



The constitutionalization of crisis in (liberal)-democratic State: the “preventive and solidaristic” approach in civil law systems.

The image of two opposite methods possibly put in place in order to resolve the complex relation between a “State” (intended in its most affirmed shape, as a “liberal-democratic” one) and its “crisis” (whose multiple aspects could so profoundly damage the first one, to be that transformed in a “State of crisis”), reminds another image, notoriously present in constitutional field. This is the “balance” topic, by which every constitutional system can elaborate, following its principles, different solutions to the “inmanent conflicts” that trouble it in the inside.

By Alessandra Mozzi

The moment of “crisis” appears as an highest expression of contradiction between the fundamental exigences of a system, especially among those of a liberal-democratic one.

Although the institutional choices will be mostly oriented by the “*need and contingency*” patterns, also to the detriment of the liberal-democratic safeguards, they cannot suspend important qualities such as *comparison* and *openness* which mainly

distinguish the “democratic” issue. Without this assumption, the liberal-democratic adjective could not be attached to the State anymore, because of its contradiction to the consequential radicalization of only protection and securitization instances of the system itself. This one, at last, would be definitely enclosed (both externally and internally) in its “institutional guarantees”.

Proving this statement, it is well demonstrated that more importance the systems give in providing those emergency measures applicable in any case of “crisis”, the more they risk to pass from the temporary suspension of certain constitutional rights, to the upcoming of dangerous phenomena such as “*legal-revolution*”¹ or “*paternalistic constitutionalism*”², anyway considered as oxymorons.

¹ F.RIMOLI, “*Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*”, Riv AIC 30 aprile 2017, cita a proposito del paradosso contenuto nella definizione di “rivoluzione legale”(termine coniato a proposito da C. Schmitt), la *Ermächtigungsgesetz* del 24 marzo 1933, con cui Hitler riuscì ad assumere i pieni poteri, nonché la inarrestabile ascesa di potere del regime fascista, che, pur collocati entrambi gli eventi nell’ambito dei rispettivi ordini costituzionali (rispettivamente, Costituzione di Weimar e Statuto albertino), sono, secondo l’autore «un’ulteriore riprova della concreta possibilità dei sistemi liberali – e ancor più, potrebbe aggiungersi per quanto si dirà, di quelli democratici - di scegliere, con decisione almeno in apparenza libera e formalmente legittimata dal rispetto di procedure preordinate, il proprio “suicidio” politico-istituzionale». E ciò che ancora più “inquieto” l’autore è il modo in cui tale specie di rivoluzione tende a manifestarsi nei sistemi istituzionali, data cioè dalla «Non più la tranquillizzante contrapposizione tra una razionalità ordinante (il sistema giuridico, il meccanismo democratico) da un lato, e una magmatica tendenza al rivolgimento improvviso ed anomico dall’altro, non più una “logica” antitesi tra l’ordine e il caos, ma una sovrapposizione “innaturale” delle due dimensioni, un trascolorare continuo dell’una nell’altra, un interscambio di ruoli funzionali che disorienta e mette in gioco le categorie etico-politiche, e perfino, forse, quelle epistemiche, fino a velare di ambiguità e di incertezza le stesse coordinate del sistema iniziale».

² Anche qui, come osservato nel precedente caso della definizione di “crisi”, ci si imbatte, secondo V.MURA, *Paternalismo e democrazia liberale*, Meridiana, n.79 47 ss in un termine : «*onniscapiente*, adoperato per coprire, sul piano semantico, un campo estensionale praticamente illimitato, come se sotto la sua generica etichetta possano essere indifferentemente catalogate manifestazioni del potere pubblico assai diverse per ispirazione e/o motivazione », con l’opportuna precisazione per cui i connotati di tali manifestazioni si riproducono nella serie di obblighi/divieti previsti necessariamente da tutti gli ordinamenti, e che per questo conservano una ratio «che, in molti casi, non è necessariamente paternalistica [...] perché potrebbe essere, semplicemente, una ratio ispirata a pratiche di buon governo, che nulla hanno a che vedere con il paternalismo.». Dunque, nello stabilire se un provvedimento appartenente a tale specifico genere contenga o meno i sintomi del fenomeno “paternalistico”, è quantomai necessario, come conclude lo stesso autore, : «Precisare il significato del termine, [...] esigenza ineludibile non solo per evitarne l’abuso, ma per poi arrivare in conclusione a mostrare come il

The riskiness of these tendencies, which could be triggered in any system that has already provided that constitutional support to the national “emergency” regulation, is synthesized in the same specific instruments typically used to keep on with the State protection objective.

