



EMANUELE GABRIELE*

IL CONTROLLO DELLE CORTI COSTITUZIONALI SULLA DICHIARAZIONE E L'ESTENSIONE DELLO STATO EMERGENZIALE: TRA *POLITICAL* E *LEGAL QUESTION***

Abstract [It]: Negli ordinamenti contemporanei, al riconoscimento e alla regolamentazione dello stato di emergenza corrisponde sovente l'imperatività del rispetto del *rule of law*. In questo senso, alle Corti viene riconosciuto anzitutto un controllo *ex post*, esercitato sugli atti che le pubbliche autorità emanano nell'esercizio delle prerogative emergenziali. Più vario, e oggetto della presente analisi, è il panorama comparato in merito al controllo giurisdizionale sulla dichiarazione e l'estensione dello stato di urgenza. Il quale mostra almeno tre approcci: a) quello degli ordinamenti in cui le Corti – per *self-restraint* ovvero per esplicita previsione costituzionale – non operano questo tipo di controllo, sottolineando la natura squisitamente politica della dichiarazione; b) quello dei sistemi in cui l'apporto del giudice è solo consultivo, ovvero limitato al controllo sulle procedure adottate nella dichiarazione dello *status* emergenziale; c) quello degli ordinamenti in cui le Corti operano un controllo più rigoroso ed effettivo tanto sulla dichiarazione, quanto sull'estensione dello stato di urgenza. Lo scopo del saggio è, dunque, fornire una panoramica che mostri come un ruolo più attivo delle Corti nel praticare un controllo dei presupposti emergenziali, sulla base della sua riconduzione dalla *political* alla *legal question*, possa irrobustire la difesa dello Stato di diritto, anzitutto poiché assicura la partecipazione di corpi istituzionali apolitici nella supervisione della situazione “costituzionalmente” emergenziale.

Abstract [En]: In democratic systems, even when the constitution recognises and regulates states of emergency, the preservation of the rule of law remains paramount. This oversight is typically carried out by the courts, which ensure adherence to the rule of law by scrutinising the actions taken by public authorities in the exercise of emergency powers. However, comparative law reveals a wide variety of approaches regarding judicial control over the declaration of a state of emergency. The object of this paper is the examination of the different roles courts may play in exercising judicial review, specifically in relation to the declaration and extension of a state of emergency. In particular, the following jurisdictions will be considered: a) those in which courts, either by self-restraint or explicit constitutional provision, refrain from engaging in such review; b) those where courts conduct only a limited review, such as focusing on procedural matters; and c) those where courts exercise more rigorous scrutiny over both the declaration and extension of the state of emergency. The aim of the analysis is to provide an overview of how a more active role for the courts in judicial review within this context contributes to upholding the rule of law, by ensuring the involvement of apolitical bodies in the supervision of the emergency.

Parole chiave: Controllo giurisdizionale, Dichiarazione ed estensione degli stati di emergenza, Funzione di contrappeso del giudice.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*. Intervento svolto in occasione del seminario “La giustizia costituzionale nell'epoca delle crisi ed emergenze”, organizzato dalla Scuola DPCE e tenutosi a Palermo, presso la sede dell'Assemblea regionale Siciliana, il 13 febbraio 2025.

Keywords: Judicial review, Declaration and extension of states of emergency, Counterbalance role of the courts.

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'indagine e obiettivi del contributo. – 2. Il modello della “*non-justiciability*”. – 3. Il modello del controllo “debole”. – 4. Il modello del controllo forte e le sue applicazioni. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. Delimitazione dell'indagine e obiettivi del contributo

Negli ordinamenti contemporanei, al riconoscimento e alla regolamentazione dello stato di emergenza corrisponde sovente l'imperatività del rispetto dei principi propri del *Rule of Law*¹ o, più in generale, di un “minimo costituzionale”², comprendente quelle condizioni di garanzia dei diritti soggettivi da cui non è possibile derogare. Tale perentorietà, mantenendo l'ordinamento all'interno del perimetro di quella che è stata definita “dittatura costituzionale”³ giustifica, infine, la stessa natura “eccezionale” dello stato di necessità, il quale perderebbe il suo carattere straordinario se non si presupponessero dei margini al suo esercizio.

Su questi principi l'azione di custodia è di natura sia politica – e in particolare affidata all'organo assembleare, stante la funzione di controllo del Parlamento – che giurisdizionale⁴. In questo secondo caso, alle Corti viene riconosciuto anzitutto un controllo *ex post*, esercitato sugli atti (sia di rango primario che secondario) che le pubbliche autorità emanano nell'esercizio delle prerogative emergenziali. Su questo tipo di controllo la tradizione degli ordinamenti di *common law* è particolarmente feconda – basti qui ricordare gli interventi giurisdizionali dei *Law Lords* sulla legislazione antiterrorismo nei primi anni Duemila⁵. Ma, in generale, il controllo giudiziario successivo sugli atti emanati nell'ambito della situazione di emergenza sembra prassi comune alla stragrande maggioranza degli ordinamenti⁶.

Più vario, e oggetto del presente contributo, è il panorama comparato in merito al controllo giurisdizionale sulla dichiarazione e l'estensione dello stato di urgenza, e dunque sulla fase costitutiva, o generatrice, dell'eccezionalità costituzionale. Il quale panorama mostra, già secondo attenta dottrina⁷, almeno tre approcci: *a)* quello degli ordinamenti in cui le Corti – per *self-restraint* ovvero per esplicita previsione costituzionale – non operano

¹ Sul punto P.G. GRASSO, *Necessità (stato di) [dir. pubbl.]*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, 866 ss.; G. DELLEDONNE, *History and Concepts of Emergency*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2023, § 20; A. ANASTASI, *Rule of Law in Times of Emergency*, in J. CREMADES - C. HERMIDA (a cura di), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, 2023.

² G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 237-244.

³ C.L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Princeton, Princeton University Press, 1948.

⁴ Cfr. J. FERREJOHN - P. PASQUINO, *The law of the exception: A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 2/2004, 210 ss., 228-229.

⁵ Su cui, in generale, A. BIANCHI - A. KELLER (a cura di), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Oxford-Portland, Hart, 2008.

⁶ Cfr. S. BAGNI - M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 356-357.

⁷ Cfr. F. BIAGI, *Estados de emergencia y crisis pandémica: algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales*, in G.G. CODIGLIONE - L. PIERDOMINICI (a cura di), *Comparative Law in Times of Emergency*, Roma, Roma Tre-Press, 2022, 97 ss.

questo tipo di controllo, sottolineando la natura squisitamente politica della dichiarazione; *b*) quello dei sistemi in cui l'apporto del giudice è solo consultivo, ovvero limitato al controllo sulle procedure adottate nella dichiarazione dello *status* emergenziale; *c*) quello degli ordinamenti in cui le Corti operano un controllo più rigoroso ed effettivo tanto sulla dichiarazione quanto sull'estensione dello stato di urgenza.

