

## **La specificità francese del controllo di costituzionalità secondo i dati della Costituzione di 1971 (già 1958).**

### **VERSIONE PROVVISORIA**

Otto Pfersmann

Della specificità del controllo di costituzionalità alla francese si pensava di sapere tutto. Astratto ed a priori, si è aperto all'opposizione parlamentare nel 1974 dopo avere integrato i diritti fondamentali nel 1971. Potrebbe cambiare tutto in questi mesi, ma fin adesso, era questo il profilo di un sistema di controllo molto particolare, ispirato in maniera predominante dalla preoccupazione di porre limiti stretti ad una attività parlamentare reputata caotica. Infatti, non è avvenuto così. Però anche la descrizione dominante delle strutture basiche del controllo non è esatta. L'evoluzione del sistema era proprio inattesa, ma forse anche in alcuni aspetti sempre sconosciuta.

#### **I) Certezze sorprendenti**

Infatti, già dal inizio si è mostrato sorprendente. Fu introdotto nella Costituzione per cambiare la funzione del Parlamento ed ha cambiato la Costituzione. Fu considerato antidemocratico ed è diventato uno strumento indispensabile della democrazia parlamentare. È stato visto come un organo "politico", un "consiglio" e si è trasformato in una corte, se non identificata come tale dai cittadini o anche certi autori giuridici, nondimeno riconosciuta in questa qualità dalle altre corti costituzionali che l'hanno senza problema ammessa nella loro molto esclusiva associazione. Era concepito per "regolare i poteri pubblici" lontano di ogni considerazione di diritti fondamentali ed ha dato alla Repubblica francese una nova, specifica concezione delle libertà. È stato a volte inaspettatamente audace, in altre occasioni, stranamente prudente. Non veramente previsto, si presenta, come tante altre corti, imprevedibile.

Questi sviluppi paiono ormai ricercati, analizzati, conosciuti. Il dibattito sembra altrove: mentre gli uni presentano il controllo alla francese come una riuscita quasi perfetta dalla quale niente si dovrebbe modificare, gli altri lo criticano vivacemente e chiamano l'introduzione di una "vera corte costituzionale", altri ancora, ormai minoritari, ma non per questo meno presenti nella discussione, continuano a vedere nella possibilità di annullare provvedimenti legislativi un elemento fondamentalmente antidemocratico.

Eppure, il sistema potrebbe di nuovo interamente cambiare, se viene adottato la proposta del comitato Balladur ripresa nel progetto di legge costituzionale del 23 Aprile 2008 la cui discussione comincia proprio in questi giorni. Il Consiglio costituzionale potrebbe diventare la corte costituzionale la più potente del mondo, con la doppia competenza del controllo preventivo ed a posteriori, a l'esempio del presidente che unisce le prerogative di un capo di stato parlamentare col potere effettivo di un presidente presidenziale. È difficile sapere quale sarà il risultato di questa procedura, ma non si può non integrarne la discussione nella presentazione del controllo alla francese.

Non pare interessante, qui, tornare alla vecchia polemica sul carattere politico o giudiziale del controllo di costituzionalità: è costituzionalmente e legalmente organizzato è in questo senso è semplicemente giuridico. È conferito ad un organo indipendente e sotto il solo obbligo di motivata decisione in considerazione della Costituzione, è in quel senso è giudiziale. Come ogni abilitazione di concretizzazione normative implica un certo spazio di scelte tra varie alternative, c'è un elemento, se si vuole "politico", se per "politico" s'intende una scelta non sostanzialmente costretta da una norma (anche se c'è un obbligo di scegliere). Però, di nuovo, è politica giuridicamente organizzata. Non pare il luogo di discutere dell'opportunità di

introdurre, o no, un controllo a posteriori. Questo dibattito risale alla politica costituzionale, non a l'analisi del diritto costituzionale vigente<sup>1</sup>.

Ci sarebbe quindi certezza nella conoscenza del sistema attuale, dibattito politico sul sistema auspicato, opportunità di discutere sulle possibili alternative di sviluppi futuri. Però si può chiedere se veramente c'è certezza.

