

RIFORMARE LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE: DAL CASO FRANCESE INDICAZIONI PER L'ITALIA?

Tania Groppi¹

**Paper per il seminario di Astrid
“La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia”
27 maggio 2009**

SOMMARIO: 1. La riforma costituzionale del 2008 nel quadro della giustizia costituzionale comparata. – 2. Cosa resta dell'eccezionalismo francese? Il problema della composizione del *Conseil* e la singolare vicenda dell'apertura degli archivi. –3. Alcune riflessioni sull'esperienza italiana di giustizia costituzionale alla luce del diritto comparato e della riforma francese

1. La riforma costituzionale del 2008 nel quadro della giustizia costituzionale comparata

La riforma costituzionale francese del luglio 2008² ha aggiunto un importante tassello al fenomeno della espansione della giustizia costituzionale che ha caratterizzato il XX secolo e che non sembra conoscere battute d'arresto. Al punto che si è potuto sostenere che se il XIX secolo è stato il secolo dei parlamenti, il XX è quello della giustizia costituzionale³.

Attraverso quattro «ondate»⁴ la giustizia costituzionale si è estesa alla maggior parte degli ordinamenti, con pochissime eccezioni (in Europa continuano a risaltare i casi di Paesi Bassi e Regno Unito) e anche laddove essa già esisteva non ha cessato di perfezionarsi (si pensi al Belgio, ove solo dal 2003 la *Cour d'arbitrage* – che anche in conseguenza di tale novità si è vista mutare il nome, nel 2007, in *Cour constitutionnel* – controlla il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione).

Se da un lato tale fenomeno va di pari passo con la democratizzazione, dall'altro però si assiste alla nascita o al perfezionamento della giustizia costituzionale anche in ordinamenti già democratici (la stessa Francia, il Belgio, il

¹ Professore ordinario di diritto pubblico, Università di Siena: groppi@unisi.it

² Legge costituzionale n° 2008-724 del 23 luglio 2008. Secondo l'art. 61-1, «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» Di conseguenza, in base al nuovo secondo comma dell'art.62, «Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 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 ».

³ Così D.Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 1992, 9, richiamando Mauro Cappelletti.

⁴ L.Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, 3 ed., PUF, Paris, 1996, 4, che parla di «vagues». Si rinvia al riguardo a T.Groppi, *Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, in M.Olivetti, T.Groppi (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, 1 ss.

Lussemburgo, la Svezia, la Finlandia possono essere citati ad esempio), secondo una linea di sviluppo che può essere ricondotta entro il più generale tema della circolazione dei modelli: è acquisizione ormai compiuta che occorra dar vita a forme di difesa giurisdizionale della Costituzione, in modo che nessun tipo di atto (neppure la legge del parlamento) e nessun comportamento politico sia sprovvisto di un proprio giudice. Esiste, in altri termini, un modello di democrazia costituzionale che comprende tra i suoi elementi necessari la giustizia costituzionale, e che rappresenta un punto verso il quale tendere non solo per le «nuove democrazie», ma anche per le democrazie consolidate.

Ulteriore riprova dell'esistenza di questa seconda linea di tendenza, che va ben oltre la democratizzazione, è che anche ordinamenti tradizionalmente riluttanti ad ammettere forme di sindacato giurisdizionale sulle leggi, come quelli di matrice britannica, si sono andati lentamente piegando alle necessità della giustizia costituzionale, come mostrano le esperienze del Sudafrica, del Canada, della Nuova Zelanda, di Israele⁵.

Nel corso di questa espansione della giustizia costituzionale si è assistito anche, in misura crescente, alla ibridazione dei modelli o, detto con altri termini, ad un loro progressivo avvicinamento⁶.

In particolare, il modello kelseniano o europei di giustizia costituzionale (accentrato e astratto, finalizzato alla garanzia del diritto obiettivo e del carattere gerarchico del sistema delle fonti)⁷ ha subito una trasformazione attraverso l'introduzione accanto al controllo astratto del controllo concreto, incentrato sulla garanzia dei diritti soggettivi, nella forma del giudizio incidentale (fin dal secondo dopoguerra in Italia e in Germania) e del ricorso individuale diretto a tutela dei diritti fondamentali (già nell'esperienza tedesca, austriaca, svizzera)⁸.

⁵ Sulla tendenza, che pare inarrestabile, all'espansione della giustizia costituzionale nel mondo, v. G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Il mulino, Bologna, 1998, 82 ss.; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, 38 ss.

⁶ V. L. Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca)*, in *Quad. cost.*, 1984, 8; di recente L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009. Specificamente sull'avvicinamento del sistema francese agli altri sistemi europei v. già M. Volpi, *Il ruolo del Conseil constitutionnel nella forma di governo francese*, in *Diritto e società*, 1983, 496; G. Zagrebelsky, *Il controllo di costituzionalità delle leggi in Francia (a priori) e in Italia (a posteriori): alcuni aspetti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1991, 31 ss.

⁷ Nel senso che "con l'espressione 'modello europeo' si fa semplicemente riferimento all'istituzione specializzata e centralizzata del controllo di costituzionalità che esiste nella maggioranza dei paesi europei, ispirata dalla dottrina kelseniana e che sembra adattarsi bene ai regimi post-autoritari", P. Pasquino, *Tipologia della giustizia costituzionale in Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 299; analogamente, L. Favoreu, cit., 5, per il quale nel modello europeo "il contenzioso costituzionale è...riservato in esclusiva a un tribunale appositamente costituito a questo fine".