La comparazione giuridica mostra dunque l'ampiezza dello spettro funzionale all'interno del quale si muovono i poteri giurisdizionali rispetto alla proclamazione dello stato di emergenza. A un estremo di questo spettro si trova, così, la concezione secondo cui l'attivazione (e l'eventuale proroga) dell'eccezionalità costituzionale sia da considerarsi esercizio eminentemente legato alla discrezionalità politica. Da questa concezione deriva che il giudizio sull'opportunità dell'*an* e del *quomodo* del regime di emergenza spetti a organi legittimati e rappresentativi (*in primis*, come si è visto, i parlamenti), escludendo qualsivoglia ruolo del giudice (finanche quello costituzionale). All'estremo opposto di questa posizione sta, invece, quella degli ordinamenti in cui le Corti sono chiamate a sindacare non soltanto gli effetti, ma persino i presupposti dell'avviamento e della dilazione dello stato di eccezione. Tale prerogativa sembra giustificarsi con quel fenomeno che è stato detto di "oggettivazione" dei caratteri della materia, a sua volta effetto della profonda puntualità con cui le costituzioni più recenti disciplinano le condizioni e le procedure dell'assunzione dei poteri emergenziali⁸. All'interno di questi ordinamenti, dunque, si assiste alla volontà di riportare l'intera materia eccezionale (e non soltanto gli effetti del suo esercizio) dalla *political* alla *legal question*, ossia dalla sua inconoscibilità giurisdizionale, conseguenza della natura eminentemente a-giuridica (o anche pre-giuridica) delle considerazioni fattuali che conducono all'attivazione dell'eccezione, alla sua piena giustiziabilità, scaturita, appunto, dalla sua reificazione costituzionale.

Lo scopo del presente contributo è, dunque, quello di fornire una panoramica sul ruolo delle Corti costituzionali e supreme nel campo della dichiarazione e della proroga dello stato di eccezione, che ampli il catalogo ordinamentale già esibito in altri studi, proceda con ulteriori partizioni delle categorie individuate, introduca un'analisi evidenziante il passaggio dalla *political* alla *legal question*, e mostri l'ampio ventaglio di soluzioni offerte dalla comparazione giuridica.

Rafforzare ulteriormente la catalogazione in materia permette, infine, di trarre alcune conclusioni di natura generale sulla modellistica giuspubblicistica. Del resto, se è vero che «[c]ategorization is the very process of reasoning itself»⁹, è vero pure che la tassonomia tipologica rappresenta ancora «uno dei risultati più alti della comparazione, in quanto esprime [...] l'aspirazione alla piena conoscenza e alla ordinata catalogazione dell'universo giuridico, oltre che all'esatta collocazione del proprio ordinamento»¹⁰.

⁸ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America Latina*, Torino, Giappichelli, 1997, XVI-XVII.

⁹ S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, 70, citato in S. BALDIN, *The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective*, in *Poliarchie*, n. 5/2015, 4 ss., 7.

¹⁰ G.F. FERRARI, «Civil law» e «common law»: aspetti pubblicistici, in P. CARROZZA - A. DI GIOVINE - G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato. Tomo II*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 775 ss., 777.

Gli ordinamenti che si è scelto di analizzare rientrano, per la quasi totalità e secondo gli indici più recenti del V-Dem Institute¹¹, nella categoria delle “democrazie elettorali” e in quella delle “democrazie liberali”, contenitori politologici che, individuando i principi della forma di Stato di ciascun sistema, comportano riflessi di “sicura giuridicità”¹², e giustificano la loro adozione nella presente analisi. Sotto l’etichetta di “democrazia elettorale” si raggruppano, secondo l’analisi di A. Lührmann, Tannenbergh e Lindberg, quei sistemi ordinamentali in cui le elezioni si svolgono in contesti multi-partitici, con modalità libere ed egualitarie, e dove vengono soddisfatti gli standard minimi di estensione del suffragio, libertà di espressione e libertà di associazione¹³; sono “democrazie liberali”, invece, quegli ordinamenti in cui, ai caratteri della prima categoria, si aggiungono la tutela delle libertà civili e dell’uguaglianza di fronte alla legge¹⁴.

Sebbene le differenze tra queste due classi siano sostanziali, gli ordinamenti rientranti vi appaiono comparabili anzitutto sotto l’aspetto funzionale¹⁵, in quanto permettono di scorgere analogie e differenze di soluzioni in merito al medesimo problema, vale a dire l’operazione di sorveglianza rispetto all’utilizzo di poteri eccezionali in deroga all’ordine legale costituzionalmente stabilito. Inoltre, tutte le esperienze esaminate si collocano, nella kelseniana bipartizione tra democrazia e autocrazia¹⁶ – secondo cui l’elemento distintivo tra i due modelli risiede nella partecipazione (o meno) dei destinatari alla formazione della volontà normativa –, all’interno del primo contenitore. Gli unici casi di studio che si trovano al di fuori tanto delle democrazie elettorali quanto di quelle liberali sono gli ordinamenti ex-coloniali francesi, che vengono in rilievo per lo più come esempio di *legal transplant* di soluzioni costituzionali, e l’India, che però il V-Dem Institute ha considerato per lungo tempo una democrazia elettorale, e solo negli ultimi anni (ossia a partire dal 2019) ha fatto rientrare nelle “autocrazie elettorali”¹⁷. Il caso indiano viene trattato, comunque e anzitutto, rispetto a un periodo della sua storia istituzionale in cui l’ordinamento rientrava saldamente tra le “democrazie elettorali” e, anche in considerazione delle numerosissime analisi

¹¹ I dati sono reperiti dal *Varieties of Democracy (V-Dem) Dataset*, stilato dal V-Dem Institute dell’Università di Gothenburg, Svezia, a marzo 2024 (i dati sono reperibili in www.v-dem.net). L’Istituto utilizza oltre 500 indicatori e 245 indici per calcolare il grado di democraticità del regime politico di uno Stato, suddividendo gli ordinamenti in quattro macrocategorie: *liberal democracy*, *electoral democracy*, *electoral autocracy*, *closed autocracy*. Le macrocategorie si rifanno alla metodologia approntata nel lavoro di A. LÜHRMANN - M. TANNENBERG - S.I. LINDBERG, *Regimes of the World (RoW): Opening New Avenues for the Comparative Study of Political Regimes*, in *Politics and Governance*, n. 1/2018, 60 ss. I dati del V-Dem Institute risultano essere tra i più completi e attendibili in assoluto per quanto concerne la catalogazione dei regimi politici (pur con tutte le problematiche che un’operazione classificatoria del genere comporta), e vengono regolarmente utilizzati da organismi internazionali, come la Banca mondiale, per implementare le proprie attività.

¹² G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2022, 146-147. Sul punto si v. pure: F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 796 ss., 799; S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Milano, Giuffrè, 2008, 1116 ss., 1117.

¹³ In questo contributo, rientrano all’interno di questa categoria i seguenti ordinamenti: Colombia, Kenya, Malesia e Sud Africa.

¹⁴ Nella presente analisi, rientrano in questa categoria gli ordinamenti di Cile, Finlandia, Francia, Irlanda, Repubblica Ceca e Spagna.

¹⁵ Sull’utilizzo del metodo funzionale nell’ambito del diritto comparato: K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto comparato. Volume I: i principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1998, 36-40; L.J. COSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, Giappichelli, 2000, 68-69; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 48.

