

Il Conseil constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité

*Marina Calamo Specchia**

SOMMARIO : 1. La dibattuta natura anfibia del *Conseil constitutionnel*. – 2. L'estensione “oggettiva” del *droit de saisine*: la via giurisprudenziale. – 3. L'estensione “oggettiva” del *droit de saisine*: la via politica. – 4. Il controverso rapporto tra controllo di costituzionalità e controllo di convenzionalità. – 5. L'art. 61-1 Cost. nella legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008. – 6. L'art. 62 Cost. nella legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008.

1. La dibattuta natura anfibia del Conseil constitutionnel

Diretto discendente del *Comité constitutionnel* della IV Repubblica¹, il *Conseil constitutionnel* del suo predecessore conserva la natura accentrata e preventiva della principale delle sue competenze: il sindacato di costituzionalità delle leggi.

Rispetto alla tradizione legicentrica di matrice rivoluzionaria del costituzionalismo francese, indifferente se non proprio ostile al controllo di costituzionalità delle leggi, il *Conseil constitutionnel* si presenta come un elemento di rottura: alla logica di porre fine a quell'assolutismo parlamentare che si era affermato nella vita politica e istituzionale francese a partire dalla III

* Professore ordinario di diritto pubblico comparato, Università di Bari: m.calamo@lex.uniba.it

¹ La Costituzione della IV Repubblica istituisce un *Comité constitutionnel* composto da dieci membri elettivi, di cui sette designati dall'Assemblea nazionale e tre dal Consiglio della Repubblica, scelti secondo il principio della rappresentanza dei gruppi parlamentari al di fuori dei membri delle due Camere, e tre membri di diritto (il Presidente della Repubblica e i Presidenti delle due Assemblée). La funzione di tale organo è quella di invitare, su ricorso congiunto del Capo dello Stato e del Presidente del Consiglio della Repubblica, il Parlamento a trovare un accordo su di un testo di legge considerato contrario alla Costituzione: in caso di perdurante disaccordo tra le due camere, il Comitato costituzionale, non potendo dichiarare incostituzionale il progetto di legge, si limita a promuovere la procedura di revisione costituzionale (art. 90 Cost. 46). Benché la competenza del Comitato costituzionale sia stata limitata alle sole disposizioni concernenti l'organizzazione dei pubblici poteri e il suo ruolo alquanto ridotto (l'unica *saisine* al Comitato si ebbe il 16 giugno 1948 a proposito di una questione di procedura, regolata da un accordo tra le due camere), l'istituzione del Comitato costituzionale della IV Repubblica ha di certo rappresentato il precedente che ha giustificato la creazione del *Conseil constitutionnel*, superando i difetti procedurali che avevano caratterizzato il vecchio istituto con la previsione di un organo imparziale incaricato di controllare la corretta applicazione della Costituzione.

Repubblica corrisponde l'istituzione di tale organo, che realizza anche l'intento – tuttavia smentito dalla prassi – di non istituire una vera e propria giurisdizione costituzionale, tant'è vero che il controllo di costituzionalità delle leggi non sarà riconosciuto in via generale dalla Costituzione del 1958 senza, peraltro, essere espressamente vietato (ciò che aprirà la via alla svolta del 1971).

Il *Conseil constitutionnel* svolge un ruolo relevantissimo nelle dinamiche che caratterizzano il funzionamento della forma di governo della Francia della V Repubblica, sia con riferimento al sistema semi-presidenziale nel suo complesso, che risulta corretto dalla compresenza di un sistema di giustizia costituzionale, sia con riferimento alla definizione delle relazioni tra gli organi costituzionali, ossia a quei particolari aspetti della forma di governo che costituiscono specifiche controversie portate alla cognizione del giudice costituzionale.

La stessa natura giuridica del Consiglio costituzionale è stata a lungo dibattuta in dottrina: la problematica è strettamente connessa, da un lato, alla composizione dell'organo e, dall'altro, alle modalità di *saisine*.

La tesi della natura politica del Consiglio costituzionale è fondata su due argomenti: essa è diretta conseguenza, per un verso, della composizione del *Conseil*, formato, com'è noto, da nove membri scelti discrezionalmente dalle più alte istituzioni dello Stato, e rinnovati per un terzo ogni tre anni, tra personalità non necessariamente esperte di diritto e per lo più uomini politici; e, per l'altro, del tipo di intervento che di fatto farebbe assumere al Consiglio una funzione partecipativa all'esercizio della funzione legislativa. Fino alla riforma costituzionale del 2008, il controllo di costituzionalità alla francese è stato esclusivamente di tipo preventivo, esercitato in via d'azione: il *Conseil constitutionnel* interviene sull'atto legislativo nel periodo che va dalla sua votazione alla promulgazione, ma solo qualora sia adito dal Presidente della Repubblica, o da ciascuno dei Presidenti delle Assemblee parlamentari o, ancora, a seguito della riforma costituzionale del 29 ottobre 1974, da sessanta deputati o da sessanta senatori.

La natura politica connessa al carattere preventivo e astratto del controllo di costituzionalità “alla francese” si intreccia con la funzione normalmente assegnata all'atto di promulgazione: se la promulgazione è l'atto che ratifica la legge, la rende perfetta e chiude la procedura legislativa, l'intervento del *Conseil*, che si colloca prima della promulgazione e la sospende, si situa all'interno del procedimento legislativo e identifica nell'organo di controllo un co-legislatore. Di tale avviso sembra essere lo stesso Consiglio costituzionale che in una decisione del 1985 ha considerato che, nel caso in cui il Presidente della Repubblica decida di sottoporre a nuova deliberazione parlamentare una legge già oggetto di censura da parte del Consiglio costituzionale, «*il ne s'agit pas du vote d'une loi nouvelle, mais de l'intervention, dans la procédure législative en cours, d'une phase complémentaire résultant du contrôle de constitutionnalité*»².

² Cons. const. 85-197 D.C., 23 août 1985, in www.conseil-constitutionne.fr.

Allo stesso modo, seppure con argomentazioni differenti, viene contestata la natura giurisdizionale del *Conseil* per il fatto che, se il controllo giurisdizionale viene espletato (da un giudice comune o da una giurisdizione speciale) *a posteriori* per sanzionare una legge già efficace e di norma nei limiti della questione proposta (cd. limite del *petitum*), il controllo *a priori* esercitato dal Consiglio costituzionale investe la legge nel suo complesso, quali che siano le singole disposizioni oggetto di ricorso: in questo senso, non avendo il ricorso al *Conseil* per fondamento l'interesse dei ricorrenti ma l'interesse pubblico al rispetto della Costituzione, la dottrina parla di controllo "istituzionale"³.

D'altra parte, la natura giurisdizionale del Consiglio costituzionale viene riconosciuta dalla dottrina maggioritaria e fondata su tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, il *Conseil constitutionnel* ha la funzione di pronunciarsi su di una questione di diritto (*ius dicere*, per l'appunto), così che nel quadro di una questione di costituzionalità il Consiglio deve da una parte risolvere un conflitto tra due fonti del diritto (una legge e la Costituzione, un regolamento e la Costituzione, un trattato e la Costituzione) e dall'altra trovare nella Costituzione la risposta al detto conflitto.

In secondo luogo, la natura giurisdizionale del *Conseil* si deduce dall'esistenza di una controversia giuridica che giustifica l'intervento di un organo in funzione di terzo, sia nel contenzioso elettorale, allorché sia in gioco la contestazione di un risultato elettorale, sia a proposito del sindacato di costituzionalità, laddove il primo ministro, ad esempio, contesti la natura legislativa di una disposizione ex art. 37 o la valutazione dell'Assemblea, quando impugna una proposta di legge o un emendamento ex art. 41. La legge costituzionale n. 724-2008 del 23 luglio 2008 conferma la natura giurisdizionale del Consiglio istituendo il controllo di costituzionalità delle leggi concreto e successivo, sebbene limitato alla materia dei diritti e libertà.

In terzo luogo, la dottrina fonda la sua opinione sul fatto che le decisioni del Consiglio hanno autorità della cosa giudicata ed effetto *erga omnes* senza possibilità di contestazione o di ricorso: tale carattere delle decisioni del *Conseil*, benché difficilmente conciliabile con le indicazioni emerse dai lavori preparatori della Costituzione, trova riscontro da un lato nel dato testuale e dall'altro nell'interpretazione offerta dallo stesso Consiglio costituzionale.