Moving apart from the category of definitive prohibitions, because of their “historical” and idealistic role against an authoritarian past, such as banning the re-construction of anti-democratic and eversive parties (whose, for example, the XII of final and transitional disposit. of the 1948 Italian Constitution; or the *Berufsverbot* discipline in the 1949 RFT article 18 GG³); the theme wants to focus on all temporary restrictions of constitutional freedoms and rights, like free movement and circulation or postal confidentiality, (as provided by articles 10-11 of RFT⁴), as like as speech and information freedoms, or domiciliary inviolability

paternalismo, lungi dall’essere compatibile, si collochi in realtà agli antipodi del liberalismo e della democrazia», da cui traspare, in ultimo, l’essenziale “nocività” del fenomeno paternalistico sotto l’aspetto del suo rapporto con la forma “democratica” di Stato. Riguardo al carattere c.d. “ossimorico” del fenomeno, più incisivo è invece A.SPADARO, *I due volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, POLITICA DEL DIRITTO / a. XLV, n. 3, settembre 2014 p. 430, per il quale: «In ogni caso, sia il libertarismo costituzionale che il paternalismo costituzionale sono due rischi che tutti gli ordinamenti liberaldemocratici e personalisti corrono “di continuo”: ora è maggiore l’uno, ora l’altro. Ed entrambi – anche se i giuristi usano i due termini talora come forma di accusa reciproca – sono, a ben vedere, degli “ossimori giuridici”. Infatti, è proprio l’aggettivo “costituzionale” – il quale implicitamente rinvia a un “sistema di limiti” – che stona accanto ai ricordati due “ismi”(libertarismo e paternalismo) con pretese assolutistiche. Insomma, se fossero veramente “costituzionali”, non dovrebbero essere possibili né libertarismo, né il paternalismo. Infatti, nel momento stesso in cui l’uno o l’altro prevalgono, non c’è più, o comunque viene alterato, appunto l’equilibrio costituzionale come “sistema di limiti”»

³ v. nota successiva

⁴ In dettaglio, l’art 10 GG, dopo che al primo comma stabilisce: “*Il segreto della corrispondenza e così pure il segreto postale e delle telecomunicazioni sono inviolabili*”; così dispone al secondo capoverso: *Limitazioni possono essere poste solo dalla legge. Se la limitazione serve alla difesa dell’ordinamento costituzionale liberale e democratico o dell’esistenza o della sicurezza della Federazione o di un Land, la legge può stabilire che la misura restrittiva non venga comunicata all’interessato e che il ricorso giurisdizionale sia sostituito dal controllo di organi anche ausiliari, istituiti dal Parlamento.*

Mentre, riguardo la libertà di circolazione, ripete la stessa struttura l’art 11 GG: “(1) *Tutti i tedeschi possono liberamente circolare nell’intero territorio federale*”. “(2) *Tale diritto può essere limitato soltanto con legge o in base ad una legge e solo nei casi nei quali la mancanza di sufficienti mezzi di sostentamento comporterebbe particolari oneri per la collettività, o nei casi nei quali ciò sia necessario per allontanare un incombente pericolo per l’esistenza o per l’ordinamento costituzionale liberale e democratico della Federazione o di un Land o per combattere contro i pericoli derivanti da epidemie, da catastrofi naturali o da disastri particolarmente gravi, o per proteggere la gioventù dalla mancanza di assistenza o al fine di prevenire azioni penalmente perseguibili*”

D’altronde, la ratio delle due disposizioni si ricollega più ampiamente a quanto stabilito dall’art. 18 GG, nel quale è contemplata una peculiare disciplina riguardante la “*Perdita dei diritti fondamentali*”: (1) *Chiunque, per combattere l’ordinamento costituzionale democratico e liberale,*

(these last particularly articulated in spanish Const., article 55-1⁵).

Any kind of these provision, though always closed by a series of bounds limiting its possible “extension”, unexceptionally maintains a basic form of *auctoritas*⁶ inside

abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa (articolo 5, primo comma), della libertà di insegnamento (articolo 5, terzo comma), della libertà di riunione (articolo 8), della libertà di associazione (articolo 9), del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni (articolo 10), del diritto di proprietà (articolo 14) o del diritto di asilo (articolo 16a) perde tali diritti fondamentali. La decadenza e la sua estensione sono pronunciate dal Tribunale costituzionale federale”, nonché ai successivi artt 20, comma 1 e 21 comma 2 (il primo sui “Fondamenti dell’ordinamento statale”, cui di conseguenza tutte le libertà si trovano assoggettate; il secondo sulla possibile limitazione della libertà di associazione politica). Tale rigida attenzione per la tutela dell’integrità di Stato (democratico e sociale) nel testo di Bonn va necessariamente ricondotta alla volontà di tutelare per quanto possibile il nuovo ordinamento dal fallire precedente weimariano (sulla questione, v. E.FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, 1929, in Arrigo, Vardaro (edd) *Laboratorio Weimar*, Roma, 1982).

⁵ Così il disposto : “I diritti riconosciuti negli articoli 17, 18 comma 2 e 3, articoli 19, 20 comma 1 a. e d. e 5, articoli 21, 28 comma 2 e articolo 37 comma 2, potranno essere sospesi quando venga accordata la dichiarazione dello stato di eccezione o di assedio nei termini previsti nella Costituzione. Resta escluso da quanto sopra stabilito il comma 3 dell’articolo 17 nel caso di dichiarazione dello stato di eccezione”, quest’ultimo relativo al diritto di essere informati e al diritto di difesa durante lo stato di carcerazione preventiva, la quale misura rientra invece a pieno titolo tra le possibili “compressioni” alla libertà precedentemente elencate.

