation*, audizione presso la Commissione alle Leggi in Senato, seduta 1/3/2016.

⁴⁸ Conferenza dei primi presidenti delle Corti ordinarie, riunita il primo febbraio alla Corte di Cassazione, cit. in B. Louvel, cit. *Protection de la Nation - Audition de M. Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation*, audizione presso la Commissione alle Leggi in Senato, seduta 1/3/2016.

⁴⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, JORF n°0044 du 21 février 2016, texte n° 27, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-536-qpc/decision-n-2016-536-qpc-du-19-fevrier-2016.146991.html>, punto 4.

⁵⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, punto 8. Allo stesso modo ha ragionato il Consiglio di Stato nel corso dello stato d'emergenza, ritenendo che le assegnazioni a residenza sono compatibili con l'art. 66 solo se avvengono con modalità che lascino all'interessato una libertà di movimento conciliabile con una vita familiare e professionale normale (fermo restando che devono essere necessarie e proporzionate): Conseil D'État – Section de l'intérieur, *Avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme*, n° 390867, 17/12/2015, punto 15)

⁵¹ P. Cherki, intervento in Assemblea Nazionale alla seconda seduta dell'8/2/2016.

3. Nuove emergenze: lo stato di urgenza dopo gli attentati francesi del 2015

Come si vede, le previsioni costituzionali sull'emergenza non hanno escluso la possibilità di introdurre nuovi regimi derogatori. Infatti, il Consiglio costituzionale non ha potuto negare il potere intrinseco del Legislatore di agire a tutela dei diritti, emanando misure eccezionali in casi di straordinaria gravità, anche al di fuori delle previsioni costituzionali. In particolare, le previsioni costituzionali dei pieni poteri al Presidente e dello stato di assedio hanno lasciato aperta la possibilità della successiva approvazione di una legge sullo stato di urgenza, che successivamente è stata utilizzata per emergenze diverse, e ulteriormente inasprita durante l'esplosione degli attentati terroristici a partire dal novembre 2015.

Una sintetica descrizione delle misure adottate in quest'ultima ondata dell'emergenza sarà utile per descrivere l'impatto che il regime derogatorio in questione ha avuto sui diritti e sulla separazione dei poteri.

Nel caso qui oggetto di esame, lo stato di urgenza è stato attivato all'indomani dell'attentato terroristico del 13 novembre 2015 alla sede del giornale Charlie Hebdo⁵². In particolare, il Consiglio dei Ministri ha disposto la chiusura dei luoghi pubblici culturali fino al 16 novembre, la limitazione della possibilità di manifestare per le strade fino al 19 novembre, nonché la possibilità per il prefetto di ordinare perquisizioni e assegnazioni a residenza.

Pochi giorni dopo la dichiarazione dello stato di urgenza, il Parlamento, chiamato per legge a prorogare tale regime, ha prolungato la sua applicazione per tre mesi e ha colto l'occasione per rafforzare le misure repressive⁵³. In primo luogo, la legge ha inasprito il regime delle assegnazioni a residenza, precisamente ampliandone il presupposto legittimante: essa ha previsto che la misura potesse essere utilizzata non più soltanto quando l'attività della persona «si dimostra pericolosa» per la sicurezza e l'ordine pubblico, ma anche quando «esistono ragioni serie di ritenere che il suo comportamento costituisca una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico»⁵⁴. Questo significa che la riforma ha abbassato l'onere della prova in capo al Ministro degli Interni, il quale può più facilmente applicare la misura, anche quando non ha certezza che la persona stia conducendo attività criminose.

La norma ha altresì ampliato i poteri di polizia in caso di perquisizione, prevedendo la possibilità di accesso da parte delle forze dell'ordine ai sistemi informatici presenti sui luoghi e ai dati ivi conservati⁵⁵. La legge prevedeva anche la possibilità di estrarre copia di questi dati,

⁵² Decreto n° 2015-1475 del 14 novembre 2015, in <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2015/11/14/2015-1475/jo/texte>. Cfr. LeMonde.fr, *L'état d'urgence, un dispositif à géométrie variable*, in LeMonde.fr, in http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/16/l-etat-d-urgence-un-dispositif-d-exception-rarement-utilise_4811237_4809495.html.

⁵³ LOI n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, in <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/11/20/2015-1501/jo/texte>.

⁵⁴ LOI n° 2015-1501, art. 4, che modifica l'art. 6 della legge 55-385.

⁵⁵ LOI n° 2015-1501, art. 4, comma 7, che modifica l'articolo 11 della L. 55-385.

ma tale misura è stata dichiarata illegittima⁵⁶, ritenendo che essa fosse equiparabile a un sequestro, e quindi dovesse essere circondata da maggiori garanzie. La prima di esse è la necessità di un'autorizzazione giurisdizionale per l'utilizzo dei dati. La seconda è l'imposizione di limitare la possibilità di copiare i dati alle sole informazioni che presentano un legame con la persona il cui comportamento costituisce una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico, che ha frequentato il luogo dove è stata ordinata la perquisizione.

Inoltre, è stata disposta la possibilità per il Consiglio dei Ministri di sciogliere le associazioni che partecipano alla commissione di atti che costituiscono un'offesa grave all'ordine pubblico, o che li facilitano o istigano agli stessi⁵⁷. Tali limitazioni, diversamente dalle altre, non cessano quando finisce l'emergenza⁵⁸, ma rimangono come compressioni permanenti delle libertà costituzionali. Per di più, la ricostituzione di tali associazioni viene sanzionata penalmente, al pari delle associazioni criminose e paramilitari.

Questo atto è solo uno di una serie di misure che hanno colpito la libertà di espressione. L'articolo 4 ha previsto che «il Ministro degli interni può prendere qualsiasi misura per assicurare l'interruzione di qualsiasi servizio di comunicazione al pubblico *online* che provoca la commissione di atti terroristici o ne fa l'apologia». Mentre la provocazione implica un nesso causale con il reato, il reato di apologia è un punto dolente del diritto costituzionale, in quanto è la semplice espressione di una posizione, ma non ha per definizione nessun potenziale attivizzante, bensì consiste nel presentare o commentare atti di terrorismo presentando su di essi un giudizio morale favorevole⁵⁹. Di conseguenza, appare più pericolosa per la libertà di espressione, anche perché ha l'effetto rischioso di impedire ad alcune voci di emergere, ma al tempo stesso non ha un chiaro e necessario ritorno in termini di soddisfazioni di altri diritti.

Nel decreto attuativo⁶⁰ si specifica la procedura, che non prevede l'intervento di un giudice: i fornitori di servizi Internet ricevono dall'autorità amministrativa delle liste di contenuti da oscurare⁶¹. In questo caso, gli operatori hanno l'obbligo impedire l'accesso alle pagine indicate, e reindirizzare gli utilizzatori verso una pagina del ministero dell'interno che indica il

⁵⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, JORF n°0044 du 21 février 2016, texte n° 27, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-536-qpc/decision-n-2016-536-qpc-du-19-fevrier-2016.146991.html>.