Sotto il primo profilo, l'art. 62, comma 3, Cost. '58 prescrive che le decisioni del Consiglio non sono suscettibili di ricorso e si impongono ai poteri pubblici e a tutte le autorità amministrative e giurisdizionali.

Sotto il secondo profilo il *Conseil* ha subito precisato la portata dell'art. 62 dapprima nella decisione n. 58-90 *bis* del 5 maggio 1959⁴ affermando che tale disposizione «*doit être interprété comme excluant toute voie de recours contre les décisions du Conseil constitutionnel, notamment en*

³ P. Jullard, *Difficultés du changement en matière constitutionnelle: l'aménagement de l'art. 61 de la Constitution*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1974, cit., 1703.

⁴ Cons. const. n. 58-90 *bis* del 5 maggio 1959, in www.conseil-constitutionne.fr.

matière électorale, tant devant le Conseil constitutionnel lui même que devant toute autre juridiction», e in seguito ribadendo, nella decisione n. 87-1062 del 23 ottobre 1987⁵, che la ricevibilità di una domanda di correzione di un errore materiale «ne met pas en cause l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel»; l'autorità di cosa giudicata delle decisioni del *Conseil* è stata ampiamente riconosciuta anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (Corte di cass., 25 aprile 1985) e del Consiglio di Stato (Cons. d'état, 20 dicembre 1985).

In definitiva, la *querelle* sulla natura giuridica del *Conseil constitutionnel* si risolve in un falso problema: l'importante non è di sapere chi è il Consiglio costituzionale, ma cosa fa, come opera, qual è l'estensione dei suoi poteri in relazione agli altri organi dello Stato, quanto i principi costituzionali “scoperti” dal *Conseil* siano in grado di vincolare il potere legislativo.

Un dato oramai acquisito dall'esperienza costituzionale francese consiste proprio nel nuovo ruolo conquistato dal *Conseil* nel quadro delle relazioni interorganiche, che non è certo quello di un organo spiccatamente politico, di una *troisième chambre*: come chiaramente affermato dallo stesso Consiglio nella sentenza del 15 gennaio 1975 n. 54⁶ «*l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer pour la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen*», che possono essere espressione della *volonté générale* solo se concordanti con le disposizioni della Costituzione.

2. L'estensione “oggettiva” del droit de saisine: la via giurisprudenziale

La progressiva espansione volta ad ampliare il campo di intervento del sindacato di costituzionalità delle leggi, addivenendo all'esame della conformità costituzionale delle leggi promulgate – altrimenti coperte, dall'atto di promulgazione, da una sorta di presunzione assoluta di costituzionalità o di *immunité constitutionnelle* – è ascrivibile allo stesso Consiglio costituzionale, che attraverso un indirizzo giurisprudenziale, non sempre lineare, prima nel 1978 lo ha espressamente negato, per poi ammetterlo nel 1985: in tal modo il *Conseil constitutionnel* precisa il suo ruolo trasformandosi «*d'auxiliaire*» cosciente o meno del potere in «*censeur des entreprises gouvernementales*»⁷.

Nel 1978 il *Conseil*, infatti, adito sulla legge del 7 agosto 1978 n. 696 relativa alle sanzioni previste per le violazioni del monopolio radiotelevisivo, negando i risultati cui era pervenuta parte della giurisprudenza anteriore, incline a riconoscere la possibilità di un controllo di costituzionalità

⁵ Cons. const. n. 87-1062 del 23 ottobre 1987, in www.conseil-constitutionne.fr.

⁶ Cons. const., déc. 75-54 DC, 15 gennaio 1975 (IVG – interruzione volontaria della gravidanza), in www.conseil-constitutionne.fr.

⁷ J. Rivero, *Propos sur le sauvetage d'une liberté*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1971, 1171.

successivo, decideva nella sentenza n. 78-96 DC che la conformità alla Costituzione di una legge già promulgata non poteva essere verificata neanche in via incidentale, essendo la competenza del *Conseil* limitata ex art. 61 Cost. all'esame delle leggi non ancora promulgate .

Il *revirement* di indirizzo si ha nel 1985 con la decisione del 25 gennaio n. 186⁸, nella quale il *Conseil* stabilisce in quali casi e a quali condizioni si possa sindacare la costituzionalità di una legge già in vigore: una legge promulgata può essere legittimamente contestata in occasione dell'esame di disposizioni legislative che la modificano, la completano o delimitano il suo campo di azione, non quando siano semplicemente applicative. Si tratta, però, di un controllo di natura indiretta: ciò che ha rilevanza, secondo la distinzione più su riportata, è il rapporto intercorrente tra i due atti, il consequenziale dei quali, ossia quello sottoposto all'esame del *Conseil*, deve necessariamente contenere un *quid novi* rispetto all'atto presupposto, altrimenti il ricorso sarebbe inammissibile, per violazione dell'art. 61, II co. Cost., in quanto interverrebbe direttamente sulla legge promulgata. Tale rapporto deve essere di due specie: di strumentalità, nel senso che il *Conseil* deve procedere al controllo della legge promulgata solo se essa risulti, nel suo momento applicativo, strumentale alla legge deferita, e di solidarietà, poiché le due leggi contenutisticamente debbono integrarsi a vicenda, senza tuttavia identificarsi⁹.

La sentenza del 25 gennaio 1985 apre indubbiamente la strada alle riflessioni della dottrina: si tratta di stabilire se tale nuova forma di controllo assuma una sua peculiare connotazione, oppure se possa considerarsi un antesignano dell'*exception d'incostitucionalité*.

Posto che trattasi di due ipotesi profondamente diverse tra di loro, si propende per la prima: in primo luogo, per l'oggetto del controllo, in quanto esso verte direttamente sulla legge promulgata solo nel caso dell'eccezione di illegittimità costituzionale (si è visto che nella sentenza n. 85-186 DC il *Conseil* configura un controllo della legge promulgata di tipo indiretto, che assume rilevanza al fine di impedire che possano essere emanate norme incostituzionali in dipendenza di quelle esaminate); secondariamente, per le modalità procedurali, rimanendo il controllo individuato dalla sent. 85-186 DC nell'ambito prefigurato dall'art. 61 (controllo *a priori* e per via d'azione), a differenza dell'*exception d'incostitucionalité* (controllo *a posteriori* e incidentale); infine, per gli effetti delle pronunce, che nell'un caso non intaccano in alcun modo l'efficacia della legge già promulgata, nel mentre se rese a proposito dell'*exception d'incostitucionalité* e se di annullamento compromettono l'esistenza stessa della legge oggetto del controllo, già presente nel mondo giuridico perché in vigore.

⁸ Per la verità, anteriormente alla sentenza n. 186/1985 il Consiglio Costituzionale ha ammesso in numerose pronunce la possibilità di controllare leggi già perfette oggetto di modifica da parte di leggi non ancora promulgate: vedi déc. n. 80-120 DC (sulla legge modificante la legge quadro sull'insegnamento superiore), déc. n. 80-125 DC (sulla legge di modifica dell'art. 331 del codice penale, con riferimento ai reati di stupro e atti osceni, specie se commessi su minori dello stesso sesso), in www.conseil-constitutionne.fr.

⁹ J. Ferstenbert, *Le contrôle, par le Conseil constitutionnel, de la régularité constitutionnelle des lois promulguées*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1991, 368-370.

Diversa dal controllo della legge promulgata che presenti un collegamento di contenuto con la *loi votée* è la tecnica, mutuata dal contenzioso amministrativo, che fa leva sul mutamento delle circostanze di diritto e che consente al *Conseil constitutionnel* di estendere per questa via il suo controllo alle leggi promulgate. A differenza della fattispecie contemplata dalla giurisprudenza del 1985, in cui a mutare è l'oggetto del giudizio di costituzionalità collegato ad una norma già in vigore, in questo caso si è al cospetto di un mutamento del parametro costituzionale, dovuto ad una revisione della Costituzione oppure alla ratifica di un trattato internazionale che, ai sensi dell'art. 55 della Costituzione del 1958 s'impone alle leggi, o ancora all'abrogazione di una legge organica, che produce un cambiamento della qualificazione di alcune categorie normative (come nel caso del mutamento di qualificazione della *loi de programme à caractère économique et sociale*, che si riferisce oggi, a seguito dell'abrogazione della legge organica del 2 gennaio 1959, a leggi il cui contenuto normativo prescinde dalla previsione delle spese per la realizzazione degli obiettivi previsti).

