



**HAL**  
open science

## La QPC tra rivoluzione ed eccezione: la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione

Anna Maria Lecis Cocco Ortu

### ► To cite this version:

Anna Maria Lecis Cocco Ortu. La QPC tra rivoluzione ed eccezione: la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione. *Rivista AIC - Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2013, 3. hal-01708091

**HAL Id: hal-01708091**

**<https://hal.science/hal-01708091v1>**

Submitted on 12 Mar 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## LA QPC TRA RIVOLUZIONE ED ECCEZIONE: LA CONCRETEZZA DEL CONTROLLO A POSTERIORI A TRE ANNI DALLA SUA INTRODUZIONE

1. La rivoluzione della giustizia costituzionale francese, ovvero del tramonto di un'eccezione – 2. La QPC: il controllo incidentale à la française – 3. Un controllo concreto "acerbo", ovvero della difesa di un'eccezione - 3.1 La polisemia della nozione di "controllo concreto" – 3.2. Profili di concretezza e astrattezza del controllo nella giurisprudenza del Conseil – 3.3. Spunti conclusivi: un controllo concreto (ancora) acerbo.

L'introduzione di un meccanismo di controllo successivo della costituzionalità delle leggi, momento topico nella storia dell'ordinamento costituzionale francese che tenta di mettere così fine alla tradizionale *exception* in tema di giustizia costituzionale<sup>1</sup>, non ha deluso le aspettative.

Accolta subito calorosamente sia dalla dottrina<sup>2</sup> che dai destinatari principali della riforma, i *justicia-bles*<sup>3</sup>, la questione prioritaria di costituzionalità (di seguito QPC) ha saputo ben presto guadagnarsi anche il sostegno delle supreme magistrature che, superate senza grandi drammi le prime "guerre dei giudici"<sup>4</sup>, hanno dimostrato di essere intenzionate a collaborare alla piena realizzazione e attuazione della riforma, senza boicottare, nell'esercizio della loro funzione di filtro, la rimessione al *Conseil constitutionnel* delle questioni sollevate. La QPC ha così vissuto, e sta tuttora vivendo, un periodo d'oro che, malgrado una lieve inflessio-

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Siena e presso l'Aix-Marseille Université [ [anna.lecis@gmail.com](mailto:anna.lecis@gmail.com) ]

<sup>1</sup> Così A. ROUX, *Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française?*, in *La semaine juridique*, n. 31, 2008, p. 48; O. LE BOT, *La garantie des droits fondamentaux : la Qpc met-elle fin à l'exception française ?*, in M. FATIN ROUGE-STEFANINI, G. SCOFFONI (cur.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Atti del convegno tenutosi a Aix-en-Provence, 17-18 novembre 2011, PUAM, Aix-en-Provence, 2013; G. TUSSAU, *La fin d'une exception française?*, in *Pouvoirs*, n. 137, 2011, p. 5.

<sup>2</sup> La mole di contributi ad essa dedicati dalla dottrina francese è sterminata. Si segnalano, tra gli altri, G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 2011; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, X. PHILIPPE (cur.), *Question prioritaire de constitutionnalité. Premiers bilans. Actes du colloque du 26 novembre 2010 – ILF*, PUAM, Aix-en-Provence, 2011. Si vedano altresì i contributi indicati nell'apposita rubrica sul sito del Conseil constitutionnel: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/doctrines-relatives-a-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/114916.html>.

Anche la dottrina italiana ha riservato, come noto, un'ampia attenzione all'introduzione del controllo successivo in Francia. Si segnalano, tra gli altri: M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil constitutionnel e l'exception d'incostitucionalité*, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu); M. CAVINO, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO (cur.), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, Giappichelli, 2010, 123; P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009, 440 ss.; D. PARIS, *Prime osservazioni sull'avvio della riforma della giustizia costituzionale in Francia: dalla loi organique n. 2009-1523 alle prime decisioni del Conseil constitutionnel*, *RivistaAIC*, 2010.

<sup>3</sup> La QPC è concepita come uno strumento a tutela dei diritti e delle libertà costituzionali rimesso nelle mani di ciascun *justiciable*, cioè ogni persona, fisica o giuridica, francese o straniera, sotto la giurisdizione francese. Per comprendere l'entusiasmo di individui (e avvocati) nell'accogliere la riforma, basti dire che le prime eccezioni sono state depositate il primo giorno utile dall'entrata in vigore della riforma.

<sup>4</sup> Le vicende che hanno movimentato i rapporti tra giurisdizioni in Francia, in particolare tra *Conseil constitutionnel* e *Cour de cassation*, con la Corte di giustizia dell'UE sullo sfondo, sono note. Per una sintesi, si rimanda a: A. ROVAGNATI, *Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa vicenda giudiziaria francese*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010. Nella dottrina francese, tra i numerosi contributi: P. GAIA, *La Cour de cassation résiste... mal. A propos de l'arrêt du 16 avril 2010*, *RFDA*, 2010, p. 458; A. LEVADE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation !*, *Dalloz*, 2010, 1321; X. MAGNON, *La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand*, *RFDC*, n. 84, 2010, 76; D. ROUSSEAU, D. LEVY, *La Cour de cassation et la QPC: chronique d'une opposition inexplicable*, in *Gazette du Palais*, 25-27 aprile 2010, 12.

ne nel numero delle questioni decise dal *Conseil*<sup>5</sup>, sembra ancora perdurare a tre anni dalla sua introduzione.

Insieme con gli attori della procedura - le parti processuali, gli avvocati e i giudici - anche la dottrina, e non solo quella costituzionalista, ha dedicato ampia attenzione alla nuova venuta dell'ordinamento costituzionale francese, tanto che qualche autore, senza astenersi dall'autocritica, richiama oggi a rivedere i criteri della produzione dottrinale in materia, alla luce di un rinnovato obiettivo: quello cioè di non limitarsi ai propositi descrittivi, ma di mettere al servizio degli attori della QPC, *in primis* il *Conseil*, la maggiore *expertise* di cui la dottrina può farsi portatrice, per cercare di incidere sull'evoluzione concreta dell'istituto e, in definitiva, sugli indirizzi giurisprudenziali<sup>6</sup>.

Sperando di poter portare un contributo utile in tal senso, e pur assumendo comunque prudentemente di poterci ritenere immuni da questo monito per ragioni di extraterritorialità, intendiamo in questa sede proporre un'analisi del nuovo meccanismo di controllo di costituzionalità francese che consenta di inquadrarlo all'interno delle modellistiche esistenti dei sistemi di giustizia costituzionale, soprattutto in relazione alla spinosa questione della concretezza del giudizio, che tanto ha impegnato le riflessioni della dottrina francese intorno ad un quesito semplice, ma dalla risposta non scontata: il controllo di costituzionalità successivo a *la française* è un controllo concreto?

L'interesse di tale questione si fonda su due premesse. Il sistema francese di controllo in via d'eccezione ricalca fortemente il paradigma italiano di controllo incidentale, così come quello tedesco o spagnolo, per citare alcuni dei più significativi esempi in Europa, il che potrebbe portare a ricondurlo senza troppa esitazione al modello europeo di controllo concreto su questione incidentale<sup>7</sup>. Tuttavia, vanno messe in luce alcune peculiarità, che denotano la ferma volontà, del Legislatore costituente prima e del *Conseil constitutionnel* poi, di non abbandonare del tutto l'eccezione francese, che trova nell'astrattezza del controllo l'ultimo baluardo<sup>8</sup>; peculiarità che comunque non valgono, come si vedrà, a escludere pienamente la natura concreta del controllo esercitato dal *Conseil*.

L'ordinamento francese sembra infatti avere oramai valicato quel confine che lo separava dagli altri ordinamenti europei, con l'apertura ad un controllo successivo sull'applicazione della legge (1), seppur caratterizzato da alcune specificità (2) e dalla concretezza ancora "acerba" (3).

## 1. La rivoluzione della giustizia costituzionale francese, ovvero del tramonto di un'eccezione.

L'eccezione d'incostituzionalità, e la conseguente competenza del *Conseil constitutionnel* di abrogare una legge in vigore, hanno fatto il loro ingresso nell'ordinamento francese al termine di un percorso lungo e difficile, che ha visto finalmente l'epilogo nel 2010 con l'introduzione della questione incidentale a *la française*. Un breve riassunto delle tappe fondamentali nell'evoluzione della giustizia costituzionale in Francia può essere utile a meglio comprenderne l'attuale configurazione.

L'evidente ritardo rispetto agli altri ordinamenti europei nell'adozione di un sistema di controllo giurisdizionale che consenta l'abrogazione delle leggi in vigore è notoriamente conseguenza di quell'interpretazione rigorosa della separazione dei poteri, a sua volta fondata sui due pilastri dell'esaltazione

<sup>5</sup> Al 7 giugno, son 27 le decisioni emanate su QPC nell'anno 2013, a fronte di 73 nell'intero anno precedente, 109 nel 2011 e 64 nei 10 mesi del 2010.

<sup>6</sup> X. MAGNON, *La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ?*, in RDP n. 1, 2013, p. 135.

<sup>7</sup> Ammesso che di "modello europeo di controllo incidentale" si possa parlare. Il meccanismo incidentale, ibrido per eccellenza, ha infatti dato luogo a declinazioni diverse, tanto che più che di un modello di controllo incidentale si dovrebbe parlare di *più* modelli, tanti quanti sono i sistemi incidentali osservati. Volendo però accettare un certo grado di semplificazione, che è l'effetto collaterale di ogni classificazione, esso consiste nel modello che trova il suo prototipo nei meccanismi italiano e tedesco di questione pregiudiziale, dove la questione di costituzionalità sorta nel corso di un giudizio è rimessa dal giudice *a quo* all'organo di giustizia costituzionale, previa verifica dei prerequisiti demandati - la pregiudizialità della questione e la sua fondatezza, secondo una soglia di verifica variabile nei diversi sistemi.