⁸ Alla luce di questo sviluppo, alcuni autori hanno introdotto una ulteriore tipologia di modelli di giustizia costituzionale, distinguendo un modello «incentrato sulla legge», ovvero sulla eliminazione dall'ordinamento giuridico delle norme incostituzionali, e un modello incentrato sulla difesa dei diritti. Il modello incentrato sulla legge trova nel controllo astratto il suo aspetto caratteristico, mentre al modello incentrato sulla difesa dei diritti appartengono il controllo concreto e il ricorso individuale diretto: la tendenza dei sistemi europei sarebbe quella di uno spostamento dal primo al secondo modello, cioè nel senso di una giurisdizione costituzionale fondata sulla difesa dei diritti, e ciò sarebbe giustificato principalmente dallo spazio acquisito dal ricorso a tutela dei diritti fondamentali: F. Rubio Llorente, *Tendances actuelles de la jurisdiction*

Anche il modello europeo di giustizia costituzionale, pertanto, pur mantenendo il carattere accentrato, è venuto riconoscendo la possibilità, per i titolari dei diritti, di rivolgersi ad un giudice contro le leggi incostituzionali, al fine di vederne direttamente o indirettamente verificata la costituzionalità. Parallelamente, la tendenza è stata quella di riconoscere ai giudici comuni la possibilità di “disobbedire” alla legge incostituzionale anche negli ordinamenti nei quali essi non possano verificarne direttamente la costituzionalità, quantomeno dando loro la possibilità di rivolgersi ad un giudice speciale (il giudice costituzionale), alle cui decisioni sono poi obbligati a conformarsi.

In questo panorama la Francia, nonostante l'introduzione nella Costituzione del 1958 del *Conseil constitutionnel*, manteneva un suo “eccezionalismo” sotto diversi punti di vista, ma soprattutto perché rappresentava uno dei pochi ordinamenti⁹ ove fosse possibile unicamente un controllo di costituzionalità accentrato ed astratto (per di più *a priori*), con obbligo per i giudici comuni di fare sempre e comunque applicazione della legge, anche se sospettata di incostituzionalità, e con l'esclusione di ogni possibilità, per i titolari dei diritti, di rivolgersi ad un giudice eccependo la incostituzionalità della legge¹⁰.

Tuttavia, anche in Francia, come sta accadendo nei due paesi europei ancora sprovvisti di controllo di costituzionalità delle leggi, la «intangibilità» della legge del parlamento da parte di soggetti estranei al circuito dell'indirizzo politico è stata messa in dubbio, sotto l'impulso di fattori esterni agli ordinamenti nazionali, ovvero attraverso l'incalzare del diritto europeo e del diritto internazionale dei diritti umani. In altri termini, quei giudici comuni che si trovano nella impossibilità di porre in essere una qualsiasi reazione di fronte ad una legge incostituzionale sono stati messi in condizione di disapplicare la medesima legge sulla base di un diverso parametro, ovvero il diritto comunitario o il diritto internazionale¹¹.

Si è venuta a determinare una situazione di stress che non sembra a lungo andare sostenibile per le costituzioni nazionali. Da questo punto di vista la riforma costituzionale francese apre le porte ad una “quinta ondata” di giustizia costituzionale, che rappresenta una reazione del costituzionalismo nazionale rispetto al prevalere di norme sovranazionali: non a caso nel dibattito francese degli ultimi anni sulla introduzione della “question préjudicielle de constitutionnalité” ha acquisito uno spazio crescente la necessità di “riappropriarsi” della Costituzione a

constitutionnelle en Europe, in *Ann.inter.justice const.*, XII, 1996, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1997, 16 ss.

⁹ Con la sola eccezione di alcune ex colonie francesi in Africa, v. B.Kanté, *Models of Constitutional Jurisdiction in Francophone West Africa*, in *Journal of Comparative Law*, 2008, 3:2, 158 ss.

¹⁰ Da questo punto di vista non ci sentiamo di condividere l'impostazione di F.Fabbrini, *Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation*, in *German Law Journal*, 2008, 1297 ss.: per molti versi infatti il *Conseil constitutionnel* prima della riforma in commento pareva essere l'organo di giustizia costituzionale che meglio rispondeva alla originaria impostazione kelseniana.

¹¹ Mentre per il diritto comunitario tale scelta discende in via obbligata per gli ordinamenti nazionali dalla sentenza Simmenthal della Corte di giustizia, viceversa per il diritto internazionale si tratta di una soluzione che deriva dalla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* medesimo, in particolare dalla sua decisione n. 74-54 del 15 gennaio 1975.

fronte della tendenza espansiva della CEDU¹². Questa connessione è resa ancora più evidente dal fatto che il giudizio incidentale introdotto dal nuovo art. 61-1 della Costituzione sia limitato alla verifica del rispetto dei “diritti e libertà che la Costituzione garantisce” e non della Costituzione nella sua interezza, proprio perché si tratta dell’area di diritto costituzionale nazionale più direttamente messa “in pericolo” dal diritto internazionale¹³. L’attenzione alla garanzia dei diritti è ulteriormente enfatizzata dal progetto di legge organica che, con una scelta che non pare costituzionalmente dovuta, esclude ogni possibilità per il giudice di sollevare d’ufficio la questione, rendendo necessaria in ogni caso una istanza di parte¹⁴.

La riforma costituzionale francese pertanto, dal punto di vista della giustizia costituzionale comparata, può essere letta sotto due distinti punti di vista.

Da un lato essa rappresenta un elemento della tendenza alla espansione della giustizia costituzionale e alla convergenza dei modelli, attraverso l’introduzione in un sistema accentrato e astratto di tipo kelseniano di una forma (sia pure accuratamente delimitata e circoscritta)¹⁵ di controllo concreto, con conseguente spostamento del ruolo del giudice costituzionale da custode dei corretti rapporti tra poteri a garante dei diritti.