La teoria del mutamento delle circostanze di diritto è stata utilizzata dal Consiglio costituzionale per estendere l'oggetto del suo controllo a leggi già promulgate in due occasioni, nella decisione n. 99-410 DC del 15 marzo 1999, avente ad oggetto la legge organica sullo statuto della Nuova Caledonia, e nella decisione n. 2004-490 DC del 12 febbraio 2004¹⁰, sulla legge organica di riforma dello statuto della Polinesia francese. Il mutamento di circostanze posto a fondamento di queste decisioni è collegato in entrambe le fattispecie ad una revisione costituzionale: nei due casi, infatti, il Consiglio costituzionale, considerato il cambiamento intervenuto nel parametro costituzionale, procede all'esame dell'insieme delle disposizioni della legge organica sottoposta al suo esame, sebbene alcune di esse abbiano un contenuto o una redazione identici a quelli di disposizioni già dichiarate conformi alla Costituzione o contenute in una legge adottata con referendum¹¹.

Se ne deduce che il controllo sulla legge promulgata di tipo indiretto, introdotto per via giurisprudenziale, è ben differente da come si configurerebbe l'*exception d'incostitucionalité*, ossia la previsione di un controllo in via incidentale: e per l'appunto tenendo in conto queste differenze, il *Conseil* ha potuto affermare un controllo sulle leggi in vigore pur continuando ad escludere dalle proprie competenze l'*exception d'incostitucionalité*, almeno fino alla revisione costituzionale del 2008.

3. L'estensione "oggettiva" del droit de saisine: la via politica

¹⁰ Entrambe le decisioni sono state oggetto di un mio commento in questa Rivista: la prima nello studio *I.T.O.M. alla resa dei conti: la questione della «Nouvelle Calédonie»*, in *questa Riv.*, 1999, 1363-1381 e la seconda nella nota a sentenza Lo statuto d'autonomia della Polinesia francese nel quadro del principio costituzionale del decentramento territoriale: molto rumore per nulla?, in *questa Riv.*, 2004, 649-659.

¹¹ A. Roblot-Troizier, *Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif*, in *Rev fr. dr. adm.*, 2006, 788ss.

L'evoluzione giurisprudenziale delle tecniche di controllo sulla *loi promulguée* evidenzia la tendenza del Consiglio costituzionale ad ampliare i confini del suo controllo, costretto entro quei rigidi dettami costituzionali che le acrobazie della sua giurisprudenza hanno mostrato di poter solo aggirare e non superare.

Pertanto, l'esigenza di una riforma della Costituzione del 1958, che apra il varco costituzionale all'eccezione di legittimità costituzionale, si palesa sin dal 1990, quando Robert Badinter, allora Presidente del Consiglio costituzionale, formulava un progetto di revisione, presentato il 30 marzo all'Assemblea Nazionale, con il quale si consentiva ad ogni cittadino di sollevare in via incidentale, ossia nel corso di un giudizio, l'incostituzionalità di una legge già promulgata e lesiva di diritti soggettivi fondamentali, di poi arenatosi durante i lavori parlamentari¹². Il progetto Badinter dopo due successive letture da parte di ciascuna camera non ha avuto l'epilogo auspicato: la *navette* si sarebbe potuta ripetere, ma evidenti erano le posizioni di incomunicabilità in cui si trovavano i due rami del Parlamento, il Senato non intendendo rinunciare all'emendamento, che limitava il controllo in via incidentale alle leggi anteriori al 1° novembre 1974, l'Assemblea Nazionale rifiutandosi di accettarlo. Pur sottolineando i vantaggi che una procedura di tipo preventivo comporta, primo fra tutti quello che siffatto controllo, una volta attivato, impedisce ad una legge viziata nella forma o nel contenuto di produrre effetti giuridici alle volte irreversibili, il presidente del *Conseil constitutionnel* Badinter, in una intervista rilasciata al *Le monde* del 1 marzo 1989, rilevava la sussistenza nel sistema così come disciplinato di una lapalissiana lacuna: «*une loi qui n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel ne peut plus être attaquée pour inconstitutionnalité. Une telle situation est choquante dans un Etat de droit. Il faut donc améliorer notre système de contrôle de constitutionnalité*».

Nello stesso senso si muoveva il progetto Vedel del 1993, che recepiva integralmente la proposta Badinter, modificando l'art. 61 Cost. mediante la previsione di un accesso diretto al *Conseil* da parte di chi si assumeva leso nei suoi diritti fondamentali. La finalità del progetto era, dunque, quella di coniugare una più efficace tutela dell'individuo con meccanismi di natura procedurale, quali l'ampliamento della *saisine*: un precedente si ritrova nell'estensione, nel 1974, alle minoranze parlamentari della possibilità di ricorso al *Conseil constitutionnel*¹³, solo che nell'ipotesi formulata

¹² F. Luchaire, *Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions: une réforme constitutionnelle différée*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1990, 1649.

¹³ Al tempo della riforma costituzionale del 1974, l'ala indipendente dei repubblicani avanzò la possibilità, in caso di violazione delle libertà fondamentali, di adire una Corte Suprema appositamente costituita con una richiesta motivata proveniente da ogni persona fisica o giuridica, pubblica o privata (J. Robert, *La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1990, 1268). Il medesimo progetto prevedeva originariamente anche la possibilità di un'*autosaisine*: vale a dire che lo stesso *Conseil*, *ex officio* e anteriormente alla promulgazione, si investisse «des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la Constitution» (N. Zanon, *L' "exception d'incostitucionalité" in Francia: una riforma difficile*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 110).

dal Comitato Vedel l'intento di protezione del singolo era apertamente dichiarato, rendendolo soggetto attivo del costituendo rapporto processuale nell'ambito di un controllo concreto (perché prende vita da una controversia in atto) e *a posteriori*.

Il progetto Vedel configurava un meccanismo procedurale alquanto complesso, incentrato su tre principi fondamentali: si trattava di un controllo *a posteriori* (su leggi già promulgate che si assumono ledere diritti fondamentali), incidentale (nel corso di un giudizio), ad iniziativa del *particulier*.

Secondo la proposta di revisione il Consiglio costituzionale poteva essere adito da un *justiciable* allorché, nel corso di un giudizio in corso, fosse stato necessario fare applicazione di una disposizione che egli ritenga pregiudizievole dei suoi diritti: dubbi sono sorti sull'ampiezza da dare alla nozione di *justiciable*¹⁴, al fine di ricomprendervi oltre alle parti in senso stretto, anche il giudice ed il pubblico ministero. La difficoltà era di ordine testuale, giacché il progetto Vedel non conteneva disciplina alcuna sulla proponibilità d'ufficio da parte dell'autorità giudiziaria della questione di legittimità costituzionale, a differenza, ad esempio, dell'ordinamento italiano, che prevede esplicitamente l'ipotesi¹⁵. Tale silenzio, se non risolutorio, sarebbe stato quantomeno indicativo nel senso di consentire al giudice o al pubblico ministero di intervenire in tutte le ipotesi di inerzia della parte, che per negligenza o disattenzione ometteva di eccepire l'incostituzionalità di una legge dannosa: e poiché la violazione di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione si sarebbe comunque risolta in una violazione della Costituzione stessa, ne discendeva la rilevanza della questione di costituzionalità d'ufficio dall'autorità giudiziaria, sempre ove se la stessa non fosse stata sollevata dalla parte¹⁶, nell'ipotesi in cui fosse stata ravvisata l'inerzia della stessa. Un'ulteriore sviluppo della teoria si configurerebbe riprendendo l'ipotesi di *auto-saisine* già prevista dal progetto di revisione costituzionale approvato nel 1974, che prevedeva la possibilità, successivamente abbandonata, che lo stesso *Conseil ex officio* si investisse di leggi non ancora promulgate che fossero lesive di libertà pubbliche garantite dalla Costituzione: si legittimerebbe, in

¹⁴ È indubbio che nella nozione di *justiciable* siano ricompresi non solo i cittadini francesi, ma anche gli stranieri residenti con regolare permesso di soggiorno: questo ragionamento si pone in linea con l'indirizzo adottato dal *Conseil* nella sentenza del 22 gennaio 1990 n. 269, nella quale ha statuito che gli stranieri dispongono delle «libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République». Del resto la soluzione è implicita nella stessa formulazione del nuovo art. 61-1: laddove stabilisce che possono essere oggetto di controllo da parte del *Conseil* le disposizioni di legge che attentano ai diritti fondamentali riconosciuti a *toute personne*, il legislatore ha voluto significare l'assenza di qualunque distinzione tra le due categorie di soggetti (v. F. Luchaire, *Le contrôle de la loi promulguée...*, cit., 1627, con riferimento, però, alla proposta Badinter; sulla natura giuridica del soggetto in grado di sollevare l'eccezione di incostituzionalità J. Viguier, *La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité de la loi dans les projets français de 1990 et de 1993*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1994, 976-978).

