

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

NICOLETTA PERLO

**A GIURISPRUDENZA DI CRISI DEL *CONSEIL D'ÉTATE*
DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*: IL PREVALERE
DELLA RAGIONE POLITICA SU QUELLA GIURIDICA**

2 LUGLIO 2020



Nicoletta Perlo

La giurisprudenza di crisi del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel*: il prevalere della ragione politica su quella giuridica

1. Premessa: *l'état d'urgence sanitaire*, il quinto regime d'eccezione francese. – 2. Le ragioni di una giurisprudenza ricca (a differenza del caso italiano). – 3. La giurisprudenza di crisi del *Conseil d'État*. – 3.1 La prima fase: un giudice della crisi napoleonico. – 3.2 La seconda fase: un giudice di crisi garante dei diritti. – 4. La giurisprudenza di crisi del *Conseil constitutionnel*: un giudice gaullista. – 4.1 La prima decisione di costituzionalità: il paradosso del controllo di una legge voluta dal *Conseil constitutionnel*. – 4.2 La seconda decisione di costituzionalità: un controllo al servizio della strategia legittimante dell'esecutivo. – 5 Conclusione.

1. Premessa: *l'état d'urgence sanitaire*, il quinto regime d'eccezione francese

La sera del 16 marzo 2020, il Presidente Emmanuel Macron annunciava ai francesi la grave decisione di procedere a un confinamento generalizzato della popolazione al fine di combattere l'epidemia del virus Covid-19. Oltre ad annunciare l'adozione futura di misure atte a sostenere l'economia, il Presidente precisava che era in corso l'elaborazione di un progetto di legge al fine di consentire “al governo di agire con urgenza e di adottare delle *ordonnances*¹ se necessario”.

In seguito a questo discorso, la possente macchina amministrativa e legislativa francese si è messa in moto e, nello spazio di otto giorni, sono stati elaborati, discussi e adottati la legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, il primo decreto di applicazione della legge, che indica “*le misure generali necessarie per far fronte all'epidemia da Covid-19 nel quadro dello stato d'emergenza sanitaria*”(decreto n. 2020-293, 23 mars 2020) e la prima legge di rettifica della legge finanziaria per il 2020². Inoltre, è stata votata e sottoposta al vaglio del *Conseil constitutionnel* una legge organica d'urgenza che ha sospeso fino al 30 giugno 2020 i termini temporali del controllo di costituzionalità in via incidentale³.

La celerità dell'azione legislativa francese non deve stupire. Negli ultimi anni, il sistema politico e giuridico francese è stato costretto, suo malgrado, a elaborare delle strategie di reazione rapida alle situazioni di crisi. Subito dopo gli attacchi terroristici avvenuti a Parigi il 13 novembre 2015, il Parlamento aveva adottato in soli due giorni una legge che prorogava lo stato d'emergenza dichiarato per decreto dal governo e adattava le disposizioni della legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, sulla base della quale l'emergenza era stata decretata, alle esigenze della nuova crisi.

Ma ancor prima di questi drammatici eventi, la storia bellica e coloniale francese ha fatto sì che ben quattro regimi di eccezione fossero creati e regolamentati a livello costituzionale, legislativo e giurisprudenziale. La Costituzione francese del 1958 prevede innanzitutto lo stato d'assedio. Eredità del Secondo Impero⁴, lo stato d'assedio comporta il trasferimento alle autorità militari dei poteri delle autorità civili⁵. L'articolo 16 della Costituzione permette invece al Presidente della Repubblica di acquisire poteri eccezionali, in deroga al principio della separazione dei poteri, al fine di fronteggiare una minaccia grave e immediata nei confronti delle istituzioni repubblicane, dell'indipendenza della

¹ Le *ordonnances* sono provvedimenti presi dal governo in materie di competenza legislativa su delega del Parlamento. Tali atti assumono valore legislativo una volta ratificati dal Parlamento (art. 38 Cost. francese). Per un'analisi di tali atti normativi rinviamo a P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, Giappichelli, Torino, 2009.

² Legge n. 2020-289 del 23 marzo 2020; vi ha fatto seguito la legge n. 2020-473 del 25 aprile 2020.

³ Legge organica n. 2020-365 del 30 marzo 2020. La legge organica è una legge prevista dalla Costituzione al fine di precisare le modalità di organizzazione e funzionamento dei poteri pubblici. La sua adozione segue una procedura più complessa rispetto alla legge ordinaria e prevede il controllo preventivo obbligatorio da parte del *Conseil constitutionnel*.

⁴ Legge del 9 agosto 1849.

⁵ Art. 36 Cost.

Nazione e dell'integrità dei confini territoriali⁶. Proposto dal generale De Gaulle, memore della triste sconfitta militare e politica del giugno 1940, l'articolo 16 s'ispira in larga parte ad una teoria, elaborata dal *Conseil d'État* durante la Prima guerra mondiale, che consente all'esecutivo di adottare provvedimenti necessari, ma *contra legem*⁷. Il riconoscimento delle circostanze eccezionali da parte del giudice non implica la scomparsa del principio di legalità, ma sostituisce piuttosto alla legalità normale, una legalità di crisi, meno stringente per l'amministrazione e più restrittiva nei confronti delle libertà dei cittadini.

Infine, nel 1955, per gestire la crisi indotta dalla guerra contro l'indipendenza dell'Algeria il legislatore istituì un nuovo stato di eccezione: l'*état d'urgence*. È questo il regime a cui si è fatto più spesso ricorso durante la V Repubblica francese per far fronte ai "casi di pericolo imminente risultante da attacchi gravi all'ordine pubblico"⁸.

L'*état d'urgence* può essere deciso dal Consiglio dei ministri e applicarsi in tutto o in parte del territorio nazionale. Permette di rafforzare il potere dell'esecutivo, dei prefetti, dell'autorità di polizia, con limitazione delle libertà personali. Nel 2015 e nel 2016, tre leggi hanno modificato la legge del 1955 limitando ancor più la tutela dei diritti in periodo di emergenza⁹.

Con il manifestarsi dell'epidemia da Covid-19 e, in particolare, dopo il primo discorso del Presidente Macron del 12 marzo 2020, alcuni costituzionalisti avevano previsto che l'*état d'urgence* sarebbe stato, ancora una volta, il regime giuridico scelto per fronteggiare il diffondersi della malattia, configurandosi un caso di "calamità pubblica"¹⁰. Invece, inopinatamente, è stato istituito un nuovo regime d'eccezione: l'*état d'urgence sanitaire*.

La ragione ufficiale del nuovo istituto giuridico, indicata nel progetto di legge e nello studio d'impatto¹¹, è quella della eccezionalità dell'emergenza: la crisi sanitaria del Covid-19 "da un secolo, non ha precedenti" e "per la sua portata, inimmaginabile fino ad ora" esige una risposta all'altezza del fenomeno, una risposta "che non poteva essere immaginata quando le disposizioni legislative e regolamentari esistenti sono state concepite".

La legge del 23 marzo 2020 ha introdotto nel Codice *de la santé publique* un nuovo Capitolo I bis, all'interno del Titolo III relativo alle "Minacce e crisi sanitarie gravi". In base ai nuovi articoli L. 3131-12 et L. 3131-13, "lo stato d'emergenza sanitaria può essere dichiarato in tutto o in parte del territorio nazionale (...) in caso di catastrofe sanitaria che metta in pericolo, per la sua natura e la sua gravità, la salute della popolazione". Il regime è instaurato "per decreto del Consiglio dei ministri sulla base del rapporto predisposto dal ministro della salute" e sulla base dei "dati scientifici" che "sono resi pubblici".

Se nei fatti il nuovo regime di emergenza sanitaria s'ispira in larga parte a quello istituito dalla legge del 1955, esso presenta tuttavia alcune peculiarità¹². Prima di tutto, a differenza dell'*état d'urgence*, dichiarato per decreto per una durata di dodici giorni prima di dover essere autorizzato per legge, l'*état d'urgence sanitaire* può essere autorizzato dal Parlamento fino a un mese¹³.

⁶ L'articolo 16 è stato applicato solo una volta nella storia della V Repubblica, dal 23 aprile al 29 settembre 1961.

⁷ *Conseil d'État, Heyriès, 28 juin 1918, n. 63412*.

⁸ L'*état d'urgence* è stato decretato durante la guerra di Algeria: nel 1955, nel 1958, dal 1961 al 1962; durante i conflitti insorti nei territori d'oltre mare dal 1985 al 1987; nel 2005 a seguito delle proteste insorte nelle periferie delle grandi città; e a seguito degli atti terroristici dal 2015 al 2017.

⁹ Leggi n. 2015-1501 del 20 novembre 2015; n. 2016-987 del 21 luglio 2016; e n. 2016-1767 del 19 dicembre 2016.

¹⁰ Art. 1, legge n. 55-385 del 3 aprile 1955. V., su questo dibattito, O. BEAUD, *La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du second tour des élections municipales*, in *JP Blog* del 23 marzo 2020.

¹¹ V. SÉNAT, *Etude d'impact projet de loi prorogant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

¹² In dottrina, si è dibattuto sull'utilità della creazione di un quinto regime di eccezione: v. A. LEVADE, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, in *La semaine juridique*, n. 13, 30 marzo 2020, 613 ss.; J. PETIT, *L'état d'urgence sanitaire*, in *AJDA*, n.15/2020, 27 aprile 2020, 833 ss.; A. GELBLAT e L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états ?*, in *La Revue des droits de l'homme*, avril 2020.

¹³ È il *Conseil d'État* che nel suo *parere* sulla legge ha suggerito, "eu égard à la nature d'une catastrophe sanitaire", di prolungare questo termine rispetto al regime dell'*état d'urgence*. La legge del 23 marzo 2020 ha introdotto una deroga a questo termine, dichiarando l'*état d'urgence sanitaire* per due mesi (art. 4).

Inoltre, il nuovo regime di eccezione concentra in modo molto più significativo il potere di decisione nelle mani del governo centrale. Il Primo Ministro è il protagonista indiscusso di questo regime. Egli può adottare per “*décret réglementaire*” - un atto amministrativo privo di forza di legge - misure che limitano la libertà di movimento, la libertà di impresa e la libertà di riunione¹⁴, nel rispetto del principio di proporzionalità e tenendo conto delle circostanze di tempo e di luogo¹⁵. Il ministro della salute è invece competente a stabilire prescrivere “*par arrêté motivé*” - e cioè attraverso un provvedimento amministrativo motivato - “tutte le misure relative all’organizzazione e al funzionamento del sistema sanitario e tutte le misure individuali necessarie per l’applicazione delle misure prescritte dal Primo ministro”¹⁶. I prefetti, che nell’ambito dell’*état d’urgence* svolgono un ruolo importante, nel caso dell’*état d’urgence sanitaire* intervengono solamente se abilitati dal primo ministro o dal ministro della salute¹⁷. Sotto questo profilo, la differenza con la situazione italiana è evidente. Se in Italia, il periodo dell’emergenza sanitaria è stato ed è dominato da grandi conflitti politici e giuridici sul riparto delle competenze tra Stato, regioni e comuni¹⁸, in Francia, tale dibattito non c’è stato perché la scelta è stata quella di accentrare il potere decisionale. La tradizione francese di uno Stato centrale forte, scarsamente decentralizzato, ha permesso che tale accentramento decisionale non creasse di fatto grande scalpore.