<sup>8</sup> Almeno per quel che riguarda la natura del controllo, fino ad allora caratterizzato dal carattere preventivo e astratto (L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, coll. Que sais-je?, PUF, Paris, 1986; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996). Altre peculiarità persistono nel sistema francese, prima fra tutte la composizione del *Conseil constitutionnel*, ancora una volta rimessa in discussione ora che il controllo successivo desta nuove problematiche connesse con l'esigenza di assicurare un procedimento di nomina idoneo a garantire l'imparzialità e la competenza dell'organo.

della *loi expression de la volonté générale*<sup>9</sup> e della diffidenza nei confronti dei giudici<sup>10</sup>, che già a lungo avevano costituito l'ostacolo principale all'idea di introdurre un qualsivoglia sistema di giustizia costituzionale, a prescindere dalle modalità del controllo<sup>11</sup>.

È con l'adozione della Costituzione del 1958 e l'istituzione della V Repubblica che finalmente la giustizia costituzionale ha fatto il suo ingresso nell'ordinamento francese, seppur in una forma *sui generis* che l'ha caratterizzata più come uno strumento di controllo politico della costituzionalità delle leggi, che come un sistema di garanzia giurisdizionale. La Costituzione del 1958 rispondeva infatti alle due esigenze, apparentemente contrapposte, di limitare l'ambito dell'azione legislativa in attuazione del riparto di competenze tra legge e regolamento, senza però tradire la tradizione francese di sovranità della legge e di diffidenza verso qualunque controllo giudiziario su di essa: da ciò, nacque un sistema di controllo di costituzionalità nella forma di un sindacato da parte di un "Consiglio"<sup>12</sup>, incaricato di sindacare, prima della loro promulgazione, sulla costituzionalità delle leggi organiche, e dei regolamenti parlamentari<sup>13</sup>, nonché di qualunque altra legge ad esso rinviata dagli organi politici a ciò legittimati<sup>14</sup>. La Costituzione del '58 aveva dunque previsto un controllo astratto e preventivo<sup>15</sup>, posto *all'interno* del procedimento legislativo e dunque su un piano di collaborazione alla funzione legislativa più che di censura alla stessa.

A ciò si aggiunga che tale controllo era stato concepito agli esordi come mero controllo formale, sul rispetto delle sole regole procedurali e di competenza. Al momento della sua introduzione, come ha osservato Duverger, «*le Conseil constitutionnel n'a pas pour mission de protéger les citoyens contre la violation de la Constitution, mais d'éviter les empiétements d'un pouvoir sur l'autre*»<sup>16</sup>.

La graduale trasformazione del *Conseil* da arbitro regolatore di poteri a giudice costituzionale garante dei diritti<sup>17</sup> si ha a seguito di due tappe principali, l'una ad opera della giurisprudenza dello stesso *Conseil*

<sup>9</sup> Sulla concezione della separazione dei poteri e sui principi fondanti la dottrina costituzionale della III Repubblica francese, si rinvia a R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, rééd. Economica, Paris, 1984.

<sup>10</sup> Tale idea era legata al ricordo dei "Parlamenti" che sotto l'*Ancien Régime* godevano del potere di sindacare sulla validità degli atti del Re, con ciò impedendo anche eventualmente la promulgazione delle leggi (sull'idea che tale controllo rappresentasse esso stesso un antecedente storico del sindacato di costituzionalità delle leggi, si veda F. SAINT-BONNET, *Le Parlement, juge constitutionnel (XVI-XVIII siècle)*, in *Droits*, 2001, p. 177. Essa ha poi trovato un nuovo fondamento nell'opera di LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, che, sebbene si riferisse ad un'esperienza circoscritta e ben determinata – gli Stati Uniti – ha ridato vigore al sentimento di timore nei confronti della violazione della separazione dei poteri da parte dei giudici qualora ad essi fosse consentito di affrancarsi dal loro ruolo di mera *bouche de la loi*.

<sup>11</sup> Il legicentrismo alla base dell'ordinamento democratico nella III e IV Repubblica era infatti incompatibile con qualunque forma di controllo di costituzionalità delle leggi. In occasione della preparazione della Costituzione del 1946 si aprì quanto meno un dibattito sull'opportunità di introdurre un sistema di giustizia costituzionale, che portò all'istituzione di un *Comité constitutionnel*, incaricato di «esaminare se le leggi votate dall'Assemblea nazionale richiedono una revisione della Costituzione». Tale organo, tuttavia, ebbe un carattere prettamente simbolico e si espresse una sola volta, in un parere del 18 giugno 1948; sul dibattito in merito all'istituzione e alle funzioni del Comitato, si rinvia a J. BOUGRAB *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, Dalloz, Paris e sull'unico parere emanato dall'organo, si veda A. SOULIER, *La délibération du Comité constitutionnel du 18 juin 1948*, in *RDP*, 1949, p. 195 ss.

<sup>12</sup> È questa la ragione, d'altronde, per la quale si è inteso evitare, nella nomenclatura dell'organo e nella terminologia impiegata per la procedura di controllo, ogni riferimento alla natura o funzione giurisdizionale. In questo senso, tra gli altri, F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ?*, in *RDP*, 1979, p. 27. Durante i lavori parlamentari per la riforma del 2008 era stato proposto di sancire definitivamente la trasformazione del Consiglio in vera e propria corte costituzionale, anche attraverso la ridenominazione dell'organo; l'emendamento in tal senso, tuttavia non fu approvato: cfr. R. BADINTER, *Une longue marche «Du Conseil à la Cour constitutionnelle»*, Cahiers du Conseil constitutionnel n. 25, 2009.

<sup>13</sup> Art. 61 co. 1 Cost. nella sua redazione iniziale, promulgata il 4 ottobre 1958. Il testo originario della Costituzione è consultabile all'indirizzo:

[http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19581005&pageDebut=09151&pageFin=09173&pageCourante=09164](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19581005&pageDebut=09151&pageFin=09173&pageCourante=09164)

<sup>14</sup> Gli unici soggetti legittimati ad adire il *Conseil constitutionnel* in veste di giudice della costituzionalità di una legge sono, nell'originaria previsione costituzionale, il Presidente della Repubblica, il Primo ministro e i Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato. Art. 61 co. 2 Cost., nella sua redazione iniziale promulgata il 4 ottobre 1958.

<sup>15</sup> Ci furono invero anche proposte in favore di un controllo successivo, per mezzo dell'eccezione d'incostituzionalità, ma non trovarono consenso nell'assemblea, soprattutto per l'opposizione di Michel Debré. Infatti Michel Aurillac, membro del Consiglio di Stato, aveva sostenuto che l'istituzione di un Consiglio costituzionale avrebbe dovuto implicare la competenza di questo a farsi giudice di costituzionalità [delle leggi] su rinvio del Consiglio di Stato o della Corte di cassazione. A seguito della ferma opposizione all'introduzione di un'eccezione d'incostituzionalità manifestata da importanti esponenti dell'Assemblea, tuttavia, l'ipotesi fu scartata e mai più accennata. Così D. MAUS, *L'exception d'incostitucionalité : un débat d'hier, une réalité de demain ?*, in M. R. DONNARUMMA (cur.), *La primauté de la loi et le contrôle juridictionnel de la ragionevolezza des lois en France et en Italie*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 57 ss.

<sup>16</sup> M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, in *Le régime politique français*, tomo II, PUF (coll. « Thémis »), 4e éd., 1959, p. 642.

<sup>17</sup> Cfr. S. GAMBINO, *La giustizia costituzionale in Francia: il "Conseil constitutionnel" da regolatore dell'attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche*, in *Politica del diritto*, 1988, p. 575 ss.; G. VEDEL, *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme*, *Pouvoirs* n. 45, 1988, p. 149.

e l'altra per effetto dell'intervento del legislatore, da cui discenderà una progressiva evoluzione giurisprudenziale volta alla garanzia dei diritti fondamentali<sup>18</sup>.

La prima svolta si ha con la celebre decisione del 16 luglio 1971<sup>19</sup>, con la quale il *Conseil* sancisce l'incorporazione del Preambolo, e dunque delle disposizioni a tutela dei diritti e dei principi fondamentali, sancite «dalla Dichiarazione del 1789, confermata e completata dal Preambolo della Costituzione del 1946»<sup>20</sup> nel *bloc de constitutionnalité*<sup>21</sup>, allargando così non solo il parametro del giudizio, e dunque potenzialmente anche il numero delle norme con esso in conflitto, ma anche la platea dei soggetti interessati alle sue decisioni. La seconda pietra miliare nel percorso di trasformazione del *Conseil* in giudice dei diritti si ha con il "big bang" dell'allargamento delle vie d'accesso, realizzato attraverso la riforma costituzionale del 1974, che ha introdotto il ricorso da parte delle minoranze parlamentari<sup>22</sup>, maggiormente idonee, rispetto agli organi istituzionali fino ad allora legittimati, a presentare ricorsi per violazioni sostanziali del *bloc de constitutionnalité* che vadano a tangere la sfera dei diritti.

Queste svolte fondamentali conducono il *Conseil* a prendere coscienza della trasformazione del proprio ruolo, e della giustizia costituzionale in Francia, come da esso espressamente chiarito nella storica decisione dell'8 agosto 1985, nella quale sancisce che «la loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution»<sup>23</sup>.

Il crollo del dogma della perfezione della legge, e della presunzione assoluta di costituzionalità delle leggi emanate, porta però a riflettere sull'eventualità che una legge non conforme alla Costituzione possa esplicare i propri effetti nell'ordinamento, ove sia sfuggita al (facoltativo) controllo di costituzionalità *a priori*.

A questa prima preoccupazione, si aggiunge un altro fattore che alimenta il dibattito sull'opportunità di introduzione di un controllo successivo, costituito dall'eccezionale successo del *contrôle de conventionnalité*, che porta al paradosso dell'esistenza di un *judicial review of legislation* affidato ad ogni giudice, in relazione alle convenzioni internazionali (tra le quali un ruolo privilegiato è ricoperto dalla CEDU), mentre nessun giudice nazionale, comune né costituzionale, può sindacare la validità di quelle stesse leggi in relazione alla Costituzione, con la conseguenza che le convenzioni internazionali spiegano nell'ordinamento una forza attiva superiore a quella della stessa Costituzione e che gli individui, "maggioresni" sotto il sistema della convenzione, restano "minori" per la giustizia costituzionale<sup>24</sup>.