Dall’altro costituisce un tentativo di porre freno alla “diffusione” del controllo sulle leggi, in favore di un recupero del suo carattere accentrato. Tale tentativo va di pari passo con il recupero della “parametricità” della Costituzione nazionale¹⁶. Sotto

¹² Anche se alcuni commentatori hanno fatto rilevare che, forse, questa riforma arriva troppo tardi, quando lo spazio assunto dal controllo di convenzionalità è diventato incompressibile: B.François, *La Constitution Sarkozy*, Odile Jacob, Paris, 2009, 51. Al riguardo v. l’intervento del Presidente Sarkozy in occasione della celebrazione dei 50 anni del *Conseil*, il 3 novembre 2008, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr> : “J’ai ensuite prêté attention à l’argument de ceux qui estiment que l’exception d’inconstitutionnalité est devenue inutile, dès lors que le contrôle de conventionnalité des lois permet aux justiciables de faire valoir leurs droits fondamentaux en invoquant des conventions internationales ou européennes. A la réflexion toutefois, j’ai acquis la conviction que ces deux voies de droit n’étaient pas équivalentes. D’abord, je ne crois pas qu’il y ait une homothétie absolue entre les droits fondamentaux protégés par nos normes constitutionnelles et les droits fondamentaux protégés par les textes internationaux. Si le Conseil constitutionnel a cru pouvoir dégager le concept d’identité constitutionnelle de la France, c’est qu’il a eu conscience de cette différence. Ensuite, il est singulier d’observer l’ardeur de nos hautes juridictions à rappeler la suprématie absolue de la Constitution dans la hiérarchie des normes, sans être pour autant réellement dotées de mécanismes permettant de la faire respecter. Très franchement, et le Constituant l’a compris, je préfère que nos lois soient censurées sur le fondement de notre Constitution plutôt que sur le fondement de conventions internationales et européennes ».

¹³ La limitazione del parametro impedisce a nostro avviso di vedere nella riforma costituzionale francese l’introduzione di una piena garanzia della rigidità della Costituzione.

¹⁴ “Project de loi organique relatif à l’application de l’article 61-1 de la Constitution” n. 1599, depositato all’Assemblée nationale l’ 8 aprile 2009. Esso introduce nella legge organica n.58-1067 del 7 novembre 1958 un nuovo art.23-1, secondo il quale, tra l’altro, il vizio di incostituzionalità “ne peut tre relevé d’office”.

¹⁵ Ci si riferisce al doppio filtro, rappresentato, oltre che dalla valutazione del giudice del processo nel quale la questione è sollevata, dalle giurisdizioni superiori (Consiglio di Stato o Corte di cassazione): per una descrizione della riforma v. tra gli altri G. Canivet, *La mise en place de la révision constitutionnelle en France et la question préjudicielle de constitutionnalité*, rapport présenté à Madrid, 2-4 avril 2009, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

¹⁶ Altro discorso, assai più problematico, è se si tratti di un rimedio idoneo a permettere quel “réel rééquilibrage du contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité” di cui

tale aspetto si muove sulla stessa linea non solo della giurisprudenza in materia di controlimiti e di primazia del diritto costituzionale nazionale rispetto a quello comunitario rinvenibile in molti ordinamenti europei, ma anche con la recente giurisprudenza costituzionale italiana in materia di CEDU, che ha bloccato sul nascere qualsiasi forma di controllo di convenzionalità diffuso, accentrandolo nella mani della Corte costituzionale¹⁷.

2. Cosa resta dell'eccezionalismo francese? Il problema della composizione del Conseil e la singolare vicenda dell'apertura degli archivi

Ciò non di meno, la riforma costituzionale del 2008 non ha posto fine all'eccezionalismo francese, che si concretizza nella presenza di forti elementi di politicità nell'attività del *Conseil*, che lo allontana dalle esperienze più propriamente "giurisdizionali" di giustizia costituzionale.

Di particolare rilievo è il tema della composizione dell'organo: infatti una giustizia costituzionale a carattere contromaggioritario richiede un giudice imparziale, la cui nomina non sia nelle mani delle maggioranze politiche e che abbia una competenza tecnica idonea a fondarne la legittimazione.

Entrambi gli aspetti continuano ad essere carenti nel caso francese. La mancata modifica delle norme costituzionali relative alla composizione del *Conseil* rischia di far sì che qualsiasi tentativo di giurisdizionalizzarne l'attività alla luce della nuova competenza introdotta nell'art.61-1 sia costruito su basi d'argilla¹⁸.

In altri termini, abbiamo oggi un "giudice" le cui decisioni vengono ad incidere su concrete posizioni soggettive ma che non risponde ai necessari requisiti di imparzialità rispetto al potere politico: da questo punto di vista mi pare, tra l'altro, che, nonostante i tentativi del disegno di legge organica di adeguare il processo costituzionale alle esigenze di rispetto dell'art.6 CEDU poste dalla sentenza nel caso Ruiz Mateos¹⁹, resti una grave lacuna circa la composizione del *Conseil* (con la necessità, se mai di tenere presenti le decisioni CEDU

ad esempio parla O.Dutheillet de Lamothe, *Controle de conventionnalité et controle de constitutionnalité en France*, rapport présenté à Madrid le 2-4 avril 2009, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Infatti, nonostante il disegno di legge organica preveda espressamente una priorità della questione di costituzionalità rispetto al controllo di conformità ai trattati internazionali ("La juridiction doit en tout état de cause, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant, de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la question de constitutionnalité, sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution"), quest'ultimo rimedio, a carattere diffuso, senza filtri di sorta, può restare vantaggioso per le parti private, interessate unicamente ad ottenere la disapplicazione della norma *inter partes* e non alla abrogazione *erga omnes* della legge per incostituzionalità.

¹⁷ Così le note sentenze n.347 e 348 del 2007.

¹⁸ Estremamente critici su questo punto sono tutti i commenti della riforma; v. ad esempio B.François, cit., 52, che parla di "gattopardismo" della riforma.