Certezza, sicuramente, c'è sul su due punti. Primo, il controllo è *a priori* ed astratto, secondo, il controllo porta su l'insieme di un atto legislativo, è *holotestuale*. Di questo seguono importantissime differenze con altri sistemi perché il controllo a posteriori ha come oggetto, salvo casi eccezionali, un determinato provvedimento o una parte di un tale provvedimento, a volte un verbo, una virgola, più precisamente ancora, risulta nella soluzione di un conflitto gerarchico tra due esigenze normative in tale modo che viene eliminato l'elemento testuale legislativo che formula l'elemento in contraddizione normativa con un provvedimento formalmente costituzionale. In quasi tutti i sistemi di controllo a posteriori, per altro, il richiedente deve formulare una domanda precisa ed appoggiata su un determinato ragionamento.

Mentre l'analisi di un tale elemento di norma legislativa può esigere una discussione di grande complessità, il giudice costituzionale francese deve pronunciarsi in un atto sul rapporto *holonomico* - de l'insieme del atto legislativo con l'insieme della Costituzione. E se i richiedenti hanno preso l'abitudine di presentare un'argomentazione sviluppata e se il governo ha preso quella di difendere l'atto litigioso, il Consiglio è comunque tenuto di esaminare ogni possibile questione di conflitto. Un problema particolare consiste nel fatto che, a causa del carattere astratto del controllo di costituzionalità, il giudice dovrà esaminare ogni possibile situazione di conflitto, in altri termini, l'astrattezza s'intende come insieme di concretizzazioni ipotetiche.

Certezza c'è anche sul fatto che il controllo ha cambiato con la decisione del 16 luglio 1971 detto libertà d'associazione e la seguente revisione costituzionale del 29 ottobre 1974. Il cambiamento, pure, portava meno sul controllo che sulla Costituzione. Mentre per la dottrina dominante questa sentenza è *fondatrice* perché riconoscerebbe il valore del Preambolo, secondo la mia interpretazione è una rivoluzione nel senso tecnico perché il Consiglio ha modificato la Costituzione fuori le regole stabilite a tale fine.

Certezza c'è, finalmente, sulle conseguenze lontane della sentenza IVG n° 74-54 del 15 gennaio 1975 anche se forse non sul suo esatto significato. La regola di prevalenza del trattato sulla legge è stata concepita non come una fattispecie di competenza del Consiglio costituzionale, ma delle corti ordinarie, introducendo alla superficie un doppio controllo, accanto a quello costituzionale e concentrato un altro convenzionale e diffuso. Ne seguono due conseguenze fondamentali. In primo luogo, la competenza del controllo delle norme legislative non è più esclusivo. Pare esclusivo solo in confronto alla Costituzione, però si vedrà che anche questa proposizione non può essere mantenuta. Di questo segue in secondo luogo che è cambiato anche lo statuto normativo delle leggi formali perché non è più determinata direttamente dalla Costituzione e dal giudizio di costituzionalità direttamente organizzato dalla Costituzione.

## II) Un modello polistratificato

Però la certezza qui si ferma. Non c'è consenso su come capire esattamente l'obbligo di esaminare l'insieme della legge, non è chiaro fino a che punto il controllo si chiude dinanzi

<sup>1</sup> Su questo punto cf. comunque il dibattito tra Louis Favoreu e me stesso in AIJC 1989.

alla legge vigente, non è chiaro se “legge” vuol dire solo leggi parlamentari ordinarie od organiche.

Se questi punti meriterebbero sicuramente ampia discussione, si deve, prima ancora, meglio capire la struttura del controllo nel sistema normativa costituzionale e su questo punto, il dibattito tradizionale appare più politico ed ideologico che giuridico ed analitico.

In primo luogo, la discussione si è soffermata sull'organo più che sulle sue competenze e più sulle sue supposte strategie che sul modo nel quale l'ordinamento concepisce la funzione del giudizio di costituzionalità. La dottrina francese, in particolare la Scuola di Aix ha sottolineato che il Consiglio risale alla categoria delle corti costituzionali secondo il modello austriaco-europeo perché è fuori l'organizzazione giurisdizionale, le sue competenze sono esclusive e che le sue sentenze valgono *erga omnes*. Questa caratterizzazione pare pure insufficiente. Tanto l'esclusività delle competenze che la posizione organica specifica sono concettualmente e strutturalmente distinte del modo operatorio del controllo come dispositivo normativo<sup>2</sup>.