¹⁶ Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1949, 283-303.

¹⁷ Sul punto si v. l’analisi del V-Dem Institute svolta da S. HELLMIEIER ET AL., *State of the world 2020: autocratization turns viral*, in *Democratization*, n. 6/2021, 1053 ss., 1062-1064.

comparatistiche di cui il Paese è, da sempre, oggetto di studio, si è ritenuto opportuno inserirlo.

I prossimi tre paragrafi saranno dedicati, dunque, all'analisi delle soluzioni che possono riscontrarsi nella comparazione giuridica in merito al ruolo delle Corti rispetto alla giustiziabilità della dichiarazione ed estensione dello stato di emergenza. Ciascuna categoria verrà delineata nelle sue linee generali, per poi essere ulteriormente specificata (anche ricorrendo a ripartizioni aggiuntive), e analizzata facendo ricorso a specifici casi di studio.

2. Il modello della “*non-justiciability*”

Il primo approccio che si riscontra nella giustizia comparata è, come si è visto, quello degli ordinamenti che decidono di escludere del tutto l'intervento delle Corti dalla dichiarazione e dalla proroga della situazione eccezionale. Questa visione è giustificata dalla natura discrezionale del giudizio sull'attivazione dello stato di necessità¹⁸, ossia sul fatto che la dichiarazione (e l'eventuale estensione) della condizione emergenziale rientri nella definizione più classica di “*political question*”, secondo cui gli effetti di considerazioni completamente rientranti nella sfera della politica, ovvero su cui si compiano giudizi di opportunità, non possano ricomprendersi nella materia della *justiciability*¹⁹. Storicamente, tale dottrina si è affermata proprio in sede giurisdizionale, con le Corti apicali che hanno espresso la loro deferenza nei confronti dei poteri politici legittimati più o meno esplicitamente²⁰.

In questa prima categoria può operarsi, in realtà, un'ulteriore bipartizione, in base alla natura genetica del divieto di conoscibilità giurisdizionale. Così, in alcuni sistemi, tale interdizione procede direttamente dalle disposizioni contenute nella carta costituzionale. A titolo di esempio, si ricordano l'articolo 150 della Costituzione malese del 1957²¹ e l'articolo 45 della Costituzione cilena del 1980²², che vietano espressamente alle Corti nazionali la possibilità di sindacare l'attivazione dello stato di emergenza da parte dei poteri politici. In questi casi la scelta degli ordinamenti deriva non già da una piena e spontanea adesione del potere giudiziario alla dottrina della *political question*, quanto, piuttosto, da una lettura tipicamente schmittiana dello stato di emergenza inteso come “decisione politica”. Del

¹⁸ Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 196-202.

¹⁹ Cfr. B.V. HARRIS, *Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy*, in *Cambridge Law Journal*, n. 3/2003, 631-660.

²⁰ Cruciale in tal senso è il *leading case* della Corte suprema di Washington *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

²¹ «[N]essun tribunale avrà la giurisdizione di trattare o determinare qualsiasi domanda, questione o procedimento, in qualsiasi forma, per qualsiasi motivo, riguardante la validità: di una Dichiarazione ai sensi del primo comma [Proclamation of emergency] [...]; il mantenimento in vigore di tale Dichiarazione [...]».

²² «Le corti di giustizia non possono valutare le basi o le circostanze di fatto invocate dall'autorità per dichiarare gli stati di eccezione [...]». Il medesimo articolo si premura, però, di sancire che «[t]uttavia, per quanto riguarda misure particolari che incidono sui diritti costituzionali, esiste sempre il diritto di ricorrere alle autorità giudiziarie attraverso i rimedi appropriati». Sul punto si v. anche J.A. RAMÍREZ ARRAYAS, *Estados de excepción constitucional en Chile: perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America Latina*, cit., 67 ss.

resto, se è vero che «sovrano è chi decide dello stato di eccezione»²³, allora l'unico attore legittimato a determinare la materia emergenziale è il vertice dell'organizzazione statale. In questa visione politico-decisionistica non c'è posto per le Corti, ossia, per estensione, per quel sistema di pesi e contrappesi che comprende *anche* il potere giudiziario, al massimo potendosi tollerare un controllo esclusivamente politico.

Per tale ragione, sembra che sia più utile far rientrare nel *non justiciability model* non tanto quegli ordinamenti in cui il controllo giurisdizionale viene semplicemente ed esplicitamente escluso dalla carta costituzionale, quanto quelli in cui il medesimo risultato si raggiunge in via pretoria, con le Corti stesse che, in un'opera di *self-restraint*, si dichiarano incompetenti a giudicare i presupposti e, dunque, la legittimità della decisione di attivare lo *status* di eccezione. In particolare, in questa categoria possono farsi rientrare i casi di Repubblica ceca e Finlandia, per i quali rilevano anzitutto i fatti legati alla crisi pandemica.

Nel primo caso, la dichiarazione dello stato di emergenza – emessa dal Governo ceco il 12 marzo 2020, ai sensi degli articoli 5 e 6 l. cost. 110/1998 “Sulla sicurezza della Repubblica Ceca” – è stata contestata davanti alla Corte costituzionale di Brno. Quest'ultima, nel suo giudizio, emesso il 28 aprile 2020²⁴, ha concluso che «[l]a proclamazione dello stato di emergenza da parte del governo costituisce [...] un 'atto di governo' [*akt vládnutí*], che ha un impatto normativo ma che, in linea di principio, non è soggetto al controllo della Corte costituzionale, ed è invece sindacabile in via prioritaria da un organo politico democraticamente eletto, ossia la Camera dei deputati»²⁵, riconoscendo solo all'istituzione rappresentativa la capacità di controllo nei confronti della fonte avviante lo *status* d'eccezione.

In verità, la Corte costituzionale non ha escluso del tutto la possibilità di un controllo giurisdizionale in materia, suggerendo che la dichiarazione di attivazione dell'emergenza sarebbe giustiziabile solo nel caso in cui questa fosse «contraria ai principi fondamentali dello Stato di diritto democratico o comportasse una modifica degli elementi essenziali dello Stato di diritto democratico»²⁶. Sebbene il Giudice sembri sostenere, dunque, un'incompetenza che può ritenersi “non assoluta”²⁷, l'opinione di maggioranza non ha ulteriormente specificato i casi in cui tale controllo potrebbe concretizzarsi, rendendo il Giudice di Brno un sostanziale «passive player»²⁸ nel gioco del bilanciamento dei poteri durante le situazioni emergenziali. Ciò sarebbe definitivamente confermato dalla riaffermazione del principio da parte del medesimo organo, che non ha riconosciuto la propria giurisdizione neppure sulle regole procedurali che conducono alla dichiarazione dello stato di eccezione, in una successiva sentenza del 16 marzo 2021²⁹, ribadendo

²³ C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla sovranità*, in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna, Il Mulino, 1972, 33.

²⁴ Pl. ÚS 8/20.

²⁵ *Ibid.*, § 26 (tr. mia).

²⁶ *Ibid.*, § 27 (tr. mia).