⁶ F.RIMOLI, *op.cit.*, si rifà alla «sfuggente dimensione dell’*auctoritas patrum*, » riprendendone l’analisi da G.AGAMBEN (cit. in corsivo: *Stato di eccezione*, Bollati, Borlinghieri, 2003, 101 ss), la quale appare dunque: «ben distinta dalla *potestas* e dall’*imperium* dei magistrati, e affidata piuttosto al senato, agiva “come una forza che sospende la *potestas* dove essa aveva luogo e la riattiva dove essa non era più in vigore”, ossia come “potere che sospende o riattiva il diritto, ma non vige formalmente come diritto”; la stessa *auctoritas* che, assunta da Augusto come *optimi status auctor*, si innesta sulla sua persona e la costituisce come entità stessa del potere, fondendosi nel medesimo soggetto con la *potestas* e generando ciò che sarebbe servito, in tempi assai più recenti, a fondare la dimensione carismatica del *Führertum*. Dalla fusione di due fattori in origine contrapposti seppur “funzionalmente connessi” – *auctoritas* e *potestas*, normativo il primo, anomico il secondo – sarebbe cioè sorta la dualità strutturale del sistema giuridico occidentale: in questo quadro, lo stato di eccezione sarebbe dunque “il dispositivo che deve, in ultima istanza, articolare e tenere insieme i due aspetti della macchina giuridico-politica, istituendo una soglia di indecidibilità fra anomia e *nomos*, fra vita e diritto, fra *auctoritas* e *potestas*”: finché i due elementi rimangono in correlazione tra loro, ma separati, il sistema può funzionare; se essi però tendono a coincidere in una sola persona, e “quando lo stato di eccezione, in cui essi si indeterminano, diventa la regola, allora il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale”». Di qui, l’intenzione dell’autore resta comunque quella di mantenere la distinzione tra la formula di *auctoritas* predeterminata (corrispondente, attualmente proprio ai regimi di emergenza costituzionali, giustificabile

the constitutional system. Their application, in fact, result in conflict with principles of free self-determination, either in its “*authocentric*” and “*ethero-centric*” projection (Spadaro, 2014).

Then, on that point, the juridical constitutional traditions tend to be identified by their own historical, political and ideological characteristic: by the way the main distinction stay between *civil law* and *common law* traditions. In the first cases there will be a stronger inclination to the preservation of the community, (following a *solidarian* inspiration), that, many times, united with passed authoritarian experiences, guides towards the use of constitutionalized sistematization against the emergency issue (Spain, Germany, Portugal and France). On the other hand, the common law systems , not so much conceived on keeping the collective network untouched, they will prefer an extra-ordinary approach, not necessarily based on the Constitution (the relevance in those cases is taken by United Kingdom and USA systems, but also the belgian and french ones could be included).

Starting from this brief subdivision, it is now compulsory try to compare different aspects and peculiarities of some cited systems, anyway joint by the features that made them belonging to the same cathegory.

“Legal” (France/Spain) or “immanent” (Germany/Portugal) derogation of fundamental-constitutional rights.

From a first view of the previously cited systems in order to examine their qualification in front of the “state-emergency” issue, now there is the need to design another distinction between normative and administrative aspect, because of their differentiated relationship with the legality principle , instead they could be both included as part of the emergency mechanism. Though the exercise of emergency-features under a legal reserve will result formally justified ; the “exceptional” administrative procedures will mostly appear as under suspicious in front of their lack of legal coverage.

In addition, this question worth an in-depth analysis if concerning emergencial-disposals ranked in those systems where the legality principle results as most stigmatized by constitutional points (which are, in particular, the french, spanish and german ones). That inclination mainly distinguish themselves from the immanent role of the *rule of law* , wich is in contrast operative in *common* systems.

in virtù della sua funzione di “tutela estrema” dell’ordine violato); dagli effetti “catastrofici” che l’auto-assunzione di potere da parte del “decisore” incaricato (che sia il Senato dell’antica Roma o il Presidente della Repubblica nella Costituzione francese del 1958) possono sortire sull’intero ordinamento.

It is commonly notable the fact that France provides its emergency regulation, not only in one measure, by exactly in three different shapes (one constitutional and two legislative)⁷, and devoted them to the public-policy safeguard. This last is in fact considered a basic-fundamental statement, whose exercise are responsible both central-governative and local-administrative authorities, even if the art. 16 of the 1789 Declaration (annexed to the current V Republic Constitution), contains explicit reference of need of “guaranteed rights”, marking that point as a “*sacralized*”⁸ one for the same Constitution relevance and existence.