¹⁹ Mi riferisco soprattutto al nuovo art. 23-9, che verrebbe ad essere inserito nella legge organica n.58-1067: "Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseilconstitutionnel".

sull'indipendenza del potere giudiziario, come quelle relative ai casi McGonnel, Klein ecc.).

I problemi da evidenziare sono almeno tre. Innanzitutto, la presenza dei membri di diritto, gli ex presidenti della Repubblica; poi l'assenza di requisiti di nomina, con l'impressionante risultato che solo cinque membri del *Conseil* sono stati professori di diritto pubblico e che più dei due terzi dei sessanta membri hanno avuto un'esperienza politica previa, come ministri o parlamentari²⁰. Infine, la nomina da parte di soggetti espressione della maggioranza politica, come il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'Assemblea nazionale, il Presidente del Senato. Il problema non pare superato dalla previsione del nuovo art.56, secondo il quale la procedura introdotta dall'art.13 che prevede un parere parlamentare sulle nomine presidenziali è applicabile anche alla nomina dei consiglieri: infatti le commissioni possono opporsi alle nomine con una maggioranza dei 3/5, il che vuol dire che sono sufficienti i 2/5 affinché la nomina non possa essere impedita.

Mi pare significativa però, riguardo al carattere giurisdizionale o politico del *Conseil*, anche un'altra vicenda che ha caratterizzato nell'ultimo anno l'esperienza francese della giustizia costituzionale, se non altro per il suo apparentemente bizzarro intrecciarsi con la riforma costituzionale e con la sua attuazione.

Si tratta del tema, per noi inconsueto, dell'apertura degli archivi del *Conseil constitutionnel*. Un tema il cui rilievo per l'argomento qui trattato può essere compreso unicamente se si consideri il contenuto dei materiali presenti negli archivi medesimi: essi includono il testo delle "deliberazioni", ovvero i resoconti delle sedute del *Conseil*, che danno conto in maniera fedele dello svolgersi della seduta, riportando tutti gli interventi, le votazioni ed i loro risultati, i materiali esibiti o depositati in tale sede²¹.

Tali resoconti non erano in origine destinati ad essere pubblicati e solo nel 2001 una decisione del *Conseil* aveva stabilito il loro versamento negli archivi nazionali, con la possibilità di rendere noti i documenti dopo un periodo di sessant'anni, salve le eccezioni accordabili dal Presidente a seguito di una delibera del collegio.

In concomitanza con la riforma costituzionale del 2008, una legge organica²² ha disposto l'applicazione di alcune disposizioni del "code du patrimoine" anche ai materiali d'archivio che provengono dal *Conseil*, tra esse quella che prevede che possano essere liberamente consultati trascorso un termine di 25 anni. Tale legge è stata sottoposta al controllo preventivo del *Conseil*, che l'ha ritenuta non in contrasto con la Costituzione, in particolare con il principio, affermato in questa sentenza con particolare chiarezza, della indipendenza del *Conseil constitutionnel* medesimo. Secondo la sentenza, il fatto che dopo 25 anni le deliberazioni vengano rese note non viola l'indipendenza dell'organo, protetta, nella tradizione francese, dal segreto delle deliberazioni, poiché non vengono rese note le opinioni di membri

²⁰ M.C.Ponthoreau-F.Hourquebie, *The French Conseil Constitutionnel: An Evolving Form of Constitutional Justice*, in *Journal of Comparative Law*, 2008 3:2, 273.

²¹ I resoconti delle sedute sono realizzati sulla base dell'art.3 del decreto n. 59-1293 del 13 novembre 1959, relativo alla organizzazione del segretariato generale del *Conseil*.

²² Legge organica n. 2008-695 del 15 luglio 2008.

ancora in carica. Né è violato il principio della separazione dei poteri, poiché resta comunque nella disponibilità del *Conseil* l'adozione delle decisioni relative alla documentazione conservata negli archivi nazionali, che non è pertanto soggetta alle decisioni di altri poteri dello Stato²³.

In conseguenza dell'entrata in vigore della legge organica, il *Conseil*, attraverso il suo Presidente, ha promosso una ricerca accademica sui primi 25 anni di attività, che è culminata con la pubblicazione di un volume su “Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983”²⁴, con premessa del Presidente Jean-Louis Debré, presentato solennemente il 30 gennaio del 2009. Il volume, oltre a contenere alcuni saggi dei coordinatori della ricerca sulle diverse fasi di attività del *Conseil*, pubblica per esteso alcune delle più importanti deliberazioni, consentendo di ricostruire dettagliatamente gli argomenti utilizzati nel corso della discussione, le posizioni dei diversi giudici, i risultati delle votazioni. In altre parole, dopo 25 anni uno degli organi di giustizia costituzionali le cui deliberazioni sono più strettamente avvolte dal segreto (non solo per l'assenza delle opinioni dissenzienti, ma per la stessa stringatezza delle motivazioni) diviene uno dei più “trasparenti” del mondo, paragonabile soltanto ad alcune esperienze latinoamericane quali quella messicana, ove le deliberazioni sono adottate in pubblico e trasmesse da un apposito canale televisivo. Con la peculiarità che, vista la distanza nel tempo, parrebbe trattarsi di materiali ormai politicamente “sterilizzati” ed in grado di interessare unicamente gli storici ed i ricercatori.