Questo si può facilmente mostrare. Il controllo come struttura normativa è determinato dal modo nel quale è organizzato il destino giuridico della norma legislativa contestata. In primo luogo, un conflitto tra provvedimenti legislativi e costituzionali si può concepire in modo statico o dinamico. Nella concezione statica, la norma inferiore in contraddizione colla costituzione sparisce dal solo fatto che si sono esigenze in conflitto. Nella concezione dinamica, la norma difettosa può ed eventualmente deve essere distrutta, vale a dire eliminata tramite un atto specifico. Un tale atto stabilisce una determinata relazione tra la norma e il testo che la formula. Nel sistema kelseniano il controllo è organizzato in tale modo che non ci sia un testo senza norma né una norma senza testo. Ho chiamato questo modello un sistema di “validità determinata” o “organizzata”. Un modello statico non cambia, anzi, per ipotesi la relazione tra norma e testo: la norma difettosa sparendo dal solo fatto del suo difetto, il testo rimane nel ordinamento, teoricamente vuoto del suo significato normativo. Ogni testo potrebbe quindi trovarsi in una tale posizione. Ho chiamato questo modello un sistema di validità indeterminata.

Pero il semplice fatto di avere una corte con competenze esclusive non implica necessariamente un sistema strettamente dinamico ed infatti l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale fa emergere delle situazioni miste che, per le esigenze della causa, si potrebbero chiamare, sistemi di validità contingente. Un esempio tipico sarebbe quello tedesco che si concepisce esplicitamente come statico (“nichtig”), mentre è organizzato in un modo dinamico.

In prima vista, il sistema francese pare chiaramente determinato: “un provvedimento dichiarato incostituzionale non può essere né promulgato né messo in applicazione” (C. 61, 1). Ora, fin dal inizio, il sistema francese si è infatti allontanato dal modello previsto, anche nelle sue caratteristiche strutturali. Già nella sentenza 2 dc dei 17, 18 e 24 giugno 1959, il Consiglio ha dichiarato che “gli articoli menzionati qui sotto del regolamento dell'Assemblea nazionale sono dichiarati conformi alla Costituzione sotto le riserve seguenti...” (art. 2). La tecnica, prediletta dalla Corte italiana, delle sentenze d'interpretazione conforme, cambiano profondamente la struttura del controllo. Questo si può dire in almeno tre rispetti: quanto a l'organizzazione della validità, quanto alla competenza del giudizio di costituzionalità e quanto al carattere preventivo del controllo.

Le sentenze interpretative non sono solamente annullamenti nascosti, a volte anche sostituzioni legislative fuori ogni abilitazione costituzionale; sono anche la sostituzione di un

<sup>2</sup> Su questo cf. Otto Pfersmann, “Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », in *Mélanges Depèrèe*, Bruxelles Bruylant 2007.

modello di validità contingente ad un modello di validità determinata. Implica, infatti, tre conseguenze. In primo luogo incertezza giuridica ben conosciuta della dottrina italiana perché il testo delle norme contestate rimane in posto, mentre un aspetto del suo significato è considerato annullato, in contraddizione con l'esigenza positiva e negativa della pubblicità scritta dei provvedimenti legislativi. In secondo luogo, ne segue una competenza di concretizzazione delegata agli organi d'applicazione delle legge perché sarà in carico di particularizzare non solo il provvedimento legislativo, però anche il provvedimento della sentenza di conformità sotto riserva. Mentre questa è spesso presentata come rispettosa delle competenze del legislatore a causa di un *favor legis*, introduce infatti una partizione delle competenze di giudizio costituzionale, in contraddizione con il principio della competenza esclusiva della Corte.