Similarly, in Spanish Constitution, the derogations devoted to governmental initiative in virtue of alert, exceptional and emergency “states” (these qualified by art. 116 in CE)⁹, apparently seem colliding with constitutional provisions of

⁷ Per quanto riguarda i dispositivi costituzionali, questi si articolano nella previsione di cui all’art.16, inerente generalizzata facoltà di “concentrazione di poteri” (legislativo, amministrativo e regolamentare) in capo al Presidente della Repubblica, pur nelle circostanze “anormali” definite nello stesso testo (ossia, la prima: “*quando le istituzioni della Repubblica, l’indipendenza della nazione, l’integrità del territorio o l’esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata*”, la seconda si verifica qualora: “*il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto*”); e all’art 36, relativo invece al vero e proprio “stato d’assedio”, la cui dichiarazione, di competenza ministeriale, è suscettibile di controllo parlamentare soltanto in caso di proroga oltre i 12 giorni.

A chiusura del sistema emergenziale francese, emergono le discipline legislative, di cui la principale *loi n 55-385, 3 avril 1955 (Etat d’urgence)*, emanata in occasione dei disordini in Algeria e a Parigi (poi successivamente applicata, nel 1985 e nel 2005 per reprimere i contrasti in Nuova Caledonia; nel 2015, con proroghe fino al 2017, per contrastare la minaccia del terrorismo islamico); nonché la recente *loi n 2017-1510 du 30 octobre 2017 (“Renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme)*, modificativa ed in parte integrativa della precedente, la quale era stata più volte contestata per l’eccessiva discrezionalità attribuita alle autorità amministrative nel poter disporre di misure limitative della libertà (perquisizione, requisizione di beni, assegnazione di residenza) particolarmente stringenti. Per un esame della rinnovata disciplina, v. J. DE VIVO, *Dallo stato d’emergenza alla nuova legge antiterrorismo*, Quaderni costituzionali, 19 gennaio 2018.

⁸ C. BONTEMPS DI STURCO, *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, P.PASSAGLIA, (a cura di), contributi di C. BONTEMPS DI STURCO, C. GUERRERO PICÒ, M.T. RORIG, Studi della Corte Costituzionale, Marzo 2011, p 5: «Secondo l’art 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione. La “sacralizzazione” della legge avvenuta nel periodo rivoluzionario ha posto le basi del principio di legalità come condizione dell’attività dell’amministrazione. L’urgenza e i poteri di crisi mettono in dubbio questa concezione»

⁹ Riguardo il principio di legalità nella Costituzione del 1978, esso è sancito in via generale dall’ Art.9 , c3 CE : “*La Costituzione garantisce il principio di legalità, [...]*”; mentre i restanti Art. 97 CE: “*Il Governo [...] Esercita la funzione esecutiva e la potestà regolamentare conformemente alla Costituzione e alle leggi*”. e Art. 103 c1 CE: “*La Pubblica Amministrazione serve con obiettività gli interessi generali e agisce in conformità ai principi di efficienza, gerarchia, decentramento,*

articles 9 sub. 3, 97 and 103 sub.1 (all related to provide legality coverage to Public Administration actions), these put on in the 1978 Constitution to separate its liberal nature from the previous Francoist dictatorship experience.

Thus, as the present study would concern the “activation” of urgency disposals provided by the two systems, the relevance worth to the arrangements enacted at de-centralized levels of the State, even in force of those “legal-exception”, whose legitimacy derives from the same executive laws of emergency regimes (the case of Spanish legislation¹⁰), or either, from jurisprudential principles (the last present in France with the “*exceptional circumstances*”¹¹ theory, as enucleated by the State-Council ruling).

deconcentrazione e coordinazione, con piena sottomissione alla legge e al Diritto”, ne specificano la portata nei confronti della PA. D'altra parte, la disciplina emergenziale prevista dall'art. 116 (sugli stati di allarme, eccezione ed assedio) non esclude la partecipazione della Camera bassa del Parlamento, regolata di volta in volta a seconda dell'intensità della crisi. Tuttavia, i veri e propri “casi” di emergenza vengono affidati alla formulazione di una “ley orgànica” (ovvero l'attuale LODES, approvata il 1 giugno 1981), che di fatto stabilisce, per ognuna delle tre situazioni eccezionali, un diverso grado di condizionamento e/o restrizioni governative dei diritti fondamentali, pur dovendo queste attenersi ai limiti dell'art 55-a CE.

¹⁰ Non sono pochi, infatti, i casi in cui il legislatore spagnolo preveda, insieme alle misure “ordinarie” adottabili dall'Esecutivo in casi di necessità ed urgenza, clausole che autorizzano la prassi dei c.d. “*reglamentos de necesidad*”. Essi, secondo J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo*, vol.1, Centro de Estudio Ramón Areces, 2002, Madrid, p.329 : «l'emanazione, senza base costituzionale, di disposizioni su materie riservate alla legge, o in violazione di norme legali, per fronteggiare situazioni di anormalità quali sono le alterazioni dell'ordine pubblico interno, stati di emergenza provocati da cause economiche o da catastrofi, periodi dominati da regimi politici provvisori e, soprattutto, situazioni di guerra». Esemplicazioni di clausole di questo tipo sono contenute già nella ley 4/81, (art 8); ma altresì in diverse leggi “settoriali” dedicate alle situazioni di crisi relative a specifiche materie: l.n 14/1986 (art.26), sulla sanità; dlgs n.1 /2001 (art.58) sulle acque pubbliche; l. n.7/1985 (art.21), ovvero Reguladora de Las Bases del Regimen Local, ove si legge chiaramente che il sindaco “*può adottare personalmente, e sotto la sua responsabilità, in caso di catastrofe o di calamità pubblica, o di gravi rischi delle stesse, le misure necessarie adeguate, rendendo conto immediatamente al consiglio municipale*”. Peraltro, l'utilizzo della parola “reglamentos” appare qui realmente fuorviante in quanto riferita ad atti amministrativi più che a disposizioni dal contenuto regolamentare, per cui il carattere “normativo” sia da escludere in ogni caso. Tuttavia, resta fermo che essi siano sottoposti alla sola Costituzione, ossia che, in breve, discendano direttamente dai “principi fondanti dell'ordinamento” e siano perciò rivolti alla loro tutela.