⁵⁷ LOI n° 2015-1501, art. 4, comma 3, che introduce un art. 6-1 alla L. 385-1955.

⁵⁸ LOI n° 2015-1501, art. 4, comma 3, che introduce un art. 6-1 alla L. 385-55

⁵⁹ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 23.

⁶⁰ Décret no 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique, Ministère de l'Intérieur, in <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030195<477>. Cfr. M. Rees, *La France active le blocage des sites sans juge. Une première*, in Nextinpact.com, 6/2/2015 in <http://www.nextinpact.com/news/92978-la-france-active-blocage-sites-sans-juge-une-premiere.htm>

⁶¹ Décret no 2015-125 du 5 février 2015, art. 1. Le liste sono stilate dall' *Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication* (OCLCTIC) e validate dall'UCLAT (*unité de coordination de la lutte antiterroriste*).

motivo del blocco e i mezzi di ricorso⁶². Il blocco non è sottoposto a un termine, ma vi è solo il vincolo di verificare ogni trimestre se i contenuti nocivi sono stati ritirati⁶³.

Con un simile meccanismo, le autorità governative possono chiedere la deindicizzazione di determinati contenuti nei motori di ricerca⁶⁴. Esse devono notificare ai gestori dei motori di ricerca o di annali gli indirizzi elettronici i cui contenuti realizzano un reato di incitamento e apologia di terrorismo⁶⁵. Entro quarantotto ore, le compagnie sono tenute a prendere qualsiasi misura utile destinata a far cessare l'indicizzazione di questi indirizzi⁶⁶.

In merito è intervenuta con proprio parere la *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*, una Commissione consultiva del Governo⁶⁷. L'autorità ha raccomandato di operare una distinzione tra diversi attori, sottoponendo a regole più severe chi ha un ruolo attivo sui contenuti⁶⁸. Inoltre, ha affermato che il blocco dei siti dovrebbe essere solo un'*extrema ratio*, che dovrebbe poter essere utilizzata solo nell'ambito di una graduazione delle risposte: ad esempio, si potrebbero prevedere stadi precedenti⁶⁹ come l'avvertimento, la diffida ad adempiere al *provider*, la mediazione tra utente e *provider*... Infine, l'autorità ha ritenuto che la rimozione dovesse essere ordinata dal giudice, con un previo controllo di un'autorità indipendente, chiamata a intervenire in prima battuta⁷⁰.

A gennaio 2015, il tema dell'apologia di terrorismo è stato altresì oggetto di una circolare del Ministro della Giustizia⁷¹, che chiedeva di vegliare affinché i procuratori assicurino a ciascuno di questi atti una risposta penale sistematica, adatta e individualizzata. I pubblici ministeri ricevono altresì l'istruzione di privilegiare per i fatti gravi, ogni qual volta sia possibile,

⁶² Décret no 2015-125 du 5 février 2015, art. 3.

⁶³ *Ibidem*, art. 4.

⁶⁴ Décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique, 15 mars 2015, in <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030313562>. Cfr. M. Untersinger, *Les sites terroristes et pédopornographiques peuvent désormais être supprimés de Google*, in *Le Monde.fr*, 5/3/2015, anche in http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/03/05/les-sites-terroristes-et-pedopornographiques-peuvent-desormais-etre-supprimees-de-google_4587531_4408996.html#ApSuwgzXrdo1P6p.99.

⁶⁵ Décret n° 2015-253 du 4 mars 2015, art. 1.

⁶⁶ *Ibidem*, art. 3.

⁶⁷ Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet*, 12/2/2015, in http://www.cncdh.fr/sites/default/files/15.02.12_avis_lutte_discours_de_haine_internet_cncdh_0.pdf. Cfr. M. Untersinger, *Des propositions contre «les discours de haine sur Internet»*, in *Le Monde.fr*, 22/2/2015, in http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/02/22/des-propositions-contre-les-discours-de-haine-sur-internet_4580743_4408996.html#bApiGpxqS2TIIG8w.99.

⁶⁸ Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet*, raccomandazione n. 8, punto 19.

⁶⁹ *Ibidem*, raccomandazione n. 13, punto 32.

⁷⁰ *Ibidem*, raccomandazione n. 13, punto 34. Ad esempio, l'autorità incaricata potrebbe essere il Consiglio Superiore dell'Audiovisivo: A. Piquard, *Audiovisuel: le gouvernement espère renforcer l'action du CSA sur Internet*, in *Le Monde.fr*, 21/5/2013, anche in http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2013/05/21/audiovisuel-des-ac-teurs-du-net-s-inquietent-du-futur-role-du-csa_3414909_3236.html#RkSxcOSSBR9IVTCj.99.

⁷¹ Circolare n. 2015/0213/A13 du Ministre de la Justice sur les infractions commises à la suite des attentats terroristes commis les 7, 8 e 9 janvier 2015, in http://www.justice.gouv.fr/publication/circ_20150113_infractions_commises_suite_attentats201510002055.pdf.

la via della custodia preventiva, della comparizione immediata e della presentazione davanti a un giudice minorile per i minori. L'atto è stato altresì criticato dal Syndicat de la Magistrature⁷², in quanto costringe a punire le persone «non già per aver organizzato una manifestazione di sostegno agli autori degli attentati, elaborato e diffuso su vasta scala delle argomentazioni a favore, preso parte a delle reti, ma per delle esternazioni di rabbia, lanciate in stato di ebbrezza o di impeto: in effetti, forme tristemente attualizzate di oltraggio».

La breve panoramica presentata mostra un deciso inasprimento delle repressioni alle libertà, che si è posto in tensione tanto con la sostanza dei diritti fondamentali, quanto con il principio di separazione dei poteri. Ora, tali circostanze verranno valutate alla luce del quesito di fondo di questo lavoro: se le clausole generali di emergenza, previste rispettivamente in Costituzione e nella legge, siano state utili a evitare l'abuso dei poteri emergenziali.

4. La 'normalizzazione' dello stato di urgenza

Alla luce di quanto scritto, ci si può domandare se un intervento tanto ampio sull'emergenza, volta a perfezionare la clausola generale emergenziale prevista dallo stato di urgenza, sia servito a limitare l'arbitrio nell'esercizio dei poteri eccezionali, e quindi la fuoriuscita delle misure derogatorie dal loro alveo naturale.