²⁷ Cfr. S. CHVOJKA - M. KOVALČÍK, *Judicial Review of COVID-19 Restrictive Measures in the Czech Republic*, in *Institutiones Administrationis. Journal of Administrative Sciences*, n. 2/2022, 112 ss., 117-118.

²⁸ *Ibid.*, 121.

²⁹ Pl. ÚS 12/21. In particolare, si trattava di un ricorso promosso da 35 senatori cechi che lamentavano l'attivazione, il 14 febbraio 2021, di un nuovo stato di emergenza legittimato non già dal Parlamento di Praga, che aveva rifiutato la

l'esclusività dell'azione di custodia al Camera dei deputati «in quanto organo democraticamente eletto titolare della legittimazione politica al controllo dell'esecutivo»³⁰, e convalidando quindi la sua sostanziale e totale estraneità alla materia.

Nel caso finlandese, l'atteggiamento deferente delle Corti rispetto al potere politico deriva dalla tradizione giuridica nazionale³¹, all'interno della quale il ruolo di sorveglianza rispetto ai presupposti dell'attivazione emergenziale – ma più in generale rispetto alla stessa *constitutional review* – è sempre stato lasciato all'organo parlamentare, e in particolare alla Commissione Affari costituzionali (*Perustuslakivaliokunta*) dell'Eduskunta³², il Parlamento di Helsinki, la quale ha operato abitualmente in questo senso in modo particolarmente rigoroso, attraverso un filtro *ex ante*³³. Tale atteggiamento si è affermato anche nell'emergenza pandemica, quando l'intera materia è rimasta nell'alveo del raccordo Parlamento-Governo-Capo dello Stato, le Corti escludendosi da qualsiasi ingerenza³⁴, secondo l'interpretazione letterale dell'articolo 6 della Legge sui poteri emergenziali n. 1552/2011³⁵.

In entrambi i casi succintamente richiamati, dunque, l'estraneità del giudice dallo stabilimento della liceità dei presupposti azionanti l'eccezione si è decisa in via pretoria, attraverso una lettura giurisprudenziale basantesi sulla ricomprensione della materia emergenziale all'interno delle categorie del politico, estranee al circuito di garanzia di cui fanno parte le Corti, le quali non possiederebbero, dunque, alcun compito di guardiania.

3. Il modello del controllo “debole”

Il secondo approccio alla questione dell'esame giurisdizionale sulla proclamazione e l'estensione dello stato di emergenza è quello che può definirsi “controllo debole”, ossia quello degli ordinamenti in cui l'apporto del giudice è solo consultivo, ovvero limitato al

proroga dello stato precedente il 12 febbraio, ma dai governatori delle regioni, che possono richiedere al Governo la proclamazione dello stato d'eccezione ai sensi dell'articolo 5, secondo comma l. cost. 110/1998. Secondo i ricorrenti, che consideravano la nuova attivazione una forzatura costituzionale che scavalcava il controllo parlamentare, la disposizione era pensata per situazioni regionali eccezionali, e non già per riprodurre uno stato di emergenza nazionale rifiutato.

³⁰ *Ibid.*, § 19 (tr. mia).

³¹ Cfr. A.J. CORNELL - J., SALMINEN, *Emergency Laws in Comparative Constitutional Law. The Case of Sweden and Finland*, in *German Law Journal*, n. 2/2018, 221 ss., 223.

³² Sul punto, in generale, si v. F. LA PLACA, *L'evoluzione del controllo di costituzionalità: da un controllo esclusivamente preventivo ad un controllo diffuso. Il caso finlandese e la recente proposta di riforma nei Paesi Bassi*, in *Gruppo di Pisa. La rivista*, Quaderno n. 6/2024, 391 ss., 392-397.

³³ Cfr. J. SALMINEN, *Finska krisberedning i fredstid - beredskapslagen tillämpas för första gången*, in *Svensk Juristtidning*, 2020, 1128 ss.

³⁴ Cfr. A.J. CORNELL - J., SALMINEN, *Emergency Laws in Comparative Constitutional Law. The Case of Sweden and Finland*, cit., 247; T. KOTKAS - A. KANTOLA - H. WASS - E. HUSU, *Finland: Legal Response to Covid-19*, in *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, 2023, § 46, Online.

³⁵ *Valmiuslaki, 1552/2011*. Ai sensi della disposizione, l'Esecutivo, di concerto con il Presidente della Repubblica, può attivare i poteri eccezionali mediante l'adozione di decreto governativo, che può avere una validità temporale non superiore ai sei mesi. L'atto deve essere immediatamente trasmesso al Parlamento per la convalida, e spetta all'assemblea legislativa decidere se: confermare il decreto integralmente; modificarne la durata o l'ambito; oppure revocarlo, anche solo parzialmente. In mancanza di trasmissione entro una settimana dall'adozione, il decreto decade automaticamente.

controllo sulle procedure adottate nella dichiarazione dello *status* eccezionale. Anche in questo caso si distinguono, dunque, almeno due sottoinsiemi.

Al primo (quello in cui le Corti operano solo con funzione consultiva) afferiscono anzitutto il modello francese precedente la riforma costituzionale del 2008, e gli ordinamenti che a questo modello si sono rifatti. Così, l'articolo 16 della Costituzione francese del 1958 conferiva al Presidente della Repubblica, prima della novella del 2008, il potere di dichiarare lo stato di emergenza, con l'obbligo però di consultare alcuni attori istituzionali, quali il Primo Ministro, i Presidenti delle due Camere del Parlamento e il Consiglio costituzionale, sebbene i pareri di questi organi non fossero vincolanti. L'autorità esclusiva del Presidente di dichiarare lo stato di emergenza è stata confermata nel famoso *arrêt Rubin de Servens* del 2 marzo 1962³⁶, in cui il *Conseil d'Etat* sosteneva come la decisione del Presidente De Gaulle (presa il 23 aprile 1961) di attivare l'articolo 16 in relazione al tentativo di colpo di Stato ad Algeri, poiché era da considerarsi "*acte de gouvernement*", non potesse essere suscettibile di giudizio da parte delle Corti, né in relazione alla sussistenza dei presupposti giustificativi e neppure rispetto alla durata dell'eccezione³⁷. È importante segnalare come la circostanza del 1961 sia stata l'unica, nella storia della V Repubblica francese, in cui si sia attivato il meccanismo previsto dall'articolo 16. In tutti gli altri casi, le autorità politiche hanno preferito ricorrere ai regimi di emergenza disciplinati a livello legislativo, ovvero la legge 1955-385 del 3 aprile 1955 sull'*état d'urgence*, e la legge 2020-290 del 23 marzo 2020 sull'*état d'urgence sanitaire*³⁸.

Al modello francese si sono ispirati molti ordinamenti francofoni del Continente africano, che nelle carte redatte all'indomani dell'affrancamento dal dominio di Parigi hanno introdotto il medesimo modello³⁹. Tale importante esempio di trapianto giuridico, è rinvenibile tanto negli ordinamenti nordafricani (in particolare rilevano l'art. 97 della Costituzione algerina del 1996⁴⁰ e l'articolo 59 della Costituzione marocchina del 2011⁴¹), quanto in quelli del Sahel e subsahariani (tra gli altri, l'art. 39 della Costituzione della

³⁶ Conseil d'Etat, *Assemblée, du 2 mars 1962, 55049 55055*.