¹¹ La teoria, in realtà derivante dal contesto storico della prima guerra mondiale (prime pronunce del CE in tal senso risalgono al 28 giugno 1918, caso *Heyriès*; 28 febbraio 1919, *Dames Dol et Laurent*, cfr GAJA inerenti appunto ai “poteri di guerra”), risulta tutt'oggi applicata in funzione di estendere i poteri “emergenziali” dell'amministrazione al di là dei casi previsti dalla Costituzione o dalla legge. Per via della stessa, sono stati considerate ammissibili non solo deroghe “temporanee” al principio di legalità, ma altresì eccezioni sul piano della competenza, forma e merito degli stessi atti amministrativi. Sulle singole

Most of these provisions, including tools of public police “mayor -enforcement”, public security rules and finally rules of private origin, undermine legislative warranties, fundamental for the “rule of law” State. In fact, as they usually elude the constitutional/legislative systems, justified by their previously illustrated concessions, they could manage to establish special forms of regimes whose “exception excepts” to the irregular condition itself. So from that it is possible to say about the junction, in those cases, of a real risk that abnormal “emergency-solution” plans will practically operate, while not formally declared.

Despite the concrete unpredictability of such exceptional events can lead to appreciate the value of normative clauses enlarging the action of administrative discretionary powers, or, on other hand, also the elaboration of theories (doctrinary or jurisprudential) about the existence of a “non-ordinary” or even a “proper”¹² legality for outstanding periods, is recognized that same circumstances threaten the effectiveness of the entire constitutional system.

Where, in fact, the distinction between the “essentialities” and “occurrences”, as between the need of stability “in right” and the related need of mutability “inclusiveness”¹³ would weaken, the legal or juridical legitimacy of such

decisioni che hanno orientato tale teoria, v. M. LONG, P. WEIL, G.BRAIBANT, P.DELVOVÉ, B.GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative - 22e ed.*, (GAJA), 28 août 2019, Dalloz.

¹²La tesi, in realtà dibattuta nel contesto dottrinario francese, è sostenuta in J.RIVIERO J.WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2004 pp.273 e 278, e si oppone a quanti invece paventano, tramite lo stesso riconoscimento, la formalizzazione celata di dittature (A.M. LE POURRIET, *Droit Constitutionnel*, Economica, Paris, 2008, p.349)

¹³Pertanto, secondo F.RIMOLI, “*Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*” *op.cit.*: «Il problema, dal punto di vista giuridico, resta essenzialmente quello del limite: se l'autotrasformazione del sistema non può procedere, realisticamente, solo tramite l'autopoiesi, dovendo invece tenere conto di spinte esogene, rispetto alle quali il diritto non sempre riesce a operare efficacemente quale fattore di stabilizzazione di aspettative comportamentali, allora è evidente che il procedimento deputato a tale trasformazione, inteso come fattore endogeno, deve sapersi porre come il momento della massima inclusività possibile, ossia come il frutto immediato del discrimine tra ciò che nel sistema è ritenuto ontologicamente essenziale e necessario e ciò che, invece, in quel medesimo sistema appare come elemento inessenziale e accidentale. E questa, se considerata da un punto di vista diacronico, è decisione alquanto ardua, se non addirittura impossibile, tale da indurre a diatribe tanto complesse quanto irrisolte». Si torna, insomma all'immagine di equilibrio e bilanciamento tra opposte esigenze annunciato qui in precedenza, e in tal modo esplicito dallo stesso autore: « [...]In altri termini, se il paradigma della stabilità non cede, in certe condizioni, a quello del mutamento, il sistema si rivela incapace di assorbire e integrare (ovvero controllare e limitare) il mutamento stesso; se, d'altra parte, il secondo assume una completa prevalenza sul primo, rischia di

predictable paths for emergency could not eliminate, by the way, the given possibility to compromise fundamental rights through under-legal and un-democratic provisions.

Completely different would be the attitude of German constitutional system, where the *Verteidigungsfall* (literally “defence” case) incorporated by title Xa inserted the Fundamental Law in 1968, gives the asset of “constitutional emergency”, but based on the typical strongly ensured establishment.