Totalmente inedita rispetto all’*état d’urgence* è poi l’istituzione del comitato scientifico (*comité de scientifiques*). Si tratta di un organo che viene formato nel caso in cui venga dichiarato lo stato d’emergenza sanitaria e che resta in carica fino alla fine dello stato d’eccezione¹⁹. Il suo compito è descritto in termini molto generali e, di fatto, il comitato svolge un ruolo di “garante scientifico della decisione politica”²⁰. Nel nuovo regime si confrontano e si bilanciano così il potere politico e il potere scientifico²¹. I dati scientifici svolgono un ruolo decisivo nell’elaborazione dell’azione pubblica. Lo si può constatare sia nel momento della dichiarazione dell’*état d’urgence sanitaire* – deliberato anche sulla base di “dati scientifici” -, sia durante il periodo di eccezione, in cui i provvedimenti sono in larga parte guidati dai pareri espressi dal Comitato. Di conseguenza, se durante l’*état d’urgence* si tratta essenzialmente di trovare un equilibrio tra il rispetto delle libertà e la garanzia dell’ordine pubblico, l’*état d’urgence sanitaire* impone di operare un nuovo bilanciamento, capace di tenere conto anche del parere scientifico, a discapito, a volte, di quello politico.

In definitiva, si tratta di un regime di eccezione che impone restrizioni ancora più gravi ai principi dello Stato di diritto e, in particolare, a quelli della separazione dei poteri e della tutela delle libertà fondamentali, e che attribuisce una parte del potere decisorio ad un organo tecnico, che sfugge al circuito democratico della rappresentanza

Per questo motivo, il Parlamento francese ha previsto l’*état d’urgence sanitaire* solo in via sperimentale e temporanea. La legge del 23 marzo 2020 prevede infatti che questo regime sia valido fino al 1° aprile 2021. Dopodiché, il Parlamento valuterà se mantenerlo nell’ordinamento, con le eventuali modifiche apparse necessarie, qualora se ne sia constatata l’utilità²².

Se questo controllo parlamentare avverrà presumibilmente *ex post*, l’*état d’urgence sanitaire* attualmente in corso non è tuttavia sprovvisto di sistemi di controllo.

Un controllo politico anzitutto, in quanto l’Assemblea nazionale e il Senato devono essere informati delle misure prese dall’esecutivo e possono richiedere ulteriori informazioni al fine di valutarle²³. E poi, ed è ciò che qui più rileva, un controllo giurisdizionale esercitato sia dal giudice amministrativo che dal giudice costituzionale.

¹⁴ Art. L. 3131-15, *Code de la santé publique*.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Art. L. 3131-16, *Code de la santé publique*.

¹⁷ Art. L. 3131-17, *Code de la santé publique*.

¹⁸ Basti vedere la giurisprudenza amministrativa in merito in [La Giustizia amministrativa, Emergenza Covid-19](#).

¹⁹ Art. L. 3131-19, *Code de la santé publique*.

²⁰ A. LEVADE, *État d’urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d’exception*, cit., 615.

²¹ J. PETIT, *L’état d’urgence sanitaire*, cit., 836.

²² P. BAS, *Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat*, n. 381, 25.

²³ Art. L. 3131-13, *Code de la santé publique*.

L'articolo L. 3131-18 ricorda infatti che *l'état d'urgence sanitaire* è sottoposto al controllo del giudice amministrativo che può sindacare sulle misure amministrative adottate attraverso due procedure cautelari, quella del *référé-suspension* et quella del *référé-liberté*. Per quanto riguarda il controllo di costituzionalità, oltre al controllo *a posteriori* che, come vedremo, è stato nei fatti disincentivato, il controllo *a priori* ha permesso al *Conseil constitutionnel* di giudicare della costituzionalità della legge organica del 24 marzo 2020 e della legge del 9 maggio 2020 che ha prorogato lo stato di emergenza sanitaria fino al 10 luglio 2020.

Il controllo operato in Francia dal giudice amministrativo e dal giudice costituzionale sulle misure adottate per far fronte all'epidemia riveste un grande interesse per il lettore italiano per diversi motivi. Innanzitutto, in ragione della diversità delle procedure e della diversa ripartizione delle competenze giurisdizionali nei due ordinamenti, la giurisprudenza amministrativa francese in materia è più ricca ed articolata di quella italiana²⁴. L'analisi della giurisprudenza francese è quindi istruttiva poiché permette di riflettere in generale sul ruolo del giudice in periodo di crisi e, in particolare, sull'articolazione del suo potere rispetto a quello politico.

2. Le ragioni di una giurisprudenza ricca (a differenza del caso italiano)

Al fine di comprendere le dinamiche giurisprudenziali che hanno caratterizzato il periodo di lotta all'epidemia in Francia, è necessario chiarire, brevemente, da un lato, il riparto delle competenze tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo e, dall'altro, il controllo esercitato dal *Conseil constitutionnel* in questo ordinamento.

In Francia, il riparto delle competenze non segue il criterio tradizionale italiano, fondato essenzialmente sul bene da tutelare²⁵. Il giudice amministrativo francese protegge sia i diritti soggettivi che gli interessi legittimi. Benché la questione dei criteri di riparto di competenze sia molto articolata e nutra tuttora accesi dibattiti dottrinari²⁶, semplificando, possiamo affermare che laddove la pubblica amministrazione è coinvolta questo giustifica l'intervento del giudice amministrativo. I principi di base sono infatti quelli espressi dalla legge del 16-24 agosto 1790, secondo il quale le funzioni giudiziarie devono restare separate da quelle amministrative²⁷, e dal decreto del 2 settembre 1795 (16 *fructidor* an III), che vieta ai tribunali di giudicare gli atti dell'amministrazione.

Questo spiega l'esistenza in Francia, a differenza dell'Italia, di due procedure cautelari che hanno svolto un ruolo essenziale per la tutela dei diritti durante il regime d'eccezione. Si tratta della procedura d'urgenza del *référé-liberté*, istituita nel 2000²⁸, che permette a un individuo, ad un'associazione e financo ad una persona giuridica di diritto pubblico²⁹ di adire il giudice amministrativo al fine di far cessare una "violazione grave e manifestamente illegale di una libertà fondamentale"³⁰ da parte di un'autorità amministrativa o di un organismo privato delegatario di un

²⁴ Sulla giurisprudenza italiana relativa alle misure di contrasto al Covid-19, v. A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in [Diritti Regionali](#), n. 2/2020.

²⁵ Nella nota [sentenza n. 204/2004](#), la Corte costituzionale ha ribadito i principi che ispirano la legge del 1865 e che distinguono le competenze tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo in base alla lesione, rispettivamente, di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo. Tale intervento della Corte si è reso necessario poiché, a partire dagli anni Settanta, il legislatore ha cominciato a istituire dei "blocchi di competenze", cioè ad affidare al giudice amministrativo la competenza su intere materie. Il giudice amministrativo si è così trovato a giudicare anche dei diritti soggettivi. La sentenza della Corte non impedisce che questo accada, ma limita il ricorso a questa pratica legislativa. Per una presentazione generale della questione, v. R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, NeldirittoEditore, 2019, 1841 ss.

²⁶ Per un'analisi sintetica, v. P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, 449-486.

²⁷ Art. 13: « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront (...) troubler (...) les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ».

²⁸ Legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 che istituisce diverse procedure d'urgenza.

²⁹ *Conseil d'État*, Sect., 18 gennaio 2001, *Cne de Venelles*.

³⁰ Art. L. 521-2, *Code de la justice administrative*.

servizio pubblico. Le condizioni per cui il *référé-liberté* venga accolto dal giudice sono tre: dev'essere dimostrata l'urgenza particolare, deve trattarsi della violazione di una libertà fondamentale, e la violazione dev'essere grave e manifestamente illegale³¹. Nel caso in cui sussistano questi tre presupposti, il giudice entro 48 ore al massimo deve disporre le misure necessarie per preservare la libertà violata, ingiungendo all'amministrazione di rispettarle. Benché non possa annullare l'atto amministrativo che ha originato la violazione, poiché questo potrà essere fatto solo in un secondo tempo da parte del giudice che deciderà più approfonditamente sul merito della questione, il giudice del *référé-liberté* può comunque ordinare la sospensione dell'atto.

Ulteriore procedura cautelare utilizzabile è quella del *reféré-suspension*³², che permette di sospendere l'atto amministrativo in presenza di condizioni meno stringenti³³.

Dal 22 marzo ad oggi, 350 dossier legati al Covid sono stati depositati presso la cancelleria del *Conseil d'État*, tra i quali 218 domande di *référé-libertés* o *suspension*; 198 decisioni sono state rese, di cui 57 in udienza pubblica. Gli oggetti dei ricorsi sono stati i più diversi e hanno riguardato questioni che anche in Italia hanno sollevato un dibattito politico e giuridico acceso: le riunioni nei luoghi di culto, la sorveglianza delle persone attraverso l'utilizzo di droni, lo *screening* delle persone malate di Covid-19 e residenti in case di riposo, le misure da adottare per proteggere il personale penitenziario o i senza tetto, la chiusura dei mercati, la proroga dei termini delle custodie cautelari, la protezione degli avvocati, il funzionamento delle giurisdizioni ordinarie e amministrative, la prescrizione della cloroquina ai malati di Covid-19 e financo l'utilizzo della bicicletta durante il confinamento.

Come già si era verificato durante lo stato d'emergenza terroristica in Francia, il ricorso d'urgenza al giudice amministrativo è diventato lo strumento con cui i cittadini contestano e contrastano l'azione politica del governo. In effetti, benché si tratti di una procedura cautelare, il giudice amministrativo può per questa via incidere in modo definitivo su di un provvedimento amministrativo, ingiungendo all'amministrazione di modificarlo o di sospenderlo, con un inevitabile impatto anche politico. In tal senso le procedure di *référé*, e in particolare quella di *référé-libertés*, costituiscono un efficace e rapido strumento di tutela dei diritti dei singoli e delle collettività, migliorando contestualmente la capacità di risposta complessiva del sistema politico.