L'analisi dei primi 25 anni di attività del *Conseil* compiuta nel volume appare tesa a dimostrare, fin dalla premessa del suo attuale Presidente, passando per il saggio del presidente dei costituzionalisti francesi Mathieu, la progressiva giurisdizionalizzazione dell'organo, che emergerebbe dalla prevalenza dell'argomentazione giuridica (come mostrerebbe il rispetto dei precedenti) e dalla progressiva proceduralizzazione del funzionamento. Tutto ciò lascia l'impressione che l'intera operazione (apertura anticipata degli archivi, pubblicazione delle “Grandes délibérations”, commenti richiamati) sia strumentale in qualche modo alla necessità per il *Conseil* di accrescere la propria legittimazione nel sistema a fronte dei nuovi compiti del controllo *a posteriori*, sia per i nuovi rischi che ciò determinerà nel rapporto con i poteri politici, sia per il delicato raccordo che il filtro introdotto alle questioni incidentali impone con le due giurisdizioni supreme. Presentarsi nel suo 50° anniversario con una immagine rinnovata, le cui origini sia però possibile rintracciare, in modo solidamente documentato, in una progressiva evoluzione, appare come uno strumento di rafforzamento del *Conseil* di fronte alle nuove sfide²⁵.

²³ Così la decisione n. 2008-566 del 9 luglio 2008.

²⁴ B.Mathieu, J.-P. Machelon, F.Mélin-Soucramanien, D.Rousseau, X.Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Dalloz, Paris, 2009.

²⁵ E' stato lo stesso B. Mathieu nell'intervento conclusivo del Convegno del 30 gennaio 2009 a sottolineare che “Cet événement intervient à un moment clef de la vie du Conseil non seulement symboliquement le Conseil fête, comme les autres institutions de la V° République son cinquantième anniversaire, mais encore il est à la veille d'une nouvelle révolution alors que la révision de 1958 a enfin ouvert les portes à la procédure d'exception d'inconstitutionnalité ou question préjudicielle de constitutionnalité » , in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

Ebbene, mi pare che tutta questa vicenda, al contrario di quanto risulta dalla citata sentenza del *Conseil* e da quanto il volume sembrerebbe finalizzato a testimoniare, costituisca un esempio del permanere dell'eccezionalismo francese e della persistente difficoltà di fare del *Conseil constitutionnel* un effettivo organo giurisdizionale.

Da un lato, infatti, la stessa esistenza delle deliberazioni distanzia profondamente il *Conseil* dalle altre giurisdizioni costituzionali, che non conoscono una simile attività di resocontazione, assai più simile a quella prevista per le assemblee parlamentari. Non solo: la possibilità di venirne a conoscenza dopo un periodo di “soli” 25 anni, qualunque giustificazione se ne voglia dare (ad esempio, come parrebbe dagli interventi citati, per soddisfare le esigenze della ricerca giuridica), lo distingue anche dagli organi giurisdizionali francesi, i cui archivi sono sottoposti ad un termine di 75 anni (tra l'altro in tal modo si viene a creare una disparità rilevante in materia elettorale, essendo tale competenza affidata per le elezioni del Parlamento al *Conseil* e per le altre elezioni ai giudici ordinari) benché non contengano materiali che possano in alcuna misura mettere in pericolo il segreto delle deliberazioni²⁶.

Dall'altro, anche se considerassimo che, al contrario, la possibilità di accedere alle deliberazioni contribuisce a rafforzare la motivazione delle decisioni, come noto assai scarna, avvicinando in tal modo il *Conseil* ad altre esperienze di giustizia costituzionale, che ammettono l'opinione dissenziente o che, comunque, presentano motivazioni molto più ampie, l'esame dei primi 25 anni di attività mi sembra dimostri piuttosto l'estrema politicizzazione dell'organo: basti pensare al ruolo spesso decisivo giocato da ben due presidenti della Repubblica, alla frequenza con la quale vengono evocati argomenti politici, o alla assoluta mancanza di una formalizzazione della procedura.

Insomma, la vicenda, certamente di notevole interesse per gli studiosi, delle “grandes délibérations”, mi pare una ulteriore riprova del persistere dell'eccezionalismo della giustizia costituzionale in Francia e della distanza che ancora oggi separa il *Conseil* dalle altre giurisdizioni costituzionali.

3. Alcune riflessioni sull'esperienza italiana di giustizia costituzionale alla luce del diritto comparato e della riforma francese

Qualsiasi opinione si possa avere sulla riforma francese (anche se occorrerà attendere l'approvazione della legge organica per potersi fare un'idea più precisa) è indubbio che siamo di fronte ad un sistema in profonda evoluzione, un sistema che, attraverso implementazioni successive, è venuto ad assumere una ricchezza di dimensioni: sindacato astratto e concreto, giudizio preventivo e successivo, controllo sui regolamenti parlamentari, giudizio sulle elezioni, possibilità di differire nel tempo gli effetti delle decisioni (quest'ultimo aspetto in base alla nuova formulazione dell'art.62).

Ciò fornisce l'occasione per riflettere sul sistema italiano, che è sempre apparso assai più completo e soddisfacente, pertanto meno bisognoso di riforme, al punto da aver rappresentato una fonte di ispirazione per la stessa riforma francese.

²⁶ In questo senso A.Duffy, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *RFDC*, 2009, 188.

Ma, ci dovremmo chiedere, a più di cinquant'anni dall'avvio dell'attività della Corte, è ancora così? Davvero il nostro sistema non necessita di aggiustamenti e ripensamenti, non necessita di una “manutenzione”, a differenza di quanto abbiamo visto avvenire in quasi tutti i sistemi europei stabilizzati di giustizia costituzionale, a partire da quello spagnolo e da quello tedesco?

Dopo anni di silenzio²⁷, dovuti alla comprensibile diffidenza verso qualsiasi ipotesi di revisione costituzionale²⁸ ultimamente non sono mancate le occasioni per riaprire una riflessione sul tema. Le strettoie delle vie di accesso, delle quali lungamente ha discettato la dottrina, oltre a rischiare di inaridire le sorgenti della Corte costituzionale²⁹, finiscono per scaricare sulla magistratura e sul Presidente della Repubblica una serie di tensioni eccessive, specie a fronte della evoluzione della forma di governo verso un “bipolarismo conflittuale”³⁰.