Da quanto scritto, è già chiaro che la legge del 1955 non è servita allo scopo, in quanto già nel 2015 si è approvata una nuova disciplina, ritenendo che i poteri contemplati all'epoca fossero insufficienti per combattere la nuova emergenza. In quel caso, si può dubitare del fatto che fossero necessari ulteriori poteri repressivi, specie se si considera l'ampiezza e la pervasività delle misure che potevano già essere usate con la legge previgente. Inoltre, diverse voci hanno segnalato che la repressione non è lo strumento più efficace di lotta al terrorismo. In primo luogo, i dati sull'emergenza hanno mostrato che solo poche delle misure precauzionali sono sfociate nell'apertura effettiva di una procedura per infrazioni direttamente legate al terrorismo. In secondo luogo, lo stesso strumento della sanzione criminale è solo una misura palliativa, in quanto non va alle radici del problema, che sono nelle cause politiche e sociali della radicalizzazione⁷³.

Passando all'analisi della normativa introdotta nel 2015, si deve osservare che essa neanche essa ha dato alcuna sicurezza di mantenere le misure limitative entro lo stretto necessario per combattere il terrorismo. Al contrario, l'emergenza si è posta in tensione sia con la necessaria provvisorietà dello stato eccezionale – commisurata alla durata dell'evento rischioso o dannoso⁷⁴ – sia con i vincoli funzionali, relativi al collegamento tra fatto emergenziale e misure emanate.

⁷² Syndicat de la magistrature, *Apologie du terrorisme : Résister à l'injonction de la répression immédiate!*, 20/1/2015, <http://www.syndicat-magistrature.org/Apologie-du-terrorisme-Resister-a.html>

⁷³ Cfr. nel dibattito sulla costituzionalizzazione dello stato d'emergenza: Éliane Assassi, intervento in Senato, seduta del 22/3/2016; M. Jean Louis Masson, intervento in Senato, seduta del 16/3/2016.

⁷⁴ Come è noto, la provvisorietà è un aspetto della temporaneità: L. Trucco, *Battista c. Italia: il diritto di un cittadino di circolazione ed espatrio con figli*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2/2015, p. 470.

In primo luogo, quanto al presupposto, esso ha una natura molto ampia e generale, difficilmente compatibile con l'esigenza di rendere le misure eccezionali strettamente serventi allo stato di necessità. Infatti, il regime di urgenza può essere attivato «sia in caso di pericolo imminente risultante da attacchi gravi all'ordine pubblico, sia in caso di avvenimenti che presentano, per la loro natura e gravità, il carattere di calamità pubblica»⁷⁵. Come è noto, il concetto di 'ordine pubblico' ha tradizionalmente suscitato dubbi in dottrina, in quanto lascia indeterminata la natura del fatto emergenziale, e quindi il valore tutelato.

L'attenzione alla specifica natura dell'evento temuto serve a rendere evidenti i termini del bilanciamento, sia all'autorità che deve dichiarare l'emergenza, sia ai cittadini. Ad esempio, nel caso di un assembramento di persone in piazza, si può stabilire la rilevanza giuridica del fenomeno solo se lo si inquadra come una manifestazione politica, una processione religiosa oppure un raduno delle tifoserie durante un evento sportivo⁷⁶. In sostanza, l'«ordine pubblico» di per sé rinvia al mantenimento del controllo autoritativo sul territorio, e non è un termine idoneo a differenziare condotte che l'ordinamento giudica nella sostanza in modo diverso, come il terrorismo, la criminalità e le più radicali rivendicazioni di ordine politico-sociale⁷⁷. Per questo, il rischio dovrebbe essere qualificato più chiaramente, con riferimento a precisi valori costituzionali, in quanto non può essere qualsiasi atto di disobbedienza a giustificare la reazione repressiva⁷⁸, bensì soltanto un atto che lede o minaccia la salute, l'incolumità o altri diritti fondamentali delle persone.

A tal proposito, si è altresì sollevato il tema della compatibilità dello stato di urgenza con il diritto internazionale. Sia la CEDU (art. 15, comma 1) che il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 4) prevedono che l'urgenza possa essere dichiarata solo quando sia minacciata la vita della nazione, e quindi lo Stato resti del tutto incapace di provvedere alla tutela dei diritti⁷⁹.

In secondo luogo, quanto al limite temporale, si deve osservare che lo stato di urgenza, dopo la prima proroga, è stato prorogato per altre cinque volte, per un totale di circa ventiquattro mesi⁸⁰. L'emergenza si è chiusa soltanto quando la maggioranza, prendendo atto della

⁷⁵ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, art. 1.

⁷⁶ R. Bartoli, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1-2/2010, pp. 329-333, pp. 343-344; A. Caputo, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Questione Giustizia*, fasc. 6/2007, p. 1109.

⁷⁷ P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, La Commerciale, Sassari, 1988, pp. 71-76.

⁷⁸ L'ordine pubblico va inteso «sistema di valori e principi che informano e fondano l'ordinamento giuridico»: T.F. Giupponi, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0043_giupponi.pdf, p. 2. In Francia, cfr. Olivier Beaud, in *Protection de la Nation - Audition de MM. Olivier Beaud et Dominique Chagnollaud, professeurs de droit constitutionnel à l'Université Paris 2*, Audizione alla Commissione alle Leggi del Senato, 1/3/2016, in <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160229/lois.html#oc2t>.

⁷⁹ Syndicat de la Magistrature et al., *L'urgence d'en sortir ! Analyse approfondie du régime juridique de l'état d'urgence et des enjeux de sa constitutionnalisation*, 29/2/2016, pp. 7 ss.

⁸⁰ Loi n° 2016-162 du 19 février 2016 prorogant l'application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032079090&dateTexte=&categorieLien=id>; Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogant l'application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative

permanenza della minaccia, ha integrato nella legislazione ordinaria molte delle norme che erano state introdotte come risposta momentanea⁸¹. Sicché, non c'è stata una vera e propria chiusura dell'emergenza, bensì, al contrario, una sua traduzione in diritto ordinario. Questo non può sorprendere, se si considerano le peculiarità dell'attuale terrorismo, che può colpire virtualmente in qualsiasi luogo e momento. Una simile minaccia rende vano qualsiasi tentativo di stabilire un termine, e per questo – se affrontata con gli stati di emergenza provvisori – rischia costantemente di svuotarne le garanzie di temporaneità⁸².

In terzo luogo, quanto all'ambito soggettivo, si deve considerare che le misure in questione – vista la loro formulazione – non hanno colpito soltanto i terroristi, ma hanno generato un 'diritto penale d'autore'⁸³, autorizzato a limitare le libertà di chi non è neanche sospettato, bensì è considerato pericoloso in base a non meglio specificate «ragioni serie». Come segnalato dalla dottrina, il rischio che si presenta, in questi casi, è di lasciare spazio a comportamenti arbitrari dell'autorità, i quali finiscono per porsi in tensione con il principio di uguaglianza. Infatti, l'arbitrio colpisce più facilmente determinati 'tipi d'autori', appartenenti normalmente alle fasce minoritarie e marginalizzate o dissenzienti rispetto alla maggioranza.