In terzo luogo, questa tecnica implica un'estensione del controllo nell'ambito temporale posteriore all'adozione del provvedimento in causa. Il controllo alla francese non è, infatti, puramente *a priori*. Se la portata del controllo dipende in parte della sua concretizzazione dagli organi d'applicazione particolare, allora non è terminato prima della promulgazione e può cambiare in concreto secondo l'organo e l'atto in carica dell'applicazione. In questo senso si può dire che, contro la dottrina forse ancora prevalente, il controllo può essere concreto e diffuso. Questo aspetto è spesso nascosto dietro una discussione del rispetto per le sentenze del Consiglio. Però il semplice fatto che ci sia una tale discussione avrebbe dovuto svegliare il dubbio. La Costituzione organizza il controllo il tale modo che l'emergenza di un tale problema sia esclusa dal inizio: se un provvedimento è dichiarato costituzionale, sarà promulgato ed interamente applicabile, se incostituzionale, allora non può entrare in vigenza. Punto. Il rispetto per le decisioni richiesto dall'articolo 62 Costituzione non dice niente di più e non ha quindi, da se, valore additivo. Se questo provvedimento è capito come esigendo altra cose, allora la dottrina si riferisce ad un dovere posteriore alla promulgazione ed è allora diverso della semplice e piena applicazione o dell'assoluta inesistenza. Si riferisce all'obbedienza dovuto non al modo nel quale è stato deciso del destino giuridico del atto legislativo pendente, ma al ragionamento come norma. Ora, questo ci porta in un universo costituzionale dal tutto diverso di quello determinato dalla costituzione come di quello di solito presentato nella dottrina costituzionale. Se la presente ipotesi è plausibile, allora ogni organo giurisdizionale è competente ed obbligato di fare prevalere una certa ricostruzione della norma e di farlo a suo propria e, in casi di giurisdizioni di ultima decisione, ultima responsabilità, in ogni caso concreto. Sarà quindi parzialmente diffuso e concreto.

Riassumendo questi elementi, si vede che il controllo alla francese è, strutturalmente considerato, organizzato in maniera poli-stratificata: parzialmente un sistema di validità determinata, parzialmente di validità contingente, parzialmente astratto ed *a priori*, parzialmente concreto ed *a posteriori*. Ed a questo si aggiunge il controllo cosiddetto di convenzionalità, che, certo, non risale direttamente a l'organo di controllo di costituzionalità, che, però, è stato organizzato è delegato da questo organo: un controllo diffuso, *a posteriori*, pertinente al modello della validità indeterminata in una concezione statica.

Se questa analisi del sistema francese è corretta, ne seguono – al meno - due problemi. Più il controllo si estende verso l'applicazione della legge vigente, più si chiedere come la sentenza, anche quella falsamente chiamata *interpretativa*, può disciplinare gli dati concreti di un caso particolare. Essendo in questo aspetto un controllo di tipo strettamente europeo, la competenza del Consiglio non solo è aspettualmente esclusiva, però anche limitata, fin adesso, al sindacato preventivo di costituzionalità secondo le modalità definite dalla Costituzione. Se c'è un legame col giudizio del caso concreto, è un legame debole. D'altro canto, il controllo segue le vicende dell'attività del legislatore, non della messa in dubbio della costituzionalità di un certo provvedimento vigente e quindi suscettibile d'applicazione

concreta. In questo senso, il controllo come il suo esito giurisprudenziale è contingente. Una legge eventualmente esaminata dal Consiglio costituzionale potrebbe non essere mai applicata, mentre una legge applicata in parecchie occasioni potrebbe non avere stata esaminata per qualsiasi ragioni e quindi essere per sempre fuori ogni portata di un giudizio di costituzionalità. Non è altro che la conseguenza della costruzione del controllo alla francese. Pure, la dottrina francese ha cercato di mostrare che ci sarebbe, nondimeno, un controllo già integrale.

### III) L'utopia del controllo integrale

Fino adesso, il controllo è stato presentato nel modo nel quale organizza il destino degli atti e delle norme incostituzionali. Infatti, questa struttura s'inserisce in una concezione del rapporto tra Costituzione ed altre norme dell'ordinamento giuridico assai lontane di quelle tradizionalmente invocate.

Se la struttura del controllo esercitato da un giudice con competenza esclusiva è costituzionalmente, vale a dire in termini dei provvedimenti costituzionali, concepito di solito in maniera strettamente correttivo, giurisprudenza e dottrina cercano d'imporre sia una visione secondo la quale il giudice potrebbe adattare la legislazione ad una certa concezione della sostanza della Costituzione sia l'idea che la Concezione si cristallizzi da se stesso nella legge e che il giudice costituzione è solo il mezzo che esplicita questo fenomeno.