³⁷ Sul punto si v. 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. speciale/2008, 97 ss.; G. DIDIER, *Les "actes de Gouvernement" demeurent insusceptibles de tout recours juridictionnel en France*, Note sous TC, 6 juillet 2015, K. et autres, n° C 03995, in *Revue générale du droit on line*, n. 22851/2015, Online; M.F. DE TULLIO, *Il mito dell'emergenza e le garanzie costituzionali. Insegnamenti dall'esperienza francese*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 278 ss., 286.

³⁸ Cfr. F. BIAGI, *Estados de emergencia y crisis pandémica: algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales*, cit., 109.

³⁹ Un'attenta analisi si trova in C.M. FOMBAD - L.A. ABDULRAUF, *Comparative overview of the constitutional framework for controlling the exercise of emergency powers in Africa*, in *African Human Rights Law Journal*, n. 20/2020, 376 ss., 400-401.

⁴⁰ La Costituzione algerina è stata emendata, da ultimo, nel 2020. La pesante azione di revisione non ha, comunque, toccato il testo dell'articolo, che sancisce come «[i]n caso di urgente necessità, riunito il Consiglio di Alta Sicurezza, e sentiti il Presidente del Consiglio della Nazione, il Presidente dell'Assemblea Popolare Nazionale, il Primo Ministro [...], e il Presidente della Corte Costituzionale, il Presidente della Repubblica decreta lo stato di emergenza o lo stato d'assedio, per un periodo massimo di trenta giorni, e adotta tutte le misure necessarie per ripristinare la situazione».

⁴¹ A norma del quale «[q]uando l'integrità del territorio nazionale è minacciata o [nel caso in cui] si producano eventi che ostacolano il regolare funzionamento delle istituzioni costituzionali, il Re può, dopo aver consultato il Capo del Governo, il Presidente della Camera dei Rappresentanti, il Presidente della Camera dei Consiglieri, nonché il Presidente della Corte costituzionale, e rivolgendo un messaggio alla Nazione, proclamare con Dahir lo stato di eccezione».

Mauritania del 1991⁴²; l'art. 48 della Costituzione della Costa d'Avorio del 2000⁴³; l'art. 61 della Costituzione del Madagascar del 2010⁴⁴; l'art. 43 della Costituzione della Repubblica Centrafricana del 2016⁴⁵). L'adozione del modello emergenziale francese è assolutamente centrale per spiegare alcuni dei tratti più caratterizzanti gli ordinamenti della *Françafrique* all'indomani dell'indipendenza. Le Carte costituzionali adottate a partire dalla svolta decolonizzante del 1959, benché riflettano una certa eterogeneità di soluzioni istituzionali (con alcuni ordinamenti che accolgono modelli parlamentari ispirati alla Quarta Repubblica, e altri che optano per assetti più marcatamente semi-presidenziali o presidenzialisti, modellati sulla figura dell'esecutivo forte di matrice gollista) tendono da subito a rafforzare il ruolo del Capo dello Stato, anche all'interno dei modelli formalmente parlamentari, aprendo così la strada a una progressiva presidenzializzazione del potere. Elemento particolarmente rilevante di questo passaggio costituzionale è proprio la sistematica inclusione dell'equivalente dell'articolo 16 della Costituzione francese del 1958, poiché rappresenta un meccanismo che, con il suo potenziale derogatorio rispetto al principio di separazione dei poteri, diventa, in Africa, uno strumento essenziale per la costruzione di regimi autoritari formalmente conformi al dettato costituzionale⁴⁶.

Gli esempi provenienti dalla *Françafrique* mostrano, oltre alla pedissequa introiezione del modello francese, il debole coinvolgimento del giudice costituzionale, in quanto i pareri emessi dal Consiglio costituzionale (o dal suo Presidente, a seconda dei casi), poiché rientranti nel *genus* delle funzioni consultive delle Corti, non sono vincolanti.

Al secondo sottoinsieme del controllo giurisdizionale “debole” sulla dichiarazione e l'estensione dello stato d'eccezione rientra, tra gli altri, l'ordinamento irlandese. Il riconoscimento, alla Corte suprema di Dublino, di un potere di *judicial review* sulle sole procedure utilizzate per dichiarare lo stato emergenziale è riconosciuto tanto dalla dottrina quanto dagli attori politico-istituzionali, soprattutto alla luce del nebuloso dettato costituzionale. Ai sensi dell'articolo 28.3 della Costituzione del 1937, infatti, «[n]essuna disposizione della [...] Costituzione può essere invocata per invalidare una legge approvata

⁴² «Quando un pericolo imminente minaccia le istituzioni della Repubblica, la sicurezza e l'indipendenza della Nazione o l'integrità del suo territorio, e quando il regolare funzionamento dei poteri costituzionali è ostacolato, il Presidente della Repubblica prende le misure necessarie per far fronte a queste circostanze, dopo aver consultato ufficialmente il Primo Ministro, i Presidenti delle Assemblee e il Consiglio costituzionale».

⁴³ «Nel caso in cui le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali siano [...] minacciati, e il regolare funzionamento degli organi pubblici costituzionali sia interrotto, il Presidente della Repubblica prende le misure eccezionali richieste da queste circostanze, dopo aver consultato i Presidenti delle Assemblee e il Presidente del Consiglio Costituzionale».

⁴⁴ «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, la sua unità o l'integrità del suo territorio sono minacciate, e il regolare funzionamento dei poteri pubblici risulta compromesso, il Presidente della Repubblica può proclamare, su tutto o su parte del territorio nazionale, la situazione di eccezione, vale a dire lo stato di urgenza, lo stato di necessità o la legge marziale. La decisione viene presa dal Presidente della Repubblica in Consiglio dei ministri, previo parere dei Presidenti dell'Assemblea Nazionale, del Senato e dell'Alta Corte Costituzionale».

⁴⁵ «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio, l'esecuzione degli impegni internazionali o il normale funzionamento dei poteri pubblici sono minacciati in modo grave e immediato, il Presidente della Repubblica, previo [parere] del Consiglio dei Ministri, del Presidente dell'Assemblea Nazionale, del Presidente del Senato e del Presidente della Corte Costituzionale, prende le misure richieste dalle circostanze al fine di stabilire l'ordine pubblico, l'integrità del territorio e il regolare funzionamento dei poteri pubblici».