In quarto luogo, quanto alla funzione dell'emergenza, il dato di fatto è che le misure attivate per l'attacco terroristico sono state applicate, con l'avallo del Consiglio costituzionale,

à l'état d'urgence, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032551115&dateTexte=&categorieLien=id>; Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032921910&dateTexte=&categorieLien=id>; Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033651975&dateTexte=&categorieLien=id>; Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000035168168&dateTexte=&categorieLien=id>.

⁸¹ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000035932811&categorieLien=id>.

⁸² Olivier Beaud, in Protection de la Nation - Audition de MM. Olivier Beaud et Dominique Chagnollaud, professeurs de droit constitutionnel à l'Université Paris 2, Audizione alla Commissione alle Leggi del Senato, 1/3/2016, in <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160229/lois.html#toc2t>.

⁸³ G.M. Flick, *Dei diritti e delle paure*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 65-66; M. Donini, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 88-104; S. Moccia, *Brevi note in materia di prassi dei diritti fondamentali*, in Moccia S. (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 196-197; S. Gambino – A. Scerbo, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 4/2009, pp. 1505-1506; P.L. Petrillo, *Forma di governo e legislazione anti-terrorismo in Canada. Spunti di riflessione comparata sul ruolo dei Parlamenti al tempo dell'emergenza permanente*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=content&task=view&id=941>, p. 17; A. Caputo, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Questione Giustizia*, fasc. 6/2007, pp. 1113-1118. Con specifico riferimento alle misure di prevenzione, il rischio è segnalato in: T.F. Giupponi, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0043_giupponi.pdf, p. 9.

anche a casi molto diversi di turbativa dell'«ordine pubblico», come le proteste contro la Conferenza sui cambiamenti climatici tenutasi a Parigi, cd. COP 21⁸⁴. Gli interpreti hanno creduto che lo stato d'urgenza autorizzasse un'inversione del rapporto normale tra regola ed eccezione: mentre ordinariamente la regola è lo stato di diritto – che tutela la libertà di manifestare – nell'emergenza la regola sarebbe il controllo del territorio da parte delle forze dell'ordine. Quest'ultimo obiettivo è stato assunto come valore prevalente, grazie alla tesi della 'necessità operativa': la repressione di fatti non terroristici si giustificerebbe perché altrimenti la necessità di tenere sotto controllo il corteo costringerebbe a mobilitare le forze dell'ordine e quindi sottrarre risorse alla risoluzione dell'emergenza.

In quinto luogo, sull'applicazione delle misure, il potere giudiziario non è servito da argine alla tendenza espansiva dello stato di urgenza, soprattutto a causa del fatto che il Consiglio costituzionale ha mantenuto una posizione di *self-restraint*, mostrando di continuare a ritenere l'emergenza una questione eminentemente politica.

Il parametro di giudizio utilizzato dal Consiglio costituzionale sembra essere stato non tanto il requisito di necessità e proporzionalità delle misure⁸⁵, quanto il «non manifesto squilibrio» tra i diritti fondamentali e l'ordine pubblico⁸⁶.

Il Consiglio costituzionale ha adoperato lo stesso *self-restraint* sulla funzionalizzazione delle misure di urgenza. Il Consiglio di Stato ha sollevato la questione di legittimità in quanto ha rilevato che la legge del 1995, come modificata nel 2015, pur essendo dettata per l'emergenza, e giustificata dalla stessa, «non stabilisce alcun legame tra la natura del pericolo imminente o della calamità pubblica che ha condotto a che sia dichiarato lo stato di urgenza e la natura della minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico suscettibile di giustificare una misura di assegnazione a residenza»⁸⁷. Quindi, la normativa non pone alcun ostacolo all'applicazione di misure emergenziali nei confronti di un attivista che ha partecipato alle manifestazioni ecologiste in occasione del COP 21. In quella sede, il Giudice delle leggi ha rigettato la questione, ritenendo sufficienti le garanzie previste.

In fin dei conti, quindi, lo stato di urgenza non si è mantenuto nei suoi limiti iniziali, ma è diventato permanente ed è stato usato anche per casi non inerenti al fatto emergenziale.

Il rischio di reiterazione dell'emergenza si è puntualmente presentato nel 2018, quando il Governo ha considerato l'idea di ricorrere a tale dispositivo anche per la mobilitazione dei *gilets jaunes*. In quel caso, tale misura sarebbe stata chiaramente al di fuori al di fuori della

⁸⁴ JORF n°0299 du 26 décembre 2015 page 24084 texte n° 210, 2015.527.QPC, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015527qpc.htm>. Cfr. Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, JORF n°0044 du 21 février 2016, texte n° 27, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-536-qpc/decision-n-2016-536-qpc-du-19-fevrier-2016.146991.html>.

⁸⁵ Così era stato indicato in: Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, punto 4.

⁸⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, JORF n°0044 du 21 février 2016, texte n° 27, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-536-qpc/decision-n-2016-536-qpc-du-19-fevrier-2016.146991.html>, punto 12.

⁸⁷ Conseil d'Etat, N° 395009-2015, in <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-11-decembre-2015-M.-H.-X.>

ratio, che è quella di proteggere gli abitanti dal rischio terroristico. Per giunta, quella repressiva sarebbe stata una risposta controproducente⁸⁸, se si considera che – come sottolineato da autorevoli voci – la piega conflittuale della protesta sarebbe stata evitabile in modo più efficace, oltre che più garantistico, attraverso la concessione di canali più incisivi di partecipazione politica⁸⁹.

Da ultimo, anche la pandemia del Covid-19 – che presenta indubbiamente un rischio reale per la salute pubblica – ha mostrato ancora una volta come ogni nuova emergenza sia suscettibile di allargare non solo l'applicazione delle clausole emergenziali, ma anche le clausole stesse. Anche in questo caso, l'esistenza di strumenti pregressi non è valsa a evitare il progressivo ampliamento di tali regimi.

In tale frangente il Paese ha dovuto fronteggiare un pericolo di tipo diverso, e quindi ha dovuto disciplinare il preesistente stato di emergenza sanitaria⁹⁰.

Il meccanismo di dichiarazione e proroga di quest'ultimo stato eccezionale riprende quello dello stato di urgenza. Esattamente come in quest'ultimo regime, la legge del 2020 sull'emergenza sanitaria prevede che l'emergenza sia dichiarata dal Consiglio dei Ministri, con la sola informativa alle Camere. L'intervento dell'organo legislativo è necessario solo successivamente, quando la proroga deve durare oltre un mese. In questo caso, la legge prevede una durata ben più ampia dello stato di urgenza concepito nel 1955.