È proprio questo argomento, che si potrebbe definire di "nazionalismo giuridico"<sup>25</sup>, la principale motivazione alla base della proposta avanzata nel 1990 dal presidente Mitterand, caldamente incoraggiato dall'allora Presidente del *Conseil constitutionnel* Badinter. Un comitato, incaricato dal Presidente, stende un progetto di legge avente ad oggetto l'istituzione di un meccanismo di controllo incidentale<sup>26</sup>, ma tale progetto non giunge a termine del suo *iter*. Esso, tuttavia, non è destinato a un fallimento definitivo, in quanto costituirà la base dei futuri progetti di introduzione dell'eccezione d'incostituzionalità, sia nel 1993 che nel 2008.

<sup>18</sup> Questa evoluzione sarà la conseguenza, com'è stato osservato, «della sinergia di due movimenti, l'uno interno e l'altro esterno» al *Conseil constitutionnel*, guidati in particolare, all'esterno, da Louis Favoreu e, all'interno, da Georges Vedel e Robert Badinter, membri dell'organo rispettivamente dal 1980 al 1989 e dal 1986 al 1995: così, E. MAULIN, *Aperçus d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle*, in C. GREWE E ALTRI (cur.), *La notion de "justice constitutionnelle"*, Paris, Dalloz, 2005, p. 153, cit. da M.C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 194 s.

<sup>19</sup> Cons. const. dec. n. 71-44 DC del 16 luglio 1971. In realtà il *Conseil constitutionnel* aveva posto le basi di questo storico mutamento giurisprudenziale già un anno prima, con la dec. n. 70-39 DC del 19 giugno 1970 (*Ressources des Communautés européennes*), che annoverava il preambolo della Costituzione del 1946 tra i visa della decisione; si veda L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, I ed., p. 257 ss.

<sup>20</sup> «Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946» Preambolo della Cost. del 1958, primo comma, nella redazione allora vigente.

<sup>21</sup> Su tale evoluzione giurisprudenziale si rinvia a P. PASSAGLIA, *I confini mobili della normativa costituzionale: dalla Costituzione parziale al bloc de constitutionnalité*, in M. CALAMO SPECCHIA (cur.), *La Costituzione francese/La Constitution Française*, Giappichelli, Torino, 2009, vol. II, p. 411 ss.

<sup>22</sup> Ha parlato di "big bang" D. ROUSSEAU, *La réforme du 29 octobre 1974: le « Big Bang » de la démocratie constitutionnelle*, in AA.VV., *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1996; si veda anche L. PHILIP, *L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel*, AJDA, 1975, p. 15 ss.

<sup>23</sup> CC dec. n. 85-197 (*Nouvelle-Calédonie*); si veda il commento di L. FAVOREU, L. PHILIP in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 485.

<sup>24</sup> Così Robert Badinter, che coniò la celebre espressione «majeur conventionnel mais mineur constitutionnel», riferita all'individuo sotto la giurisdizione francese prima della riforma del 2008: R. BADINTER, *Une longue marche «Du Conseil à la Cour constitutionnelle»*, in Cah.Cons.const. n. 25/2009.

<sup>25</sup> Così D. MAUS, *L'exception d'inconstitutionnalité : un débat d'hier, une réalité de demain ?*, cit., p. 57 ss.

<sup>26</sup> Progetto di legge costituzionale n. 1203 depositato all'Assemblea nazionale il 30 marzo 1990. Sul tale progetto e sul suo fallimento, si veda L. FAVOREU ET AUTRES, *L'exception d'inconstitutionnalité*, numero speciale della RFDC, n. 4, 1990.

Nel 1993 è ancora Mitterand a riproporre la questione, incaricando un comitato consultivo, presieduto da George Vedel, di riprendere in mano il progetto del 1990. Il comitato propone un progetto di revisione costituzionale<sup>27</sup> che sostanzialmente ricalca il progetto del 1990, ma che, anch'esso, si arena nella fase di discussione parlamentare. Nei quindici anni che seguono questo secondo tentativo fallito, si parla ancora periodicamente dell'opportunità di introduzione dell'eccezione d'incostituzionalità<sup>28</sup>, ma senza nessun risvolto concreto.

Si arriva così al 2008, anno in cui finalmente vede la luce, dopo numerosi anni di dibattiti parlamentari e dottrinali, la riforma costituzionale avente ad oggetto, tra le altre materie, l'eccezione d'incostituzionalità, nella forma della *question prioritaire de constitutionnalité*<sup>29</sup>. Essendo tali vicende più recenti e pertanto più note, non si intende dilungarsi sul procedimento che ha portato alla revisione costituzionale del 23 luglio 2008<sup>30</sup>.

Si vuole soltanto brevemente ricordare che esso è stato avviato, all'inizio della Presidenza Sarkozy, con la nomina del Comitato Balladur, investito dell'incarico di «esaminare le condizioni nelle quali in *Conseil constitutionnel* potrebbe essere portato a decidere su domanda dei cittadini sulla costituzionalità delle leggi esistenti» per mettere fine all'eccezionalità francese che fa della Francia «il solo grande Paese democratico nel quale i cittadini non hanno accesso alla giustizia costituzionale», nonché al paradosso, già evidenziato in occasione delle precedenti proposte, per il quale «certe norme internazionali hanno più peso e influenza [...] che gli stessi principi costituzionali»<sup>31</sup>. Il comitato Balladur<sup>32</sup> approva un progetto che fortemente ricalca quelli del 1990 e del 1993, eccetto che per l'introduzione, all'art. 62 della Costituzione, della possibilità di modulare gli effetti delle decisioni nel tempo. Il progetto incontra anche il consenso del Parlamento e viene così integrato nella legge costituzionale n° 724-2008, approvata il 23 luglio 2008, cui dà attuazione, per quel che riguarda l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*, la legge organica n° 2009-1523, del 10 dicembre 2009, entrata in vigore il 1° marzo 2010.

La volontà di riassegnare al *Conseil constitutionnel* una posizione apicale nella tutela dei diritti e di non lasciare il potere di sindacare sulla legge appannaggio della Corte europea e dei giudici comuni, è stata dunque la forza motrice che ha portato alla nuova riforma; riforma che doveva altresì avere cura, d'altra parte, di non insidiare a Cassazione e Consiglio di Stato il ruolo di corti supreme dell'ordinamento giudiziario, a vantaggio del giudice costituzionale. Da queste esigenze nascono le specificità del sistema incidentale francese.

---

<sup>27</sup> Il progetto di legge costituzionale n. 231, depositato al Senato il 10 marzo 1993 e il Rapporto del *Comité consultatif pour la révision de la Constitution* (il c.d. comitato Vedel), sono reperibili in T. RENOUX, M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, ed. 2005, p. 1499 ss. Sul naufragio di questo secondo tentativo di riforma, si veda T. RENOUX, *Si le grain ne meurt...*, in RFDC, n. 14, 1993, p. 284.

<sup>28</sup> Si segnala, ad esempio, un celebre discorso del Primo ministro Jospin, nel quale egli, ricordando i progetti di riforma del 1990 e del 1993, si pronuncia espressamente in favore dell'introduzione dell'eccezione di incostituzionalità e si augura che tale riforma possa essere presto attuata.

<sup>29</sup> Invero perché la QPC entri in vigore si deve attendere la promulgazione della legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009, che ha modificato l'ordinanza n. 58-1067 del 7 novembre 1958 sull'organizzazione e il funzionamento del *Conseil constitutionnel*, entrata in vigore a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 2009-595 DC, nonché l'emanazione del Regolamento interno del *Conseil constitutionnel* sulla procedura della QPC. Il nuovo sistema di giustizia costituzionale prenderà così avvio il 1° marzo 2010.

<sup>30</sup> La dottrina sull'introduzione della QPC è molto ampia. Si segnalano, fra gli altri, G. DRAGO, *Le nouveau visage du contentieux constitutionnel*, RFDC n. 84, 2010, p. 751; X. PHILIPPE, *La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique*, in RFDC, 2010, n. 82, p. 273; D. ROUSSEAU, *La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridictionnel?*, in RDP, n. 3, 2009, p. 631; O. PFERSMANN, *Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori*, in *Les petites affiches*, 2008, p. 103. Si vedano altresì i contributi indicati alla nota n. 2 nonché l'apposita rubrica sul sito del *Conseil constitutionnel* ivi segnalata.

<sup>31</sup> Lettera di incarico del Comitato, pubblicata nel *Journal officiel* del 19 luglio 2009. La Francia sembra collocarsi così all'interno di una quinta "ondata" nella diffusione della giustizia costituzionale in Europa, che troverebbe la sua ragione d'impulso proprio nello sviluppo della giustizia "sovrana nazionale" e del controllo di convenzionalità: cfr. T. GROPPI, *Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, cit. e EAD., *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?*, in *Astrid, Rassegna*, 12 giugno 2009, n. 94 e in *Rassegna Parlamentare* 1/2010, p. 37.

<sup>32</sup> Sui lavori del Comitato Balladur, si veda B. MATHIEU, « *Le "comité Balladur", ses travaux, son rapport* », RFDC 5/2008 (HS n. 2), p. 19-38 [verifica pagine nel cartaceo] e M. VERDUSSEN, *Regards comparatistes sur le rapport du comité Balladur*, RFDC 5/2008 (HS n. 2), p. 223-242.

## 2. La QPC: il controllo incidentale à la française

Dal 1° marzo 2010, la Francia si unisce così a Italia, Germania, Spagna, Belgio, e a tutti gli altri esponenti del modello europeo di giustizia costituzionale<sup>33</sup>, nella previsione di un ricorso in via incidentale al giudice costituzionale per la verifica della costituzionalità di una legge da applicare nel corso di un processo.

L'art. 61-1 della Costituzione francese dispone infatti che «*[l]orsque, 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*».

Il meccanismo delineato, tuttavia, denota alcune differenze sostanziali e procedurali rispetto alla questione di legittimità costituzionale prevista in seno al nostro ordinamento; differenze che, sebbene già ampiamente messe in luce dalla dottrina italiana, meritano di essere richiamate in questa sede, in quanto rilevanti ai fini dell'analisi della concretezza del giudizio.

a) *Un nuovo diritto conferito all'individuo per la tutela dei diritti e delle libertà.* Innanzi tutto, il costituente francese ha inteso concepire la questione di costituzionalità come un "nuovo diritto"<sup>34</sup>, conferito ad ogni persona sotto la giurisdizione francese, di adire indirettamente il giudice costituzionale per la tutela dei propri diritti e libertà fondamentali. Da ciò consegue che, mentre in Italia la questione può non solo nascere dall'eccezione d'incostituzionalità sollevata da una delle parti, ma anche essere sollevata d'ufficio dal giudice, in Francia la *question prioritaire* è concepita come una procedura che inizia necessariamente con un'eccezione processuale e prosegue poi con una questione pregiudiziale<sup>35</sup>. Questa circostanza è tutt'altro che irrilevante per l'oggetto della presente analisi, dal momento che, se le classificazioni dei modelli di giustizia costituzionale fondate sugli obiettivi prevalenti del sistema - garanzia della Costituzione o tutela dei diritti - hanno messo in evidenza come i sistemi volti alla tutela dei diritti siano di regola caratterizzati da un tipo di controllo concreto e soggettivo<sup>36</sup>, l'esperienza francese sembra porsi ancora una volta controcorrente, anche rispetto a tale tendenza.