⁴⁶ Sul punto si v. E. BERTOLINI, *La perenne transizione costituzionale della Françafrique tra rottura e continuità*, Milano, Wolters Kluwer, 2024, 90-91.

dal Parlamento allo scopo esplicito di garantire la sicurezza pubblica e la difesa dello Stato in tempo di guerra o di ribellione armata, o annullare qualsiasi atto compiuto, o che si ritiene compiuto, in tempo di guerra o di ribellione armata per l'esecuzione di tale legge». Nel 1977 la Corte suprema, in un giudizio di *reference*⁴⁷ sulla costituzionalità dell'*Emergency Powers Bill 1976*, presentato dal Presidente Ó Dálaigh ai sensi dell'articolo 26 della Costituzione, si dichiarava competente a sindacare solo la legittimità dell'*Oireachtas* ad approvare la legislazione emergenziale, e non anche il contenuto di tale legislazione. Da questa posizione giurisprudenziale, successivamente mai modificata né approfondita – nonostante la Corte suprema si riservasse espressamente di esaminare in futuro la questione se i tribunali fossero competenti a controllare le dichiarazioni di emergenza votate dal Parlamento irlandese – deriva che al giudice di Dublino spetti soltanto un controllo di tipo procedurale, e non anche di merito, sulla materia emergenziale⁴⁸. Anche il caso irlandese, quindi, poiché il controllo giurisdizionale è limitato alla verifica dei presupposti formali (e non anche sostanziali) dell'attivazione dell'eccezione, si configura come una forma “debole” di *judicial review*.

4. Il modello del controllo forte e le sue applicazioni

Se nella categoria classificatoria appena esaminata il giudice costituzionale detiene limitati poteri in merito alla questione dell'attivazione emergenziale e della sua estensione, in un terzo sottoinsieme di ordinamenti, che possono definirsi a controllo “forte” (o che si inseriscono in quello che è stato definito “modello partecipativo” della facoltà di avviare e prorogare lo stato d'eccezione⁴⁹), l'azione giurisdizionale diventa produttiva di effetti coercitivi, e si pone come ulteriore (e definitiva) protezione dell'architettura costituzionale dell'ordinamento. In questa terza categoria, così come per la prima, si ricomprendono tanto quegli ordinamenti in cui la conoscibilità della materia emergenziale è stata affermata in via pretoria, quanto quelli in cui invece tale prerogativa è esplicitamente prevista dal testo costituzionale.

Al primo sottoinsieme, quello dell'affermazione spontanea da parte delle Corti della giustiziabilità degli atti di attivazione e proroga dell'emergenza, appartengono ordinamenti come quello indiano e spagnolo.

In India rileva anzitutto la decisione della Corte suprema nel caso *S.R. Bommai v. Union of India* del 1994⁵⁰, la quale, pur non riguardando una proclamazione di emergenza ai sensi dell'articolo 352 Cost. del 1947 (in tema di “national emergency”), ma una *ex* articolo 356

⁴⁷ 1975 WJSC-SC 914.

⁴⁸ Sul punto, si v. A.K. KOEKKOEK, *Ireland*, in L. BESSELINK - P., BOVEND'EERT - H. BROEKSTEEG - R. DE LANGE - W. VOERMANS (a cura di), *Constitutional Law of the EU Member States*, Deventer, Kluwer, 2014, 878 ss.; M. GALLAGHER, *Politics, the constitution and the judiciary*, in J. COAKLEY - M. GALLAGHER (a cura di), *Politics in the Republic of Ireland*, London-New York, Routledge, 2017, 63 ss.

⁴⁹ Cfr. F. BIAGI, *Estados de emergencia y crisis pandémica: algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales*, cit., 100-101.

⁵⁰ 1994 2 SCR 644.

Cost. (“failure of constitutional machinery in States”), tuttavia, per analogia testuale delle disposizioni costituzionali, appare ormai tenuta in considerazione come un precedente fruibile⁵¹. In entrambe le disposizioni del testo costituzionale, infatti, si sancisce come il Presidente dell’Unione possa, quando si ritiene “*satisfied*” dell’esistenza di una situazione emergenziale, dichiarare lo stato d’eccezione. Nel caso *Bommai*, la Corte suprema di Nuova Delhi ha stabilito, all’unanimità dei nove membri componenti il collegio, di poter sindacare la legittimità della “soddisfazione” del Presidente nell’imporre un governo d’emergenza in uno qualsiasi degli Stati dell’Unione, e in particolare che «[l]a validità del Proclama emesso dal Presidente ai sensi dell’articolo 356, primo comma, è passibile di controllo giudiziario al fine di stabilire se [esso] sia stato emesso sulla base di un elemento esistente o meno, ovvero su un elemento [effettivamente] rilevante, oppure se il Proclama sia stato emanato nell’esercizio in malafede del potere»⁵². Nell’ordinamento indiano, dunque, il sindacato della Corte suprema rispetto allo stato emergenziale si esprime su due fronti: dapprima, rispetto alla “soddisfazione” del Presidente di dichiarare l’eccezionalità, e in secondo luogo (come, del resto, nella quasi totalità degli ordinamenti) rispetto agli *orders* e alle *ordinances* emanate a seguito dell’avviamento dell’emergenza. In entrambi i casi non si tratta di un semplice controllo sulle procedure, ma sui presupposti stessi che hanno condotto alla dichiarazione emergenziale e all’implementazione delle misure per farvi fronte.

Nella storia costituzionale del Paese, lo stato d’emergenza nazionale è stato dichiarato tre volte (nel 1962, nel 1971 e tra il 1975 e il 1977), per cui non può rinvenirsi una prassi giurisdizionale rilevante in materia. Cionondimeno, l’affermazione da parte della Corte suprema di Nuova Delhi della giustiziabilità della “soddisfazione presidenziale” quale presupposto per la proclamazione dello stato d’eccezione segna un passaggio di rilievo nel diritto costituzionale indiano, configurando il ruolo del Giudice apicale come quello di un guardiano sostanziale e non meramente formale dell’atto presidenziale. Pur in assenza di un *corpus* consolidato di giurisprudenza direttamente riferibile all’articolo 352 Cost., la posizione impiegata nel caso *Bommai* ha ormai assunto una portata paradigmatica. La Corte, in tale prospettiva, rivendica un ruolo attivo di custode del principio di legalità costituzionale anche in contesti emergenziali, bilanciando la discrezionalità presidenziale con un controllo *ex post* sulla razionalità, pertinenza e buona fede del potere esercitato.

In Spagna, a rilevare è invece la sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 83/2016⁵³, ai sensi della quale «tutti gli atti governativi e parlamentari di dichiarazione, autorizzazione e proroga di ciascuno dei tre stati di emergenza ex art. 116 della Costituzione spagnola sono soggetti, in virtù del loro status di atti e disposizioni aventi forza o rango di legge, allo stesso sistema di controllo giurisdizionale davanti a questa Corte»⁵⁴. Certamente, in tali fattispecie, e come è stato messo in evidenza⁵⁵, la maggiore problematicità risulta essere l’eventuale lentezza

⁵¹ Sul punto si rimanda a quanto detto da O. IMTIAZ, *Emergency Powers and the Courts in India and Pakistan*, The Hague-London-New York, Kluwer, 2002, 39.

⁵² 1994 2 SCR 644, § 153.

⁵³ ECLI:ES:TC:2016:83.

⁵⁴ *Ibid.*, § 11.