As an expression of immanent principles of “legal-supremacy” (*Vorrang des Gesetzes*) and of “legal reserve” (*Vorbehalt des Gesetzes*), the verification in case of “that the Federal territory would be attacked by armed forces or that a similar aggression would only menacing it” (as the art. 115a GG disposes)¹⁴ is a Parliament’s (Bundestag) responsibility, whose only legislative provisions (also temporary ones) could effectively set those limitations to fundamental rights and freedoms by the Constitution allowed.

Otherwise, as it can show the naturally stressed subordination of executive power and public administration to the law (and, either through this, to the Constitution), or maybe it can be looked in reason of the damaging preceding applications, experimented with 48 article of 1919 Weimar Const. (this one stated a national emergency regime totally relied on presidential powers¹⁵), this constitutional

venir meno la stessa funzione sociale primaria del diritto (e della costituzione in particolare), di stabilizzazione e certezza dei rapporti intersoggettivi, rendendosi l'intero ordinamento inefficace e inefficiente, ovvero, in un periodo più lungo, ineffettivo».

¹⁴ L'intera disciplina “della difesa” nell'ordinamento tedesco si compone in realtà in maniera molto più articolata. Oltre al principale, c.d. “Stato di difesa esterno” (*Verteidigungsfall*) di cui l'art.115a, c1 GG : “*Il Bundestag, con l'approvazione del Bundesrat, accerta che il territorio federale è aggredito con la forza delle armi o che una tale aggressione viene immediatamente minacciata. L'accertamento consegue a istanza del Governo federale e necessita di una maggioranza di due terzi dei voti espressi, pari almeno alla maggioranza dei membri del Bundestag*”; si trovano disciplinati dalla Legge Fondamentale altri “casi”, anteriori peraltro al 1968: lo “stato di tensione” (*Spannungsfall*), di cui l'art. 80 GG; lo “stato di catastrofe” (*Katastrophennotstand*), dell'art. 35, c 2-3 GG; lo “stato di emergenza interno”, di cui gli artt. 11, 91 e 87a c4 GG (integrati dalla modifica del '68); inoltre discipline specifiche dispongono in merito alla segretezza epistolare/telecomunicazioni (art 10 GG); all'obbligo impositivo, per esigenze difensive, del servizio militare obbligatorio (art 12a GG). A chiusura del complesso sistema, si trovano le garanzie di cui all'art 9 c3, al.3 GG (*Arbeitsschutzklausel*, clausola di garanzia nei rapporti di lavoro, volta ad assicurare, nei periodi di emergenza, la permanenza della libertà sindacale) e il diritto di resistenza della popolazione, (*Widerstandsrecht* art. 29 c4 GG).

¹⁵ Art. 48 Cost. Weimar: “*Il Presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli artt [...]*”. Il potere pressochè illimitato di intervenire sui diritti fondamentali e soprattutto la mancanza di argini temporali fecero sì che nel 1933 avvenisse quella che è stata definita da C. SCHMITT la “*rivoluzione legale*” di Hitler.[v. nota

designation of a “defensive code” does not even prevent against the creation of all those “locally based” (as in the single *Lander* as in more little communities) disciplines, in force of which special limitation to contrast certain conducts violating the “public order”¹⁶ would be potentially approved.

The latter, in the same time, separately from the french (where a complete centralization of executive power is clearly affirmed), and also the spanish cases (where, instead, the existence of “*reglamentos de necesidad*”, confirms the possibile exercise of *versus-law* powers by administration), do not impose themselves openly against the law. Because of their still adaption to the “proportional” principle, even established by ordinary laws, the “extraordinary measure” better traduce a specific degree of the same law-enforcement.

Near to the german example, there is finally the emergency disciplination of the portuguese 1976 Constitution, whose article 18 (on the “*juridical power*” of fundamental rights and relative limitations) and article 19 (reporting the procedure for the extraordinary “*suspension of rights exercise*”) design a methodic unitary pattern where whatever restriction of rights/freedom (only admitted by legislation as preview by constitutional rule) must be inserted¹⁷.

This determinates evidently that the “special” power relationships between the

1]. Nel suo saggio “*La Rivoluzione legale mondiale*” (1978), afferma infatti come : «Hitler aveva saputo chiudere dietro di sé la porta della legalità attraverso cui era entrato e cacciare nell’illegalità, per vie legali, suoi nemici politici»

¹⁶ Sebbene infatti, il principio di “supremazia della legge” trovi applicazione in tutte le fattispecie di emergenza discipline in Costituzione, ciò non esclude che le stesse leggi (o in certi casi, norme costituzionali) consentano margini di deroga ai “successivi” legislatori, ovvero alle singole normative federali, (in realtà molto ricche al livello dei 16 *Lander*), nelle quali, in ultima analisi, possono trovare luogo quegli interventi esecutivi “*praeter legem*” del tutto impediti nei precedenti gradi. Gli stessi, per contro, risulteranno comunque rispettosi delle garanzie di legge, almeno nella misura in cui si diranno “*proporzional?*”, secondo i principi vincolanti dell’attività amministrativa. Particolarmente incisiva, ad esempio, l’influenza di tale principio nei riguardi dei provvedimenti emanati in base alle c.d. “clausole generali di polizia”, stabilite in quei *Lander* non aventi una normativa specifica dell’emergenza per i propri corpi amministrativi e di polizia.