Dalla lettura dell'articolo emerge poi un'ulteriore differenza col sistema incidentale italiano, diretta conseguenza della prima, che concerne il parametro del controllo di costituzionalità: in Francia, esso non coincide con l'intero testo costituzionale e l'insieme delle norme di rango costituzionale, ma è limitato alle sole disposizioni a tutela di diritti e libertà, che sarà compito della giurisprudenza costituzionale individuare con più chiarezza, non essendo presente nella Costituzione francese un *bill of rights*<sup>37</sup>.

b) *Il doppio filtro.* Il meccanismo incidentale francese diverge poi parzialmente dal paradigma italiano quanto ai presupposti per il rinvio al giudice costituzionale, oltre che per la presenza di un secondo filtro alle

<sup>33</sup> Intendendo per "modello europeo" il modello caratterizzato dal controllo accentrato affidato ad un organo specializzato: così L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles* ... e P. PASQUINO, *Tipologia della giustizia costituzionale in Europa*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2001, p. 299. Fino a quel momento, tutti gli altri ordinamenti rientranti in questo modello prevedevano un meccanismo di controllo incidentale, ad eccezione della Francia.

<sup>34</sup> Parla di "diritto" lo stesso *Conseil constitutionnel* nella decisione 2009-595 DC; in dottrina: P. DE MONTALIVET, *La question prioritaire de constitutionnalité. Étendue et limites d'un nouveau droit*, *Droit administratif*, n. 3, 2010, p. 17; J. DE GUILLENCHMIDT, *La question prioritaire de constitutionnalité, un nouveau droit pour les justiciables*, presentazione al convegno "Processus constitutionnels et processus démocratiques. Les expériences et les perspectives. Marrakech, 29-30 marzo 2012, reperibile sul sito della Commissione di Venezia all'url: [http://www.venice.coe.int/files/2012\\_03\\_29\\_MAR/Presentation\\_deGuillenmidt.pdf](http://www.venice.coe.int/files/2012_03_29_MAR/Presentation_deGuillenmidt.pdf); così soprattutto la stampa: G. PERRAULT, *L'exception d'inconstitutionnalité, un droit nouveau pour les justiciables*, *Le Figaro*, 9 settembre; P. ROGER, *Un droit citoyen nouveau dans la Constitution, à l'accès limité*, *Le Monde*.

<sup>35</sup> L'articolo 23-1 della Legge organica sul *Conseil constitutionnel*, nel dettare le modalità per la presentazione dell'eccezione d'incostituzionalità, stabilisce espressamente che «non può essere rilevata d'ufficio».

<sup>36</sup> Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe*, in *AJJC.*, XII, 1996, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1997, 16 ss.; in tal senso anche Fernández Segado il quale, distinguendo tra controllo sulla legge e sull'applicazione della legge, che evoca la contrapposizione già proposta da Pizzorusso nel 1982, ricollega alla seconda la funzione di tutela dei diritti, con una prevalenza dunque del carattere concreto del controllo: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano – La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, CLUEB (Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna), Bologna, 2010, p. 91 ss.; dello stesso autore, si veda anche *La dignité de la personne en tant que valeur juridique fondamentale du constitutionnalisme du deuxième après-guerre*, in *RFDC*, 2006, dove l'a. riconduce alla tensione verso la tutela dei diritti la convergenza tra modelli di giustizia costituzionale verso una maggiore concretezza.

<sup>37</sup> Si veda, sul punto, M. J. REDOR-FICHOT, *Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit"*, *CRDF*, n. 9, 2011, p. 41 ss.

eccezioni d'incostituzionalità, posto in essere dalla Cassazione o dal Consiglio di Stato, che rappresenta un *unicum* nel panorama comparato<sup>38</sup>.

L'ordinamento francese prevede infatti un meccanismo di filtro all'accesso al giudice delle leggi piuttosto complesso, che prevede l'intervento, oltre che del giudice *a quo*, anche delle supreme magistrature - ordinaria o amministrativa, secondo la giurisdizione cui afferisce il giudice rimettente - nel vaglio dell'ammissibilità della questione, secondo presupposti solo in parte coincidenti nei due casi.

In sede di primo filtro, il giudice del processo dovrà verificare il soddisfacimento delle tre condizioni dettate all'art. 23-2 della legge organica sul *Conseil constitutionnel*<sup>39</sup>, due delle quali ricalcano i presupposti italiani della rilevanza («*la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites*», condizione n. 1) e della non manifesta infondatezza («*la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux*», condizione n. 3), ma che assumono nella giurisprudenza francese una sfumatura leggermente diversa da quella che è loro impressa dalla Corte costituzionale italiana. La questione che superi questo vaglio viene trasmessa alla suprema magistratura di riferimento, che dovrà procedere ad una verifica solo in parte coincidente con quella svolta dal primo giudice.

c) *Le condizioni del primo filtro: la pregiudizialità "imperfetta"*. Quanto al primo requisito, il fondamento della pregiudizialità, esso ha nell'ordinamento francese, anche alla luce dell'interpretazione del *Conseil constitutionnel*, un significato più ampio di quello conferitogli nella giurisprudenza italiana, che risponde alla concezione più spiccatamente astratta del giudizio: non è infatti richiesto che l'applicazione della norma oggetto condizioni le sorti del giudizio principale, ma solo che essa sia applicabile allo stesso<sup>40</sup>.

È da segnalare inoltre, in quanto ciò avrà delle ripercussioni sulla "concretizzazione" del giudizio, che il *Conseil* ha affermato sin dall'inizio che non spetta a lui verificare il soddisfacimento del requisito della pregiudizialità<sup>41</sup>. La stessa logica del giudizio incidentale, che si apre col rinvio da parte del giudice *a quo*, rimette d'altronde nelle mani di quest'ultimo la verifica della sussistenza dei presupposti per la rimessione: così è stato, sin dall'inizio, nei sistemi italiano, tedesco, belga, spagnolo<sup>42</sup>. Tuttavia, in Italia, l'evoluzione della giurisprudenza verso una più ristretta interpretazione del concetto di rilevanza, che non richiede solo l'applicabilità della norma oggetto al giudizio, ma la pregiudizialità della questione per la conclusione dello stesso<sup>43</sup>, ha portato la Corte a procedere anche ad un certo controllo sulla pertinenza della questione ai fini della soluzione del processo *a quo*, attraverso il controllo sulla motivazione dell'ordinanza<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Il doppio filtro era già stato previsto, in passato, in Germania, ma ben presto abbandonato.

<sup>39</sup> Ordinanza n. 58-1067 del 7 novembre 1958 sull'organizzazione e il funzionamento del *Conseil constitutionnel*, così come modificata dalla legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009.

<sup>40</sup> Così è concepito il presupposto della pregiudizialità anche in Austria, dopo la riforma del 1975, e si tratta, in entrambi i casi, di "pregiudizialità imperfetta": così P. BON, *Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé*, relazione al Convegno "La QPC vue du droit comparé : qu'apprendre des questions de constitutionnalité en Europe ?", Aix-en-Provence, 21-22 marzo 2013, di prossima pubblicazione.

<sup>41</sup> «Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé [...] qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites» C.C. Dec. n. 2010-1 QPC (*Cristallisation des pensions*) del 28 maggio 2010, cons. n. 6.

<sup>42</sup> M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 106 ss.; l'evoluzione della concezione italiana del presupposto della rilevanza è sinteticamente illustrata in G. ZAGREBELSKY, *Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie*, in Cah.Cons.const. n. 22, 2007, nel quale l'A. spiega come dopo una prima oscillazione tra l'accezione di mera applicabilità, che faccia della q.l.c. l'"*occasio*" per attivare il controllo di costituzionalità, e la concezione di pregiudizialità rigorosa, che consenta esclusivamente un controllo funzionale alla risoluzione del giudizio *a quo*, l'orientamento della Corte si sia assestato su quest'ultima.

<sup>43</sup> Questa l'affermazione di principio della Corte sulla pregiudizialità della questione: «[I] nesso di pregiudizialità richiesto, al fine di rendere rilevante (e quindi ammissibile) la questione incidentale di legittimità costituzionale, deve consistere in un rapporto di rigorosa e necessaria strumentalità fra la risoluzione della questione sollevata e la decisione del giudizio *a quo*, nel senso che quest'ultimo non possa essere definito indipendentemente dalla decisione della questione incidentale» Ord. n. 167/1988; in questo senso già, in precedenza, le sent. nn. 300/1983 e 211/1984.