La norma contempla altresì la possibilità che il Ministro possa prendere le misure previste per l'emergenza anche dopo la fine dell'emergenza stessa, al fine di assicurare la sparizione durevole della situazione di crisi sanitaria. Con questa scelta, si trasforma in legge una proposta che già era stata prospettata, senza successo, durante l'emergenza terroristica. Infatti, il progetto di introduzione in Costituzione dello stato di urgenza – che verrà meglio descritto in seguito – nella prima bozza redatta dal Governo prevedeva una sorta di periodo transitorio dopo l'emergenza, per i casi in cui il pericolo fosse cessato ma «resta[sse] un rischio di atto terroristico»⁹¹. Questo regime 'mediano' sarebbe consistito nella possibilità per le autorità civili di mantenere in vigore le misure prese, fino a sei mesi dopo l'emergenza. Il Governo

⁸⁸ V. Monnier – M. Thierry, « *Gilets jaunes* » : *le gouvernement doit-il rétablir l'état d'urgence ?*, in *NouvelObs.com*, 6/12/2018, in <https://www.nouvelobs.com/politique/20181206.OBS6721/gilets-jaunes-le-gouvernement-doit-il-retablir-l-etat-d-urgence.html>; E. Pelletier – D. Deselny, *Gilets jaunes : faut-il réinstaurer l'état d'urgence ?*, in *LeParisien.fr*, 3/12/2018, in <http://www.leparisien.fr/faits-divers/gilets-jaunes-faut-il-reinstaurer-l-etat-d-urgence-03-12-2018-7959393.php>.

⁸⁹ Direction collégiale et le Conseil scientifique du Gis Démocratie et Participation, *Gilets jaunes : l'urgence démocratique*, in *Participation-et-democratie.fr*, 15/12/2018, in <http://www.participation-et-democratie.fr/fr/content/gilets-jaunes-lurgence-democratique>.

⁹⁰ *Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, art. 2, che modifica l'art. L. 3131-1 e inserisce gli artt. L. 3131-12 e ss. nel *Code de la santé publique*. Lo stato di urgenza, dichiarato il 23 marzo, è stato prorogato con *LOI n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

⁹¹ La bozza iniziale è stata pubblicata in: Franck Johannès, *Le projet de révision constitutionnelle*, in *Libertés surveillées – blog di LeMonde.fr*, 3/12/2015, in <http://libertes.blog.lemonde.fr/2015/12/03/le-projet-de-revision-constitutionnelle/>

ha dovuto poi stralciare queste previsioni in conseguenza del parere del Consiglio di Stato⁹², il quale aveva ritenuto incoerente l'emanazione di misure repressive a emergenza finita: ad avviso dell'organo, se il pericolo imminente persiste dopo la cessazione, si dovrebbe più correttamente prorogare lo stato d'urgenza. In questo nuovo caso, invece, la nuova emergenza ha consentito un avanzamento dei poteri straordinari, in quanto la previsione è stata approvata con legge, nonostante la sua dubbia razionalità.

Il Consiglio costituzionale, dal canto suo, ha confermato la propria interpretazione ristretta dell'articolo 66 Cost.⁹³. In questo caso, la legge aveva previsto che le misure dell'isolamento domiciliare fossero prese senza l'intervento del giudice, salvo che nel caso di proroga oltre i quattordici giorni. Qui il Consiglio, chiamato a valutare la legittimità della norma, ha riconosciuto la legittimità di questo articolo, stabilendo la necessità di intervento di un giudice solo per le misure che superano i quattordici giorni, con più di dodici ore al giorno.

L'economia di questo scritto non consente un'analisi approfondita di questo nuovo regime e della sua proporzionalità. Tuttavia, quanto accennato è utile a mostrare una tendenza espansiva esistente nei meccanismi normativi dell'emergenza. Per quanto si tenti di prevedere e inquadrare le situazioni di emergenza, i relativi regimi non arrivano a coprire tutte le ipotesi emergenziali – per definizione imprevedibili⁹⁴ – e tendono ad abbassare continuamente lo standard di tutela delle libertà, in quanto ogni nuovo intervento può contare su un'avvenuta 'assuefazione' alle misure precedenti⁹⁵.

5. La proposta di costituzionalizzazione dello stato di urgenza in Francia

Fin qui si è discusso di come lo stato di urgenza previsto con legge ordinaria possa sempre straripare dai suoi argini.

Il quesito si pone in quanto chi è favorevole a una previsione costituzionale espressa ritiene che una tale scelta consenta di scongiurare il peggio, inquadrando e imbrigliando l'eccezione: i poteri emergenziali e i loro vincoli potrebbero essere definiti *a priori* nel tempo di pace per evitare deroghe incontrollate sull'onda dell'emotività⁹⁶. Dall'altro lato, a questa posi-

⁹² Conseil d'État, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, N° 390866, 11/12/2015, in http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/9608/114846/version/1/file/avis_ce_pmx1529429L_cm_23.12.2015.pdf.

⁹³ Conseil constitutionnel, *Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020*.

⁹⁴ Non a caso – come è stato fatto notare nel Senato francese in sede di discussione sulla costituzionalizzazione dello stato di urgenza – lo stesso è accaduto con l'istituto dei pieni poteri previsto in Costituzione: quando esso è stato instaurato, il generale De Gaulle ne ha fatto uso anche far votare delle leggi derogatorie al sistema penale e amministrativo, di cui alcune sono rimaste nel diritto positivo per decenni: H. Portelli, in *Protection de la Nation (première lecture): comptes rendus des réunions de la commission des lois*, 1/3/2016, in <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160229/lois.html#toc2t>.

⁹⁵ G.M. Flick, *Dei diritti e delle paure*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 76-77.

⁹⁶ G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 56-57. R. Bartoli, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1-2/2010, pp. 262-263; B. Ackerman,

zione si obietta che la previsione a livello primario di singole eccezioni sia maggiormente idonea a evitare rotture, in quanto non permetterebbe di espandere le norme repressive a fattispecie concrete diverse da quelle che hanno spinto a prevedere la deroga⁹⁷. Infatti, come è noto, le norme eccezionali non sono applicabili in via analogica o estensiva.

Nelle pagine precedenti si è osservato che, quando la retorica emergenziale fa presa politicamente sui consociati, non basta l'imperativo giuridico per frenare l'ondata repressiva. Per di più, lo sforzo di regolamentare le deroghe si rivela spesso non solo inutile, ma anche ingannevole, in quanto rappresenta una promessa difficile da mantenere: lo stato di eccezione, se vuole essere ampio come si richiede a una clausola generale, può dettare solo vincoli molto laschi per l'Esecutivo, che consentono di eludere le garanzie che dovrebbero limitare l'emergenza allo stretto necessario.