D'altra parte, il potenziamento del sistema delle garanzie, necessario contrappeso di una simile mutazione, impone già di per sé di tornare ad occuparsi di giustizia costituzionale³¹.

Mi pare che, senza snaturare il nostro sistema di giustizia costituzionale, ormai consolidato attraverso più di cinquant'anni di giurisprudenza, basato sul

²⁷ Peralto il tema, benché trattato con cautela, non è mai stato “abbandonato” dalla dottrina: si vedano almeno, negli ultimi anni, A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (cur.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000; R. Romboli (cur.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006. In quest'ultimo volume si segnala soprattutto l'introduzione di A. Pizzorusso, XVIII, che esplicitamente pone il problema della necessità di riesaminare le valutazioni che erano state compiute in passato, contrarie al ricorso diretto.

²⁸ Si ricorda che entrambe le innovazioni presenti nel progetto bocciato con referendum costituzionale nel 2006 (modifica della composizione della Corte e ricorso diretto dei comuni) erano alquanto discutibili e che reazioni negative, in primis all'interno della Corte medesima, avevano prodotto anche le proposte della Commissione bicamerale D'Alema: si veda al riguardo la Conferenza stampa del presidente Granata, 11 febbraio 1998, nella quale il presidente rilevò che “Attraverso il ricorso individuale si apre la strada alla legittimazione di milioni di cittadini che ritengono di dover invocare nei confronti dei pubblici poteri - locuzione idonea a ricomprendere qualsiasi atto e comportamento di qualunque di tali poteri - la tutela di diritti fondamentali, il cui catalogo e' già molto ampio e tuttora in fase di espansione. In Germania, dove esiste una lunga esperienza applicativa, il ricorso individuale e' oggetto di profonda rimediazione”.

²⁹ Ridotta ormai sempre più ad un giudice dei rapporti tra poteri e tra lo Stato e le regioni, e sempre meno giudice dei diritti: rinvio a T. Groppi, *The Constitutional Court of Italy: Towards a Multilevel System of Constitutional Review?*, in *Journal of Comparative Law*, 2008 3:2, 100 ss.

³⁰ Così V. Lippolis, *Gli equilibri Colle-governo*, in www.federalismi.it, 17 febbraio 2009, il quale rileva, riprendendo quanto già scritto in V. Lippolis, G. Pitruzzella, *Il bipolarismo conflittuale*, Rubbettino, 2007, 74 ss., che “con l' affermarsi di un bipolarismo conflittuale nel quale gli opposti schieramenti contestano finanche l' aderenza ai valori costituzionali e la stessa democraticità della parte avversa, il Presidente è divenuto l' istanza di riferimento della opposizione di turno contro vere o presunte violazioni di principi costituzionali ad opera della maggioranza, la garanzia più immediata contro l' asserita tirannia incostituzionale) della maggioranza e come tale chiamato in causa”. Alla conflittualità dell'attuale “governo maggioritario” si riferisce anche U. Allegretti, intervento nel Forum di Astrid, in 12 febbraio 2009: <http://www.astrid-online.it>

³¹ Così A. Pizzorusso, ult. cit., XIX, che collega all'attacco alla Costituzione realizzatosi nell'ultimo decennio l'esigenza di introdurre un ricorso diretto per affrontare le zone prive di tutela della Corte.

giudizio incidentale e sulla collaborazione tra Corte e giudici³², non possa essere scartata a priori l'introduzione di nuove vie di accesso alla Corte costituzionale, per far fronte alle innumerevoli zone d'ombra e per recuperare il carattere accentrato del nostro sistema di giustizia costituzionale. In tale prospettiva, l'esperienza francese, passata e soprattutto futura, potrà rivelarsi di indubbio interesse, proprio per la commistione di caratteri che ormai presenta.

Da un lato, l'evoluzione della forma di governo sembra spingere verso l'introduzione di un tipo di ricorso astratto, nella forma del ricorso diretto delle minoranze parlamentari alla Corte costituzionale³³. In tal modo non soltanto si verrebbe a dare sostanza allo statuto dell'opposizione, ma si potrebbe consentire un giudizio tempestivo su alcune categorie di leggi, come quelle elettorali, quelle tributarie, quelle di spesa, che altrimenti rischiano di sfuggire al controllo di costituzionalità, riprendendo quanto segnalato dalla Corte stessa fin dalla ormai lontana sentenza n.406 del 1989³⁴. Un tale ricorso dovrebbe concernere anche i regolamenti parlamentari, consentendo il superamento di una delle più evidenti zone d'ombra dell'ordinamento italiano, che appare sempre più isolato nel panorama comparato nell'escludere qualsiasi intervento della giustizia costituzionale nella sfera parlamentare.

Un ricorso astratto, indipendentemente dal carattere preventivo o successivo, consentirebbe un intervento immediato della Corte per risolvere questioni costituzionali che presentino una particolare gravità, permettendo l'eliminazione delle leggi in maniera più generale di quanto avvenga oggi, senza la necessità di passare per il filtro della rilevanza, che richiede per la demolizione di una legge la rimessione di molteplici questioni, che danno luogo ad altrettante decisioni della Corte, ingenerando una infinita sequenza di microconflittualità³⁵. Questo tipo di

³² Per una compiuta ricostruzione de ruolo della Corte in cinquanta anni di attività vedi R.Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 19 settembre 2007.

³³ Su tale ipotesi v. l'attenta ricostruzione di G.Brunelli, *Una forma di ricorso non necessaria: l'accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio sulle leggi*, in A.Anzon, P.Caretti, S.Grassi (cur.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 148 ss.