<sup>44</sup> Sebbene rientri nella competenza del solo giudice *a quo* la scelta della norma da applicare nel giudizio dinanzi a lui, la Corte, nella sua valutazione sull'ammissibilità della questione, ritiene irrilevanti le questioni aventi ad oggetto una norma che il giudice *a quo* non avrebbe in alcun caso avuto modo di applicare: su tale giurisprudenza, si vedano le relazioni annuali dei presidenti nel sito della Corte e in particolare, dal 2005, l'apposita sezione "Il nesso di pregiudizialità tra giudizio *a quo* e giudizio di legittimità costituzionale".

d) (segue) La “serietà” della questione dinanzi al giudice a quo. Il controllo sulla “serietà” della questione assume dinanzi al giudice a quo il carattere del mero dubbio<sup>45</sup>. Non è richiesto al giudice a quo di procedere ad un primo controllo di costituzionalità che lo porti a rinviare la questione solo ove sia persuaso dell’incostituzionalità della norma contestata, ma soltanto di accertare che la questione «non sia sprovvista di carattere serio». Ovviamente, non è possibile tracciare una linea netta tra la verifica di questo presupposto e l’inizio del controllo sulla costituzionalità, né la disposizione che lo introduce può di per sé determinare il livello di intensità del controllo nella successiva messa in pratica della procedura. Tuttavia, quello che si può osservare, dalla prassi giurisdizionale dei primi anni, è che il controllo sulla serietà della questione operato dai giudici di fondo si è finora dimostrato effettivamente più morbido di quello posto in essere dalle giurisdizioni supreme, dando così un’attuazione sensata alla *ratio legis* del doppio filtro nel disegno del Legislatore costituente.

e) (segue) L’assenza di un brevet de constitutionnalité e il cambiamento delle circostanze. Ai presupposti della pregiudizialità e della serietà della questione, si aggiunge poi un’altra condizione, che si ricollega alla necessità di combinare il controllo incidentale con il controllo preventivo in vigore dal 1958 e, più in generale, con gli effetti delle decisioni di rigetto che, nell’ordinamento francese, assegnano alla disposizione controllata un “attestato di costituzionalità” salvo cambiamento delle circostanze: la rimanente condizione impone infatti al giudice di verificare che la norma contestata non sia già stata «*déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d’une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances*».

La clausola finale, che consente di sottoporre nuovamente al sindacato di costituzionalità una disposizione già precedentemente controllata (e dichiarata costituzionale), si rivelerà nella prassi uno dei canali d’ingresso per i fatti e gli elementi contestuali nel giudizio di costituzionalità, in quanto, come ha precisato lo stesso *Conseil* in sede di controllo preventivo sulla costituzionalità della legge attuativa della QPC, il cambiamento di circostanze è interpretato secondo un’accezione ampia che comprende «i cambiamenti intervenuti, dal momento dell’ultima decisione, nelle norme di costituzionalità applicabili o nelle circostanze di diritto o di fatto che influenzano la portata della disposizione legislativa criticata [*corsivo nostro*]»<sup>46</sup>.

f) Il filtro delle supreme magistrature. La questione che soddisfi le tre condizioni sopra descritte viene trasmessa alla Corte di cassazione o al Consiglio di Stato, a seconda della suprema magistratura cui afferisce il giudice del rinvio, i quali dovranno a loro volta verificare la sussistenza dei presupposti per la rimessione al *Conseil*, ma secondo dei criteri parzialmente differenti.

L’art. 23-4 della legge organica sul *Conseil constitutionnel* impone infatti alle supreme magistrature di provvedere alla verifica delle prime due condizioni già verificate dal giudice a quo, la rilevanza e la non previa dichiarazione di costituzionalità della disposizione, mentre detta una formulazione diversa della terza condizione, che sembra imporre da un lato un controllo più rigido ma, dall’altro, anche una maggiore discrezionalità nella rimessione della questione.

Infatti, da una parte, nel prescrivere di accertare «che la questione [...] presenti un carattere serio», il legislatore sembra richiedere alla Cassazione e al Consiglio di Stato di procedere ad un controllo di costituzionalità *prima facie* più penetrante di quello richiesto al primo giudice: la formulazione “affermativa”, invece che con la doppia negazione con cui è demandato al primo giudice di accertare che «la questione non sia sprovvista di carattere serio» porta a restringere le maglie del filtro, non rendendo sufficiente il mero dubbio per la rimessione della questione al giudice costituzionale. Quest’interpretazione risulta d’altronde coerente con la stessa previsione di un meccanismo a doppio filtro, che intende appunto assicurare, attraverso l’intervento delle supreme magistrature, che pervengano al *Conseil* solo le questioni non manifestamente infondate<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Diversa, come si vedrà, è la soglia di serietà richiesta dinanzi alle giurisdizioni superiori, le quali, dovendo assicurare non che la questione “non sia sprovvista di serietà” ma che abbia un carattere serio” dovranno esercitare un controllo di costituzionalità *prima facie* più profondo di quello svolto dal giudice a quo.

<sup>46</sup> CC Decisione n. 2009-595 DC, cit., cons. n. 13. Sulle applicazioni di questa nozione, si veda P. GERVIER, *Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RDP, n. 1, 2012, 89, nonché l’esempio riportato al par. 3.2.

<sup>47</sup> Si veda, in tal senso, il commento ufficiale della decisione 2009-595 DC sulla legge organica relativa all’applicazione dell’art. 61-1 Cost., in Cah. Cons. const. n. 28. Quest’interpretazione sembra avallata dalla prassi delle supreme magistrature, che hanno finora imposto un filtro effettivamente più ristretto di quello esercitato dai giudici a quo.

Tuttavia, alle supreme magistrature è consentito rimettere la questione al *Conseil* anche sulla base di un presupposto alternativo a quello della serietà: l'art. 23-5 impone infatti di valutare se «la questione è nuova oppure presenta un carattere serio» (corsivo nostro)<sup>48</sup>. Questo criterio alternativo della “*nouveauté*” va compreso nell'interpretazione datagli dal *Conseil constitutionnel*<sup>49</sup>, secondo la quale esso conferisce alle supreme giurisdizioni la facoltà di adire il giudice costituzionale anche in presenza di questioni che non siano né nuove in senso stretto, in quanto aventi ad oggetto una disposizione mai controllata precedentemente (in tal caso il presupposto sarebbe infatti un'inutile replica della seconda condizione), né necessariamente “serie” dal punto di vista della fondatezza, ma che siano nondimeno da essi ritenute interessanti e meritevoli di una pronuncia da parte del *Conseil constitutionnel*, o perché vertenti su delle disposizioni costituzionali che il *Conseil* non ha mai avuto modo di interpretare o perché vertenti su una disposizione contestata in maniera diffusa e ripetuta<sup>50</sup>. È secondo quest'ultima accezione che è stata rimessa al *Conseil* la questione avente ad oggetto il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>51</sup>.

g) *Gli effetti delle decisioni*. Un'altra importante differenza risiede negli effetti delle decisioni, sia sotto il profilo temporale, quanto all'efficacia delle decisioni di accoglimento, sia sotto il profilo soggettivo (in relazione ai destinatari del provvedimento), per gli effetti delle decisioni di rigetto.

In Francia, l'articolo 62 prevede chiaramente che la sanzione disposta dal *Conseil*, con la decisione d'incostituzionalità della norma, è l'abrogazione. Tuttavia, lo stesso articolo prevede la possibilità per i giudici costituzionali di modulare nel tempo gli effetti della decisione, sia mediante il differimento degli effetti<sup>52</sup> sia mediante la determinazione de «*les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause*».

Dunque, mentre in Italia la dichiarazione di incostituzionalità si applica necessariamente al giudizio *a quo* in forza della sua efficacia *ex tunc*, in Francia il *Conseil* ha dovuto preoccuparsi, fin dalle sue prime decisioni QPC, di «*salvaguardare l'effetto utile*» delle dichiarazioni di incostituzionalità ai giudizi in corso<sup>53</sup>, e nucleando ben presto il principio, ancorché non inderogabile, secondo cui «*la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité*»<sup>54</sup>. In assenza, poi, di una previsione espressa di ordine generale come quella disposta dal Legislatore italiano per far beneficiare della pronuncia anche il condannato in via definitiva sulla base della norma penale dichiarata incostituzionale, è stato il *Conseil* ha utilizzare la sua facoltà di rimettere in causa anche gli effetti già prodotti dalla norma, in caso di abrogazione per incostituzionalità di norme penali<sup>55</sup>.

Profondamente diversa è poi l'efficacia accordata dai due ordinamenti alle decisioni di rigetto della questione di costituzionalità, sotto il profilo del vincolo nei confronti dei soggetti dell'ordinamento.

Se in Italia, infatti, la pronuncia di rigetto ha effetti soltanto *inter partes*<sup>56</sup>, nella misura in cui preclude allo stesso giudice di sollevare la medesima questione nel corso dello stesso giudizio (obbligandolo di con-

<sup>48</sup> Art. 23-4 «[...]le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.»

<sup>49</sup> In sede di controllo *a priori* della disposizione, nella decisione n. 2009-595 DC, cit., e nella successiva giurisprudenza QPC.

<sup>50</sup> Questa l'interpretazione validata dal *Conseil*, secondo il commento alla decisione n. 2009-595 DC, nei *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 32.

<sup>51</sup> Su cui sia consentito rinviare a A. M. LECIS COCCO-ORTU, *Sul mariage homosexuel deciderà il Legislatore. Alcune riflessioni sulla decisione del Conseil constitutionnel a confronto con Corte cost. n. 138/2010*, in *DPCE*, n. 2, 2011, p. 455.

<sup>52</sup> Art. 62 co. 2: «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.»

<sup>53</sup> CC Dec. n. 2010-1 QPC.

<sup>54</sup> CC Dec. n. 14-22/2010 QPC e altre.

<sup>55</sup> Ad es., quando il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato incostituzionali le norme che prevedevano una particolare qualificazione penale per i reati a sfondo sessuale di natura incestuosa (con le decisioni nn. 2011-163 del 16 settembre 2011 e 2011-222 del 17 febbraio 2012) – per insufficiente definizione della fattispecie delittuosa –, esso ha avuto cura di disporre non solo che nessuna condanna pronunciata dopo le decisioni potesse contenere la qualificazione di delitto “incestuoso”, ma anche che tale menzione relativa a precedenti condanne fosse cancellata dal casellario giudiziario. Quanto all'esecuzione della pena, dovrebbe applicarsi l'art. 112-4, c. 2 del Codice penale, secondo il quale «*la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale*». Tale disposizione riguarda l'abrogazione, espressa o tacita, ad opera del legislatore, ma si ritiene che *a fortiori* possa applicarsi anche alla pronuncia di incostituzionalità da parte del *Conseil*. Tuttavia, tale disposizione impone la cessazione della pena, ma non incide sulla condanna, la quale, a meno che il *Conseil* intervenga come nel caso di specie per disporre la cancellazione, rimane a tutti gli effetti iscritta nel casellario giudiziario, con tutte le conseguenze che ciò comporta.

<sup>56</sup> Anche se, sull'efficacia delle decisioni di rigetto, si veda A. RUGGERI, *Storia di un “falso”. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990.

sequenza ad applicare la norma contestata, in forza del presupposto della rilevanza), in Francia il mancato accoglimento della QPC comporta una dichiarazione di costituzionalità<sup>57</sup> della norma impugnata, che le conferisce un “*brevet de constitutionnalité*” vincolante per tutti i soggetti dell’ordinamento, «salvo cambiamento delle circostanze»<sup>58</sup>.