⁵⁵ Per cui si v. di nuovo F. BIAGI, *Estados de emergencia y crisis pandémica: algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales*, cit., 105.

della risposta della Corte, che erode, infine, l'efficacia stessa del controllo. Ad esempio, il ricorso per incostituzionalità presentato da più di cinquanta deputati del gruppo parlamentare Vox contro il Regio Decreto 463/2020 del 14 marzo, che dichiarava lo *estado de alarma* per gestire la crisi pandemica, è stato deciso dal Tribunale costituzionale solo a distanza di più di un anno, con la sentenza 148 del 14 luglio 2021⁵⁶, nella quale il giudice apicale spagnolo disponeva l'incostituzionalità dell'estensione temporale dell'*estado de alarma*, ritenuta particolarmente lunga, e soprattutto vessatoria del regime di controllo politico a cui è posto il Congresso⁵⁷.

L'azione di controllo delle Corti sulla proclamazione e proroga dello stato di eccezione può, infine, essere esplicitamente prevista dal testo costituzionale. È questa la situazione che si riscontra, anzitutto, in carte recenti, ovvero recentemente emendate. In tutti questi casi, come si è detto, sembra che tale funzione delle Corti sia da inquadrarsi in quella "oggettivazione" della materia derivante dall'accuratezza con cui le costituzioni più recenti disciplinano le condizioni e le procedure dello stato eccezionale, al fine di assicurare l'azione di garanzia del giudice supremo, e porlo così, per dirla con le parole di Cappelletti, a guardia di «una sorta di ideale trincea di estrema difesa che l'uomo libero è andato erigendo contro temuti ritorni di un'epoca [...] di tirannide»⁵⁸.

Così, come noto, la riforma costituzionale del 2008 ha introdotto in Francia un meccanismo di controllo della materia emergenziale da parte del Consiglio costituzionale. La nuova disciplina dell'articolo 16 della Costituzione prevede che, passati trenta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il Consiglio costituzionale possa essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni di attivazione dei detti poteri sussistano ancora. La Corte procede d'ufficio a tale esame, e si pronuncia alle stesse condizioni, allo scadere dei sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, e in ogni altro momento oltre tale durata. Si è già detto come il caso francese non conosca una prassi giurisprudenziale sulla nuova disciplina, stante l'utilizzo degli stati di emergenza previsti dalla legislazione del 1955 (*état d'urgence*) e del 2020 (*état d'urgence sanitaire*); eppure, la novella del 2008 riveste una rilevanza sistemica cruciale, nel modo in cui introduce – per la prima volta in modo esplicito – un meccanismo di controllo costituzionale sull'esercizio dei poteri eccezionali⁵⁹. Essa si inserisce in un più ampio processo di trasformazione funzionale del *Conseil constitutionnel*, che, nel quadro della giustizia costituzionale francese contemporanea, vede attribuirsi un controllo crescente sulla conformità dell'azione pubblica ai principi costituzionali, anche in materia di diritti fondamentali e bilanciamento dei poteri – come pure confermato dall'estensione del controllo *a posteriori* introdotto proprio con la riforma del 2008. Sebbene il meccanismo previsto dall'art. 16 nella sua nuova formulazione non sia ancora stato

⁵⁶ ECLI:ES:TC:2021:148.

⁵⁷ Sul punto L. FROSINA, *Le alterazioni fisiologiche e patologiche della funzione di controllo politico durante lo stato di allarme. A proposito di alcune recenti sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Diritti Comparati*, n. 1/2022, 181 ss.

⁵⁸ M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, 4.

⁵⁹ Sul punto, *ex multis*: S. PLATON, *Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain?*, cit.; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 2/2009, 269 ss.

attivato, la sua esistenza rappresenta una novità di rilievo costituzionale, poiché formalizza il principio secondo cui l'eccezionalità deve rimanere sotto vigilanza costituzionale, contribuendo così a rafforzare le garanzie di legalità anche nei momenti di crisi.

Un altro ordinamento in cui la regolamentazione dello stato di emergenza ha coinciso con l'introduzione di un controllo giurisdizionale dei suoi presupposti è quello sudafricano. Ai sensi dell'articolo 37, terzo comma Cost. del 1996, infatti, «[o]gni tribunale competente può decidere la validità: a) di una dichiarazione di stato di emergenza; b) della proroga di una dichiarazione di stato di emergenza; o c) di qualsiasi legge emanata, o di altre azioni intraprese, in conseguenza di una dichiarazione di stato di emergenza». La Carta sudafricana riconosce, dunque, l'attribuzione di supervisione su tutte le fasi dello stato eccezionale, e in modo diffuso, anche al giudice ordinario. Queste disposizioni segnano un evidente distacco da quelle regolanti la stessa materia nell'ordinamento giuridico di *apartheid* e, in questo senso, sono alcuni dei più chiari indizi del fatto che la Costituzione del 1996 è, secondo la terminologia di Teitel, una “costituzione di transizione”, ossia «al tempo stesso orientata verso il passato e verso il futuro, in quanto disconosce le norme illiberali del passato e reclama quelle liberali del futuro»⁶⁰. Esse, inoltre, esplicitano un rifiuto verso il principio di sovranità parlamentare, che pure aveva contribuito a plasmare la vecchia disciplina in materia emergenziale⁶¹. Anche il modello sudafricano è stato oggetto di trapianti giuridici in altri ordinamenti, come quello keniota, dove l'articolo 58, quinto comma della Costituzione del 2010 riprende la stessa formulazione della Carta sudafricana, ma attribuendo la funzione di controllo al solo giudice apicale (la Corte suprema) e non anche a quello ordinario, e quello zimbabwese, che invece adotta, all'articolo 113, settimo e ottavo comma della Costituzione del 2013, una soluzione ibrida, per cui il controllo sull'attivazione e l'estensione dello stato di emergenza spetta alla Corte costituzionale, ma quello sulla legislazione derivata è riconosciuto a ciascun giudice.

Tra la casistica che offre la comparazione giuridica, molto interessante è il ruolo svolto nella prassi dal giudice apicale colombiano, il quale, proprio in virtù delle disposizioni costituzionali che ne ammettono la capacità di conoscere e sindacare la natura delle dichiarazioni di emergenza, ha permesso all'ordinamento di non cadere in quella “normalizzazione dell'eccezione” teorizzata da Agamben⁶². In particolare, la Costituzione del 1991 prevede, all'art. 214, sesto comma, che il Governo debba presentare i decreti che proclamano lo stato di emergenza alla Corte costituzionale il giorno successivo alla loro promulgazione, affinché la Corte decida sulla loro costituzionalità. Se il governo non lo fa, la Corte ha il potere di controllarli automaticamente. Tra il 1991 e il 2011 l'esecutivo ha emesso venticinque decreti di stato d'emergenza, sette dei quali sono stati annullati dalla

⁶⁰ R. TEITEL, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, in *Yale Law Journal*, n. 106/1997, 2015 ss. Ancora secondo l'A. «[i]n tempi ordinari, il costituzionalismo è concepito come interamente orientato al futuro, destinato a durare per generazioni. In tempi di transizione, il costituzionalismo ha un carattere particolarmente retrospettivo, giustificativo e costruttivo della trasformazione politica» (2078, tr. mia).