Ulteriore rischio è che lo stato di eccezione mini la chiarezza dell'ordinamento. Infatti, il regime derogatorio per natura tende a porsi come alternativa al regime ordinario, e quindi revoca in dubbio l'applicazione di tutte le garanzie costituzionali, salvo quelle per cui la Costituzione stabilisce espressamente la stabile permanenza. Come dimostra il dibattito italiano sull'articolo 78 Cost., la semplice menzione di un regime eccezionale fa dubitare della regola generalissima della 'presunzione di massima espansione' dei diritti fondamentali: vi è chi ritiene che i decreti del Governo possano apportare deroghe a tali libertà, anche se la norma non lo menziona espressamente.

Nel caso francese, la questione si è posta concretamente quando il Consiglio dei Ministri ha presentato la prima bozza di un disegno di revisione costituzionale che riprendeva la disciplina della l. 385-55⁹⁸. Ed è appena il caso di notare che già in partenza la disciplina si poneva in tensione con lo spirito l'articolo 89 della Costituzione francese, proponendo in piena emergenza un cambiamento costituzionale che consentisse maggiori deroghe alle libertà. L'iniziativa si è chiusa con la rinuncia alla riforma da parte del Presidente della Repubblica,

Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism, Yale University Press, New Haven, 2006, trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 113-144; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 462-465. In senso critico o, quanto meno, problematico: G. Di Cosimo, *Costituzione ed emergenza terroristica*, in M. Meccarelli – P. Palchetti – C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, EUM – Edizioni Università di Macerata, Macerata, 2011, pp. 325-326; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 107.

⁹⁷ La funzionalizzazione, più che la fissazione di un termine finale, è in grado di garantire che le misure di emergenza siano provvisorie, e siano attivate solo per il periodo necessario: V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, pp. 305-311.

⁹⁸ La bozza è stata pubblicata in: Franck Johannès, *Le projet de révision constitutionnelle*, in *Libertés surveillées – blog di LeMonde.fr*, 3/12/2015, in <http://libertes.blog.lemonde.fr/2015/12/03/le-projet-de-revision-constitutionnelle/>. La prima versione della riforma contemplava anche una sorta di periodo transitorio per i casi in cui il pericolo è cessato ma «resta un rischio di atto terroristico». Durante questa fase, era previsto che le autorità civili potessero mantenere in vigore le misure emergenziali per massimo 6 mesi, e la legge potesse permettere alle autorità civili di prendere misure generali per prevenire il rischio. Tale previsione, però, è stata eliminata nelle testo presentato all'Assemblea Nazionale (*Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, n. 3381/2015, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3381.asp>), in seguito al parere negativo del Consiglio di Stato: Conseil d'État, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, N° 390866, 11/12/2015, in http://www.legi-france.gouv.fr/content/download/9608/114846/version/1/file/avis_ce_pmx1529429L_cm_23.12.2015.pdf.

per mancanza di accordo politico sul testo⁹⁹. Tuttavia, la discussione che si è sviluppata in quella occasione appare comunque utile ai fini scientifici di questo scritto, per l'analisi dei possibili scenari che la costituzionalizzazione avrebbe aperti.

I fautori dell'iniziativa di revisione hanno utilizzato diversi argomenti per sostenere la costituzionalizzazione dello stato di urgenza, molti dei quali erano già presenti nel dibattito. In primo luogo, si è sottolineato che la riforma avrebbe rafforzato le garanzie, riprendendo in Costituzione le tutele che erano state previste dalla legge ordinaria; al tempo stesso, però, dichiaratamente si è chiesta la costituzionalizzazione per consolidare anche le misure repressive¹⁰⁰. In secondo luogo, si è affermato che la costituzionalizzazione sarebbe stata un freno alla «banalizzazione» dell'emergenza, e quindi una garanzia della sua effettiva eccezionalità¹⁰¹. Infine, si è sostenuto che la riforma avrebbe dato coerenza al sistema, portando lo stato di urgenza allo stesso livello degli altri due regimi derogatori già previsti¹⁰².

Qualcuno però ha contestato l'approccio emergenziale in sé, e a maggior ragione quindi la sua trascrizione in Costituzione¹⁰³.

Alcune voci hanno affrontato più specificamente il tema dell'introduzione dei dispositivi in questione a livello straordinario. La previsione costituzionale di un regime emergenziale

⁹⁹ *Déclaration du président de la République au sujet de la révision constitutionnelle*, 30/3/2016, in <http://www.elysee.fr/declarations/article/declaration-du-president-de-la-republique-au-sujet-de-la-revision-constitutionnelle-2/>. Cfr. M. Rees, *État d'urgence, déchéance: du plomb dans l'aile de la révision constitutionnelle*, in *NextInpact.com*, 10/3/2016, in <http://www.nextinpact.com/news/98986-etat-d-urgence-decheance-plomb-dans-l-aile-revision-constitutionnelle.htm>; H. Bekmezian, *Le Sénat enterre la déchéance de nationalité*, in *Le Monde.fr*, 17/3/2016, in http://www.lemonde.fr/politique/article/2016/03/17/decheance-de-nationalite-le-senat-vote-un-texte-different-de-l-assemblee_4885276_823448.html; *Les principales réactions à l'abandon de la réforme constitutionnelle*, in *Le Monde.fr*, 30/3/2016, in http://www.lemonde.fr/politique/article/2016/03/30/les-principales-reactions-a-l-abandon-de-la-reforme-constitutionnelle_4892495_823448.html#5HZCgQ8Mcv4Q8wXp.99.

¹⁰⁰ C. Mas, *L'analyse du projet de revision constitutionnelle : l'etat d'urgence (1)*, in *Blog de Paul Jorion*, 27/12/2015, in <http://www.pauljorion.com/blog/2015/12/27/lanalyse-du-projet-de-revision-constitutionnelle-letat-durgence-1/t>. Cfr. J.-M. Germain, in *Assemblée nationale, XIVe législature, Session ordinaire de 2015-2016, Compte rendu intégral - Deuxième séance du vendredi 05 février 2016*, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160123.asp#P720394>. Così anche Hollande, nel suo discorso tenuto all'indomani dell'emergenza: *Discours du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès*, 16/11/2015, in <http://www.franceonu.org/Discours-du-president-de-la-Republique-devant-le-Congres>

¹⁰¹ G. Gosselin-Fleury, in *Assemblée nationale, XIVe législature, Session ordinaire de 2015-2016, Compte rendu intégral - Première séance du lundi 08 février 2016*, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160124.asp#P721204>.

¹⁰² C. Mas, *L'analyse du projet de revision constitutionnelle : l'etat d'urgence (1)*, in *Blog de Paul Jorion*, 27/12/2015, in <http://www.pauljorion.com/blog/2015/12/27/lanalyse-du-projet-de-revision-constitutionnelle-letat-durgence-1/t>. Cfr. J.-M. Germain, in *Assemblée nationale, XIVe législature, Session ordinaire de 2015-2016, Compte rendu intégral - Deuxième séance du vendredi 05 février 2016*, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160123.asp#P720394>.

