

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

di TANIA GROPPI

SOMMARIO: 1. La riforma costituzionale francese del 2008: verso una “quinta ondata” di giustizia costituzionale? – 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 francese del 2008: verso una “quinta ondata” di giustizia costituzionale?*

La riforma costituzionale francese del luglio 2008¹ 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 costituzionale².

¹ 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».

² Così D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 1992, 9, richiamando Mauro Cappelletti.

Attraverso quattro «ondate»³ 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 perfezionarsi⁴.

Se da un lato tale fenomeno va di pari passo con la democratizzazione, dall'altro però si assiste alla nascita o al potenziamento della giustizia costituzionale anche in ordinamenti già democratici (come, ad esempio, la Francia, il Belgio, il Lussemburgo, la Svezia, la Finlandia), 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.

³ L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, 3^a 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.

⁴ Si pensi al Belgio, ove soltanto 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.

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.

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 “europeo” 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.

Anche il modello europeo di giustizia costituzionale, pertanto, pur mantenendo il carattere accentrato, è venuto introducendo la possibilità, per i titolari dei diritti, di ricorrere ad un giudice contro le leggi incostituzionali, al fine di vederne diretta-

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

mente 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 ammesso unicamente un controllo di costituzionalità concentrato 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 eccedendo la incostituzionalità della legge¹⁰.

Tuttavia, anche in Francia, come sta accadendo nei due paesi europei ancora sprovvisti di controllo di costituzionalità delle leggi¹¹, 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 es-

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, n. 3, 158 ss.

¹⁰ Sotto questo aspetto non ci sentiamo di condividere il punto di vista 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 Ovvero Regno Unito e Paesi Bassi: in quest'ultimo ordinamento è da anni all'ordine del giorno una riforma costituzionale per modificare l'art. 120 della Costituzione, che impedisce espressamente ai giudici di controllare la costituzionalità delle leggi. V. F. ROSA, *I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.

sere una qualsiasi reazione di fronte ad una legge incostituzionale, si sono trovati a potere (o dovere) disapplicare la medesima legge sulla base di un diverso parametro, ovvero il diritto internazionale pattizio o il diritto comunitario¹².

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 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 fronte della tendenza espansiva della CEDU¹³.

In questo modo, anche un ordinamento riottoso a mettere in discussione il posto della legge, in quanto espressione della sovranità popolare, è “costretto” ad introdurre il controllo di co-

¹² 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.

¹³ 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 *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, 8: “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 ».

stituzionalità, al fine di preservare questa medesima sovranità, nella sua espressione più alta, però, ovvero quella che si esprime attraverso il potere costituente¹⁴.

Questa connessione è resa ancora più evidente da altri elementi: innanzitutto lo stesso nome utilizzato nella legge organica, “question prioritarie de constitutionnalité”, introdotto nel corso dei lavori parlamentari al posto del tradizionale “question préjudicielle”, proprio ad indicare, oltre alla necessaria rapidità dei tempi, sancita da un rigoroso succedersi di termini, la sua priorità rispetto a qualsiasi altra questione, ed in particolare a quella di convenzionalità¹⁵. Inoltre, il 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 internazionale¹⁶. L’attenzione alla garanzia dei diritti è ulteriormente enfatizzata dalla legge organica che esclude ogni possibilità per il giudice di sollevare d’ufficio la questione, rendendo necessaria in ogni caso una istanza di parte¹⁷.

¹⁴ Ancora una volta occorre citare il medesimo intervento del Presidente Sarkozy, vera e propria interpretazione autentica della riforma costituzionale: “Permettre aux lois d’être contestées sur le terrain de notre Constitution, ce n’est pas remettre en cause la souveraineté du peuple et de la Représentation nationale, c’est au contraire la conforter, car c’est le peuple ou la Représentation nationale qui écrit la Constitution, et qui la place au sommet de ses normes, alors que ce n’est ni le peuple, ni la Représentation nationale qui écrit la norme internationale. Cet argument a été déterminant pour moi dans le choix que j’ai fait de proposer au Parlement la réforme du 23 juillet 2008 ».

¹⁵ Così P. BON, *La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009*, in *RFDA*, 2009, 1109.

¹⁶ La limitazione del parametro impedisce a nostro avviso di vedere nella riforma costituzionale francese l’introduzione di una piena garanzia della rigidità della Costituzione, anche se indubbiamente apre la strada a una estensione, in via interpretativa, del parametro anche ad altri problemi di costituzionalità.

¹⁷ Così la Legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009, “relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution”, che 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”. Il Conseil constitutionnel nella sua décision n. 2009-595 del 3 dicembre 2009 ha ritenuto questa previsione diretta conse-

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 si inserisce appieno nella 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)¹⁸ 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 nazionale¹⁹. Sotto

guenza dell'art. 61-1 della Costituzione, laddove stabilisce che «lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu...».