¹⁵ Art. 1 L. cost. n.1 del 1948 e art. 23, III co., L. n. 87 del 1953.

¹⁶ F. Luchaire, *Le contrôle de la loi promulguée...*, cit., 1627; nello stesso senso, anche se con diverse argomentazioni, N. Zanon, *L' "exception d'incostitucionalité"...*, cit., 109-115.

tal modo, l'intervento surrogatorio del *Conseil* a fronte dell'inerzia non solo delle parti, ma anche dell'autorità giudiziaria¹⁷.

Il giudice poteva disporre, quindi, in una certa misura, del potere d'iniziativa, che restava comunque privo di autonoma rilevanza, connesso com'era alla mancata attivazione del *justiciable* (in conformità dello spirito della riforma che era stato individuato nell'esigenza di garantire al singolo un "*accès plus direct à la protection par le droit*"¹⁸), nel mentre la sua primaria funzione rimaneva quella di organo propulsivo dell'*iter* processuale, ponendosi come filtro tra l'individuo e le istituzioni, nella specie il Consiglio costituzionale.

Il progetto Vedel prevedeva, però, una procedura complessa e singolare: il giudizio di quella che, nel lessico processual-costituzionalistico italiano, viene definita rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, anziché spettare ad un unico giudice (il giudice del processo pendente) veniva scissa in due *sub*-procedimenti, quello sulla rilevanza che restava di competenza dal giudice *a quo* e quello sulla non manifesta infondatezza che veniva, invece, demandato ad un organo giurisdizionale non partecipe del processo in corso, a seconda dei casi o il Consiglio di Stato o la Corte di cassazione¹⁹, al fine di evitare la proposizione di questioni di costituzionalità meramente dilatorie. La previsione di questo ulteriore *filtrage* richiamava la disciplina prevista dalla riforma della Costituzione austriaca del 1929, con la quale si conferì l'iniziativa processuale oltre ai già previsti organi politici, anche alle supreme magistrature ordinaria ed amministrativa; ne mutava, però, la *ratio*: lì si legittimavano esclusivamente gli organi giudicanti in ultima istanza, nell'ipotesi prospettata dal Comitato Vedel si aveva, invece, una legittimazione concorrente delle due giurisdizioni di volta in volta interessate al procedimento, i cui giudizi sarebbero stati, tra l'altro, legati da un rapporto di consecuzione, e dunque interdipendenti.

Sotto il profilo procedurale il "tipo" francese di controllo di costituzionalità, così come delineato dal progetto Vedel, si presentava composito, racchiudendo sia un'azione diretta sia un controllo incidentale, anche se l'eccessiva frammentazione di quest'ultimo procedimento (si allude al *double filtrage*) rischiava di "diluire" l'immediatezza del rapporto individuo/giudice delle leggi, che, a conti fatti, avrebbe dovuto rappresentare lo scopo primario della riforma²⁰.

Tuttavia anche tale proposta era, dunque, distante dalle tipologie sperimentate nelle vicine democrazie europee, che, con riferimento alla tutela immediata, in sede giurisdizionale, dei diritti fondamentali, predispongono strumenti procedurali atti a realizzare una difesa più completa, quale il ricorso individuale di costituzionalità, previsto dai sistemi tedesco (artt. 93 e ss. Cost.), spagnolo

¹⁷ N. Zanon, *L' "exception d'incostitutionnalité"...*, cit., 110

¹⁸ *Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution*, JORF, 16 février 1993, 2548.

¹⁹ Il giudizio sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione ritrova la sua unità nell'ipotesi in cui l'eccezione viene sollevata direttamente davanti al Consiglio di Stato o davanti ad una giurisdizione che giudica in unica istanza.

²⁰ Sulla natura e funzione del *double filtrage* J. Viguiet, *La participation du citoyen...*, cit., 982-988.

(artt. 53 e ss. Cost.) ed austriaco (artt. 139 e ss. Cost.), il quale si è rivelato un efficace mezzo di accesso diretto alle Corti Costituzionali in grado di assicurare una protezione tempestiva a chi si ritenga leso nei suoi diritti fondamentali da parte di atti della pubblica autorità (leggi o provvedimenti amministrativi e giurisdizionali).

4. Il controverso rapporto tra controllo di costituzionalità e controllo di convenzionalità

Nel sistema costituzionale francese risulta evidente la disparità degli strumenti di controllo sulle leggi attribuiti ai giudici, da un lato, e al Consiglio costituzionale, dall'altro.

Il diritto convenzionale, ossia quello che promana dalla Convenzione europea del 1950 e dall'interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non s'impone direttamente alla Costituzione, ma al diritto infra-costituzionale, attraverso i normali strumenti d'integrazione: tale processo non necessita di un formale atto giuridico di recezione ma opera direttamente in virtù del principio della diretta applicabilità, negli Stati membri, del diritto comunitario derivato.

La presunzione di costituzionalità di cui godono i trattati internazionali e gli atti comunitari derivati non ha carattere assoluto, anche se, di primo acchito, la giurisprudenza costituzionale lascerebbe intendere ciò: il controllo *a priori* esercitato, secondo la procedura dell'art. 61 della Costituzione, sulle leggi di applicazione di una direttiva comunitaria aprirebbe un varco all'estensione del sindacato del Consiglio sulle direttive medesime, che diverrebbero oggetto di un esame di conformità alla Costituzione²¹ (in tal senso). Trattasi, in realtà, di una forma di controllo di conformità costituzionale del diritto comunitario esercitato *a posteriori*, nell'ambito del quale il Consiglio costituzionale, verificando la regolarità della procedura di incorporazione del diritto comunitario nel diritto interno, in realtà svolge un controllo sulla validità costituzionale dell'atto comunitario: va considerato inoltre che la possibilità di espletare un sindacato *a posteriori* di costituzionalità del diritto comunitario può realizzarsi attraverso l'applicazione del principio costituzionale scaturito dalla decisione sullo stato di urgenza in Nuova Caledonia del 25 gennaio 1985, che ammette un controllo di una legge promulgata in occasione «*de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine*»²².

Ad oggi la prospettiva di introdurre un controllo *a posteriori* del diritto comunitario, sebbene astrattamente configurabile, sembra essere stata cautamente scartata dal Consiglio costituzionale: e ciò per due ordini di ragioni. Da una parte, perché discutere della costituzionalità di una disposizione comunitaria trasposta o di un Trattato comunitario regolarmente ratificato, significherebbe rimettere in discussione l'impegno della Francia nel processo comunitario.

²¹ Cons. const. n. 78-100 DC del 29 dicembre 1978, in www.conseil-constitutionnel.fr ; Cons. const. n. 80-126 del 30 dicembre 1980, in www.conseil-constitutionnel.fr.

²² Cons. const. n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985, in www.conseil-constitutionnel.fr.

Dall'altra, perché un controllo di tal fatta comporterebbe necessariamente un apprezzamento dei testi comunitari e questo urterebbe il monopolio interpretativo del diritto comunitario spettante alla Corte di Giustizia²³.

Pertanto, se in linea di principio va escluso un controllo di costituzionalità *a posteriori* del diritto comunitario ex art. 61 Cost. per le ragioni suesposte, nella misura in cui l'introduzione sul piano interno dei trattati comunitari può dar luogo ad un controllo *a priori* ex art. 54, come nel caso del Trattato di Maastricht del 1992, il sindacato esercitato in tale sede dal Consiglio costituzionale deve tenere in conto gli impegni internazionali precedentemente assunti dallo Stato francese nel medesimo *domaine*: tale principio, enunciato dal *Conseil* a proposito della decisione *Maastricht I*²⁴ – secondo cui «*il appartient au Conseil constitutionnel, saisi, au titre de la procédure instituée par l'article 54 de la Constitution, d'un traité qui modifie ou complète un ou plusieurs engagements internationaux déjà introduits dans l'ordre juridique interne de déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier ou compléter*» – non implica l'esercizio da parte del Consiglio costituzionale di un controllo di costituzionalità, che esula dall'ambito delimitato dall'art. 54, ma determina la portata delle disposizioni internazionali nuove su quelle precedenti, sulle quali le prime spiegano i loro effetti.