Anche in Italia il giudice amministrativo è stato protagonista del primo periodo dell'emergenza e, come in Francia, le procedure d'urgenza, e quindi la tutela cautelare, hanno svolto un ruolo di primo piano³⁴. Tuttavia, si è trattato sostanzialmente di dirimere conflitti di competenze tra lo Stato centrale e le autonomie comunali e regionali³⁵, la tutela dei diritti soggettivi esulando dalle competenze del giudice amministrativo italiano, eccezione fatta per alcuni ambiti tassativamente indicati³⁶. Per quanto riguarda poi l'intervento del giudice civile, nella fase dell'emergenza epidemica esso è rimasto in un "cono d'ombra"³⁷. Di conseguenza, in Italia non c'è stato un controllo giurisdizionale d'urgenza sulle misure adottate dal governo per far fronte all'epidemia analogo a quello francese.

Per quanto riguarda il *Conseil constitutionnel*, grazie all'esistenza, accanto al controllo incidentale, della procedura di controllo preventiva, esso ha potuto esprimersi tempestivamente sulla costituzionalità della legislazione di emergenza. L'articolo 61 della Costituzione francese prevede infatti che il *Conseil constitutionnel* giudichi obbligatoriamente della costituzionalità delle leggi organiche e che per le altre leggi possa essere adito, in modo facoltativo, da alcune istituzioni – il Presidente della Repubblica, i Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato, il Primo ministro – e da una minoranza parlamentare – 60 senatori e/o 60 deputati. Il giudice costituzionale si è così

³¹ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, cit., 516-517.

³² Art. L. 521-1, *Code de la justice administrative*.

³³ È sufficiente che la legalità del provvedimento appaia discutibile, che ci sia urgenza di far cessare una violazione grave e immediata di un interesse pubblico, di un interesse privato o di altri interessi che il ricorrente intende difendere: *Conseil d'État*, Sect, 19 gennaio 2001, *Conf. Nat. Radios libres*.

³⁴ V. A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, cit.

³⁵ V. [La Giustizia amministrativa, Emergenza Covid-19](#), cit..

³⁶ Art. 133, Codice del processo amministrativo.

³⁷ A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, cit.

espresso sulla legge organica del 30 marzo 2020³⁸ e sulla legge dell'11 maggio 2020, che prolunga lo stato di emergenza sanitaria³⁹. In Italia, l'assenza di una procedura analoga sommata al fatto che non sono state sollevate questioni di legittimità né in via incidentale, né in via principale spiega la mancanza, per il momento, di un intervento da parte della Corte costituzionale⁴⁰.

In Francia, le misure di contrasto all'epidemia sono state sottoposte a un controllo giurisdizionale intenso, rispetto a quanto si è verificato nell'ordinamento italiano. Tuttavia, le decisioni adottate sono state in larga misura favorevoli, per non dire indulgenti, nei confronti delle scelte dell'esecutivo e della maggioranza parlamentare. Se in questo una parte della dottrina ha riconosciuto una certa continuità con il generale atteggiamento del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel* nei confronti dei provvedimenti del Parlamento e del Governo⁴¹, a chi scrive sembra invece che la giurisprudenza di crisi riveli una prevalenza non solo molto forte, ma addirittura eccezionale, del ruolo politico che le due autorità esercitano accanto a quello giurisdizionale⁴². Entrambe le giurisdizioni hanno fatto ricorso allo stato d'eccezione per giustificare le deroghe importanti alla loro funzione di garanzia in tempo di epidemia. Il *Conseil d'État* e il *Conseil constitutionnel* hanno quindi globalmente accompagnato l'esecutivo, soprattutto nella prima fase dell'emergenza, con il duplice obiettivo di contribuire alla legittimazione delle misure anti-pandemiche e di facilitarne l'applicazione.

3. La giurisprudenza di crisi del Conseil d'État

Il *Conseil d'État* è senza dubbio l'istituzione che ha svolto il ruolo di maggiore importanza nel periodo dell'emergenza sanitaria. Questo è dovuto senza dubbio alla doppia funzione, consultiva e giurisdizionale che, come il suo omologo italiano, esso svolge⁴³. Del resto, il *Conseil d'État* ha da sempre un ruolo centrale nel sistema politico e giurisdizionale francese. Di fronte alla grande instabilità costituzionale francese, dal 1799 – anno della sua istituzione - ai giorni nostri⁴⁴, il *Conseil d'État* e il diritto amministrativo – di cui il *Conseil d'État* è la fonte principale – hanno rappresentato una “forza tranquilla”, dando continuità all'ordine giuridico malgrado le innumerevoli crisi politico-giuridiche.

Il contesto francese attuale, caratterizzato, come quello italiano, da una sfiducia generalizzata dei cittadini nei confronti delle istituzioni rappresentative, contribuisce ancora di più ad esaltare il ruolo del *Conseil d'État* come istituzione di garanzia⁴⁵. Tuttavia, l'aumento dell'incidenza politica del sistema giudiziario è un'arma a doppio taglio⁴⁶. In effetti, il *Conseil d'État* francese non può “tenere

³⁸ Legge organica n. 2020-365 del 30 marzo 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

³⁹ Legge n. 2020-546 dell'11 maggio 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

⁴⁰ A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, cit.

⁴¹ V. sul *Conseil d'État*, v. B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19. Quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules*, in *La semaine juridique*, 1° giugno 2020, 995 ss.; A. GELBLAT e L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ?*, cit. Sul *Conseil constitutionnel*, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n. 2020-799 DC du 26 mars 2020*, in *La Revue des droits de l'homme*, aprile 2020; D. FALLON, *Prolongation de l'état d'urgence sanitaire: le Conseil constitutionnel reste confiné dans sa zone de confort*, in *JP Blog*, 20 maggio 2020.

⁴² In questo senso: C. SAUNIER, *La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire*, in *JP Blog*, 11 aprile 2020.; X. DUPRÉ DE BOULOIS, *On nous change notre référé...liberté*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, chron. 12; M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *Quel rôle pour le Conseil d'État dans le confinement des libertés?*, in *Le blog Droit administratif*, 04/05/2020.

⁴³ Il *Conseil d'État* è l'erede del *Conseil du Roi*, operante nell'*Ancien régime*. Fu istituito dalla Costituzione napoleonica del 1799 come organo consultivo e assunse una funzione anche giurisdizionale nel 1806, anno in cui venne istituita la commissione contenziosa (decreto dell'11 giugno 1806). Durante l'emergenza sanitaria, in due mesi, ha reso 300 pareri sulle leggi e i regolamenti, contribuendo spesso in modo determinante a orientare l'azione dell'esecutivo.

⁴⁴ In questo lasso temporale, si sono succedute ben otto Costituzioni.

⁴⁵ B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19*, cit.

⁴⁶ Per una riflessione generale sul punto, v. M. SHAPIRO, *The globalization of law*, in *Global legal studies journal*, 1993, XXXVII, 61; G. N. ROSENBERG, *The hollow hope: can courts bring about social change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991.

sulle sue spalle lo Stato di diritto”⁴⁷, sia perché si tratta di un’aspettativa eccessiva - e lo sarebbe nei confronti di qualsiasi istituzione -, sia perché non è questo il suo ruolo⁴⁸. Senza contare che in tal modo vengono di fatto sottratte competenze al Parlamento, vero depositario del potere di controllo sull’esecutivo, delegittimandolo ulteriormente.

È così avvenuto che il *Conseil d’État* francese durante il periodo dell’emergenza sanitaria sia stato al centro di un vero e proprio dibattito pubblico⁴⁹. Violentemente attaccato da coloro che lo accusavano di comportarsi come il braccio armato dell’esecutivo⁵⁰ e d’essere sordo alle esigenze di garanzia dei diritti⁵¹, il *Conseil d’État* è stato invece difeso da coloro che lo hanno definito giudice “efficace e pragmatico”⁵², riconoscendo la difficoltà del compito consistente nel rinvenire, nel ristretto periodo temporale di 48 ore, il giusto equilibrio tra la tutela dei diritti soggettivi, l’interesse generale e i dati della scienza⁵³.

In realtà, la giurisprudenza del *Conseil d’État* non è stata uniforme, ma si è evoluta in relazione allo stato di avanzamento dell’epidemia. Nel periodo iniziale, in cui il tasso di diffusione epidemica era molto elevato, il *Conseil d’État* è stato in effetti il “*veilleur d’armes du confinement*”⁵⁴, la guardia armata del governo, l’istituzione che più di ogni altra ha operato affinché l’applicazione dei provvedimenti amministrativi fosse effettiva, anche a discapito della tutela dei diritti soggettivi. Tuttavia, a mano a mano che il rischio epidemico è diminuito, il giudice ha accordato maggiore importanza ai diritti individuali, contribuendo a riorganizzare le modalità del deconfinamento progressivo.

3.1 La prima fase: un giudice della crisi napoleonico

Nel periodo successivo all’adozione delle prime misure di confinamento, l’anima napoleonica della suprema giurisdizione amministrativa ha preso il sopravvento. In altri termini, rispetto ai periodi di normalità, si è accentuato il carattere originario del *Conseil d’État*, e cioè il suo essere una giurisdizione speciale dell’amministrazione, concepita per garantire il corretto funzionamento della macchina statale e proteggere l’interesse pubblico, anche a discapito dei diritti individuali⁵⁵.

In questo senso, la procedura del *référé-liberté* è stata reinterpreta dal *Conseil d’État*, che l’ha concepita più come un controllo di tipo oggettivo che soggettivo. Questo gli ha permesso di limitare il suo potere giurisdizionale, mettendo al riparo il governo da ricorsi che avrebbero potuto destabilizzare la prima fase del confinamento.

Il *référé-liberté*, in effetti, è una procedura che spinge il giudice a effettuare un controllo concreto, al fine di valutare se una libertà fondamentale è *manifestamente* violata e se è urgente che sia posto fine, a titolo provvisorio, a questa violazione. Il giudice svolge allora un controllo sia soggettivo, nel senso che valuta se il diritto soggettivo del ricorrente è violato in modo manifesto, che oggettivo, perché censura l’illegalità dell’atto amministrativo.

⁴⁷ B. BONNET, *Le Conseil d’État et le covid-19*, cit.

⁴⁸ È quanto sostenuto dal vicepresidente del *Conseil d’État* BRUNO LASSERRE per difendere l’istituzione in un’intervista a *Le Monde*: v. P. ROGER, *La ligne de crête du Conseil d’Etat en temps de crise du coronavirus*, 15 avril 2020.