⁶¹ Cfr. N. FRITZ, *States of emergency*, in S. WOOLMAN - M. BISHOP (a cura di), *Constitutional Law of South Africa*, 2° ed., Cape Town, Juta, 2013, § 61.12.

⁶² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 9, citato in F. BIAGI, *Estados de emergencia y crisis pandémica: algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales*, cit., 108.

Corte per motivi sia formali che sostanziali⁶³. In particolare, la Corte ha ripetutamente affermato che il Presidente può dichiarare lo stato d'emergenza solo quando siano stati oggettivamente soddisfatti i precisi requisiti fattuali stabiliti dalla Costituzione⁶⁴. Questo controllo, per così dire “materiale”⁶⁵, esercitato dalla Corte costituzionale colombiana, è stato molto importante per ridurre lo stato di emergenza permanente in cui si trovava il Paese nei decenni precedenti, e rappresenta forse il caso più emblematico (e foriero di conseguenze politico-istituzionali) di azione giurisdizionale in tema di controllo sui presupposti di attivazione dello *status* eccezionale.

5. Alcune considerazioni conclusive

Dall'analisi che si è approntata, per forza di cose soltanto panoramica, può constatarsi anzitutto l'ampiezza della casistica circa il controllo giurisdizionale sulla dichiarazione e l'estensione dello stato di eccezione.

In tal senso, il presente lavoro si è proposto non tanto di proporre una classificazione rigida degli ordinamenti esaminati, quanto di evidenziare le tensioni sistemiche che emergono nei diversi contesti costituzionali nel momento in cui si afferma la logica dell'eccezione. L'approccio comparato consente di mettere in luce come nessun modello nazionale sia immune da contraddizioni interne, e che la gestione dell'emergenza non costituisca un elemento estraneo all'ordinamento costituzionale, bensì una sua espressione patologica e, al contempo, rivelatrice. La riconfigurazione dei rapporti tra poteri, l'offuscamento dei confini tra legalità e necessità, e il grado di sindacabilità dell'azione esecutiva appaiono così come indicatori fondamentali per comprendere la tenuta e l'evoluzione del costituzionalismo contemporaneo. Come già ha notato la Commissione di Venezia, il ruolo delle Corti nelle situazioni costituzionalmente emergenziali deve essere anzitutto di garanzia e tutela nei confronti dei diritti individuali potenzialmente lesi, per cui la valutazione pretoria degli atti posti in essere (anzitutto) dagli esecutivi nell'affrontare la situazione eccezionale non è derogabile. Al contrario, in merito alla conoscibilità del giudice dei presupposti di merito che hanno condotto le istituzioni politicamente legittimate ad attivare la condizione di necessità, si comprende l'opportunità di una più ampia gamma di soluzioni⁶⁶.

Le valutazioni che conducono a una o all'altra di queste poggiano, in definitiva, sulla concezione giuridica che è alla base dello stato di eccezione, ossia sul fatto che esso debba considerarsi un atto eminentemente politico, ovvero che possa ricondursi nell'alveo

⁶³ *Ivi*, 107.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ R. UPRIMNY, *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*, in *dejusticia.org*, 12 December 2005, Online, 16.

⁶⁶ VENICE COMMISSION, *Report: Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency: reflections - taken note of by the Venice Commission on 19 June 2020 by a written procedure replacing the 123rd plenary session*, CDL-AD(2020)014, Online, § 85-87.

dell'oggettivazione costituzionale, risultando possibile destinatario di conoscibilità giurisdizionale.

In generale, la prima posizione è sposata dai difensori della c.d. *political question*. L'atteggiamento deferente nei confronti degli attori politicamente legittimati convoglia nella stessa classe diverse categorie di ordinamenti, sia democratici che non. Ciò che conta è che, in tutti questi casi, alla base della scelta c'è l'idea che l'introduzione delle Corti sul sindacato sostanziale (e non solo formale) dello stato di eccezione sia non soltanto inopportuno, ma persino deleterio per la credibilità del potere giudiziario come autorità tecnica, indipendente e neutrale.

A queste obiezioni, gli ordinamenti che decidono di introdurre un controllo giurisdizionale dei presupposti delle dichiarazioni di emergenza rispondono con due ordini di ragioni. Anzitutto, sostenendo una lettura della giustizia costituzionale in senso "ampio" o "totale", di modo che, nelle prerogative di questa, non rientri solo il raffronto tra norme gerarchicamente disposte, ma pure quella molteplicità di interazioni fra soggetti, organi e procedure che consentono di sindacare (non solo gli atti ma) anche i comportamenti dei pubblici poteri, nel confronto con norme di rango costituzionale, siano esse codificate in un testo formale rigido ovvero assumenti la forma di principi dell'ordinamento⁶⁷.

In seconda battuta, proprio l'oggettivazione della materia emergenziale, riconducendone gli stilemi dal campo esclusivamente politico a quello costituzionale, e dunque positivizzandoli, permette al giudice dei poteri di mantenere intatta la sua terzietà e tecnicità, non depauperandone il carattere, ma anzi rendendolo ancora più autorevole. Ciò accadrebbe perché l'approccio alla giustizia costituzionale che si verrebbe ad adottare sarebbe quello che guarda alla separazione tra poteri non solo nel senso della distinzione tra quello esecutivo, legislativo e giudiziario, ma pure a quella tra poteri di indirizzo politico e poteri di garanzia-controllo, e ai rapporti tra questi⁶⁸. È a tale seconda categoria che allora vengono ascritte le Corti, organi le cui funzioni aiutano a lubrificare i meccanismi costituzionali di un ordinamento, non necessariamente soltanto attraverso la garanzia del principio gerarchico tra norme, ma pure con il controllo (da non confondere con la discrezionalità, che rimane propria della politica) sulla sovranità, nel suo senso più ampio.

In tal senso, sembrerebbe che un ruolo più attivo del giudice nel praticare un controllo dei presupposti emergenziali, sulla base della loro riconduzione dalla *political* alla *legal question*, possa irrobustire la difesa dello Stato di diritto, anzitutto poiché assicurerebbe la partecipazione di corpi istituzionali apolitici nella supervisione della situazione emergenziale "costituzionalizzata". Così, il ruolo del giudice costituzionale, lungi dal doversi configurare come un mero "guardiano dell'ordine normale", si rivela centrale nella costruzione di una legalità dell'eccezione.

Certamente, affinché tale rafforzamento sia efficacemente realizzato, rimangono fondamentali il rispetto dei pubblici poteri nei confronti del circuito giudiziario, e in

⁶⁷ A tal proposito, S. BAGNI - M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., 23-27, parlano di funzione nomocratica e funzione pantocratica della giustizia costituzionale.

⁶⁸ Cfr. E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, 37-38.

particolare rispetto al giudice custode dell'ordine costituzionale. In tale ottica, anche ordinamenti rientranti nelle democrazie elettorali, come quello colombiano, sembrano poter svolgere un ruolo esemplare. In questi casi, infatti, a un iperattivismo della componente politica dello Stato corrisponde un altrettanto forte dinamismo delle Corti, in grado di neutralizzare le volontà del potere esecutivo, per ricondurlo nell'alveo del rispetto dei principi costituzionali dell'ordinamento.