Il controllo esercitato dal *Conseil constitutionnel* sul diritto comunitario si muove nei limiti di un controllo di compatibilità tra l'ordinamento giuridico francese e l'ordinamento giuridico comunitario: ciò non significa che il sistema costituzionale francese e il giudice costituzionale si pieghino al diritto comunitario; al contrario, la giurisprudenza del *Conseil* mostra la capacità di resistenza della Costituzione nazionale alla prevalenza del diritto comunitario.

Difatti, argomentando dal dato costituzional-testuale, l'art. 55 della Costituzione non genera dubbio alcuno in ordine alla configurazione dei trattati comunitari quali fonti del diritto di grado inferiore alla Costituzione: ciò ha escluso per lungo tempo che il *Conseil constitutionnel* esercitasse un controllo della legge con riferimento al diritto comunitario, giacché per espressa ammissione del giudice costituzionale una legge contraria ad un Trattato non è, solo per questo, incostituzionale e che la verifica del rispetto del principio della *superlegalité* (si badi bene: non *supraconstitutionnalité*) dei trattati non rientra nella funzione del sindacato di costituzionalità ex art. 61 Cost. ma è affidata al giudice comune²⁵.

²³ Nel senso indicato T. De Berranger, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris, L.G.D.J., 1995, 131-132; F. Chevallier, *L'exception d'inconstitutionnalité, l'État de droit et la construction de la Communauté européenne*, in *Dalloz, Chron.*, 1989, 255 ss.; J.P. Jacqué, *Constitutions et organisations internationales: le problème de la supranationalité. Conseil constitutionnel et droit communautaire*, in J.P. Jacqué (cur.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1987, 321 ss.

²⁴ Cons. const. n. 92-308 DC del 9 aprile 1992, in www.conseil-constitutionnel.fr.

²⁵ Cons. const. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, *IVG*, in www.conseil-constitutionnel.fr.

Come in seguito ha fatto rilevare lo stesso Consiglio costituzionale, è compito degli organi dello Stato vegliare sul rispetto delle convenzioni internazionali nell'ambito delle rispettive competenze²⁶: spetterà al giudice, ordinario o amministrativo, espletare il controllo di convenzionalità disapplicando le norme di legge, anche successive, che non si conformano ai trattati (specialmente a proposito dei trattati comunitari). Il Consiglio costituzionale, in diverse e successive pronunce²⁷, opera un *self restraint* declinando la propria competenza a sindacare la conformità di una legge del Parlamento a un trattato internazionale e affermando «*qu'il ne lui appartient pas..., lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international*» (cons. 7). Sulla scorta dell'interpretazione del Consiglio costituzionale, che ha posto una linea di demarcazione di tipo soggettivo e oggettivo tra *contrôle de constitutionnalité* e *contrôle de conventionnalité*, il primo di competenza del giudice costituzionale e il secondo riservato alla magistratura (ordinaria e amministrativa), dapprima il giudice ordinario²⁸ e poi il giudice amministrativo²⁹ divengono entrambi i giudici naturali dell'applicazione dell'art. 55 Cost., e per esso del principio della superiorità dei trattati nell'ordinamento giuridico interno. Controllo di costituzionalità e controllo di convenzionalità hanno, dunque, giudici diversi: nello spirito del giudice delle leggi, la bipartizione poggia tuttavia su di un preciso fondamento giuridico-interpretativo, vale a dire sulla differente portata delle due competenze discendente dal differente valore dei due corpi normativi, il *bloc de constitutionnalité* e il *bloc de conventionnalité*³⁰.

Il principio contenuto nell'art. 55 è la logica conseguenza della necessaria compatibilità costituzionale dei trattati sancita dall'art. 54, tanto necessaria da imporre, in caso di accertata incostituzionalità, una revisione costituzionale prima della ratifica del medesimo.

In tale prospettiva, nei confronti del diritto comunitario si è delineata una posizione del Consiglio costituzionale tendente a salvaguardare il nucleo duro del sistema costituzionale francese nel rispetto degli impegni internazionali assunti, svolgendo un'azione prudente e forte al tempo stesso: prudente, per aver esercitato un *self-restraint* evitando di rimettere in discussione il diritto comunitario originario o derivato una volta recepito formalmente nel diritto interno; di resistenza, attraverso la difesa del principio della sovranità nazionale, così come definito dalle norme costituzionali di riferimento, vale a dire il comma 1 del Preambolo alla Costituzione del '58; l'art. 3 Cost. e l'art. 3 della Dichiarazione del 1789.

Considerato il rapporto che la Costituzione instaura tra i trattati internazionali ratificati e leggi ordinarie, rapporto che consente al giudice di non applicare una disposizione legislativa in contrasto

²⁶ Cons. const. n. 86-216 DC del 3 settembre 1986, in www.conseil-constitutionnel.fr.

²⁷ Cons. const, n. 98-405 DC del 29 dicembre 1998, *Journal officiel* del 24 gennaio 1999, p. 1317; n. 99-416 DC del 23 luglio 1999, *Journal officiel* del 28 luglio 1999, p. 11250; n. 2001-457 del 27 dicembre 2001, *Journal officiel* del 29 dicembre 2001, p. 21172.

²⁸ Corte cass., ch. mixte, 24 maggio 1975, *Administration des douanes c/ Société des Cafés Jacque vabre*, in *J.C.P.*, 1975, II, p. 18180 bis.

²⁹ C.E., Ass., 20 ottobre 1989, *Nicolo*, in *J.C.P.*, 1989, II, p. 21371.

³⁰ E Bruce, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in *Actes du Congrès de droit constitutionnel*, Montpellier 9-11 juin 2005, in www.droit-constitutionnel.org.

con una convenzione internazionale ratificata ma non di valutare se la stessa disposizione sia in contrasto con un principio costituzionale, ne discende uno squilibrio tra la tutela offerta all'individuo nei confronti del diritto internazionale, attraverso il controllo di convenzionalità rispetto al diritto costituzionale interno, i cui principi, qualora disattesi da una legge entrata in vigore e pur se alla medesima *superposés*, non possono essere fatti valere contro di essa.

Come si evince dal *Rapport* presentato al Presidente della Repubblica il 30 ottobre 2007 dal *Comité de reflexion et de proposition sur la modernisation et rééquilibrage des institutions de la V République*, presieduto da Balladur³¹, non sono mancate, a questo riguardo, una serie di proposte tendenti ad attribuire al Consiglio costituzionale una competenza nuova, consistente nel controllo di conformità della legge alle convenzioni internazionali o, in misura più ristretta, alle convenzioni che a livello europeo consacrano i diritti e le libertà fondamentali.

Il Comitato Balladur, tuttavia, pur considerando il carattere innovativo di tali proposte aventi la finalità di razionalizzare la disciplina del controllo di conformità della legge alle convenzioni internazionali e alla Costituzione, ha ritenuto che un'eccessiva concentrazione di competenze nel *Conseil constitutionnel* avrebbe alterato la natura di tale istituzione, ponendola in una posizione molto delicata in rapporto alla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione, da un lato, e delle giurisdizioni sovranazionali, nella specie Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, dall'altro.

Sotto il primo profilo, un'eventuale censura da parte del Consiglio costituzionale di una legge ritenuta incompatibile con una convenzione internazionale prima che tale incompatibilità sia dichiarata da una giurisdizione sovranazionale, impedirebbe il ricorso al meccanismo dell'adeguamento dei due ordini normativi attraverso la revisione costituzionale previsto dall'art. 54 della Costituzione.

Inoltre, rispetto alle pronunce emesse dalla Corte europea che hanno carattere dichiarativo e si rivolgono allo Stato ritenuto responsabile della lesione, le pronunce del Consiglio costituzionale hanno carattere decisorio e si impongono alle autorità pubbliche.

Sotto il secondo profilo, se il Consiglio non si opponesse all'applicazione di una legge che ritenga compatibile con una convenzione internazionale e questa interpretazione venisse smentita da una giurisdizione sovranazionale, i giudici francesi si troverebbero in una posizione molto difficile atteso che, in virtù dell'art. 62 della Costituzione, sono obbligati a conformarsi alle decisioni del Consiglio costituzionale, che hanno valore *erga omnes*. Tutto ciò rischierebbe di incidere sul principio della certezza del diritto nonché sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale.

³¹ J.O., 30 ottobre 2007, NOR: HRUX0710990X.

In realtà, con l'introduzione dell'*exception d'incostitucionalité* si è instaurato un sistema binario di rimedi giurisdizionali contro la lesione di diritti e di libertà, che sono equivalenti ma non eguali e dunque non fungibili³².