⁴⁹ V. P. ROGER, *La ligne de crête du Conseil d’Etat en temps de crise du coronavirus*, cit.; P. GONZALÈS, *Le Conseil d’État veilleur d’armes du confinement*, in *Le Figaro*, 11 giugno 2020; A. GELBLAT e L. MARGUET, *État d’urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ?*, cit.

⁵⁰ In particolare, v. la tribuna di WILLIAM BOURDON e VINCENT BRENGARTH in *Le Monde*, 12 aprile 2020; C. SAUNIER, *La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire*, cit.

⁵¹ X. DUPRÉ DE BOULOIS, *On nous change notre référé...liberté*, cit.

⁵² B. BONNET, *Le Conseil d’État et le covid-19*, cit.

⁵³ B. BONNET, *Le Conseil d’État et le covid-19*, cit.

⁵⁴ P. GONZALÈS, *Le Conseil d’État veilleur d’armes du confinement*, cit.

⁵⁵ Sull’evoluzione del *Conseil d’État* e, più in generale del diritto amministrativo francese, v. G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.

Nella sua cosiddetta giurisprudenza “Covid”, il *Conseil d’État* fin dalle prime decisioni, ha elaborato un nuovo *considérant* - inserito poi in tutte le *ordonnances* - che ha definito il ruolo particolare del giudice all’epoca dello stato d’emergenza sanitaria. Tale *considérant* restringe di fatto il margine d’azione del giudice del *référé* e ribalta l’oggetto del suo controllo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l’articolo L. 521-2 del Codice di giustizia amministrativa consente al giudice del *référé* di prendere “ogni misura necessaria alla tutela di una libertà fondamentale che una persona morale di diritto pubblico (...) ha violato in modo grave e manifestamente illegale”. Il nuovo *considérant* del *Conseil d’État* ridisegna «*l’office du juge*» prevedendo che il giudice del *référé* “possa ordinare all’autorità amministrativa competente di adottare, a titolo provvisorio, misure di organizzazione dei servizi posti sotto la sua autorità, nel caso in cui si tratti di misure d’urgenza che gli appaiano necessarie per preservare, in tempi molto brevi, la libertà fondamentale violata in modo grave e manifestamente illegale”⁵⁶.

L’autorità amministrativa può quindi ricevere istruzioni dal giudice solamente in relazione all’organizzazione del servizio pubblico. Inoltre, l’urgenza di tali misure deve essere particolarmente giustificata⁵⁷. E ancora, la natura delle misure predisposte dal giudice per porre un termine alla violazione della libertà deve essere imperativamente provvisoria. Viene meno quindi il principio giurisprudenziale secondo il quale quando nessuna misura provvisoria possa efficacemente preservare l’esercizio effettivo della libertà fondamentale, il giudice può adottare una misura che produca un effetto definitivo⁵⁸.

L’esercizio della funzione giurisdizionale d’urgenza è dunque ristretto e a questo si somma una limitazione significativa del suo potere di controllo. In effetti, a partire dalla seconda ordinanza “Covid”, il *Conseil d’État* in ogni *ordonnance* specifica che “il carattere manifestamente illegale della violazione deve essere valutato tenendo conto dei mezzi di cui dispone l’autorità amministrativa competente e delle misure che essa ha già preso in quest’ambito”⁵⁹. Questa indicazione è accompagnata, ogni volta, da lunghe descrizioni delle “circostanze” fattuali dello stato d’emergenza sanitario⁶⁰.

L’attenzione spiccata per i fatti denota la “pragmaticità”⁶¹ del giudice della crisi. In altri termini, le circostanze particolari dell’urgenza e le difficoltà che l’amministrazione concretamente si trova a dover fronteggiare sono costantemente tenute in considerazione al fine di valutare la richiesta del ricorrente e motivare la decisione. Così, se in tempi normali il giudice del *référé-liberté*, dopo aver condotto una rapida istruttoria sulla situazione concreta del ricorrente, valuta se l’amministrazione abbia commesso una violazione agendo o omettendo di agire in un determinato ambito, nella nuova situazione di emergenza sanitaria il giudice verifica piuttosto se l’amministrazione abbia fatto quello che doveva per preservare una certa libertà fondamentale nel quadro del contesto particolare di intervento. Questo permette al *Conseil d’État* di legittimare delle deroghe molto importanti alla tutela dei diritti, tanto più che il giudice rinuncia ai suoi poteri istruttori e nella maggior parte dei casi si limita a prendere atto delle note che gli vengono trasmesse dagli uffici ministeriali⁶², senza verificare gli effetti concreti delle misure amministrative contestate sulle situazioni soggettive dei ricorrenti.

⁵⁶ *Conseil d’État, ord., 27 mars 2020, GISTI et autres, n. 439720*, cons. 2.

⁵⁷ Il *considérant* 2 dell’*ordonnance GISTI* parla di “*urgence caractérisée*”, mentre in tempo normale è richiesta la meno esigente “*urgence particulière*”.

⁵⁸ Attraverso questo principio, il giudice del *référé* ha ampliato molto i suoi poteri: v. *Conseil d’État*, 31 maggio 2007, *Syndicat CFDT Intercos 28*, R. 222, AJDA 2007.1237, chron. *Lenica et Boucher*.

⁵⁹ *Conseil d’État, ord., 22 marzo 2020, Syndicat jeunes médecins, n. 439674*, cons. 5.

⁶⁰ In particolare, il Consiglio di Stato ricorda in modo dettagliato le ragioni che hanno spinto il governo francese a dichiarare lo stato di emergenza sanitaria, precisa il carattere mondiale della pandemia riferendosi all’Organizzazione mondiale della Salute, fa il punto sugli atti legislativi e regolamentari adottati in Francia e ricorda l’autorizzazione concessa dall’Unione europea agli Stati membri di limitare la libera circolazione tra gli Stati. V, tra gli altri, *Conseil d’État, ord., 27 mars 2020, GISTI et autres, n. 439720*, cit., cons. 4-7.

⁶¹ O. LE BOT, *Crise du coronavirus : le « pragmatisme » du juge du référé-liberté*, in *JCP G*, n.14, 6 aprile 2020, 434 ; B. BONNET, *Le Conseil d’État et le covid-19*, cit.

⁶² J. SCHMITZ, *Le juge de l’urgence dans l’urgence sanitaire des prisons: exercice d’un droit de retrait ou démission ?* in *AJDA*, n. 23, 29 juin 2020, 1298-1307.

Ad esempio, di fronte al ricorso d'urgenza presentato da alcuni detenuti che denunciavano la carenza nelle carceri di materiale e di misure igieniche per prevenire l'epidemia di Covid, il *Conseil d'État* ha rigettato il ricorso limitandosi a elencare le diverse istruzioni date dal ministero della Giustizia ai direttori degli istituti carcerari, senza compiere alcuna verifica sull'applicazione effettiva di tali misure⁶³. E ancora, in un'ordinanza del 18 aprile, il *Conseil d'État* ha considerato che la mancata distribuzione di mascherine ai dipendenti "non costituisce, tenuto conto dei mezzi di cui dispone l'amministrazione e delle misure che ha già adottato, una carenza grave e manifestamente illegale"⁶⁴.

Si assiste quindi ad un cambiamento di paradigma⁶⁵: la priorità del giudice non è più quella di verificare se l'amministrazione abbia violato la libertà fondamentale di uno o più individui, ma piuttosto quella di valutare se, rispetto al contesto della crisi, l'amministrazione ha reagito in modo adeguato. "L'economia generale del dispositivo governativo"⁶⁶, la "strategia del governo"⁶⁷, la "coerenza e l'efficacia dei provvedimenti amministrativi"⁶⁸ prevalgono sulla tutela delle libertà fondamentali.

Se tale approccio è comprensibile quando si tratta di provvedimenti amministrativi che, al fine di tutelare la salute pubblica, restringono temporaneamente delle libertà fondamentali quali la libertà di circolazione o di riunione⁶⁹, quando invece si tratta di ricorsi che denunciano l'insufficienza delle misure prese dall'amministrazione per tutelare la salute degli individui, la rinuncia ai poteri istruttori da parte del giudice e l'avallo accordato in via teorica e generale ai provvedimenti amministrativi appaiono molto più contestabili⁷⁰.

Il giudice dell'urgenza ha inoltre fortemente limitato il ruolo, che a volte assume, di co-amministratore. In effetti, in passato, il *Conseil d'État* si è servito della procedura di *référé* per costringere l'amministrazione a porre fine alla violazione di una libertà fondamentale, dando altresì indicazioni molto dettagliate sui provvedimenti da prendere⁷¹. Durante il periodo dell'emergenza sanitaria, solo una volta il giudice si è permesso di interferire così pesantemente nel ruolo dell'esecutivo. È accaduto in una delle primissime *ordonnances*, quella del 22 marzo 2020⁷², relativa alla richiesta da parte del sindacato dei "giovani medici" di ingiungere al primo ministro di adottare dei provvedimenti atti a perseguire il confinamento totale della popolazione, in funzione della lotta all'epidemia del Covid-19. Il *Conseil d'État* ha rigettato il ricorso⁷³ cogliendo al tempo stesso l'occasione per prevenire futuri ricorsi contro alcune misure di confinamento esistenti che, a suo giudizio, non erano sufficientemente precise. Facendosi co-amministratore, e andando ben al di là del *petitum*, il giudice amministrativo ha ingiunto al primo ministro e al ministro della salute di precisare o di riscrivere alcune misure limitatrici della libertà di circolazione, senza pronunciarsi tuttavia sulla

⁶³ [Conseil d'État, ord., 8 aprile 2020, Section française de l'observatoire international des prisons et autres, n. 439827](#), §15-§19.

⁶⁴ [Conseil d'État, ord., 18 aprile 2020, Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT \(FTM-CGT\), n. 440012](#), §15.

⁶⁵ M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *Quel rôle pour le Conseil d'État dans le confinement des libertés?* cit.

⁶⁶ [Conseil d'État, ord., 1^{er} aprile 2020, Fédération nationale des marchés de France, n°439762](#), §11.

⁶⁷ [Conseil d'État, ord., 2 aprile 2020, Fédération nationale droit au logement et autres, n. 439763](#), §13; [ord., 8 aprile 2020, Section française de l'observatoire international des prisons et autres, n. 439827](#), cit., §25; [ord., 9 aprile 2020, Association mouvement citoyen tous migrants et autres, n. 439895](#), §§13 et 14.

⁶⁸ [Conseil d'État, ord., 17 aprile 2020, Commune de Sceaux, n. 440057](#), §§5, 6 et 9.

⁶⁹ B. BONNET, *Le Conseil d'État et le covid-19*, cit.