³⁴ La Corte, considerato che il sistema italiano di giustizia costituzionale è "centrato nel sindacato incidentale", è consapevole della possibilità "che, in relazione a leggi (o atti equiparati) che concernano direttamente competenze di organi pubblici e non anche l'ordine sostanziale e le connesse situazioni soggettive, e soprattutto non influiscano restrittivamente su queste ultime, si presentino scarse occasioni di controversia, e conseguentemente si formino zone franche di incostituzionalità. Ma a tale inconveniente può porsi rimedio (non già estendendo interpretativamente l'ambito del conflitto [tra poteri], bensì) modificando (ovviamente in via di revisione costituzionale) il sistema con l'introduzione di nuove impugnazioni in via principale (eventualmente ad opera di dati soggetti od organi e contro leggi ed atti equiparati aventi dati oggetti e/o per dati vizi). La sentenza, che riguarda il controllo sul rispetto dell'art.81 Cost., si conclude con un accorato appello: "Tuttavia la Corte non può nell'occasione non farsi eco, anche in considerazione della diffusa preoccupazione per la crescente ingovernabilità della spesa pubblica, della esigenza che siano introdotti meccanismi idonei ad assicurare nel modo più efficace la rigorosa osservanza dell'art. 81 della Costituzione e/o ad ampliare l'accesso al sindacato di legittimità costituzionale da parte di questa Corte per violazione dello stesso art. 81".

³⁵ Così P.Carrozza, R.Romboli, E.Rossi, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive di un loro superamento*, in R. Romboli (cur.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, cit., 779.

ricorso dovrebbe essere coordinato con il potere di rinvio delle leggi del Presidente della Repubblica, come da tempo sottolineato dalla dottrina: è indubbio però che potrebbe consentire di alleviare le pressioni che, negli ultimi anni si sono concentrate sul Presidente nel momento della promulgazione, quando è venuto ad assumere la funzione di “ultimo baluardo” di fronte a leggi che difficilmente possono superare le strettoie del controllo di costituzionalità³⁶.

Dall'altro lato, in materia di garanzia dei diritti fondamentali, la tendenza allo spostamento della tutela dalla Corte costituzionale ai giudici comuni che si è verificata nell'ultimo decennio (sotto l'impulso, oltre che del diritto internazionale ed europeo, secondo quanto avvenuto anche in Francia, anche della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di interpretazione conforme alla Costituzione)³⁷ spinge ad una riflessione sulla necessità di introdurre una qualche forma di ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali, sia pure circondato di particolari cautele per far fronte alle ormai note obiezioni legate sia al carico di lavoro della Corte che alla possibile conflittualità con il potere giudiziario³⁸.

Tale ricorso, nella prospettiva di far fronte alle “zone d'ombra”, dovrebbe essere rivolto nei confronti delle leggi (o decreti-legge) *ad hoc*, rispetto ai quali il giudizio incidentale si rivela tardivo e ineffettivo: un simile rimedio, avente ad oggetto atti legislativi, non avrebbe una incidenza significativa sull'attività e sulla natura del giudice delle leggi, consentendo quindi di sfuggire ai timori più frequentemente manifestati (dalla Corte stessa oltre che dalla dottrina) circa un sovraccarico di lavoro che rischierebbe di travolgere l'organo. Mi pare però che non possa essere esclusa *a priori* anche una riflessione sulla necessità di un rimedio di questo tipo nei confronti di atti amministrativi e giurisdizionali, per almeno due ordini di ragioni: dal punto di vista dei diritti, si tratta di configurare un ricorso che, in presenza di determinate condizioni, possa assicurare una tutela più rapida, effettiva ed eguale; dal punto di vista dei poteri, si tratta non tanto di “spodestare” i

³⁶ Citiamo in ultimo il dibattito sulla promulgazione del c.d. “Lodo Alfano” (legge 23 luglio 2008, n. 124 “Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato”) tema che ha costretto la Presidenza della Repubblica a tornare, a quasi un anno di distanza, a spiegare le ragioni della promulgazione: v. Consigliere per la stampa del Presidente della Repubblica, comunicato del 19 maggio 2009, in <http://www.quirinale.it>.

³⁷ Secondo quanto ho cercato di mostrare più dettagliatamente altrove: T.Groppi, *Verso una giustizia costituzionale 'mite'? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana*, in *Politica del diritto*, 2002, p.217 ss.; id., *Il caso Englaro: viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in corso di pubblicazione in *Politica del diritto*, 2009.

³⁸ Al riguardo, R.Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., sosteneva che “Una generica ed ampia previsione di ricorso diretto dei singoli per la tutela dei diritti fondamentali non potrebbe non apparire di per sé come una valutazione non del tutto positiva delle garanzie finora offerte dai giudici e lo strumento sarebbe, con ogni probabilità, utilizzato principalmente nei confronti delle decisioni degli stessi, tanto che potrebbe dirsi che, mentre il giudizio incidentale è in mano ai giudici, il ricorso diretto è “contro” i giudici”, ipotizzando invece “la introduzione di un procedimento speciale, sul tipo dell'*amparo* giudiziario spagnolo, per la tutela dei diritti costituzionali, vale a dire un procedimento più rapido ed agile con cui far valere la violazione degli stessi davanti al giudice comune, al quale potrebbe essere riconosciuto il potere di concedere una tutela cautelare immediata, ad evitare il verificarsi di danni irreparabili. Nell'ambito dell'apposito giudizio il giudice, ricorrendone i presupposti, avrebbe la possibilità di investire la Corte costituzionale della questione di costituzionalità della legge o dell'atto avente forza di legge ritenuto in possibile contrasto con il diritto costituzionale invocato”.

giudici comuni, ma di reinserire *anche* la Corte costituzionale, con tutto il suo carico di sensibilità politica, nel discorso sui diritti³⁹.