¹⁷ In merito alla funzione e alla funzione “partecipativa” che la proceduralizzazione costituzionale dell’emergenza in Portogallo produce , E. IMPARATO, *Il Portogallo al banco di prova dell’emergenza sanitaria mondiale*, DPCE online, Saggi, 2020/2, 1616-1617: «Lo stato eccezionale di emergenza,[...] è proclamabile in virtù di una procedura alquanto complessa. Il dettato costituzionale rivela infatti una “*alta positivizzazione*” [cfr B.Gouveia, 1998] delle fasi procedurali, accentuata soprattutto nelle successive revisioni costituzionali. [...] una procedura che comporta la partecipazione di tutti gli organi istituzionali costituzionali, con forte condivisione delle scelte. L’obiettivo è quello di voler garantire il mantenimento del normale funzionamento delle istituzioni – intesa come la distribuzione

State and its citizenship (related to the specific urgency/necessity moments) find itself as totally defined by Constitution, and that so the same legal provisions that operating rights restriction could no longer depend than on a constitutional disposition.

But also in this case, instead of the unquestionability of constitutional concepts would has annihilated anyway the adoption of “special” extraordinary measures (out-of order), it has not impeded the theorization, approved also by portuguese constitutional jurisprudence, about the immanent and originary limitation included as a specific attribute of fundamental rights, hence the admission of many restrictions conceded without any explicit prevision in the CPR¹⁸.

Some more references. What about guarding the *normalization* of emergency ?

At the end of this first completely “european” examination, it might be useful to cite some other examples of “constitutional approaches” to the emergency matter.

delle competenze generalmente determinata – e soprattutto una produzione normativa, almeno nella procedura di proclamazione dell'emergenza, per quanto possibile democratica perché condivisa con l'organo parlamentare. La procedura, in quest'ottica, è comprensiva di ben sei fasi[...]

¹⁸ Riguardo l'esistenza concreta di questi casi nell'intero ambito ordinamentale portoghese, G.SANTORO, *La Costituzione portoghese, 3.2.c restrizioni ai diritti fondamentali non espressamente autorizzate dalla CRP*, ADIR, 2006, : «Oltre a queste autorizzazioni espresse, esistono altre ipotesi di relazioni speciali di potere dove avvengono restrizioni dei diritti fondamentali senza la legittimazione della Legge Fondamentale; seguendo il procedimento metodico, può affermarsi che dette restrizioni sono in contrasto con l'art. 18, n.2, CRP. Si pensi ai funzionari pubblici (in particolare ai magistrati), gli studenti, gli internati in case di cura. In queste ipotesi lo statuto speciale della relazione stato/cittadino trova la sua fonte soltanto in leggi o regolamenti emanati dalle autorità competenti, senza che la Legge Fondamentale autorizzi in tal senso. [...] Una parte della dottrina sostiene una "interpretazione della natura di queste alterazioni come meramente dichiarative o concretizzatorie di una limitazione già preesistente nella Costituzione, precisamente un limite immanente o implicito dei diritti fondamentali, fondato nell'esistenza di relazioni speciali di potere"[cfr Novais, 2003] » Dunque, citando un altro sostenitore della tesi dei “limiti immanenti”, G. Canotilho, : «"Il riconoscimento di limiti immanenti è molto problematico, ma la sua ammissibilità è giustificata, nel contesto sistematico della CRP, in nome della salvaguardia di altri diritti o beni. Così, seppure la CRP non ammette limiti al diritto di sciopero, i limiti costituzionalmente garantiti (esigenza di garanzia di servizi minimi in ospedali, servizi di sicurezza, etc)"». Peraltro, dello stesso avviso sono diverse pronunce della Corte Costituzionale portoghese, che ha accolto in diverse pronunce la limitazione legislativa di alcuni diritti (tra cui, al diritto di proprietà, sent. 7/87; allo *ius edificandi*, sent. 194/99; alla libertà matrimoniale, sent. 192/2010) in quanto discendenti da queste dottrine e altresì derivanti dal vincolo interpretativo stabilito nell'art. 16 CRP (che impone, in tema di diritti fondamentali, il rinvio alla DUDU del 1948).

Among these similar cases, there are Austria (whose extraordinary constitutional disciplines, the *Notstandsrecht* are provided since pre-World War constitution, now included in art. 18 B-VG par.3) and Switzerland (with the art. 185 on “internal and external safety measures”; and art. 173 of the Federal Constitution).

The unique, unusual mention today is due to Italy, since it has not adopted any specific discipline for the “State of crisis”, as equiparable to the others: while 1948 Constitution only reports the “state of war” (art.78), coordinated with a “particular” intervention of the President of the Republic (art. 87) and with the “alternative” power of the State above Regions (art. 120, par. 2-3), only few traces of “urgency power” in the system lay on the art. 77 in Const. , (that’s about the urgent Government decree action¹⁹). In addition, in legislative terms, a continuous lawmaking process tends to attribute a lot of functions to the civil defence compartment: since the first regulation in 1992 to the new “Code of Civil Defence” (Dlgs. Numb.1 /2018), it has been achieved a complex “urgency mechanism” that involve, among the others, actions from all the territorial governatory units (as central government, regions, commons and urban sector).