⁷⁰ Nell'[ord., 3 aprile 2020, Syndicat des Avocats de France, n. 439894](#), il *Conseil d'État* rigetta il ricorso intentato contro le *ordonnances* del ministero della giustizia che prorogano automaticamente i termini della custodia cautelare senza che sia previsto l'intervento del giudice penale. I rischi sanitari che tale misura provoca non sono presi in contro dal giudice: v. J.-B. PERRIER, *La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit*, in *Dalloz actualités*, 9 aprile 2020.

⁷¹ V. [Conseil d'État, ordd. 31 luglio 2017, Commune de Calais, n. 412125 e 412171](#); [21 giugno 2019, Affaire de Grande-Synthe, n. 431115](#), §8; [22 dicembre 2012, Centre pénitentiaire des Baumettes, n. 364584](#).

⁷² [Conseil d'État, 22 marzo 2020, Demande de confinement total, n. 439674](#).

⁷³ Il *Conseil d'État* ha considerato che tali misure sarebbero state controproducenti, poiché l'amministrazione non sarebbe stata in grado di organizzare l'approvvigionamento della popolazione su scala nazionale.

loro legalità. In questo modo, il *Conseil d'État* accompagna l'esecutivo nel difficile compito di far fronte alla crisi, senza censure, ma piuttosto indicandogli la via per mettersi al riparo da ricorsi e contestazioni che potrebbero nuocere alla corretta applicazione dei provvedimenti di contrasto all'epidemia.

3.2 La seconda fase: un giudice di crisi garante dei diritti

A questa prima fase, nella quale il *Conseil d'État* ha scelto di accompagnare e sostenere la politica emergenziale del governo, ne è seguita una seconda, caratterizzata da una maggiore attenzione per la tutela dei diritti individuali. Essa è coincisa con l'avvicinarsi della data dell'11 maggio, che segnava l'inizio del piano di deconfinamento progressivo, e con le risultanze scientifiche circa la diminuzione della diffusione epidemica in Francia.

Il cambiamento netto è annunciato dall'*ordonnance* del 7 maggio⁷⁴, in cui il *Conseil d'État* si è pronunciato di nuovo sull'insufficienza delle misure igieniche adottate nelle carceri, e in particolare nel carcere di Ducos, in Martinica. I ricorrenti denunciano la violazione del diritto alla vita e al diritto di non essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti. A differenza dell'*ordonnance* del mese di aprile che trattava del medesimo problema⁷⁵, questa volta il *Conseil d'État*, sempre nelle vesti di giudice di *référé*, ha condotto un'istruttoria attenta sull'applicazione concreta dei provvedimenti ministeriali all'interno del carcere di Ducos e effettuato un'udienza pubblica in modo che il contraddittorio potesse svolgersi anche oralmente. Inoltre, pur tenendo fermo il *considérant* che ormai contraddistingue la giurisprudenza "Covid", il giudice ha fatto nuovamente riferimento alla possibilità che gli è data, se necessario, di adottare misure definitive, al fine di far cessare la violazione della libertà fondamentale.

Anche se in definitiva il giudice si è limitato a ordinare al ministro della giustizia di mettere a disposizione delle mascherine per i detenuti in caso di contatti con l'esterno, l'*ordonnance* mostra chiaramente che il *Conseil d'État* ha operato un bilanciamento attento e informato tra i diritti dei detenuti, in quanto persone particolarmente vulnerabili⁷⁶, e l'azione dell'amministrazione, sempre tenendo conto delle circostanze particolari imposte dalla pandemia.

Il 18 maggio, quando ormai il confinamento stretto della popolazione era venuto meno⁷⁷, il giudice del *référé* ha abbandonato il paradigma organicista della prima fase e riaffermato con più determinazione il suo ruolo di garante delle libertà individuali di fronte alla pubblica amministrazione. Con una prima *ordonnance*, molto commentata⁷⁸, il *Conseil d'État*, al fine di garantire la libertà di culto, ha ordinato al governo di far cessare il divieto generale e assoluto di riunione nei luoghi di culto e di adottare provvedimenti che siano proporzionati rispetto ai rischi sanitari della prima fase di deconfinamento⁷⁹. Con una seconda *ordonnance*, il giudice del *référé* ha ingiunto allo Stato di porre fine immediatamente alla sorveglianza della popolazione parigina per mezzo dei droni, per verificare il rispetto delle regole dello stato di emergenza sanitaria. Secondo il giudice, la *privacy* non è adeguatamente garantita da questo tipo di controlli e la tutela del diritto alla riservatezza prevale, ormai, sulle esigenze di polizia.

Infine, il 13 giugno 2020, quando ormai, nonostante la permanenza dello stato d'emergenza sanitaria, ha avuto inizio la fase due del deconfinamento⁸⁰, il *Conseil d'État* ha fatto cessare un altro divieto gravemente lesivo delle libertà, quello imposto dall'articolo 3 del decreto del 31 maggio

⁷⁴ [Conseil d'État, ord. del 7 maggio 2020, Prison de Ducos, n. 440151.](#)

⁷⁵ [Conseil d'État, ord., 8 aprile 2020](#), cit.

⁷⁶ [Conseil d'État, ord. 7 maggio 2020, cit., cons. 8.](#)

⁷⁷ L'11 maggio 2020 è iniziata la prima fase del deconfinamento.

⁷⁸ In Italia: A. LICASTRO, [La messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa](#), in [Consulta Online, 2020/II](#), 312.

⁷⁹ [Conseil d'État, ord. 18 maggio 2020, nn. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590.](#)

⁸⁰ Il 2 giugno 2020 inizia in Francia la "fase due" del deconfinamento, che implica l'abolizione di numerosi divieti relativi agli spostamenti e ai luoghi di vita culturale sociale e sportiva (v. decreto 1° giugno 2020)

2020⁸¹ che vieta la riunione di più di dieci persone in un luogo pubblico. In nome della libertà di riunione e della libertà di manifestazione, e preso atto della “diminuzione della circolazione del virus in Francia da ormai nove settimane”⁸², il *Conseil d’État* ha sospeso l’esecuzione di tale divieto, rendendo quindi legale la manifestazione contro il razzismo prevista per quello stesso giorno a Parigi.

In definitiva, nella prima fase, certo molto delicata, dell’epidemia, il giudice amministrativo ha scelto di accompagnare il governo, non ostacolando la politica d’emergenza, ma al contrario giustificandola attraverso la sua giurisprudenza, con un intento pedagogico teso a costruire un consenso sociale, condizione necessaria per l’effettività della sua applicazione. La natura politica della giurisdizione amministrativa, concepita come un privilegio accordato all’amministrazione, ha quindi prevalso sulla sua seconda natura, quella di giudice garante dei diritti individuali di fronte agli abusi della pubblica amministrazione. Nella seconda fase, nel quadro del progressivo deconfinamento, il giudice del *référé* ha invece ritrovato il suo ruolo e ha contribuito in modo determinante alla protezione di diritti e libertà che continuavano irragionevolmente ad essere compressi.

4. La giurisprudenza di crisi del *Conseil constitutionnel*: un giudice gaullista

Durante il periodo di emergenza sanitaria, il *Conseil constitutionnel* francese ha avuto occasione di pronunciarsi tramite il controllo *a priori* su due leggi, una organica, l’altra ordinaria, adottate entrambe per fronteggiare la pandemia.

In modo unanime, la dottrina che ha commentato tali decisioni ha definito “senza sorprese” la giurisprudenza “Covid” del *Conseil constitutionnel*⁸³. La natura più politica che giurisdizionale del controllo effettuato dal giudice in quest’occasione è in effetti apparsa in linea con la struttura fondamentalmente politica di questa istituzione.

Il *Conseil constitutionnel* francese nasce infatti come organo essenzialmente politico, pensato da De Gaulle come strumento ulteriore dell’opera di razionalizzazione del regime parlamentare. Il suo compito doveva essere infatti quello di difendere l’esecutivo e le sue competenze costituzionali da intromissioni abusive da parte del parlamento. Politica è la sua composizione⁸⁴ e, fino a che non è stato introdotto il controllo costituzionale incidentale nel 2010⁸⁵, fondamentalmente politico era anche il suo controllo, che interveniva prima della promulgazione della legge ed era quindi parte, in un certo senso, della procedura legislativa⁸⁶.

A nostro parere, le due decisioni non si collocano in totale continuità con il passato, ma rivelano alcune peculiarità legate al periodo della crisi sanitaria. In effetti, negli anni, il *Conseil constitutionnel* si è in parte discostato dal ruolo politico che gli era stato affidato, rivendicando, in diverse circostanze, un ruolo più giurisdizionale e maggiormente teso alla protezione dei diritti⁸⁷. L’introduzione del

⁸¹ Decreto n. 2020-663 del 31 maggio 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire*.

⁸² [Conseil d’État, ord. 13 giugno 2020, Ligue des droits de l’homme et al., n. 440846, 440856, 441015](#), §14.

⁸³ D. FALLON, *Prolongation de l’état d’urgence sanitaire*, cit.; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit.; S. BENZINA, *La curieuse suspension des délais d’examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, in [JP Blog](#) del 3 aprile 2020.

⁸⁴ I membri del *Conseil constitutionnel* sono nominati da tre autorità politiche, il Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato e il Presidente dell’Assemblea nazionale (art. 56 Cost.).

⁸⁵ Su questa procedura si rinvia a P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, cit.; S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, Ed. Scientifiche, 2016; S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale*, Napoli, 2016.

⁸⁶ In questo senso, v. la classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale di A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, 2009, 968 ss.

⁸⁷ Ci riferiamo in particolare alla giurisprudenza inaugurata negli anni Settanta, che ha attribuito valore costituzionale ai principi fondamentali repubblicani (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République - Conseil constitutionnel*, [décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971](#), *Liberté d’association*), alla Dichiarazione dei diritti del 1789

controllo *a posteriori* sta poi contribuendo, anche se assai lentamente, a trasformare il funzionamento e la cultura dell'istituzione, nonché l'approccio dei suoi giudici⁸⁸.

La giurisprudenza "Covid" ha invece come cancellato – per lo meno provvisoriamente - questi timidi progressi verso la giurisdizionalizzazione del *Conseil*.

In queste decisioni, il *Conseil constitutionnel* ha infatti derogato sia al principio di imparzialità del giudice costituzionale che a quello della supremazia della Costituzione. Per di più, malgrado la gravità di queste deroghe, la motivazione è apparsa insufficiente. Se le motivazioni del *Conseil constitutionnel* si caratterizzano da sempre per essere molto stringate, nelle due decisioni "Covid" lo stile è divenuto addirittura oracolare. A questo deve aggiungersi che le due leggi oggetto delle pronunce costituzionali riducono di fatto, con strumenti diversi, la possibilità che la legislazione di crisi sia controllata in via incidentale in tempi brevi, a discapito dell'"effetto utile" di tale procedura.