¹⁰³ Pascal Mbongo, *État d'urgence, « drôle » de révision constitutionnelle*, in *TheConversation.com*, 23/12/2015, in <http://theconversation.com/etat-durgence-drole-de-revision-constitutionnelle-52603>; Marie Bellan, *Frédéric Sicard : «On utilise l'état d'urgence à d'autres fins que la lutte contre le terrorisme»*, in *LesEchos.fr*, 22/12/2015, in <http://www.lesechos.fr/politique-societe/politique/021576167226-frederic-sicard-on-utilise-letat-durgence-a-dautres-fins-que-la-lutte-contre-le-terrorisme-1187005.php?1rWweuhrkP8se0SA.99>.

sarebbe stata inutile, in quanto sarebbe stata comunque sempre possibile l'attivazione di misure derogatorie: il Consiglio costituzionale aveva già ammesso in passato stati di emergenza atipici. Di conseguenza, secondo l'opposizione, la costituzionalizzazione sarebbe servita solo come un gesto simbolico, di propaganda politica. A fronte degli scarsi benefici apportati in termini di salvaguardia della sicurezza, si è ritenuta pericolosa la costituzionalizzazione. Infatti, si è contestata l'asserita portata garantistica della revisione, in quanto non ci sarebbe stato bisogno di una revisione per garantire la vigenza dei diritti fondamentali in stato di urgenza, considerato che i diritti sono già ben chiariti nella Carta. Viceversa, con la riforma costituzionale si sarebbero costituzionalizzate anche le deroghe, portando lo stato di eccezione allo stesso livello delle libertà stesse¹⁰⁴.

Ancora più indicativa appare la discussione sulla concreta formulazione dello stato di urgenza, e quindi sulle garanzie da inserire rispetto alla sua instaurazione e applicazione.

Alcune parti hanno richiesto una più specifica definizione del presupposto, nei termini e nelle garanzie; dall'altra parte, però, si è risposto che un regime eccezionale non può essere tagliato in modo troppo stretto, perché deve essere in grado di coprire in modo ampio tutte le possibili evenienze. Di fatto, non si può prevedere in anticipo quale sarà il fatto emergenziale, quanto durerà la minaccia, quali saranno le misure da applicare e, di conseguenza, le garanzie necessarie.

Quanto al presupposto, è chiaro che lo stato di urgenza, nell'ordinamento francese, nasce e trae la sua ragion d'essere proprio dall'ampiezza della definizione del fatto scatenante. Infatti, si è rilevato nella discussione che espressioni diverse – come quella della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che fa riferimento al «caso di guerra o [in caso] di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione»¹⁰⁵ – non avrebbero consentito di colpire il terrorismo¹⁰⁶. Il medesimo ragionamento può essere applicato al fattore temporale. In Parlamento si è richiamata l'esigenza di garantire l'effettiva temporaneità dello stato di urgenza¹⁰⁷, ma al tempo stesso – a causa dell'incertezza sugli eventi futuri – non ci si è potuti spingere molto oltre, fino a porre limiti assoluti o escludere la reiterazione della proroga stessa¹⁰⁸. D'altra parte

¹⁰⁴ M. Bonneton, in Assemblée nationale, XIV^e législature, Session ordinaire de 2015-2016, *Compte rendu intégral - Deuxième séance du vendredi 05 février 2016*, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160123.asp#P720394>

¹⁰⁵ *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, art. 15.

¹⁰⁶ B. Ackerman, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2006, trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 17 ss.

¹⁰⁷ B. Müftüoğlu, *France: Crainte d'un état d'urgence "permanent" après les attentats*, in *AA.com.fr*, 8/12/2015, in <http://aa.com.tr/fr/monde/france-crainte-dun-%C3%A9tat-durgence-permanent-apr%C3%A8s-les-attentats/487436>.

¹⁰⁸ Come riferisce l'on. P. Bonnacarrère «Il rischio è che, di proroga in proroga, lo stato d'urgenza diventi permanente. Bisogna quantificare il numero massimo di proroghe? Sarebbe inopportuno. Ho dunque preferito introdurre un criterio di proporzionalità, per difendere meglio le libertà pubbliche» («Le risque est que, de prorogation en prorogation, l'état d'urgence devienne permanent. Faut-il quantifier le nombre maximal de prorogations ? Ce serait inadapté. J'ai donc préféré introduire un critère de proportionnalité, pour mieux protéger les libertés publiques. Les termes choisis ne me paraissent pas prêter à débat juridique»): Sénat, *Compte rendu analytique officiel*, 17/3/2016, in http://www.senat.fr/cra/s20160317/s20160317_1.htm#par_12.

– se si voleva che l'emergenza rispondesse al fenomeno terroristico – non si poteva che rilevare «una contraddizione tra lo stato d'urgenza, misura temporanea che deve reagire a una minaccia temporanea, e il nuovo terrorismo che [...] è una minaccia episodica ma per natura permanente».

Queste aporie gettano un'ombra sull'idea che la previsione costituzionale di un regime emergenziale serva a garantirne una disciplina. Infatti, se si pongono molti paletti, l'esigenza che non si vede riconosciuta nello stato di eccezione costituzionale semplicemente uscirà dai suoi limiti o ne creerà uno atipico; se, al contrario, si disegna l'urgenza in termini ampi e aperti all'imprevisto, si perde il valore garantistico della norma. Nel contesto francese, il naufragio dell'iniziativa ha dimostrato la difficoltà di trovare un equilibrio soddisfacente tra questi due estremi.

Peraltro, vi è un ulteriore rischio che emerge dai dibattiti parlamentari: l'apertura di un regime emergenziale genera dubbi sul rapporto regola-eccezione applicabile. In altre parole, mentre in situazioni normali è chiaro che i diritti fondamentali rappresentino la regola, e la loro limitazione un'eccezione puntuale, lo stesso non avviene nell'emergenza.

Tanto ciò è vero che in entrambe le Camere si è sentito il bisogno di ribadire alcune garanzie che sono scontate nel regime ordinario¹⁰⁹, come il controllo parlamentare o quello giurisdizionale. Infatti, il passaggio a un insieme di norme parallelo, quello dell'emergenza, genera una situazione di incertezza, in cui non è chiaro se gli ordinari *checks and balances* si applichino o no ai regimi emergenziali. Sicché le opposizioni hanno proposto emendamenti per ribadire la vigenza di queste norme; dall'altro lato, la maggioranza si è opposta adducendo che non ci sarebbe stato bisogno di menzionare queste funzioni, in quanto sono già insite nel sistema.