### 3. Un controllo concreto “acerbo”, ovvero della difesa di un’eccezione

Nell’estate del 2008 abbiamo dunque assistito ad una rivoluzione, che ha portato all’introduzione nel Paese di Montesquieu di un controllo successivo, che prende l’avvio con un’eccezione sollevata nel corso di un processo da una parte che si ritenga lesa nei propri diritti, e che verte sulla conformità a costituzione delle norme applicabili al processo: ce n’è abbastanza per ritenere di poter aggiungere alla lista, senza troppe esitazioni, che si tratta di un controllo concreto, anche se con le dovute sfumature che la dottrina ha già impiegato nella descrizione dei meccanismi di controllo incidentale che hanno preceduto quello francese.

Il giudizio incidentale è infatti tradizionalmente definito come un ibrido tra giudizio astratto e concreto, la cui natura propende maggiormente verso la connotazione concreta per effetto della pregiudizialità<sup>59</sup>, che ricollega il giudizio di costituzionalità ad un caso concreto cui la decisione è destinata ad applicarsi (in primo luogo, o in maniera esclusiva, a seconda degli effetti accordati alle decisioni). Le classificazioni, poi, che si sono concentrate sull’obiettivo prevalente del controllo, garanzia della Costituzione o tutela dei diritti fondamentali, hanno rilevato come quest’ultima ipotesi andasse a coincidere solitamente con un controllo più spiccatamente concreto, in quanto la presa in considerazione di elementi di fatto che incidono nell’applicazione della legge sarebbe necessaria per una tutela effettiva dei diritti e delle libertà<sup>60</sup>.

Tali configurazioni si fondavano però, ovviamente, sui sistemi incidentali esistenti, cui il sistema francese è andato ad aggiungersi, con delle peculiarità che vanno a rimettere parzialmente in discussione dette classificazioni. In Francia, la giurisprudenza costituzionale e una consistente dottrina (quest’ultima invero non unanime e non altrettanto assertiva)<sup>61</sup> insistono nel ribadire la natura astratta del controllo svolto dal *Conseil constitutionnel* su questione incidentale<sup>62</sup>.

Il dibattito sulla natura astratta o concreta del controllo francese *a posteriori*, però, si fonda in verità su un equivoco, dato dalla polisemia del concetto di controllo concreto e dalla polimorfia della concretezza all’interno del sindacato sulla legge (3.1). Esse obbligano a sfumare le classificazioni, suggerendo di determinare, più che l’afferenza *in toto* al modello di controllo concreto o astratto, il livello di concretizzazione di un determinato tipo di controllo. Secondo questo ragionamento, si potrà affermare che la QPC porta indubbiamente il *Conseil* a svolgere un controllo in una certa misura concreto, i cui profili di concretezza dovrebbero però essere ulteriormente sviluppati, per mettere pienamente a frutto le potenzialità del controllo incidentale ai fini della protezione dei diritti e delle libertà costituzionali, conservando al contempo quell’astrattezza che si richiede ad un giudizio costituzionale a effetti universali (3.2).

<sup>57</sup> Il *Conseil constitutionnel*, nel rigettare una QPC, si pronuncia non solo sulla fondatezza della *question* così come proposta, ma anche sul merito della costituzionalità della *disposizione* contestata, così che il dispositivo della decisione comprende necessariamente la locuzione “l’art. x è conforme alla Costituzione”. In Italia, al contrario, è stato giustamente osservato che la Corte costituzionale, ove non accolga la questione, si pronuncia solo quest’ultima, e non sull’oggetto della stessa. Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 134.

<sup>58</sup> L’art. 23-2 della legge organica sull’organizzazione del *Conseil constitutionnel* dispone infatti che la disposizione che sia già stata dichiarata conforme a Costituzione non possa essere rimessa nuovamente al controllo dell’organo di garanzia costituzionale, a meno che non sia intervenuto appunto un cambiamento delle circostanze. Su tale nozione, vedi *supra*.

<sup>59</sup> Così, per tutti, A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in Quaderni Costituzionali, n. 3, 1982, p. 521, in particolare 527 ss.

<sup>60</sup> Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe*, cit., F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dignité de la personne en tant que valeur juridique fondamentale du constitutionnalisme du deuxième après-guerre*, cit.

<sup>61</sup> Propendono per una qualificazione più marcatamente astratta, ma mettendo in evidenza gli elementi di concretezza del controllo: M. FATIN ROUGE-STEFANINI, *La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d’abstrait*, Actes de la 2<sup>e</sup> journée d’études toulousaine sur la QPC, in *Nouv. Cah. Cons. Const.*, 205 ss.; C. LAGRAVE, *Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité a posteriori dans les modèles espagnol, italien et français*, di prossima pubblicazione negli atti del convegno « La question prioritaire de constitutionnalité vue du droit comparé : qu’apprendre des questions de constitutionnalité en Europe ? », Aix-en-Provence, 21-22 marzo 2013.

<sup>62</sup> In tal senso, si veda D. MAUS, op. cit.: « Il est précisé de manière incontestable, tant dans la loi organique que dans l’interprétation qui en a été donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009, que la QPC s’inscrit dans le cadre d’un contrôle abstrait de la norme. [...] Il s’agit en quelque sorte de statuer a posteriori de manière quelque peu analogue à ce qui existe dans le contrôle a priori. »

### 3.1. La polisemia della nozione di “controllo concreto”

Il dibattito sulla concretezza del giudizio costituzionale francese su QPC è dunque viziato da un equivoco di fondo, relativo alla nozione di “controllo concreto”, assunta in maniera fuorviante come concetto univoco, ma che cela invece una natura polisemica e polimorfica, le cui declinazioni, riconducibili a concetti ontologicamente diversi (in particolare, al concetto di concretezza procedurale e sostanziale), o a momenti diversi del controllo (nei quali emergono le diverse manifestazioni polimorfiche della concretezza sostanziale), vanno a determinare il livello di concretezza del giudizio nel suo complesso<sup>63</sup>.

La polisemia del concetto di concretezza<sup>64</sup> deriva dal fatto che esso si può intendere, innanzitutto, in senso procedurale o sostanziale, ricomprendendo in uno stesso contenitore lessicale due concetti in realtà distinti.

Secondo la sua concezione procedurale, la concretezza del controllo è data dalla pregiudizialità, dal legame procedurale tra giudizio costituzionale e giudizio *a quo* che, per il tramite della questione di costituzionalità, fa dipendere l'esistenza del primo dal secondo. La nozione stessa di “controllo concreto” è stata infatti coniata dalla dottrina tedesca relativa alla questione pregiudiziale, che attribuisce il carattere concreto proprio al tipo di controllo costituzionale su questione incidentale. Il carattere concreto si deve, in questo senso, all'origine della questione in occasione di un processo<sup>65</sup>. Sotto l'aspetto strettamente procedurale, legato al meccanismo di introduzione del giudizio, il controllo successivo francese è perciò senz'altro concreto. Tuttavia, anche questa accezione procedurale è stata declinata da alcuni autori in senso formale o sostanziale, poiché, mentre per alcuni è il nesso di pregiudizialità a rendere di per sé concreto il giudizio incidentale, per altri il diverso livello di concretezza conferito dalla pregiudizialità dipende dall'effettiva incidenza del giudizio *a quo* nella determinazione del *thema decidendum* e nello svolgimento del giudizio *ad quem*<sup>66</sup>.

La concezione sostanziale concerne invece lo svolgimento del giudizio dinanzi al giudice costituzionale, a prescindere dal meccanismo di introduzione<sup>67</sup> e perciò, nel giudizio incidentale, dal suo legame con il giudizio *a quo*. Secondo questa accezione, la concretezza del controllo è legata alla rilevanza assunta da elementi fattuali e contestuali nel giudizio e, in particolare, nella determinazione dell'oggetto<sup>68</sup>, nell'interpretazione del parametro, nelle tecniche di argomentazione e motivazione, nonché nelle tecniche decisionali, relativamente al profilo temporale e soggettivo degli effetti. Ed è qui che si rileva il polimorfismo del concetto, in quanto gli elementi di concretezza possono sorgere in diversi momenti del giudizio e, appunto, sotto diverse forme, e possono perciò forgiare il giudizio secondo un modello più o meno concreto, in funzione della combinazione di tali diversi profili, i quali, ove siano tutti al contempo presenti o ove si manifestino solo in taluni momenti, possono dare luogo a diversi livelli di concretezza.

Ora, se alcune delle forme della concretezza rispondono all'esigenza di tutela delle situazioni giuridiche soggettive e sembrano perciò essere idonee a conformare un giudizio in senso concreto e soggettivo<sup>69</sup> –

<sup>63</sup> Anche partendo da questo presupposto, risulta difficile classificare in una scala ideale i giudizi previsti dai diversi ordinamenti, in quanto il livello di concretezza varia, anche nello stesso ordinamento, o per effetto di evoluzioni graduali, o per effetto di fattori contingenti. Così M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part de abstrait*, in *Les nouveaux cahiers du Cons. const.* n. 38, 2013, p. 211 ss. Nondimeno, si può cercare, con un certo margine di flessibilità, di inquadrare un sistema in un punto approssimativo nel segmento che collega gli estremi del controllo totalmente astratto e del controllo totalmente concreto.

<sup>64</sup> L'ambiguità semantica della nozione di “controllo concreto” è stata ampiamente messa in luce dalla dottrina italiana, seppur non sempre in termini coincidenti: si vedano, in particolare, A. PUGIOTTO, *La “concretezza” nel sindacato di costituzionalità. Polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, p. 91 ss. e *Id.*, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, Milano, Giuffrè, 1994, spec. p. 326 ss.; C. SEVERINO, *Il ruolo della giurisprudenza comune nel giudizio di costituzionalità in Francia. Un diritto vivente dinanzi al Conseil constitutionnel?*, in M. CAVINO (cur.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, p. 53, sul punto, 84 ss.

<sup>65</sup> A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale*, cit., p. 521 ss.; O. DUHAMEL, Y. MENY (cur.), *Dictionnaire constitutionnel*, I ed, 1992, PUF, p. 27; A. STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 44 s.