4.1 *La prima decisione di costituzionalità: il paradosso del controllo di una legge voluta dal Conseil constitutionnel*

Il Professore Costanzo ha prontamente commentato la [decisione n. 2020-799 DC del 26 marzo 2020](#) relativa alla legge organica n. 2020-365 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19* sottolineando in modo acuto sia la difficoltà della posizione in cui si è venuto a trovare il *Conseil constitutionnel* in ragione del contenuto della legge, sia la «singolarità» della scelta del giudice di dichiarare conforme una legge organica che presenta evidenti elementi di incostituzionalità⁸⁹.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il *Conseil constitutionnel* ha dovuto giudicare di una legge che riguarda il funzionamento del controllo di costituzionalità incidentale. In ragione delle difficoltà che l'epidemia ha posto al normale funzionamento del sistema giudiziario, il legislatore ha previsto che i termini per trasmettere e decidere delle questioni prioritarie di costituzionalità siano "sospesi" fino al 30 giugno 2020.

In effetti, come illustrato dal professore Costanzo, a differenza del caso italiano, la procedura di controllo di costituzionalità francese è ritmata da scadenze temporali precise: se il giudice *a quo* è di prima istanza o d'appello, decide "*sans délai*", quindi al più presto, della trasmissione della questione alla giurisdizione superiore, e cioè alla Corte di cassazione o al *Conseil d'État*⁹⁰. Le due giurisdizioni supreme hanno a disposizione tre mesi per decidere se trasmettere la questione al *Conseil constitutionnel*⁹¹. Decorso questo termine, la questione di costituzionalità è trasmessa automaticamente al Consiglio⁹². Una volta adito, il *Conseil constitutionnel* ha a sua volta a disposizione tre mesi per decidere⁹³. Tuttavia, nel caso in cui il giudice costituzionale non rispetti questo termine, nessuna sanzione è prevista. In effetti, se l'esigenza di applicare una scadenza al "controllo-filtro" delle giurisdizioni supreme è di ordine costituzionale (art. 61-1 Cost.), nessuna regola o principio costituzionale impone alla legge organica di prevedere un tale termine per il controllo di costituzionalità⁹⁴.

L'allungamento dei termini processuali non avrebbe quindi costituito, in sé, un grande problema sotto il profilo del rispetto della legalità costituzionale. Come specificato dal relatore del progetto di

(*Conseil constitutionnel*, Décision n. [73-51 DC](#) del 27 dicembre 1973, *Taxation d'office*), al Preambolo della Costituzione del 1946 (*Conseil constitutionnel*, Décision n. [74-54 DC](#) del 15 gennaio 1975, *IVG*). Rinviamo sul punto a L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2020.

⁸⁸ Sul punto v. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2016, 58 ss.

⁸⁹ P. COSTANZO, [Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità](#), in [Consulta OnLine, 2020/I](#), 242.

⁹⁰ Art. 23-2, *Ordonnance organique* du 7 novembre 1958.

⁹¹ Art. 23-4 e 23-5 dell'*Ordonnance organique*, cit.

⁹² Art. 23-7 dell'*Ordonnance organique*, cit.

⁹³ Art. 23-10 dell'*Ordonnance organique*, cit.

⁹⁴ Il *Conseil constitutionnel* ha superato i termini in una sola occasione: quando ha adito la Corte di giustizia dell'Unione europea di una questione pregiudiziale (*Conseil constitutionnel*, dec. [2013-314 P QPC](#), 4 aprile 2013).

legge al Senato, l'esigenza di sospendere i termini risponde piuttosto "alla forte preoccupazione del *Conseil constitutionnel*" di non essere in grado di far fronte ad un aumento esponenziale delle questioni prioritarie di costituzionalità, nel caso in cui le giurisdizioni supreme non fossero riuscite a svolgere il loro ruolo di filtro⁹⁵. La legge organica è stata quindi suggerita dal *Conseil constitutionnel* stesso, che è stato consultato dal legislatore in via informale⁹⁶.

La "difficoltà della situazione" riguarda allora l'imparzialità oggettiva⁹⁷ del giudizio di costituzionalità, stante che il *Conseil constitutionnel* svolge, al tempo stesso, il ruolo di consulente/richiedente la legge e di giudice della costituzionalità della stessa. In questo senso, sembra violato l'art. 3 dell'*Ordonnance* del 7 novembre 1958, che stabilisce che i membri del *Conseil constitutionnel* debbano svolgere la loro funzione in modo imparziale.

La parzialità della posizione del Consiglio permette di spiegare le ragioni della "singolarità" della decisione. Poiché la legge organica "s'ha da fare", il giudice ammette un'incostituzionalità procedurale e accetta che, in periodo di crisi, la procedura incidentale di costituzionalità venga sostanzialmente marginalizzata.

Per quanto riguarda il primo punto, l'articolo 46 della Costituzione francese impone che se, come in questo caso, il governo ricorre alla procedura accelerata per adottare un progetto di legge organica, quindici giorni devono trascorrere tra il deposito del progetto al Senato e la discussione del testo. Ora, depositato il 18 marzo 2020 in Senato, il progetto di legge organica è discusso e approvato il 19 marzo in Senato, e adottato il giorno dopo dall'Assemblea nazionale.

La violazione è manifesta, ma il *Conseil constitutionnel* afferma che: "tenuto conto delle circostanze particolari della fattispecie, non c'è motivo di giudicare che questa legge organica sia stata adottata in violazione delle regole di procedura prevista all'articolo 46 della Costituzione"⁹⁸.

Le non meglio specificate "circostanze particolari" giustificano quindi, per il Consiglio, la violazione di una norma costituzionale.

La formula utilizzata sembra in apparenza ispirata dalla giurisprudenza delle "circostanze eccezionali" elaborata dal *Conseil d'État* a partire dal 1918. Come illustrato in precedenza, questa teoria giustifica l'illegalità di un atto amministrativo tenuto conto del contesto in cui l'atto è stato adottato⁹⁹. Tuttavia, il *Conseil constitutionnel* sembra in realtà aver voluto affermare piuttosto una teoria autonoma¹⁰⁰. In effetti, la teoria sviluppata dal *Conseil d'État* impone al giudice di effettuare un controllo approfondito sul carattere eccezionale delle circostanze sia nel tempo che nello spazio¹⁰¹. Inoltre, dev'essere provato il legame esistente tra le circostanze eccezionali e l'illegalità commessa¹⁰². La logica del giudice costituzionale è invece molto meno stringente: la formula scelta lascia intendere che il *Conseil constitutionnel* si astiene dal ricercare se il legislatore, da un lato, si trovasse effettivamente nell'impossibilità di agire in conformità con la Costituzione e, dall'altro, se la scelta legislativa fatta fosse necessaria e proporzionata. In modo più sbrigativo, il *Conseil constitutionnel* considera che l'emergenza sanitaria assolve la legge da tutti i vizi di costituzionalità, per lo meno sotto il profilo procedurale.

Data l'indubbia pericolosità dell'introduzione di una sorta di immunità costituzionale in favore della legislazione di crisi, rassicura il riferimento del giudice costituzionale all' "espèce", la fattispecie. Sembrerebbe infatti che il *Conseil constitutionnel* non abbia voluto creare un nuovo

⁹⁵ Cité par A. LEVADE, *QPC en suspens sanitaire*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n. 15, 13 aprile 2020, 458.

⁹⁶ Il [rapporto n. 381](#) consegnato il 19 marzo 2020 alla Commissione delle leggi del Senato rende noto che l'esecutivo ha raccolto il parere informale delle autorità giurisdizionali coinvolte dal progetto di legge organica, tra cui il *Conseil constitutionnel*. Sul punto v. P. CASSIA, *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution*, in [Mediapart](#), 27 mars 2020.

⁹⁷ CEDH, 1 ott. 1982, *Piersack c/Belgique*, A, n. 53, §30.

⁹⁸ *Conseil constitutionnel*, dec. n. [2020-799 DC](#) 26 marzo 2020, §3.

⁹⁹ *Conseil d'État, Heyriès*, cit.

¹⁰⁰ In questo senso, M. CARPENTIER, *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel?*, in [JP Blog](#) del 4 aprile 2020.

¹⁰¹ *Conseil d'État Ass.*, 16 avril 1948, *Sieur Laugier*.

¹⁰² È necessario che l'amministrazione si sia trovata nell'impossibilità di agire legalmente e che la risposta data sia necessaria e proporzionata alle circostanze.

standard applicabile a tutte le situazioni di crisi, ma che, più modestamente, abbia introdotto una deroga al rispetto della Costituzione ascrivibile esclusivamente all'urgenza generata dall'epidemia del Covid-19¹⁰³.

A questo punto, c'è da chiedersi se la sospensione dei termini per trasmettere e per decidere delle questioni prioritarie di costituzionalità fosse una misura così urgente da giustificare la violazione dell'articolo 46 della Costituzione, oltretutto la forzatura del principio di imparzialità del giudizio di costituzionalità.

Sembrerebbe di no.

Innanzitutto, stante il numero delle questioni prioritarie pendenti di fronte al *Conseil constitutionnel* il 26 marzo 2020, l'adozione quindici giorni dopo della legge organica da parte del Senato non avrebbe indotto la violazione del termine dei tre mesi del giudizio di costituzionalità¹⁰⁴. Per quanto riguarda le giurisdizioni supreme e il rischio che, incapaci di esercitare il loro ruolo di filtro, provocassero "l'engorgement" del *Conseil constitutionnel*, anche qui dei dubbi esistono sulla fondatezza di questo timore. Certamente, rispetto alla Corte costituzionale italiana, il personale e i servizi del *Conseil constitutionnel* sono ridotti. Tuttavia, a marzo 2020, 54 questioni prioritarie erano pendenti di fronte alla Corte di cassazione e al *Conseil d'État*; un numero quindi non esorbitante, a cui il *Conseil* avrebbe potuto fare fronte¹⁰⁵, organizzando a distanza il lavoro dei giudici, tanto più che si tratta di una procedura già interamente dematerializzata¹⁰⁶.

Il sospetto di alcuni costituzionalisti è allora che la sospensione d'urgenza dei termini abbia perseguito un diverso scopo, e cioè abbia inteso frenare le questioni prioritarie di costituzionalità che, nel periodo dell'urgenza, avrebbero potuto costituire un ostacolo all'applicazione della legislazione di crisi. Certo, come sottolineato dal *Conseil constitutionnel* nella sua decisione, durante questo periodo provvisorio, i ricorsi incidentali possono comunque essere presentati ed esaminati dal Consiglio¹⁰⁷. Tuttavia, molto dipende dalla volontà dei giudici supremi e costituzionali di trasmettere e decidere rapidamente le questioni prioritarie¹⁰⁸.