5. L'art. 61-1 nella legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008

Dal 1993 la *querelle* sull'estensione dell'oggetto del controllo di costituzionalità sembrava ormai essere stata consegnata al tranquillo risposo di una polverosa soffitta: il progetto Vedel rappresentava, infatti, l'ultima proposta organica di revisione delle modalità di accesso al Consiglio costituzionale.

La problematica dell'accesso al Consiglio costituzionale è di recente tornata alla ribalta, essendo stata oggetto di una delle settantasette proposte di revisione della Costituzione della V Repubblica contenute nel Rapporto Balladur e trasfuso nella revisione costituzionale sulla modernizzazione delle istituzioni della V Repubblica approvata con la legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008.

La legge costituzionale n. 2008-724, la più incisiva delle 24 revisioni costituzionali realizzate dal 1958, accanto al controllo astratto e a priori, introduce la previsione di un controllo di costituzionalità concreto e a posteriori della conformità alla Costituzione di una *loi promulguée*.

In tal senso la giustizia costituzionale francese diviene un sistema completo e originale nel senso che concorre al miglioramento dello Stato di diritto formale come sistema giuridico nel quale ciascun atto normativo può essere "parametrato" in relazione a norme di riferimento che ne determinano le condizioni di produzione, di contenuto e di effettività.

Le modalità del rinvio pregiudiziale e incidentale, da parte dei giudici di ogni ordine e grado, sono riservate ad una legge organica, il cui progetto n. 1599 depositato presso la Presidenza dell'Assemblea nazionale l'8 aprile 2009 è stato diffuso il 15 aprile 2009.

Il nuovo articolo 61-1 Cost. stabilisce « 1. *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* – 2. *Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article*».

Il controllo di costituzionalità concreto e successivo introduce degli elementi correttivi e selettivi³³, nel senso che una disposizione legislativa può essere valida sotto il profilo formale

³² C. Lepage, *L'Exception d'inconstitutionnalité au regard de la pratique judiciaire et des rapports de pouvoir*, in LPA, 2008, n. 189, p. 3ss.

(rispetto delle condizioni di produzione) e tuttavia non conforme alla Costituzione e dunque passibile di correzione nella forma dell'annullamento. La selettività del controllo a posteriori introdotto dalla riforma costituzionale del 2008 si rivela sotto il profilo sostanziale, giacché la legittimazione ad agire in via incidentale è riconosciuto solo nel caso in cui si assuma la lesione legislativa dei "diritti e libertà", formula generica che rimanda alla *vexata quaestio* sull'estensione della "materia costituzionale" relativa ai diritti e libertà fondamentali.

La Costituzione francese, infatti, non contiene un catalogo definito di diritti e libertà sui quali operare attraverso l'interpretazione costituzionale: a differenza di altre Costituzioni, quali quella tedesca, italiana o spagnola, che menzionano espressamente i diritti la cui lesione può essere oggetto di ricorso, i diritti e libertà "francesi" sono disseminati in diversi testi collegati tra loro in un Corpus costituzionale composto da una serie di documenti che, come nel gioco delle scatole cinesi, si rinviano l'un l'altro: il Preambolo della Costituzione del 1958, che rinvia alla Dichiarazione dei Diritti del 1789, alla Carta dell'ambiente del 2004 e al Preambolo del 1946 che a sua volta rinvia alla Dichiarazione dei Diritti e ai "principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica".

L'incomprensibile riduzione dell'ambito oggettivo di intervento del ricorso incidentale, limitato al *bloc de constitutionalité*, lascia fuori dalla sfera del controllo di costituzionalità della legge una serie di vizi formali, quali la corretta applicazione della ripartizione di competenze legislative tra Parlamento e Governo nel caso in cui non sia stata posta la questione di irricevibilità ex art. 41 Cost., che in un sistema come quello francese, dominato dal principio di competenza anziché da quello di gerarchia, rischiano di estendere i propri effetti sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli: per ridurre la portata di tale limite si potrebbe prevedere, in sede di disciplina di attuazione, un controllo preliminare da parte del Consiglio sugli eventuali vizi della legge che possano inficiarne la regolarità formale prima di passare ad analizzare la *question de fond*. Ma il progetto di legge organica tace sul punto.

Questa considerazione fa emergere, prepotentemente, la *querelle* sulla relazione e la reciproca influenza tra il controllo astratto / preventivo e il controllo concreto / successivo: non è da escludere che i due tipi di controllo andranno progressivamente a collocarsi in ambiti di intervento differenziati, il primo attestandosi sulla regolazione dei conflitti di competenza tra organi costituzionali (ambito di controllo precluso in sede di eccezione di incostituzionalità) il secondo occupandosi – *ratione materiae* – della garanzia dei diritti e libertà costituzionali. Non si può, tuttavia, escludere che il controllo astratto e preventivo per sua natura generale e non selettivo, a differenza del controllo concreto e successivo per sua natura speciale e oggettivamente delimitato, possa concernere aspetti della *loi votée* che incidano su situazioni giuridiche soggettive: in tal caso, come si evince da una costante giurisprudenza, il *Conseil constitutionnel* impiega in modo originale

³³ O. Pfersmann, *Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité: la nouvelle procédure de contrôle concret et a posteriori*, in LPA, 2008, n. 254, p. 103ss.; F. Xavier-Millet, *L'exception d'inconstitutionnalité en France ou l'impossibilité du souhaitable ?*, in RDP, 2008, p. 1305.

il parametro costituzionale dell'eguaglianza, sia nella declinazione offerta dal *bloc de constitutionalité* (in particolare con riferimento alle discriminazioni arbitrarie espressamente vietate dal Preambolo alla Costituzione del 1946, cd. “*égalité déterminée*” o principio di non discriminazione fondato su di un criterio formale: razza, religione, credo, sesso, origini, opinioni), sia con riferimento a quel genere di discriminazioni legislative che o mettono in discussione l'esercizio di diritti fondamentali il cui rispetto è garantito dal giudice costituzionale o concernono tutte quelle situazioni di fatto o di diritto non espressamente vietate dalla Costituzione (cd. “*égalité indéterminée*”). Sotto questo profilo è possibile tracciare una linea di demarcazione tra due graduazioni del controllo di costituzionalità esercitate sulla base del principio di eguaglianza: da una parte esiste il controllo *strict*, quando sono in gioco discriminazioni legislative espressamente vietate dai testi costituzionali o che mettono in discussione l'esercizio di diritti fondamentali, e dall'altra il controllo *restreint* quando si è in presenza di differenze di trattamento tra situazioni di fatto o di diritto. Nel primo caso si avrà un controllo stretto di “conformità” della legge alla Costituzione nel secondo un controllo limitato di “compatibilità”. Evidente sotto questo profilo, l'influenza della triplice classificazione delle decisioni in tema di discriminazioni legislative operata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America (*strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *rational based scrutiny*), sebbene tale giurisprudenza sia stata oggetto di critiche da parte della dottrina americana che ha rilevato la sottile e a volte artificiale differenziazione tra controllo “stretto” e controllo “intermedio”³⁴. Soprattutto quando è in gioco il controllo astratto del principio d'eguaglianza, il *Conseil constitutionnel* ha fatto uso della tecnica delle decisioni “*de conformité sous réserve d'interprétation*”, vale a dire della particolare tecnica decisoria, influenzata dalla giurisprudenza costituzionale italiana, di rigetto assistita da riserve la cui osservanza condiziona la costituzionalità della legge³⁵.

Questo breve *excursus* sull'impiego – in sede di controllo astratto e preventivo – del principio di eguaglianza da parte della giurisprudenza costituzionale francese, affranca inevitabilmente il *Conseil constitutionnel* da quel “confino costituzionale” nel quale era stato relegato dal disegno gollista.

Sotto il profilo procedurale, la riforma francese del 2008, prendendo spunto dal progetto Vedel del 1993, si ispira tanto al modello dell'*eccezione di illegittimità costituzionale*, in base alla quale l'incostituzionalità eccepita con un atto processuale da una delle parti nel corso di un giudizio è decisa dal giudice della causa pendente (Stati Uniti, Grecia, Norvegia, Giappone), quanto al modello del *rinvio pregiudiziale*, per il quale il rinvio, non è un atto processuale delle parti, ma è

³⁴ F. Melin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-Marseille, Economica-PUAM, 1997, pp. 72 ss., 128 ss.