#### A) Il controllo correttivo

Secondo la concezione tradizionale del controllo di costituzionalità, esso consiste nelle procedure secondo le quali un provvedimento in contraddizione con un'esigenza formalmente costituzionale può essere eliminato dal ordinamento giuridico, se è organizzato a posteriori, può essere impedita di diventare un elemento del diritto vigente, se è organizzato in modo preventivo. Il giudice costituzionale a quindi una funzione correttiva ed è strettamente limitato ad una tale funzione, considerando che altrimenti avrebbe una competenza legislativa positiva. Comunque, questa concezione, conosciuta soprattutto nella versione che gli ha dato Kelsen nel 1927 nella sua teoria del legislatore negativa, non è, palesemente, una descrizione della giustizia costituzionale in se stesso, pero eventualmente quella di un sistema di diritto positivo, ad esempio quello istituito in Austria in 1920, d'altro canto può essere un elemento di giustificazione politica di un controllo di costituzionalità, mostrando che anche se questo specifico giudice ha una competenza legislativa, essa non è – in un tale sistema – intesa come abilitazione di produzione sostanziale a sua propria iniziativa, ma solo d'intervento correttivo quando mai il legislatore positivo avrebbe, quanto a lui, cercato d'impadronirsi di competenze costituzionali.

Si può allora introdurre una distinzione secondo il modo nel quale la costituzione consente al giudice di modificare provvedimenti legislativi, andando dal minimo al massimo. Il minimo sarebbe un sistema senza nessun controllo della legge – al meno in modo giuridicamente organizzato –, come nel Regno Unito o nella Terza Repubblica francese, il massimo sarebbe una competenza concorrente del giudice e del legislatore parlamentare. Oltre questo limite, il giudice sarebbe il legislatore esclusivo e quindi non sarebbe più giudice perché non sarebbe più niente da giudicare. Fra questi estremi ci sono parecchie varianti possibili.

#### B) Il controllo sostituzionale puntuale consecutivo

Una variante oggi assai diffusa si trova soprattutto nel sistema italiano. Come la Corte considera avere la competenza di sostituzione di provvedimenti, potremmo chiamare questo modello il sistema "sostituzione puntuale occasionale". Se questa competenza davvero esistesse, sarebbe un vero potere di adattamento, permettendo alla Corte di modificare la legislazione vigente a l'occasione di un controllo, adattandola ad una certa, più o meno determinata concezione di quello che sarebbe stato richiesto dalla Costituzione. E puntuale

perché non è possibile condurre un'azione comprensiva, ma solo di modificare il provvedimento o l'insieme di provvedimenti concretamente sottoposti a l'esame. E occasionale perché in questo modello, la Corte non ha un potere d'iniziativa; dipende per la sua produzione normativa dell'esistenza di un provvedimento già in vigore e di un organo abilitato ad attivare un dubbio. Però, una volta incaricata del controllo, può anche sostituire un altro provvedimento a quello in esame. E consecutivo perché segue iniziative organiche altrui. In rispetto alla Costituzione, il modello della sostituzione puntuale, facendo della Corte un legislatore consequenziale, consisterebbe al giudice la possibilità di produrre elementi di legislazione alternativa a condizione di essere, a sua volta, conforme alla Costituzione. Il punto non è solamente che per ipotesi non ci sarà un altro giudice della conformità del provvedimento alternativo, però che, anche sbagliato, una tale sentenza rimane al livello meramente legislativo. Si può discutere se una tale abilitazione davvero esiste, ma anche se esistesse, sarebbe, in teoria, in conformità con l'esigenza di conformità della legge alla Costituzione.

Il controllo alla francese, ammettendo e praticando la tecnica della conformità sotto riserva, è in principio aperto ad una evoluzione di tipo italiano, anche se il Consiglio si è pronunciato contro un tale sviluppo, ammettendo al contrario che non sarebbe suo compito di sostituire le sue scelte a quelle del legislatore.