Anyway, even the admission that a system deserves measures against menaces at its integrity, as it can project them from “before” the events get happening, it is equally advisable the annex risk of an excess of “rationalization” of these episodes

¹⁹ In ordine, in particolare, i disposti relativi alle emergenze nazionali nel testo del 1948 :

Art 78: “*Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari*”

Art. 77 : “*Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere*”

Art 87, c 9 (sulla funzione in merito attribuita al Presidente della Repubblica) : “*Ha il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere*” .

Art 120 c 2-3 : “*Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di [...]pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.*” Notevole, riguardo a quest’ultima ipotesi subentrata in Costituzione con la riforma del 2003, appare l’attenzione prestata al mantenimento dell’ “unità sociale” e alle garanzie dei diritti cui l’intervento sostitutivo (seppur in sede “emergenziale”) viene ammesso, a conferma ancora una volta della certa “riluttanza” per il tema emergenziale presente nel panorama italiano. L’esempio contrario a questo proposito è fornito invece dal richiamo al caso tedesco: gli artt. 115-c (*Competenza legislativa allargata della Federazione*); e 115-f (*Attribuzioni del Governo Federale*), sui poteri “sostitutivi” tra Federazione e Lander nello “stato di difesa” appaiono piuttosto perentori rispetto all’omologo testo italiano nel sancire l’assoluta prevalenza, in tali circostanze, del potere legislativo ed esecutivo centrale.

(that, at last, must simply be defined as “unexpected”). In force of that risk, it would be normal to expect a degenerating “normalization of the emergency”, (what is happened, in some ways, in France, when the “state of emergency” against islamic terrorist attacks has been prolonged by government four times straight)²⁰.

Whatever it seems that specific limitations (legislative or judiciary ones) are providing to reduce those “widespread effects” of such powers, pointing a series of pre-conditions to be the state of crisis declared (as the art. 19 of portuguese Const.), or managing all the measures occasionally available (other examples, outside Europe in Brasil²¹ and India²² Constitutions), the main unresolved question is still about the paradoxal dynamic that moves these same characters. It could occur, in this sense, that a wide renounce to basic freedom institutions passes through “constitutional”, i.e., “liberal” paths, insofar the respect of mere formal procedures, or the possibility to activate judiciary controls are not enough to ensure that (liberal)-democracy survives, even in the “State of crisis”.

²⁰ In realtà il numero complessivo di proroghe è salito a cinque, (per la durata complessiva di due anni), dal 2015 fino al 2017, quando il nuovo Presidente eletto Macron ha sostituito l'*État d'urgence* con la nuova legge antiterrorismo (l.1510, entrata in vigore il 1 novembre 2017), che ha in parte innovato la precedente disciplina, mitigandone il regime e accogliendo le numerose critiche alla l. 385/ 1955 , sollevate sia in ambito nazionale (alle quali il Conseil Constitutionnel, più volte chiamato in questione, ha sempre ribadito la compatibilità della norma con la tutela dei diritti offerta dall'impianto costituzionale, arrivando solo nel gennaio 2018 a dichiararne l'incompatibilità dell'art. 5 al c2, in tema di istituzione di zone di sicurezza, in quanto il legislatore “*n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir*”); sia anche in ambito internazionale (Amnesty International si era già pronunciata in negativo pubblicando un rapporto il 4 gennaio 2016). V. J.De Vivo, *Francia, dallo stato di emergenza alla nuova legge antiterrorismo*, Quaderni Costituzionali, forumcostituzionale.it, 19 gennaio 2018.

²¹ Nella Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile (1988), il Titolo V disciplina , rispettivamente uno “*stato di difesa*” (Cap I, sez.I), ed uno “*stato d'assedio*” (Cap. II, sez.I), in cui sono menzionate, singolarmente, le deroghe straordinarie ai diritti della persona.

²² La lunghissima Costituzione Indiana del 1949 prevede l'apposita disciplina dello “stato di emergenza” all'art. 352. Questi, potenzialmente generato da “aggressione esterna” o “insurrezione interna”, pur aderendo nella sua dettagliata formulazione alla tradizione *civilian* presente nel paese, lascia sostanzialmente “libero” il legislatore federale nella decisione di intervenire in materie riservate ai singoli Stati e di sospendere diritti e libertà costituzionali (ciò che avvicina questo regime, all'area *common law*). Ciò ha generato, in concreto, complesse questioni istituzionali, compresa la modifica “illiberale” concessa nel 1977 al Primo Ministro Indira Gandhi, che riuscì a detenere il potere proprio grazie alla proroga per due anni consecutivi del regime emergenziale. Ad oggi, però, le sue modifiche sono state di fatto annullate, (44th *Amendment Act*) e pertanto il ricorso all'istituto dell'emergenza è ristretto al solo caso di “ribellione armata” (*armed rebellion*).