<sup>66</sup> M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, CEDAM, 1984, p. 238 ss.

<sup>67</sup> Ciò ha permesso di mettere in luce una certa concretezza anche nel controllo francese *a priori*, soprattutto nell'approccio cosiddetto “realista” del *Conseil constitutionnel*: si veda il numero monografico dei *Cah. Cons. Const.* n. 22, 2007, in particolare i contributi di M. TROPER, *Le réalisme et le juge constitutionnel* e di D. RIBES, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, nonché C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2003.

<sup>68</sup> Così A. PUGIOTTO, *La “concretezza”*, cit., *passim*.

<sup>69</sup> È quanto avviene, in particolare, parlando di giudizio incidentale, quando la concretezza emerge nel profilo sostanziale della pregiudizialità, cioè quando il giudizio di fondo condiziona in senso concreto il procedimento dinanzi al giudice costituzionale. Secondo questa accezione, però, non dovrebbero rilevare gli elementi fattuali e contestuali estranei al caso concreto, così che ad esempio il diritto vivente preso in considerazione dovrebbe essere quello determinato dal giudice del rinvio.

è il caso della rilevanza dei fatti della fattispecie per risolvere l'antinomia nel senso che più risponde alla tutela costituzionale dei diritti colpiti dalla norma in questione in quel determinato caso – altre risultano invece funzionali ad un controllo pregiudiziale dagli effetti generali, che si configuri come un controllo sull'applicazione della norma, di cui il caso concreto rappresenta un esempio<sup>70</sup>. Così, gli elementi fattuali del caso al centro del giudizio principale nel quale è sorta la questione, i cosiddetti *adjudicative facts*<sup>71</sup>, rilevano in un giudizio concreto di tipo soggettivo e non dovrebbero, in linea di principio, interessare il giudice costituzionale nel corso di un controllo incidentale dagli effetti generali, salvo poter essere comunque presi in considerazione come meramente esemplificativi di una delle applicazioni della norma oggetto<sup>72</sup>.

Sono invece utili ad un pieno ed effettivo controllo sulla costituzionalità di una *norma*<sup>73</sup>, e la giurisprudenza di entrambe le giurisdizioni costituzionali qui considerate offre dimostrazioni in tal senso, altri profili di concretezza, e in particolare: ai fini della determinazione della norma oggetto, la considerazione del contesto giuridico applicativo della norma, cioè sia della sua interpretazione prevalente - il "diritto vivente" determinato in particolare dalla giurisprudenza delle supreme magistrature<sup>74</sup> - sia del contesto fattuale e sociologico in cui la norma vive – il c.d. diritto vivente sociologico<sup>75</sup> per valutare il concreto impatto e la portata della norma; ancora, ai fini dell'interpretazione del parametro costituzionale, la valutazione di fatti contestuali, soprattutto laddove il giudice costituzionale proceda ad un'interpretazione evolutiva o si trovi dinanzi ad un'istanza di protezione di nuovi diritti<sup>76</sup>; ai fini del bilanciamento tra interessi in conflitto, o della valutazione della ragionevolezza delle scelte legislative, gli elementi contestuali necessari per ricostruire il *tertium comparationis* o la *ratio* legislativa<sup>77</sup>; ancora, ai fini della determinazione degli effetti, l'analisi del contesto di applicazione della norma per la previsione delle conseguenze di una declaratoria di incostituzionalità<sup>78</sup>.

L'esame della giurisprudenza costituzionale francese su QPC dovrà perciò tenere conto anche della rilevanza assunta da questi elementi, per capire in che misura il sindacato *a posteriori* si stia configurando come un controllo concreto.

<sup>70</sup> Su quest'assunto, Pugiotto fonda l'idea del controllo incidentale come controllo *oggettivo e concreto*: A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità*, cit.

<sup>71</sup> La distinzione tra *adjudicative* e *legislative facts* si deve alla dottrina americana ed è stata in seguito fatta propria dagli studi sulla rilevanza dei fatti nel giudizio, in particolare da R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1998, 333 ss.; si veda altresì J. J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001.

<sup>72</sup> J. J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, cit., *passim*.

<sup>73</sup> Rileva qui la distinzione tra disposizione e norma, la quale, malgrado non sia stata mutuata da un punto di vista lessicale dalla dottrina del *Conseil constitutionnel*, sembra essere stata nondimeno acquisita da un punto di vista sostanziale nel momento in cui i Saggi hanno affermato che il controllo non deve portare sulla norma astrattamente considerata ma sulla sua portata effettiva (decisioni nn. 2009-595 DC e 2010-39 QPC).

<sup>74</sup> Sulla nozione di "diritto vivente", per tutti: G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in Giur. Cost., 1986, 1148 e A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «Diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994. Per uno studio comparato e sulle declinazioni e possibili applicazioni della dottrina nell'ordinamento francese: C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, EAD., *Il ruolo della giurisprudenza comune nel giudizio di costituzionalità in Francia. Un diritto vivente dinanzi al Conseil constitutionnel?*, in M. CAVINO, (cur.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milano, Giuffrè, 2009, 53; T. DIMANNO, *Réserves d'interprétation et « droit vivant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (cur.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1998, 27.

<sup>75</sup> La nozione di diritto vivente sociologico, o di matrice sociologica, diverge sostanzialmente da quella di diritto vivente come correntemente intesa, che è esclusivamente di matrice giurisprudenziale (sul punto, G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité*, *Constitutions*, 2010, 9, dove l'autore sottolinea la differenza rispetto alla teoria del diritto vivente sociologico di E. Ehrlich); tuttavia, anche la considerazione di elementi fattuali e contestuali e dell'evoluzione della società è utile alla comprensione della portata effettiva di una norma. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, cit., in particolare p. 1160 ss., dove l'A. avanza l'idea di un diritto vivente "dilatato" alla considerazione de «l'impatto della legge sulla società e della società sulla legge»; in senso analogo, sostenendo la necessità di prendere in considerazione elementi fattuali e applicativi per determinare la norma oggetto, A. Ruggeri preferisce parlare di "situazione normativa": si veda, ad es., A. RUGGERI, *Le attività consequenziali nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>76</sup> Ma in questo il *Conseil constitutionnel* non sembra ad oggi allinearsi sull'approccio della Corte costituzionale italiana...

<sup>77</sup> R. BIN, *Atti normativi*, cit., 328 ss.; si vedano anche i vari contributi sull'acquisizione di "fatti" scientifici nei giudizi sulle leggi, raccolti in A. D'ALOIA (cur.), *Biotecnologie e valori fondamentali. Il contributo della giustizia costituzionale*. *Atti del seminario di Parma*, 19-3-2004, Torino, Giappichelli, 2005, in particolare R. BIN, *La Corte e la scienza*, 1; M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, 23; Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, 163; ancora, G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, *Atti del Seminario di Pisa svoltosi il 25 e 26-5-2001 in ricordo di G. D'Orazio*, Torino, Giappichelli, 2002, 431.

<sup>78</sup> J. J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et "les faits" en Italie et en France*, cit., *passim*.

### 3.2. Profili di concretezza e astrattezza del controllo nella giurisprudenza del Conseil

La lettura delle decisioni emanate dal *Conseil* nei primi tre anni di QPC è, per chi vi ricerchi indizi sul livello di concretezza del giudizio incidentale francese, come un giro in altalena, che porta ora a evidenziare (alcuni) spiccati elementi di controllo concreto, elevando l'indice di concretezza del giudizio, ora a riscorgere indelebili i segni del controllo astratto *a priori*, riportando così in basso l'indicatore dei profili concreti del giudizio *à la française*. È, invero, proprio la commistione di elementi del controllo concreto e di quello astratto che caratterizza ogni giudizio incidentale, nessuna sorpresa. Ma, dinanzi ad un giudizio incidentale che sembra configurarsi come eccezionale proprio per la sua connotazione prevalentemente astratta, un tentativo di schematizzazione di questi elementi può servire a capire se la presenza del fattore concreto del controllo sia davvero così irrilevante da non consentire di mettere in discussione l'adagio dei Saggi secondo cui "la QPC non sarebbe che un controllo *a priori* ma esercitato *a posteriori*".

In favore dell'astrattezza del controllo, depone innanzitutto la normativa della QPC, che sembra non lasciare spazio al giudizio *a quo* se non come mera *occasio* per l'attivazione di quel giudizio autonomo e indipendente destinato a svolgersi dinanzi al *Conseil constitutionnel*. Ciò emerge già nelle modalità dettate per sollevare la questione: l'eccezione con cui la parte richiede al giudice di rinviare una QPC deve essere presentata in uno scritto distinto e motivato; tale prescrizione, dettata principalmente da esigenze di celerità che consentano il rapido esame della questione in via effettivamente prioritaria, ha altresì l'effetto di permettere la trasmissione al giudice costituzionale delle sole memorie di parte concernenti la questione, senza che il *Conseil* debba conoscere del giudizio *a quo*. Tale procedura risulta così coerente anche con la previsione secondo cui il *Conseil* non deve verificare a sua volta la pregiudizialità della QPC ai fini della soluzione del giudizio principale. Ancora, nel senso dell'astrattezza depone la disciplina degli effetti delle decisioni di incostituzionalità: la decisione di accoglimento della questione comporta infatti l'abrogazione della norma censurata che, valendo – di regola – *pro futuro*, non necessariamente giova alla parte nel corso del giudizio da cui è scaturita la questione. Inoltre, l'estinzione del giudizio *a quo* non comporta l'estinzione del giudizio di costituzionalità (e questa invero una previsione comune ad altri sistemi incidentali, compreso quello italiano) e non è possibile, per la parte che abbia sollevato l'eccezione d'incostituzionalità, rinunciare, fatta salva la possibilità di non costituirsi nel giudizio<sup>79</sup>.