### C) Il controllo improntale

La dottrina francese ha invece introdotto un'altra figura che pare, a prima vista, molto meno problematica. Secondo questa figura, la funzione della giustizia costituzionale sarebbe proprio la "costituzionalizzazione" e, più specificamente, una "costituzionalizzazione dei rami del diritto". Questo termine è ambiguo. Potrebbe riferirsi al fatto che una certa norma sia stata adottata sotto la forma costituzionale. Così inteso, costituzionalizzare sarebbe semplicemente, diventare l'oggetto di una revisione costituzionale o, altrimenti formulato, di una formalizzazione costituzionale. Non è questo, pure, il senso nel quale il termine viene usato nella dottrina. In una seconda accezione, la "costituzionalizzazione" occorrerebbe quando una norma legislativa ha un fondamento nel diritto costituzionale. Così inteso, non sarebbe un elemento molto problematico né molto interessante perché ogni norma legislativa ha per ipotesi il suo fondamento nella Costituzione nel senso ove la Costituzione definisce i criteri di validità di un insieme di enunciati prescrittivi che si presenta sotto la qualifica di "legge". Però a meno di accettare una teoria della generazione spontanea, la Costituzione è precisamente quel insieme che definisce, tra l'altro, la forma legislativa. Non si vede, in quel stadio, neanche un legame con il controllo di costituzionalità. Si potrebbe, allora, che questo fondamento sia inteso come il criterio di conformità sostanziale. Ed è vero che il fatto di essere valido non implica per niente la proprietà di conformità sostanziale a l'insieme delle esigenze costituzionali. In questo caso, la costituzionalizzazione sarebbe data quando una norma legislativa corrisponde oggettivamente alle esigenze formali e materiali della Costituzione. Si vede, tuttavia, che in questo caso non bisognerebbe usare una forma verbale che implica l'idea che di uno stato precedente qualcosa abbia avuto accesso ad uno stato posteriore e più alto, quello precisamente, di essere in un certo rapporto con la Costituzione mentre essendo pure e sempre una semplice norma legislativa. Infatti, e come lo spiegava Louis Favoreu, ci vuole un'azione specifica: il controllo. La costituzionalizzazione sarebbe quindi un processo progressivo e condizionato dall'intensità e della frequenza del intervento del giudice costituzionale. Se si segue questa teoria, sarebbe proprio il giudice che conferirebbe il sigillo di costituzionalità, che darebbe questo fondamento materiale.

Volendo così mostrare l'impronta progressiva della Costituzione sui vari rami del diritto vigente, la teoria della costituzionalizzazione arriva infatti alla conclusione che non è la Costituzione che da un fondamento ad una norma vigente (perché allora ogni norma vigente sarebbe per definizione costituzionale), ma che il fondamento della costituzionalità è il

sindacato del giudice. Messo a parte il fatto che così una teoria che si voleva opposta ad una concezione realista dell'interpretazione converge nelle sue conclusioni con le tesi del realismo interpretativo, questo risultato è anche palesemente contraddittorio: se fosse la Costituzione che dà l'impronta di costituzionalità, non bisognerebbe un giudice, se ci vuole un giudice, allora questo sigillo non è costituzionale in sé, ma dipende dalla sua propria costituzionalità.

La teoria del controllo integrale non accetta infatti l'esistenza del giudice che cerca di giustificare e di promuovere perché così sarebbe costretta d'ammettere che anche un giudice può molto semplicemente produrre una sentenza incostituzionale, anche se porta il nome di corte costituzionale e lo concepisce come si fosse un trasmettente trasparente della Costituzione. Però, se fosse così, saremmo in un sistema interamente statico.

La stessa teoria ci è proposta per risolvere il problema del legame debole. Diventato un controllo parzialmente a posteriori e diffuso, ma non organicamente centralizzato — come anzi lo è il sistema tedesco —, il sindacato del Consiglio sarà concretizzato dagli organi concretizzando la legge promulgata. Ne segue che l'applicazione del provvedimento una volta vigente al caso concreto scappa irrimediabilmente al giudice della legge. L'ultimo legame rimane debole. La teoria del controllo integrale ha di seguito inventato un rimedio che rafforzerebbe il legame. Seconda questa teoria, il ragionamento o tecnicamente i motivi sarebbero delle norme costituzionali. Avendo un grado di determinazione più forte della formulazione della norma costituzionale, queste supposte norme vincolerebbero in modo concreto e determinato anche l'organo d'ultima concretizzazione. Il fatto è, anche se tanto il Consiglio costituzionale che il Consiglio di Stato si affermano l'esistenza di queste norme, ch'esse, secondo la Costituzione vigente al meno, non esistono. Se esistessero, non sarebbe un sistema di controllo di costituzionalità nel modo giudiziale, vale a dire con l'abilitazione di impedire l'accesso alla validità normativa legislativa e quella di autorizzare questo accesso, sotto condizione di una giustificazione argomentata e quindi vera o falsa. Se fosse, invece, un insieme di atti costituzionali secondari, non sarebbero giustificati, ma semplicemente editati. Poi, ci vorrebbe una norma di produzione della forma "norma costituzionale giudiziaria secondaria" e una tale abilitazione non esiste. Per chi afferma il contrario, porta la carica della prova: una tale norma dovrebbe essere stata prodotta fuori Costituzione e questo, a volta, esige la prova della possibilità costituzionale di norme non previste dalla Costituzione. Non è, evidentemente, in sé impossibile, ma suppone la dimostrazione dell'esistenza di una Costituzione fuori Costituzione.