Naturalmente, la premessa di un simile soluzione è che le ragioni che portarono i nostri costituenti ad optare per un sistema accentrato di giustizia costituzionale e a rifiutare il *judicial review of legislation*⁴⁰ siano ritenute ancora attuali e condivisibili.

Sul piano giuridico, va ricordata la inesistenza, nei sistemi europei di *civil law*, nei quali vale la libertà interpretativa dei giudici sancita dalla loro esclusiva soggezione alla legge, di un principio paragonabile allo *stare decisis*, alla regola del precedente vincolante, che nei sistemi di *common law*, come quello statunitense, fa sì che ove l'incostituzionalità di una legge sia dichiarata dalla Corte suprema l'efficacia della pronuncia sia praticamente operante *erga omnes*, poiché tutti i giudici si debbono conformare ad essa. In assenza dello *stare decisis*, elevato è il rischio che intorno a questioni cruciali come quelle della applicazione o disapplicazione di una legge venga a determinarsi una giurisprudenza discorde, con rilevanti conseguenze sui principi della certezza del diritto e dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Sul piano politico-istituzionale è determinante la diversa concezione esistente in Europa del principio della separazione dei poteri e, soprattutto, del ruolo del potere giudiziario, maturata nella lotta contro l'assolutismo regio. Se negli Stati Uniti il giudice assumeva il ruolo del liberatore di fronte alla oppressione del parlamento inglese, viceversa il giudice europeo era visto come un funzionario del re, e un suo ausiliario in tale oppressione, mentre il parlamento appariva come il vero difensore dei diritti di libertà, in quanto espressione della sovranità nazionale. La diffidenza nei confronti del potere giudiziario, ereditata dalla rivoluzione francese (basti pensare all'istituto del *référé législatif*, in virtù del quale si affidava al potere legislativo il compito ultimo di interpretare un testo di legge oscuro) e dura a morire soprattutto in Francia, ben sintetizzata dal titolo del libro di Lambert sul «gouvernement des juges»⁴¹, è forte altresì negli ordinamenti che introducono la

³⁹ Il giudizio dato dalla dottrina sul ruolo svolto dalla Corte costituzionale nella garanzia dei diritti non né univoco: si veda ad es. L. Paladin, *La tutela dei diritti fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistica*, in L.Carlassare (cur.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova 1988, 11 ss. secondo il quale i profili attinenti alla garanzia delle libertà sarebbero marginali nel complesso della giurisprudenza costituzionale, mentre valorizzano il ruolo di giudice dei diritti della Corte E. Cheli, *Intervento conclusivo*, in L.Carlassare, *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Cedam, Padova, 1998, , 211; V. Onida, *La Corte e i diritti*, ivi, 179, P.Carrozza, R. Romboli, E.Rossi, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, cit., 768.

⁴⁰ Rifiuto che è esplicito in quelle disposizioni costituzionali, come l'art.89 della Costituzione austriaca del 1920, che vietano ai giudici di disapplicare le leggi. Anzi, proprio per impedire tale soluzione, che, secondo la scuola di Vienna, non necessita alcuna proclamazione costituzionale, essendo la logica e necessaria conseguenza della gerarchia normativa, si creano giudici speciali per il controllo di costituzionalità: v. così P.Cruz Villalón, *Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1993-1936)*, in *Rev.esp.der.const.*, 1982, 117.

⁴¹ V. E.Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis; l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921, trad. it. *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, a cura di

giustizia costituzionale a seguito di un processo di democratizzazione, nei quali spesso la magistratura ordinaria, in ossequio al principio di continuità, resta composta da giudici formati e selezionati nel precedente ordinamento non democratico. D'altra parte, anche laddove tale diffidenza non è stata tanto forte da escludere in radice il controllo diffuso, come è avvenuto nei paesi scandinavi, l'esperienza pratica ha mostrato la timidezza del potere giudiziario e la sua ritrosia allo svolgimento del sindacato di costituzionalità, al punto che questa competenza è stata utilizzata, al di là delle prime sentenze che in ogni ordinamento ne hanno riconosciuto l'esistenza, con grande parsimonia⁴².

Sia pure in forme diverse, mi pare che tali esigenze non siano del tutto superate: la parcellizzazione di una giustizia costituzionale *inter partes* da un lato mette in dubbio il principio di uguaglianza, rendendo difficile assicurare la garanzia "oggettiva" della Costituzione, dall'altro finisce per scaricare sui giudici comuni i problemi di legittimazione, delegando loro scelte altamente politiche⁴³.

La Corte costituzionale con la sua visibilità, la sua storia, le sue radici, le sue guarentigie da "organo costituzionale", appare ancor oggi più idonea di qualsiasi altro giudice per fronteggiare l'"obiezione democratica" e per garantire al meglio i diritti fondamentali: si tratta di individuare vie d'accesso che possano consentire una collaborazione proficua tra tutti i garanti dei diritti, in ossequio all'essenza dello Stato costituzionale, nel quale "il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti"⁴⁴.

R.D'Orazio, Giuffrè, Milano, 1996. Sul ruolo svolto da quest'opera nell'accrescere la diffidenza verso il *judicial review* v. L.Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, cit., 7.

⁴² Sulla incapacità dei giudici comuni a esercitare la giustizia costituzionale, collegata alla "tradizionale debolezza e timidezza del giudice di stampo continentale", in quanto magistrato di carriera, sprovvisto di investitura democratica, a differenza del giudice statunitense, v. M.Cappelletti, in L.Favoreu (a cura di), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1982, 463.

⁴³ *Amplius*, v. T.Groppi, *Verso una giustizia costituzionale 'mite'? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana*, cit., 217 ss.

⁴⁴ G.Zagrebelky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 213.