³⁵ L. Favoreu, *Souveraineté et constitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 1993, n. 67, p. 71; T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Aix-Marseille, Economica-PUAM, 1997, *passim*.

disposto con atto motivato dal giudice di merito (Austria, Germania): la legge costituzionale n. 2008-724 ha optato per l'ibridazione dei due modelli di controllo, seguendo una via analoga a quella percorsa dalle Costituzioni italiana e spagnola. La *ratio* di tale scelta risiede nel fatto che, in assenza di un ricorso concreto individuale (come quello previsto in Germania, Austria e Spagna), il controllo in via incidentale rappresenta l'unica via di accesso dell'individuo al giudice costituzionale effettuato attraverso la questione di costituzionalità sollevata dalle parti del giudizio in corso: il progetto di legge organica n. 1599, infatti, esclude che la questione possa essere sollevata d'ufficio.

Il procedimento disciplinato progetto di legge organica prevede l'ormai noto doppio filtro deliberativo: in primo luogo, compete al giudice del caso esaminare, con ricorso motivato delle parti (*exception d'incostitucionalité*) se vi siano i presupposti per rinviare la questione alle corti supreme; in secondo luogo, compete alle corti supreme decidere se, sulla base della fondatezza dei presupposti evidenziati dal giudice di primo grado, rinviare gli atti al Consiglio costituzionale.

La formulazione del secondo comma dell'art. 61-1 Cost. contenuta nella proposta del Comitato Badinter del 2007 offriva maggiori elementi di apertura, lasciando un certo margine di valutazione sotto il profilo soggettivo nell'individuazione del giudice del rinvio: la disposizione, infatti, che richiama in parte il tenore della disposizione proposta dal Comitato Vedel del 1993 («2. *Le Conseil constitutionnel est saisi, à la demande d'un justiciable, sur renvoi du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre*») stabiliva che il Consiglio costituzionale, su domanda di una delle parti del giudizio principale, poteva essere adito «*sur renvoi du Conseil d'État, de la Cour de cassation, des juridictions qui leurs sont subordonnées ou de toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre*», lasciando aperta la via ad un possibile rinvio « diretto » del giudice del caso pendente (che è una delle « *juridictions qui ... sont subordonnées* » alla Corte di cassazione o al Consiglio di Stato). Al contrario, la scelta operata in sede di approvazione della legge costituzionale n. 2008-724 è stata nel senso di limitare le possibilità di ricorso al *Conseil constitutionnel* istituendo nell'accesso un doppio filtro rigoroso.

La questione di costituzionalità sollevata dalle parti viene esaminata dal giudice del caso pendente, che non può procedere d'ufficio (art. 23-1 comma 1 dell'ordinanza n. 58-1067 del 7 novembre 1958 nella versione proposta dal progetto di legge organica n. 2009-1599) e trasmessa alla Corte di cassazione (se trattasi di giudice civile o penale) o al Consiglio di Stato (se trattasi di giudice amministrativo) solo ove sussistano le seguenti condizioni:

- 1) la disposizione impugnata determina l'esito del giudizio, la validità della procedura o costituisce il fondamento delle azioni giudiziarie;
- 2) la disposizione non è già stata dichiarata conforme alla Costituzione dal Consiglio costituzionale, salvo cause sopravvenute;
- 3) la questione deve essere stata seriamente proposta.

Nel caso in cui tra i motivi dell'eccezione sia contestata la conformità della disposizione impugnata alla Costituzione e agli impegni internazionali della Francia, il giudice si pronuncia in primo luogo sulla questione di costituzionalità, stante l'effetto *erga omnes* pronuncia d'incostituzionalità che produce l'annullamento della disposizione legislativa contestata, facendo salve le esigenze contemplate nell'art. 88-1 della Costituzione³⁶.

Il richiamo espresso all'art. 88-1 Cost. non è di poco conto: per costante orientamento giurisprudenziale³⁷, il Consiglio costituzionale riconosce all'art. 88-1 un ruolo centrale nell'integrazione dell'ordinamento giuridico comunitario all'ordinamento giuridico interno, affermando che la trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento interno realizza un'esigenza di natura costituzionale, che s'identifica nell'obbligo, costituzionalmente posto in capo alle autorità nazionali, di trasporre le direttive comunitarie; e la medesima esigenza, che risponde a quella più generale del riconoscimento dell'esistenza di un ordinamento giuridico comunitario integrato all'ordinamento giuridico interno e distinto dall'ordinamento internazionale, riposa sull'art. 88-1 e va esplicitamente ad integrare il *bloc de constitutionnalité*³⁸.

La legittimazione costituzionale della trasposizione e dell'attuazione del diritto comunitario derivato non solo rappresenta una modalità d'esercizio in comune di alcune competenze degli Stati membri, ma anche un contributo decisivo alla costruzione dell'Europa che si giova del rispetto delle regole predisposte "in comune": in tal senso, lo Stato francese, applicando il diritto prodotto dagli organi comunitari, rispetta sia un obbligo comunitario che un'esigenza costituzionale³⁹. Ne consegue che il Parlamento francese non ha possibilità di scelta: quando le istituzioni comunitarie adottano una direttiva, il Parlamento deve trasporre fedelmente le prescrizioni e la legge di trasposizione non può essere assimilata ad una legge ordinaria *tout court* poiché la stessa risponde ad un imperativo costituzionale "speciale".

In tale contesto, il Consiglio costituzionale deve realizzare una duplice e delicata funzione: da un lato, garantire la superiorità della Costituzione attraverso il controllo di costituzionalità e, dall'altro, fare proprie le implicazioni giuridiche dell'integrazione europea e, pertanto, rendere operante l'applicazione uniforme del diritto europeo sul territorio dell'Unione, procedendo alla conciliazione di due esigenze potenzialmente in conflitto attraverso la prevalenza di una sull'altra. Pur

³⁶ Articolo 88-1: 1. La Repubblica partecipa alle Comunità europee e all'Unione europea, costituite da Stati che hanno scelto liberamente, in virtù dei trattati che le hanno istituite, di esercitare in comune alcune delle loro competenze. – 2. Essa può partecipare all'Unione europea alle condizioni previste dal trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007, che modifica il trattato sull'Unione Europea e il trattato istitutivo della Comunità europea.

³⁷ Cons. cost., decisioni nn. 2004-496 del 10 giugno 2004 (*Économie numérique*), 2004-497 del 1° luglio 2004 (*paquet Télécom*), 2004-498 del 29 luglio 2004 (*Bioéthique*) e 2004-499 del 29 luglio 2004 (*protection des données personnelles*).

³⁸ F. Chaltiel, *Le Conseil constitutionnel au rendez-vous de la Constitution européenne*, in *Petites Affiches*, 2004, n. 140-141, 4.

³⁹ N. Lenoir, *Le Conseil constitutionnel et la construction européenne*, in *Les échos*, 22 juin 2004, 19; B. Mathieu, *Le Conseil conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales*, in *Dalloz*, 2004, n. 25, 1739.

rifiutandosi di esaminare una legge d'attuazione di un regolamento comunitario, il Consiglio costituzionale, in sede di controllo di costituzionalità della legge di trasposizione, ha sovente esteso il proprio controllo alla direttiva comunitaria senza accertare se le disposizioni di legge fossero ad essa strettamente collegate: in particolare, nella decisione n. 2004-497 del 1° luglio 2004, il Consiglio costituzionale, dopo aver verificato la non sussistenza di *dispositions expresses contraires de la Constitution* e che la legge di trasposizione riproduce fedelmente la direttiva, afferma che compete al giudice comunitario a titolo pregiudiziale controllare il rispetto da parte della direttiva sia del riparto di competenze definito dal Trattato sia dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (cd. teoria della “*directive-écran*”⁴⁰).

Tornando al procedimento in via incidentale disciplinato dal progetto di legge organica n. 2009-1599, la decisione con cui il giudice del caso decide di trasmettere la questione di costituzionalità alla corte suprema competente (Consiglio di Stato o Corte di cassazione) non è impugnabile e sospende il processo in corso per un periodo che va da tre a sei mesi: il progetto di legge organica, tuttavia, prevede una disciplina peculiare dell'incidente di costituzionalità in materia penale prevedendo che la proposizione della questione d'incostituzionalità non sospende la fase dell'istruzione e l'adozione delle decisioni concernenti la restrizione della libertà personale. La decisione con la quale il giudice dispone di non trasmettere la questione può essere contestato in occasione dell'appello avverso la decisione di merito.