Questo sospetto sembra fondato in quanto, durante il dibattito parlamentare del progetto di legge organica, l'opposizione ha proposto un emendamento chiedendo che i termini di trasmissione e di esame delle questioni prioritarie di costituzionalità relative alle disposizioni della legge d'urgenza del 23 marzo 2020 venissero mantenuti¹⁰⁹. I deputati sostenevano che, in questo modo, dato che per esigenze di celerità la legge d'urgenza non è stata sottoposta al controllo di costituzionalità preventivo, "i cittadini non sarebbero stati privati (del tutto) del controllo del *Conseil constitutionnel*"¹¹⁰.

Per comprendere il senso di questa richiesta è necessario precisare che, a differenza del controllo di costituzionalità italiano, il controllo incidentale francese è concepito come una procedura relativamente rapida, finalizzata non solo all'obiettivo astratto di abrogare¹¹¹ la norma incostituzionale, ma anche all'obiettivo concreto di "produrre un effetto utile", cioè di avere, in tempi brevi, un impatto positivo sulla tutela dei diritti nel giudizio *a quo*. È questo, per altro, uno dei

¹⁰³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit.

¹⁰⁴ V. M. CARPENTIER, *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel?*, cit.

¹⁰⁵ V. S. BENZINA, *La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, cit.

¹⁰⁶ Per una comparazione sul *modus operandi* italiano e francese in materia, v. P. COSTANZO, [Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità](#), cit.

¹⁰⁷ *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2020-799 DC, cit.

¹⁰⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit.

¹⁰⁹ Legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, nonchè Assemblée Nationale, [Séance publique / Samedi 21 mars 2020](#).

¹¹⁰ Amendement n. 3, Jean-Christophe Lagarde, cit. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit., 11.

¹¹¹ La decisione di non conformità costituzionale produce effetti *ex nunc*.

motivi¹¹² per cui il legislatore ha previsto delle scadenze temporali tassative per trasmettere e decidere le questioni pregiudiziali¹¹³.

In generale, il *Conseil constitutionnel* non solo rispetta sistematicamente il termine dei tre mesi, ma in media decide anche prima di tale scadenza¹¹⁴. Potenzialmente, il giudice costituzionale francese avrebbe quindi potuto svolgere un ruolo di controllo sull'attività legislativa della maggioranza parlamentare, e quindi indirettamente sull'esecutivo, nel periodo delicato dell'emergenza sanitaria.

Ora, rigettando l'emendamento dell'opposizione, il legislatore organico ha consentito che i giudici, se lo avessero voluto, potessero rallentare i tempi del controllo. In questo modo, le decisioni del *Conseil constitutionnel* sulle misure di crisi sarebbero intervenute quando ormai “i provvedimenti restrittivi dei diritti e delle libertà hanno già prodotto i loro effetti”¹¹⁵. E così è stato. Il 14 maggio 2020, la Corte di cassazione ha trasmesso tre questioni pregiudiziali relative ad alcuni articoli del Codice della salute pubblica modificati dalla legge sull'emergenza sanitaria del 23 marzo¹¹⁶ e, il 27 maggio, due questioni relative a due norme della legge del 23 marzo stessa¹¹⁷. La decisione sulla prima delle tre QPC del 14 maggio sarà presa il 26 giugno 2020 e riguarda le sanzioni applicate in caso di violazione delle regole sanitarie, sanzioni che sembrano non rispettare il diritto a un ricorso effettivo, il principio di legalità in materia penale, il principio di necessità e proporzionalità della pena¹¹⁸. Dato che la maggior parte delle regole oggetto di tale norma sono ora decadute, la decisione del Consiglio interverrà in effetti troppo tardi, se si ragiona in termini di “effetto utile”.

In definitiva, la [decisione n. 2020-799 DC](#) presenta molteplici profili preoccupanti sul piano del rispetto dello Stato di diritto costituzionale: la parzialità del giudizio, la legittimazione della violazione della Costituzione senza l'intervento di un controllo sulla proporzionalità della legge e senza una definizione della “particolarità” delle circostanze evocate, ed infine la ratificazione implicita della volontà del legislatore di limitare il controllo giurisdizionale nel periodo più critico della pandemia.

Si tratta quindi, a nostro avviso, di una giurisprudenza sorprendente, che non deve essere banalizzata, e la cui applicazione deve essere limitata nel quadro del periodo eccezionale della crisi epidemica del Covid-19.

4.2 *La seconda decisione di costituzionalità: un controllo al servizio della strategia legittimante dell'esecutivo*

Il 9 maggio 2020, dopo una settimana di dibattiti, il Senato e l'Assemblea nazionale hanno adottato la legge che, da un lato, ha prorogato fino al 10 luglio 2020 lo stato d'emergenza sanitaria e, dall'altro, ha integrato la regolamentazione indicando quali provvedimenti l'esecutivo può adottare nella prospettiva di un graduale deconfinamento. In particolare, la legge disciplina il trattamento dei dati personali destinati a tracciare le persone affette da Covid-19 o suscettibili di esserlo. La legge solleva quindi delle questioni importanti in relazione al bilanciamento tra il diritto alla salute e la protezione di dati sensibili.

¹¹² L'altro motivo è quello di impedire che il controllo di costituzionalità allunghi eccessivamente i tempi processuali.

¹¹³ Le due ragioni si comprendono anche alla luce del fatto che la questione prioritaria di costituzionalità deve concorrere con il controllo di convenzionalità, esercitato a partire dalla fine degli anni Settanta, dai giudici ordinari ([Cour cass., Jacques Vabre, 24 maggio 1975](#)) e poi, negli anni Ottanta, anche dai giudici amministrativi ([Conseil d'État, Nicolo, 20 oct. 1989](#)). Come la dottrina italiana sa bene, i casi di doppia pregiudizialità pongono a confronto due strumenti processuali, il controllo di convenzionalità e quello di costituzionalità, che hanno tempi, ma anche effetti diversi. Per rendere più attrattivo il nuovo controllo incidentale, il legislatore costituzionale francese ha voluto fare in modo che i tempi della decisione fossero relativamente rapidi.

¹¹⁴ Il tempo medio in cui una QPC è decisa è di 75 giorni, v. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, [Rapport d'activité 2019](#).

¹¹⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même*, cit., 10.

¹¹⁶ Aff. n. 2020-846; 2020-847; 2020-848.

¹¹⁷ Aff. n. 2020-851; 2020-852.

¹¹⁸ [Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 mai 2020](#)

Il presidente della Repubblica, il presidente del Senato, sessanta senatori e sessanta deputati hanno adito il *Conseil constitutionnel* affinché esercitasse un controllo *a priori*, sulla base dell'articolo 61 della Costituzione francese. Con grande rapidità, il *Conseil constitutionnel* ha adottato una decisione di conformità l'11 maggio e la legge è stata promulgata il giorno stesso.

Anche questa seconda decisione "Covid" è stata definita dalla dottrina "*sans surprise*"¹¹⁹, suscitando ancora meno interesse della prima¹²⁰. Tuttavia, a nostro parere, essa è degna di nota poiché si pone in continuità con la prima decisione e conferma l'esistenza di una giurisprudenza costituzionale di crisi, contraddistinta da alcune peculiarità.

In primo luogo, è interessante osservare che il *Conseil constitutionnel* è stato adito anche dal Presidente della Repubblica. Si tratta di un evento raro. In effetti, è solo la terza volta che il Presidente richiede il controllo di costituzionalità *a priori* al *Conseil constitutionnel*. Il primo Presidente a farlo fu François Hollande nel 2015 e il secondo è stato Emmanuel Macron nel 2019, ed ora, nel 2020¹²¹.

La lettura del quesito scritto dal Presidente¹²² rivela chiaramente la strategia perseguita attraverso il rinvio della legge al *Conseil*. Il Presidente non solleva dei dubbi sulla costituzionalità delle norme approvate dalla "sua" maggioranza parlamentare, ma piuttosto spiega le difficoltà in cui l'esecutivo e il parlamento si trovano nella lotta contro la pandemia, il carattere eccezionale delle misure prese "in deroga al diritto comune", sottolinea l'attenzione con cui il Parlamento ha cercato di conciliare la protezione della salute pubblica e quella dei diritti e delle libertà e, in nome del suo ruolo di garante della Costituzione¹²³, conclude chiedendo al *Conseil constitutionnel* di verificare la conformità alla Costituzione delle norme relative all'isolamento e alla quarantena delle persone malate e al trattamento dei loro dati personali¹²⁴.

Ciò che il Presidente domanda al giudice costituzionale non è quindi di censurare il testo, ma di ottenere un "brevetto di costituzionalità", in modo che la legge, in seguito, sia al riparo da contestazioni sia di tipo politico che giudiziario. Da un lato, il ricorso presidenziale è quindi un artificio politico per far sì che le scelte della maggioranza parlamentare siano legittimate e quindi rispettate ed applicate. Dall'altro lato, la sollecitazione di un controllo *a priori* è una strategia che tende a impedire che il controllo incidentale possa operare in seguito o che, in ogni caso, venga limitato. Infatti, la questione prioritaria di costituzionalità per essere trasmessa dalle giurisdizioni-filtro e poi decisa dal *Conseil constitutionnel* deve essere "nuova"¹²⁵; è necessario in altri termini che la stessa questione non sia stata posta al *Conseil constitutionnel* nel quadro di un precedente controllo, sia esso preventivo o incidentale. Solo se vi è stato un "cambiamento delle circostanze", il giudice costituzionale può infatti giudicare nuovamente di una stessa norma¹²⁶.

La precedente esperienza dell'*état d'urgence* è stata d'insegnamento a questo proposito. In effetti, nel 2015, il Primo ministro di allora, Manuel Valls, aveva invitato i parlamentari a non adire il *Conseil constitutionnel* per la verifica *a priori* della legge che prorogava lo stato d'emergenza¹²⁷. La ragione addotta era che "c'è sempre un rischio quando si adisce il *Conseil constitutionnel*"¹²⁸. Al di là della gravità di una tale affermazione da parte di un primo ministro che manifesta senza imbarazzo la sua visione del controllo di costituzionalità come un ostacolo fastidioso alla volontà dell'esecutivo, il

¹¹⁹ D. FALLON, *Prolongation de l'état d'urgence sanitaire*, cit.