Chiaramente, il costituzionalista deve ritenere che garanzie essenziali come la separazione dei poteri si applichino sempre nel modo più ampio, salvo che ci sia deroga espressa e osservante dei principi di legalità e proporzionalità. Nonostante ciò, vi è stata una giustificata cautela delle opposizioni, in quanto la previsione costituzionale dell'emergenza apre a un *favor* da parte dell'interprete per le misure repressive, e quindi spinge l'Esecutivo a tentare di andare costantemente oltre le proprie attribuzioni, come di fatto è avvenuto con l'applicazione delle misure antiterroristiche al COP 21. Questo approccio genera squilibri che possono essere sanati solo successivamente, con l'intervento del giudice, peraltro senza alcuna certezza che le Corti non indulgano a un atteggiamento di *self-restraint*, come spesso è accaduto durante i periodi di urgenza. Quindi, si può comprendere la constatazione del Parlamentare secondo cui «*Cela va sans dire*, ma va meglio se lo si dice»¹¹⁰.

In conclusione, quindi, se è vero che la costituzionalizzazione dello stato di emergenza ha conservato alcune garanzie, non meno del regime primario dello stato d'urgenza, è anche vero che essa è portatrice di una generale incertezza sulle regole che restano applicabili. Di

¹⁰⁹ *Projet de loi constitutionnelle de protection de la nation, adopté par l'assemblée nationale en première lecture*, texte adopté n° 678, 10 février 2016, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0678.asp>.

¹¹⁰ «*Cela va sans dire mais cela va mieux en le disant*»: P. Bas, in Sénat, *Compte rendu analytique officiel*, 17/3/2016, in http://www.senat.fr/cra/s20160317/s20160317_1.html#par_12.

conseguenza, il rischio è che essa dia legittimazione espressa alle deroghe, senza essere in grado di rafforzare corrispettivamente le garanzie.

6. Conclusioni

La teoria e la sua prassi hanno aiutato a disegnare un possibile modello di diritto dell'emergenza. Il punto di partenza è stato l'interrogativo sull'efficacia delle clausole generali di emergenza, nella garanzia della coerenza delle misure eccezionali con l'evento eccezionale che ha determinato la necessità della deroga. Il quesito è stato posto sia per le clausole previste a livello di legge ordinaria, sia per quelle che si pongono a livello costituzionale.

L'analisi ha riguardato un contesto limitato, ma ha presentato meccanismi che si ripetono in modo simile anche in altri ordinamenti.

In primo luogo, la Costituzione francese – come tante Costituzioni democratiche – non vieta l'applicazione di regimi costituzionali 'innominati', ma pone dei limiti all'emergenza, che sono gli stessi, a prescindere se sia prevista o meno da una clausola generale¹¹¹. Tuttavia, da più parti si ritiene che le previsioni costituzionali, immaginate in astratto e in tempo di pace, siano utili in quanto consentono di evitare che l'espansione dei poteri dell'Esecutivo avvenga, con maggiore veemenza, nel momento in cui l'emergenza si verifica.

L'esperienza esaminata ha mostrato che questo argomento non è del tutto fondato, in quanto l'emergenza ha superato i limiti temporanei e soggettivi per cui era stata dichiarata, e ha realizzato comunque quel 'pendio scivoloso' tanto temuto dalla letteratura sull'emergenza.

Il limitato vantaggio offerto delle clausole emergenziali deve essere commisurato a un rischio, che è quello di indebolire il controllo democratico sulla crisi, promettendo garanzie che non si possono mantenere, e generando così un maggiore consenso attraverso una falsa rappresentazione della realtà.

Inoltre, il dibattito sulla costituzionalizzazione espressa delle deroghe ha mostrato chiaramente che, quando si apre un regime derogatorio, diventa complesso – innanzitutto al regolatore – identificare quale sia la regola e quale l'eccezione. Normalmente, è pacifica la 'pre-

¹¹¹ La dottrina ha indicato un criterio obiettivo per identificare tali norme, e cioè quello della funzionalizzazione alla sovranità popolare e alla forma di Stato: P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, La Commerciale, Sassari, 1988. In questo senso, vengono in rilievo quei valori essenziali identitari della Costituzione, quali possono essere – nel nostro ordinamento – i principi supremi, evinti in via giurisprudenziale dai limiti alla revisione costituzionale. Nell'ordinamento italiano, l'enucleazione di questi principi in via giurisprudenziale è stata da taluno criticata, in quanto darebbe eccessivo potere alla Consulta: G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, n. 1/2006, pp. 15-16. Rimoli rileva che in generale le norme limitative del potere di revisione costituzionali sono sempre aporetiche, in quanto non sono comunque sovraordinate alla fonte che interviene con la modifica: F. Rimoli, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, 2007, in http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/eccezione_trasformazione/index.html. Altra parte della dottrina suggerisce, comunque, un ulteriore strumento per salvaguardare l'identità dell'ordinamento costituzionale, in quanto strumentale alla sovranità popolare, e cioè quello di rafforzare le maggioranze previste per la revisione costituzionale: A. D'Andrea, *Irrigidire la revisione costituzionale? Le ragioni del sì*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1/2007, pp. 115-116.

sunzione di massima espansione' dei diritti fondamentali: questi ultimi possono essere compresi solo nella misura in cui esistono disposizioni puntuali che lo consentono. Viceversa, se si apre un regime derogatorio, distinto da quello ordinario, questa presunzione non è più certa, e il potere emergenziale tende a espandersi. Per questo si è rivelato complesso dirimere il dibattito parlamentare tra chi sosteneva la necessità di ribadire l'applicabilità di alcune essenziali garanzie – di cui nessuno dubita nel regime ordinario – e chi riteneva che non ve ne fosse bisogno.

Più in generale, dalla prassi applicativa emerge una difficoltà a prevedere in via astratta e anticipata quale tipo di emergenza si manifesterà e quali misure saranno necessarie. Di conseguenza, il fatto che il potere derogatorio esca dal binario non è sempre una deriva patologica, ma è, talvolta, una logica conseguenza dell'adeguamento degli strumenti giuridici alle nuove emergenze. Di fronte a questi cambiamenti, non sembra che la risposta possa essere data prevedendo stati di emergenza con presupposti e limiti sempre più ampi, come è stato proposto – e in parte è avvenuto – nel caso francese. Piuttosto, sembra preferibile agire di volta in volta, a condizione di rendere chiaro il valore tutelato e prevedere misure coerenti e proporzionate, nel tempo, nell'applicazione soggettiva e nell'entità.

Certo, «a volte la democrazia combatte con una mano legata dietro la schiena. Nonostante ciò, la democrazia prevale, dal momento che preservare il ruolo della legge e riconoscere le libertà individuali costituisce un'importante componente della sicurezza di una democrazia»¹¹². In questo senso, una Costituzione che resiste alle norme repressive va vista non come un ostacolo alla sicurezza, bensì come un invito a cercare soluzioni ampliative delle libertà¹¹³, che si sforzino di rispondere al conflitto con un'attenzione alle sue radici, aprendo le porte a chi chiede il riconoscimento di nuovi diritti.

¹¹² A. Barak, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 46-47.

¹¹³ G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 133 ss.