¹⁸ 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 www.conseil-constitutionnel.fr; P. PASQUINO, *The New Constitutional Adjudication in France*, in www.astrid-online.it; M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil constitutionnel e l'exception d'incconstitutionnalité*, in www.astrid-online.it, nonché i molteplici interventi pubblicati sul numero monografico ad essa dedicato della *Revue de droit public*, 2009, n. 3.

¹⁹ 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 ad esempio parla O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France*, rapport présenté à Madrid le 2-4 avril 2009, in www.conseil-constitutionnel.fr. Infatti, nonostante la legge organica preveda espressamente una priorità della questione di costituzionalità rispetto al controllo di conformità ai trattati internazionali (così il nuovo art. 23-2: "En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation»), 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. Al riguardo il Conseil constitutionnel, nella decisione citata n. 2009-595 ha affermato: "qu'en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition

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 europei²⁰, ma anche della 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 costituzionale²¹.

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*, tali da allontanarlo dalle esperienze più propriamente "giurisdizionali" di giustizia costituzionale.

Di particolare rilievo resta il tema della composizione dell'organo: infatti una giustizia costituzionale a carattere contro-maggioritario richiede un giudice imparziale, la cui nomina non

législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne; que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ». Problematico resta, poi il rapporto tra questione prioritaria e pregiudiziale comunitaria: il testo della legge organica pare infatti privilegiare la pregiudiziale costituzionale, con una netta inversione rispetto al disegno di legge governativo, che prevedeva invece una eccezione alla regola della priorità della questione di costituzionalità, facendo espresso riferimento alle "esigenze risultanti dall'art. 88-1 della Costituzione" nell'art. 23-2. Al riguardo v. D. ROUSSEAU, *La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridictionnel?*, in *Revue de droit public*, 2009, 644; L. BURGOGNE-LARSEN, *Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in *RFDA*, 2009, 787 ss.; P. BON, *cit.*, 1119 ss.

²⁰ V. in ultimo C. GREWE, *Constitutions nationales et droit de l'Union européenne*, in *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, Paris, in corso di pubblicazione.

²¹ Così le note sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale italiana. Un riferimento in questo senso in V. ONIDA, *Pour le dépassement définitif de la "souveraineté" de la loi*, in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2008, 70 ss.

sia nelle mani delle maggioranze politiche e che abbia una competenza tecnica idonea a fonderne 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'argilla²².

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 Mateos²³, resti una grave lacuna circa la composizione del *Conseil*.

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 parlamentari²⁴. 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 dal 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 membri del *Conseil*: infatti le commissioni possono

²² Estremamente critici su questo punto sono tutti i commenti della riforma; v. ad esempio B. FRANÇOIS, *cit.*, 52, che parla di "gattopardismo" della riforma.

²³ Mi riferisco soprattutto al nuovo art. 23-10, 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 Conseil constitutionnel".

²⁴ M.C. PONTTHOREAU, F. HOURQUEBIE, *The French Conseil Constitutionnel: An Evolving Form of Constitutional Justice*, in *Journal of Comparative Law*, 2008, n. 3, 273.

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, inconsueto per i cultori di giustizia costituzionale al di fuori della Francia, 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: 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 sede²⁵.

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 singolare concomitanza con la riforma costituzionale del 2008²⁶, una legge organica²⁷ 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 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*.

²⁶ Concomitanza che risulta ancor più evidente dalla lettura dello speciale rivisto che il numero speciale della rivista giuridica "ufficiale" del *Conseil*, "Les Chaiers du Conseil constitutionnel", dedicato al "Ciquantenaire du Conseil constitutionnel", pubblica congiuntamente gli atti del Convegno sul cinquantenario, del 3 novembre 2008, e quelli del Convegno sui venticinque anni di deliberazioni, del 30 gennaio 2009.

²⁷ Legge organica n. 2008-695 del 15 luglio 2008.

venticinque 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 venticinque 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 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 Stato²⁸.

In conseguenza dell'entrata in vigore della legge organica, il *Conseil*, attraverso il suo Presidente, ha promosso una ricerca accademica sui primi venticinque anni di attività, che è culminata con la pubblicazione di un volume su "Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983"²⁹, con premessa del Presidente Jean-Louis Debré, presentato solennemente il 30 gennaio del 2009. L'opera, 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 venticinque 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 quale 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,

²⁸ Così la decisione n. 2008-566 del 9 luglio 2008.

²⁹ B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Dalloz, Paris, 2009.

parrebbe trattarsi di materiali ormai politicamente “sterilizzati” ed in grado di interessare unicamente gli storici ed i ricercatori.