E in luce di questa discussione che si deve vedere un aspetto del dibattito di politica costituzionale francese: il fascino d'una parte, il rigetto radicale d'altra parte del modello organico americano. Questo sistema fa di una unica corte suprema l'ultimo giudice di ogni causa concreta che questa corte concretamente accetta di esaminare. Il problema della validità delle norme legislative in contraddizione con esigenze costituzionali non è chiaramente risolto, ma è infatti secondario perché questa corte si può ultimamente pronunciare su qualsiasi caso concreto, mentre nel modello europeo, la corte costituzionale deve pronunciarsi in astratto sulle conseguenze concrete di un annullamento di un provvedimento legislativo, incluso il momento nel quale una tale norma esce di vigore e quando, eventualmente, provvedimenti che furono abrogati dai provvedimenti adesso annullati torneranno in forza legislativa, chi sono quelli che approfitteranno direttamente e secondo che modalità del annullamento, e, se ammettiamo, una variante del modello sostitutivo, secondo che modalità un provvedimento incostituzionale ceda dinanzi un provvedimento costituzionale alternativo. Tutte queste complessità tecniche spariscono se si sceglie un modello nel quale il giudice si pronuncia su un caso concreto con valore generalizzatrice induttiva. Sparisce allora il problema del legame debole, almeno per il caso il cui esame è concretamente accettato. I

partigiani francesi di questo modello, più numerosi in tempi passati, ci vedono una realizzazione del controllo integrale e dimenticano le difficoltà della generalizzazione e dello statuto normativo della norma incostituzionale. Il fantasma di una "vera corte costituzionale" va nello stesso senso in quanto vede il compito di una tale corte nella tutela di diritti considerati concretamente fondamentali.

Per i partigiani di un modello organico europeo, questa opzione è rigettata precisamente perché il controllo non è integrale, se concepito dal punto di vista del destino della norma legislativa generale.

Purtroppo, l'insieme dottrinale che ho chiamato teoria del controllo integrale, comprendendo le teorie della costituzionalizzazione dei rami del diritto e dell'irradiazione diretta del diritto da parte della Costituzione, sono false. Il controllo è rimasto parziale, anche se già fosse parzialmente a posteriori.

### Conclusione

E attualmente in discussione un progetto di legge costituzionale il cui articolo 24 dispone come segue:

#### Article 26

Après l'article 61 de la Constitution, il est ajouté un article 61-1 ainsi rédigé :

« Art. 61-1. - Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution porte atteinte aux droits et libertés que celle-ci garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, dans les conditions et sous les réserves fixées par une loi organique. »

Se fosse adottato, questo provvedimento aggiungerebbe un controllo provvedimentale *a posteriori* su ricorso pregiudiziale delle due corti ordinarie supreme. Il progetto solleva vari problemi, soprattutto perché non si sa come è concepito il problema del *ne bis in idem* ne come è visto la complicatissima questione della pregiudizialità e del destino della norma annullata e degli effetti del annullamento sulle situazioni giuridiche particolari. Si può dire solamente che il potere discrezionale del legislatore organico è molto esteso. Si può dire, anche, che mentre il controllo a posteriori è spesso, ma non ovunque, un mezzo di correzione di norme anziane, il progetto sceglie su questo punto il modello tedesco, non austriaco, della limitazione alla legislazione postcostituzionale, un problema tecnico essendo qui la costituzionalizzazione retroattiva del diritto legislativo repubblicano sin dall'adozione della Costituzione del 1971.

Si può dire ugualmente, a questo punto della vicenda, che non farà del Consiglio una corte tedesca o spagnola, perché il progetto non introduce un diritto di ricorso diretto di una persona le cui diritti costituzionalmente garantiti sarebbero stati violati. La revisione non si occupa del problema del legame debole.