Il Consiglio di Stato o la Corte di cassazione dispongono di un termine di tre mesi decorrente dalla ricezione della trasmissione della questione per decidere se rinviare la questione di costituzionalità al Consiglio costituzionale, una volta verificata l'esistenza dei presupposti che hanno costituito la base dell'atto di trasmissione da parte del giudice del processo pendente: per procedere all'analisi della questione il Consiglio di Stato opererà mediante le sezioni già costituite, mentre presso la Corte di cassazione sarà costituita una sezione formata dal primo presidente, dai presidenti delle camere e da due consiglieri per ciascuna camera di volta in volta interessata: al fine di evitare un contrasto tra gli indirizzi adottati dalle differenti sezioni sarà necessario il coordinamento e la ripartizione dei compiti tra le medesime. Rispetto al progetto Vedel del 1993, prima sommariamente esaminato, nel quale la fase deliberativa preliminare era suddivisa nei due sub-procedimenti, il primo svolto dal giudice di prima istanza, che si limitava a verificare la rilevanza della questione, e il secondo dalle supreme corti, che stabilivano la non manifesta infondatezza della questione, il tenore del progetto di legge organica n. 2009-1599 indica che il secondo filtro deliberativo debba verificare i presupposti dell'eccezione di illegittimità costituzionale già valutati dal giudice di prima istanza (potendo, eventualmente, anche ribaltare la

⁴⁰ M. Verpeaux, *Révolution, constat et verrou*, in *Act. jur. dr. adm.*, 2004, n. 28, 1497; altri preferiscono impiegare la locuzione “*loi miroir*” della direttiva, M. Gautier, F. Melleray, *Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législative transposant une directive communautaire*, in *Act. jur. dr. adm.*, 2004, n. 28, 1538.

deliberazione del giudice del caso pendente) e che dunque si configuri come uno strumento di *blocage* delle eccezioni di illegittimità costituzionale temerarie o dilatorie: sembra che in realtà lo scopo della riforma sia quello di conservare in capo alle supreme corti le prerogative dell'interpretazione costituzionale di cui esse sono titolari in sede di controllo di convenzionalità, alle quali esse difficilmente rinunceranno.

La questione di costituzionalità può sorgere per la prima volta dinanzi al Consiglio di Stato o alla Corte di cassazione: in questo caso, sembrerebbe che le due fasi deliberative si fondano per l'identità dei soggetti giudicanti e tuttavia non è ben chiaro se le due deliberazioni devono comunque formare oggetto di due distinti atti processuali o se esse possano essere unificate in un solo atto motivato di rinvio pregiudiziale (sul punto nulla nel progetto di legge organica n. 2009-1599).

Una volta adito, il Consiglio costituzionale deve darne avviso al Presidente della Repubblica, al Primo ministro e ai Presidenti delle due camere, che possono inviargli osservazioni. Il termine per decidere è di tre mesi e le parti possono presentare deduzioni in contraddittorio. L'udienza è pubblica, fatti salvi i casi particolari definiti dal regolamento interno del Consiglio. Non è chiaro se, al pari del controllo preventivo e astratto, il Consiglio potrà estendere l'esame della questione oltre i limiti del *petitum*, considerato che nel sistema prescelto dal legislatore costituzionale francese siamo in presenza di un controllo di tipo selettivo che presuppone la lesione ad opera di una legge di "diritti e libertà" individuali (e non è chiaro neanche se all'annullamento – *rectius: abrogation*, art. 62 Cost. – conseguano effetti di natura risarcitoria, che si potrebbero evincere dall'oggetto del controllo, che verte non sulla legge *tout court* ma sulla legge che abbia leso un diritto soggettivo o una libertà pubblica). La decisione del Consiglio costituzionale è motivata e notificata alle parti, al Presidente della Repubblica, al Primo ministro e ai Presidenti delle due camere e comunicata al Consiglio di Stato, alla Corte di cassazione ed eventualmente al giudice dinanzi al quale è stata sollevata la questione di costituzionalità. Essa è pubblicata sul *JORF*.

Va infine sottolineato che i dubbi legati alla valutazione da parte del giudice costituzionale dei profili soggettivi collegati alla lesione (lett.: "*atteinte*") di diritti e libertà costituzionalmente garantiti, con eventuali esiti di natura risarcitoria, sarebbero stati fugati se fosse stata approvata dal Parlamento l'originaria formulazione dell'art. 61-1 proposta dal comitato Badinter: infatti, si prevedeva un controllo stretto di conformità delle leggi alle libertà e diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, indipendentemente dalla "lesione" («*1. Le Conseil constitutionnel peut à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, être saisi par voie d'exception aux fins d'apprécier la conformité d'une loi aux libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution*»).

Il progetto di legge organica, nella versione attualmente disponibile, lascia tuttavia nel dubbio altre questioni di capitale importanza: poiché l'eccezione di illegittimità costituzionale è condizione

necessaria, sebbene non sufficiente del rinvio, si pone il problema del rapporto tra i poteri delle parti e quelli del giudice, considerato che quest'ultimo non può rilevare d'ufficio la questione. Le parti potranno presentare dinanzi al Consiglio costituzionale delle deduzioni indipendenti ed eventualmente contrastanti con quelle del giudice di rinvio? Le parti dovranno avvalersi necessariamente di un avvocato per costituirsi dinanzi al Consiglio costituzionale? Le parti, stante la limitazione oggettuale del controllo di costituzionalità successivo, devono far valere il profilo soggettivo della lesione, ossia provare il danno con finalità risarcitoria? I giudici di primo grado potranno indirizzare le loro osservazioni alle supreme giurisdizioni? E queste saranno vincolate nel rinvio a tali osservazioni? Lo Stato si dovrà costituire in difesa delle disposizioni contestate (tale ruolo nel giudizio di costituzionalità preventivo è svolto dal Governo)?

6. L'art. 62 nella legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008

La riforma costituzionale, che si estende anche alla revisione dell'art. 62 Cost. concernente gli effetti delle pronunce costituzionali, riformula la citata disposizione nel modo seguente: «1. *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'art. 61 ne peut être promulguée ni mise en application.* – 2. *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'art. 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». La disposizione va letta in due momenti: la prima parte sembra escludere la retroattività della pronuncia costituzionale su ricorso in via incidentale, introducendo un elemento di ambiguità, e richiama alla memoria il dibattito dottrinario che in Italia ha accompagnato l'interpretazione dell'art. 136 della Costituzione e il conseguente principio della parziale retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. La seconda parte della disposizione («*Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause*») corregge il tiro e affida al *Conseil* il delicatissimo compito di modulare la retroattività della pronuncia, che dichiara l'incostituzionalità di una disposizione di legge, al processo nel quale è sorto l'incidente di costituzionalità.

È interessante notare che l'originaria proposta del Comitato Ballardur prevedeva modifica dell'art. 62 nei termini seguenti: «*Une disposition déclaré inconstitutionnelle sur le fondement de l'art. 61-1 est abrogée à compter de la date fixée par le Conseil constitutionnel dans sa décision. Elle ne peut être appliquée aux procédures juridictionnelles en cours*». Ritenerne non applicabile una decisione del *Conseil constitutionnel*, che avrebbe dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione di legge, al processo nel quale era sorto l'incidente di costituzionalità significava destituire di fondamento

giuridico e di utilità pratica il nesso di pregiudizialità che avrebbe legato i due giudizi, quello pendente e quello di costituzionalità.

La scelta finale di attribuire al Consiglio costituzionale la funzione di regolare i rapporti tra situazioni giudiziarie pendenti e giudizio di costituzionalità, come del resto si evince chiaramente dalla portata della disposizione che, nella nuova formulazione proposta, consente al Consiglio costituzionale di statuire sia *pro futuro* sia *pro praeterito*, differendo i tempi di efficacia della sentenza e conferendo una limitata efficacia retroattiva alle pronunce d'incostituzionalità su ricorso in via incidentale per favorire la transizione tra la vecchia e la nuova disciplina legislativa, è una scelta indubbiamente oculata, ma anche coraggiosa in quanto affida alla saggezza del *Conseil* la discrezionalità della decisione sulla retroattività della pronuncia.

Quale, dunque, il futuro del *Conseil constitutionnel*? Di cento l'estensione del *droit de saisine* attraverso il controllo successivo e concreto delle leggi promulgate aperto al *justiciable* produrrà un consolidamento di quel ruolo di garanzia interistituzionale che il giudice delle leggi ha ormai ampiamente dimostrato di aver conquistato “sul campo” con le sue innovative – e talvolta ardite – pronunce, superando una volta per tutte i limiti e le ambiguità insiti nella visione meccanicistica e astratta del controllo di costituzionalità “alla francese”.