L'analisi dei primi venticinque 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, Bertrand Mathieu, la progressiva giurisdizionalizzazione dell'organo, che emergerebbe dalla prevalenza dell'argomentazione giuridica (testimoniata dal 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 stata in qualche modo strumentale alla necessità per il *Conseil* di accrescere la propria legittimazione nel sistema a fronte dei nuovi compiti del controllo *a posteriori*, che comportano non solo un diverso rapporto con i poteri politici, ma anche un delicato raccordo con le due giurisdizioni supreme, alla luce del filtro introdotto alle questioni incidentali. 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 sfide³⁰.

Mi pare però che tutta la vicenda delle “grandes délibérations”, 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 costitu-

³⁰ È 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^e 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 www.conseil-constitutionnel.fr.

zionali, 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” venticinque 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 deliberazioni³¹.

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 venticinque 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.

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 le prime decisioni sulle questioni incidentali 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 con-

³¹ In questo senso A. DUFFY, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in RFDC, 2009, 188.

creto, 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 Cost., che lascia al *Conseil* un ampissimo margine di manovra al riguardo).

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. 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 silenzio³², dovuti alla comprensibile diffidenza verso qualsiasi ipotesi di revisione costituzionale³³ 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 costituzionale³⁴, finiscono per scaricare sulla magi-

³² Peraltro 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.

³³ 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 ritengano 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 è già molto ampio e tuttora in fase di espansione. In Germania, dove esiste una lunga esperienza applicativa, il ricorso individuale è oggetto di profonda rimeditazione".

³⁴ 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*

struttura e sul Presidente della Repubblica una serie di tensioni eccessive, specie a fronte della evoluzione della forma di governo verso un “bipolarismo conflittuale”³⁵.

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 costituzionale³⁶.

Mi pare che, senza snaturare il nostro sistema di giustizia costituzionale, ormai consolidato attraverso più di cinquant'anni di giurisprudenza, basato sul giudizio incidentale e sulla collaborazione tra Corte e giudici³⁷, 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 caratteristiche che ormai presenta.

Da un lato, l'evoluzione della forma di governo sembra spingere verso l'introduzione di un tipo di giudizio astratto, nella forma del ricorso diretto delle minoranze parlamentari alla Corte costituzionale³⁸. In tal modo non soltanto si verrebbe a dare so-

Court of Italy: Towards a Multilevel System of Constitutional Review?, in *Journal of Comparative Law*, 2008, n. 3, 100 ss.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ Per una compiuta ricostruzione del 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.

³⁸ 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.

stanza 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 1989³⁹. 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, in quanto non sarebbe necessario 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 microconflittualità⁴⁰. Questo tipo di ricorso dovrebbe essere coordinato con il potere di rinvio delle leggi del Presi-

³⁹ La Corte, considerato che il sistema italiano di giustizia costituzionale è "incentrato 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".

⁴⁰ 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.

dente della Repubblica, come da tempo sottolineato dalla dottrina: è indubbio però che esso potrebbe consentire di alleviare le pressioni che si sono concentrate sul Presidente negli ultimi anni, quando è venuto ad assumere la funzione di “ultimo baluardo” di fronte a leggi che difficilmente possono superare le strettoie del controllo di costituzionalità⁴¹.

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 in Francia, anche della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di interpretazione conforme alla Costituzione)⁴² 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 giudiziario⁴³.

⁴¹ Citiamo in ultimo il dibattito sulla promulgazione del cd. “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 *www.quirinale.it*.

⁴² 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, 217 ss.; ID., *Il caso Englaro: viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, 2009, 149 ss.

⁴³ 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

Tale ricorso, nella prospettiva di far fronte alle “zone d’ombra”, dovrebbe essere rivolto nei confronti delle leggi (o atti con forza di legge) 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 giudici comuni, ma di reinserire *anche* la Corte costituzionale, con tutto il suo carico di sensibilità politica, nel discorso sui diritti⁴⁴.

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*⁴⁵ siano ritenute ancora attuali e condivisibili.

della questione di costituzionalità della legge o dell’atto avente forza di legge ritenuto in possibile contrasto con il diritto costituzionale invocato”.

⁴⁴ Il giudizio dato dalla dottrina sul ruolo svolto dalla Corte costituzionale nella garanzia dei diritti non è 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.

⁴⁵ 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

Sul piano giuridico, va ricordata l'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»⁴⁶, è forte altresì negli ordinamenti che introducono la giustizia costituzionale a seguito di un processo di

P. CRUZ VILLALÓN, *Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, in *Rev. esp. der. const.*, 1982, 117.

⁴⁶ 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 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.

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 spinge ad 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 parsimonia⁴⁷.

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 politiche⁴⁸.

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"⁴⁹.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ *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.

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 213.