¹²⁰ Pochi gli articoli di commento alla decisione: D. FALLON, cit.; V. SIZAIRE, *Consolidation du domaine de la liberté. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-800 DC du 11 mai 2020*, in [Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 28 mai 2020](#), 7; J.-E. GICQUEL, *La loi du 11 mai 2020 validée en urgence par le Conseil constitutionnel*, in [La Gazette du Palais](#), 2 juin 2020, n. 20, 3; P. RRAPI, *Le Préambule de la Constitution de 1946, fondement constitutionnel de l'état d'urgence*, in [Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF](#), 8 juin 2020, 9.

¹²¹ *Conseil constitutionnel*, dec. n. [2015-713 DC](#) del 23 luglio 2015; dec. n. [2019-780 DC](#) del 4 aprile 2019.

¹²² [Saisine di President de la République](#)

¹²³ Art. 5 Cost.

¹²⁴ Artt. 1, 2 e 3, della legge dell'11 maggio 2020, cit.

¹²⁵ Art. 23-2, *ordonnance* n. 58-1067, 7 novembre 1958.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Legge n. 2015-1501 del 20 novembre 2015.

¹²⁸ V. F. SAVONITTO, *Etat d'urgence et risque d'inconstitutionnalité*, in [Revue des droits et libertés fondamentaux](#), chron. 15, 2016.

risultato di questa strategia è stato che, una volta promulgata, la legge è stata oggetto di innumerevoli questioni prioritarie di costituzionalità.

Memore del passato, l'esecutivo attuale è stato ben più scaltro. La legge del 23 marzo 2020 che ha creato e dichiarato l'*état d'urgence sanitaire* non è stata controllata *a priori*. Tuttavia, come abbiamo visto, la legge organica del 26 marzo prorogando i termini per la trasmissione e la trattazione delle QPC ha di fatto impedito che le questioni pregiudiziali relative a questa legge si moltiplicassero. La legge del 12 maggio 2020 invece è stata sottoposta a un controllo preventivo, ottenendo l'agognato "brevetto di costituzionalità".

Il Presidente Macron ha "rischiato" che la legge venisse censurata? Possiamo affermare con sicurezza di no. Se ci fosse stato il minimo rischio, sicuramente la legge non sarebbe stata rinviata al *Conseil constitutionnel*. E difatti, il giudice costituzionale ha risposto positivamente all'appello, facendo esattamente quello che si attendeva da lui: una decisione di conformità scritta in quarantotto ore, in cui il Consiglio corregge gli aspetti che ledono in modo più manifesto i diritti, in modo che in seguito la legge possa essere applicata senza intoppi.

Colpisce prima di tutto la rapidità della risposta del Consiglio. L'articolo 61 prevede che il giudice costituzionale abbia un mese per decidere quando è sollecitato il controllo *a priori*. Certo, la situazione d'urgenza imponeva – ufficiosamente - che il Consiglio decidesse in tempi più brevi, poiché il 24 maggio scadeva il termine dell'*état d'urgence sanitaire* dichiarato dalla legge del 23 marzo. Tuttavia, la deferenza del *Conseil constitutionnel* nei confronti dell'esecutivo è stata tale che, adito il sabato, esso ha pubblicato la decisione il lunedì. Certamente, in via informale, il *Conseil constitutionnel* doveva essere stato avvertito del fatto che sarebbe stato adito, e sicuramente aveva anticipato cominciando a studiare il progetto di legge¹²⁹. Nonostante ciò, il tempo della riflessione appare molto ridotto. Il sacrificio del tempo necessario alla decisione in ragione dell'urgenza è già in sé una scelta che fa prevalere la ragione politica su quella giuridica.

Per quanto riguarda il contenuto della decisione, il *Conseil constitutionnel* pronuncia una sola censura, per il resto privilegia la tecnica della "riserva di interpretazione"¹³⁰, e cioè indica al legislatore come dev'essere interpretata o riscritta la norma affinché essa sia conforme alla Costituzione. Come indica anche l'esperienza italiana delle decisioni manipolative, questa tecnica permette di "salvare" la norma e di orientare rapidamente i suoi interpreti in un senso costituzionalmente conforme. Non deve quindi sorprendere che, nel contesto dell'urgenza, il *Conseil constitutionnel* privilegi la riserva d'interpretazione rispetto alla censura.

La motivazione è come al solito stringata e in alcuni casi del tutto assente¹³¹. Quando il Consiglio svela il suo ragionamento, ci si accorge che esso opera il tradizionale test di proporzionalità in cui, dapprima, il giudice si chiede se il diritto o la libertà invocati sono stati violati. Nel caso in cui la violazione sia constatata, il giudice verifica che essa sia giustificata da un motivo di interesse generale e che sia proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. Nella fattispecie, il *Conseil constitutionnel* considera che le misure di isolamento dei malati e quelle relative alla raccolta e alla condivisione dei dati relativi alle persone affette da Covid-19 ledono la libertà individuale e il diritto alla protezione dei dati personali, ma sono giustificate dall'esigenza costituzionale di protezione della salute pubblica. Il controllo della proporzionalità delle norme, tuttavia, si limita alla verifica dell'adeguatezza della misura rispetto all'obiettivo perseguito e alla constatazione dell'esistenza di garanzie legislative. Il giudice costituzionale francese non valuta quindi la necessità della misura, e cioè se esistano dei provvedimenti diversi, meno restrittivi delle libertà, che potrebbero raggiungere lo stesso scopo.

¹²⁹ D. FALLON, *Prolongation de l'état d'urgence sanitaire*, cit.

¹³⁰ *Conseil constitutionnel*, dec. n. [2020-800 DC](#) dell'11 maggio 2020, §43, §70, §67, §73, §74. Sulle "riserve di interpretazione", v. S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia*, cit., 213 ss.

¹³¹ V. §13 : *les dispositions contestées « ne sont pas non plus entachées d'incompétence négative »* ; §44 : *les dispositions contrôlées « ne méconnaissent pas non plus le droit à un recours juridictionnel effectif »* ; §47 : *elles « ne méconnaissent pas non plus le droit de mener une vie familiale normale »* ; §78 : *les dispositions examinées « ne sont pas non plus entachées d'incompétence négative ou inintelligibles »*.

Nel complesso si tratta quindi di una pronuncia che permette al legislatore di promulgare in tempi rapidi la legge e di proteggere la sua applicazione da eventuali questioni pregiudiziali di costituzionalità. Il *Conseil constitutionnel* si rivela in questo contesto un prezioso alleato dell'esecutivo. La crisi esalta la natura politica del Consiglio e del suo ruolo al punto da condurlo a collaborare attivamente con il legislatore per limitare la sua stessa attività nell'ambito del controllo incidentale.

5. Conclusione

La crisi ha ravvivato la natura politica del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel*. Di fronte all'esigenza di tutelare la salute pubblica, le due autorità hanno collaborato con l'esecutivo affinché lo stato di emergenza sanitaria venisse accettato e potesse trovare un'applicazione effettiva.

Tuttavia, una differenza fondamentale distingue le due autorità. Il *Conseil d'État* ha avuto cura di esplicitare quale fosse l'ufficio del giudice amministrativo dell'urgenza durante la crisi, motivando sulla base delle circostanze la scelta di far prevalere gli interessi collettivi su quelli individuali. La modulazione del bilanciamento dei diritti in funzione del tasso di diffusione epidemico ha poi confermato la capacità del giudice amministrativo di sanzionare e rettificare i provvedimenti amministrativi illegittimi, contribuendo in modo determinante al ripristino progressivo dello Stato di diritto.

Il *Conseil constitutionnel*, invece, è rimasto muto sulle ragioni che lo hanno condotto a legittimare una deroga a una norma costituzionale, muto sull'espressione sibillina "circostanze particolari" che sembra accordare una sorta di immunità alla legislazione di crisi, muto sul respingimento dei dubbi di costituzionalità sollevati dall'opposizione parlamentare su alcune norme della legge dell'11 maggio. L'assenza di motivazione esalta ancor più la natura politica del *Conseil constitutionnel*, mentre il *Conseil d'État*, sebbene abbia fatto prevalere in linea di massima la ragione politica su quella giuridica nella prima fase del confinamento, non abdica completamente al suo ruolo di giurisdizione.

Questa differenza conferma il diverso peso che le due istituzioni hanno nell'ordinamento francese: il *Conseil d'État* è un'autorità di riferimento sia per l'esecutivo – che se ne avvale come consigliere – sia per i cittadini – che se ne avvalgono come garante delle libertà; ed ecco perché ci si attende che quest'organo – e non il *Conseil constitutionnel* – "porti sulle sue spalle lo Stato di diritto"¹³². Il *Conseil constitutionnel*, invece, malgrado la sua evoluzione rispetto alle origini gaulliste, resta un organo essenzialmente sottomesso alle logiche della politica, poiché politici sono la maggior parte dei suoi membri e fondamentalmente politica è la procedura di controllo preventiva. Questo spiega la disillusione della dottrina nei confronti delle sue capacità ad affermarsi come un'istituzione giurisdizionale posta a tutela dei diritti dei cittadini.

Certamente, la giurisprudenza "Covid" del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel* sono destinate ad arricchirsi, oltre al fatto che a breve si svilupperanno anche la giurisprudenza penale e civile in materia. Molto probabilmente, com'è già avvenuto nel periodo dell'*état d'urgence*¹³³, la giurisprudenza costituzionale, con il venir meno del rischio sanitario, tenderà a far prevalere la ragione giuridica su quella politica.

¹³² Secondo l'espressione utilizzata da BAPTISTE BONNET nel suo articolo *Le Conseil d'État et le covid-19. Quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules*, cit.

¹³³ Durante lo stato d'emergenza terroristico – dichiarato tra novembre 2015 e novembre 2017 – numerose questioni incidentali sono state sollevate davanti al Consiglio. In un primo tempo, nessuna disposizione è stata dichiarata incostituzionale. In seguito, alcune dichiarazioni d'incostituzionalità sono state pronunciate, ma gli effetti sono stati modulati nel tempo al fine di non ostacolare la lotta al terrorismo. Di fatto, solo quando l'emergenza è finita il *Conseil constitutionnel* ha censurato delle norme producendo degli effetti immediati: V. CHAMPEIL-DESPLATS, *L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel ou quand l'État de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles*, in S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, 151-167.

Tuttavia, se è vero che è nei periodi di eccezione che si rivela la vera natura delle istituzioni, la giurisprudenza di crisi ha dato conferma del diverso ruolo del *Conseil d'État* e del *Conseil constitutionnel* in Francia, e della strada, ancora molto lunga per quest'ultimo, per diventare una giurisdizione a pieno titolo come lo sono i suoi omologhi europei.