Tuttavia, la prassi ha fatto emergere anche profili di concretezza non trascurabili.

a) *Gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità*. Sebbene la previsione dell'effetto abrogativo delle decisioni di incostituzionalità deponga indubbiamente in favore di una configurazione del giudizio costituzionale come giudizio assolutamente indipendente dal giudizio principale, è proprio nella giurisprudenza sulla modulazione degli effetti che emergono rilevanti profili di concretezza del sindacato costituzionale. Come si è detto, la decisione del *Conseil constitutionnel* non si applica necessariamente, secondo la normativa, al giudizio in cui è sorta la questione, così che la parte che ha sollevato l'eccezione d'incostituzionalità si ritrova nei panni forse non ricercati di eroe che si batte in giudizio per i diritti altrui: è questo lo strano paradosso di una procedura istituita proprio per dare agli individui uno strumento di difesa dei propri diritti e libertà costituzionali! E di fatti il *Conseil* si è premurato, prima ancora dell'entrata in vigore della nuova procedura, di chiarire che attraverso la modulazione degli effetti temporali delle decisioni, si sarebbe inteso assicurare che l'eventuale decisione d'incostituzionalità arrechi beneficio, in linea di principio, alla parte che ha sollevato l'eccezione<sup>80</sup>. Questo *considérant* di principio ha trovato applicazione sin dalle primissime decisioni QPC<sup>81</sup> ed è divenuto da allora prassi nelle decisioni d'incostituzionalità, fatta però sempre salva l'eccezione alla regola dell'applicabilità ai rapporti pendenti degli effetti dell'abrogazione, qualora il *Conseil* ritenga di dover piuttosto differire gli effetti della stessa, ad esempio per dare il tempo al Legislatore di riformare la disciplina censurata evitando lacune normative<sup>82</sup>. Se il differimento degli effetti porta di nuovo l'indicatore verso una

<sup>79</sup> Anche qui si riscontra l'analogia con la procedura italiana, mentre altri ordinamenti, come quello spagnolo, hanno adottato la soluzione opposta, che consente la facoltà di rinuncia al giudizio costituzionale. Per una disamina comparata delle questioni incidentali previste in alcuni ordinamenti europei, si veda T. Santolini, *La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé*, RFDC, n. 93, 2013, 83 ss.

<sup>80</sup> CC dec. n. 2009-595 DC.

<sup>81</sup> CC dec. nn. 2010-3 QPC e 2010-1 QPC del 28 maggio 2010.

<sup>82</sup> È quanto è avvenuto, ad esempio, in occasione della decisione n. 2011-14/22 QPC, sulla *garde à vue*, e della n. 2010-71 QPC, in materia di *hospitalisation sans consentement* dove il Conseil afferma che «les mesures d'hospitalisation prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité» (cons. n. 41).

maggior astrattezza del giudizio, la misurazione è riportata in parità dalla circostanza che, in quei casi, di massima, il *Conseil* impone ai giudici di sospendere il giudizio e non statuire finché la disposizione non sarà abrogata<sup>83</sup>; tuttavia, rimane sempre la possibilità che la parte non benefici della dichiarazione di incostituzionalità<sup>84</sup>.

b) *Il diritto vivente*. Una certa concretezza del giudizio emerge poi nell'acquisizione della dottrina del diritto vivente<sup>85</sup> che il *Conseil* ha mutuato direttamente, ancorché implicitamente<sup>86</sup>, dalla Corte costituzionale italiana: nella decisione n° 2010-39 QPC, in tema di adozione "coparentale" da parte del *partner* omosessuale, il *Conseil*, riformulando il *thema decidendum* risultante dall'ordinanza di rinvio della Cassazione, ha affermato che il suo controllo deve portare sulla norma applicata e non sulla disposizione<sup>87</sup>.

La considerazione del diritto vivente fonda da quel momento un orientamento costante dei *Sages*, tradotto nel *considérant* di principio secondo cui «ponendo una questione prioritaria di costituzionalità, ogni individuo ha il diritto di contestare la costituzionalità della portata effettiva che un'interpretazione giurisdizionale costante conferisce a questa disposizione»<sup>88</sup>.

La dottrina del diritto vivente del *Conseil* così delineata è poi meglio definita dalle decisioni che affermano che l'interpretazione oggetto del controllo di costituzionalità è solo quella avallata dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato<sup>89</sup> e sempre che si tratti di giurisprudenza costante<sup>90</sup>, salvo talvolta aver preso in considerazione, ai fini della comprensione della portata effettiva della norma oggetto, anche pronunce isolate delle supreme magistrature<sup>91</sup>. Quanto alla giurisprudenza delle giurisdizioni inferiori, invece, si può segnalare che davanti alla richiesta di procedere al controllo di costituzionalità su una disposizione già in precedenza esaminata, per cambiamento delle circostanze, il *Conseil* ha osservato come una nuova interpretazione, benché costante, che non sia stata validata dalla suprema corte – nel caso di specie amministrativa – non rappresenta un cambiamento delle circostanze tale da consentire il superamento del *brevet de constitution-*

<sup>83</sup> Così, il *Conseil* ha disposto che «al fine di preservare l'effetto utile della presente decisione alla soluzione delle istanze attualmente in corso», i giudici di tali istanze si astenessero dal pronunciare la sentenza nelle more del giudizio di costituzionalità: CC Dec. n. 2010-1 QPC del 28 maggio 2010.

<sup>84</sup> È il caso, ancora, della decisione n. 2011-14/22 QPC sulla *garde à vue*.

<sup>85</sup> Si veda l'esaustiva analisi della giurisprudenza in materia di diritto vivente proposta da C. SEVERINO, *Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel*, Constitutions, 2012, p. 43; si veda altresì N. MAZIAU, *Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité*, Recueil Dalloz, 2011, n. 8, 529.

<sup>86</sup> I riferimenti alla giurisprudenza italiana e, in particolare, alla decisione della Corte cost. n. 3/1956, si rinvengono nel commento ufficiale alla decisione 2010-39 QPC ad opera della cancelleria del *Conseil*. Considerato il valore di "commento autentico" di tali documenti, che costituirebbero, secondo alcuni, le vere motivazioni delle decisioni del *Conseil*, si può indubbiamente parlare di una vera e propria influenza della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, ancorché non esplicitata nel testo della decisione.

<sup>87</sup> In precedenza, la Cassazione si era rifiutata di rimettere al *Conseil* delle questioni aventi ad oggetto l'interpretazione di una disposizione, negando la possibilità che il controllo costituzionale potesse portare sull'interpretazione giudiziaria invece che sul testo delle disposizioni (si vedano, tra le altre, Cass. n. 12019 e 12009 del 19 maggio 2010, Cass. n. 12074 dell'11 giugno 2010). Il giudice costituzionale non aveva avuto modo di pronunciarsi sul punto perché, proprio per la selezione operata dalla Cassazione, nessuna questione avente ad oggetto l'interpretazione di una norma era giunta fino ai giudici delle leggi. In questo caso la questione arriva, poiché dinanzi ad un'eccezione avente ad oggetto l'interpretazione costante di una disposizione, la Cassazione ritiene di dover rinviare la questione, riformulandola però in maniera da portare il controllo sulla disposizione stessa. Il *Conseil* coglie allora l'occasione tanto attesa per riformulare a sua volta la questione, sulla base del fascicolo di parte concernente l'eccezione d'incostituzionalità, dove si lamenta la violazione della Costituzione per effetto dell'interpretazione costante della Cassazione.

<sup>88</sup> Coniata nella decisione 2010-39 QPC, tale formula è ripresa, tra le altre, in: CC Dec. nn. 2010-52 QPC del 14 ottobre 2010; 2010-96 QPC del 4 febbraio 2011; 2011-120 QPC dell'8 aprile 2011; 2011-127 QPC del 06 maggio 2011; 2013-336 QPC del 1° agosto 2013. In altre decisioni, benché il *considérant* di principio non sia richiamato, il *Conseil* fa nondimeno riferimento al diritto vivente citando la giurisprudenza delle giurisdizioni superiori nei visa o nel testo della motivazione (p. es. nella dec. n. 2010-92 QPC, la giurisprudenza della Cassazione è richiamata per ricordare che nell'ordinamento francese «il matrimonio è l'unione di un uomo e di una donna»); tuttavia, l'analisi di C. Severino sopra richiamata (C. SEVERINO, *Un an de droit vivant*, cit.) ha messo in luce come in altri casi, nel silenzio della motivazione, solo la lettura dei commenti ufficiali alla decisione consenta di apprendere che il *Conseil* ha tenuto conto di una giurisprudenza costante per individuare la portata effettiva di una norma (ad es. nelle dec. nn. 2010-38, 2010-57, 2011-169, 2011-177, 2011-190 QPC).

<sup>89</sup> 2011-120 QPC dell'8 aprile 2011, nella quale il *Conseil* rifiuta di considerare come diritto vivente rilevante ai fini del cambiamento delle circostanze l'interpretazione costante data ad una disposizione dalle giurisdizioni inferiori, ma non avallata dal Consiglio di Stato.

<sup>90</sup> Come si evince dal *considérant* di principio richiamato nelle decisioni alla nota n. 88; sempre alla giurisprudenza costante si fa riferimento per l'acquisizione del diritto vivente anche in altre decisioni, dove tuttavia l'espressione "giurisprudenza costante" non è utilizzata (tra le altre, dec. nn. 2010-96, 2010-101, 2011-127 e 2011-177 QPC).

<sup>91</sup> E quanto è accaduto, ad esempio, nelle dec. nn. 2010-52 e 2010-92 QPC, dove il *Conseil* ricava l'interpretazione di una norma da singole decisioni, rispettivamente del Consiglio di Stato e della Cassazione. In questo caso, tuttavia, si tratta di un impiego del diritto vivente in senso lato, in quanto l'interpretazione giurisdizionale serve a ricostruire il contesto applicativo della norma oggetto, ma non è essa stessa oggetto del sindacato.

*nalité*<sup>92</sup>. Com'è esplicitamente affermato nel commento ufficiale alla decisione, «la portata effettiva che un'interpretazione costituzionale conferisce ad una disposizione deve aver soddisfatto l'esaurimento delle vie di ricorso per essere sufficientemente costante».

Il ricorso alla dottrina del diritto vivente non è indice di una certa concretezza del giudizio solo perché comporta l'acquisizione di elementi contestuali concreti impiegati per la ricostruzione della norma oggetto, ma anche e soprattutto perché risponde all'esigenza di garantire, più che l'epurazione dell'ordinamento da disposizioni contrarie a Costituzione, la garanzia effettiva dei diritti nell'applicazione delle stesse, spostando l'obiettivo del giudizio dalla norma astrattamente considerata alla norma nella sua applicazione, in considerazione del fatto che è l'applicazione della norma, e non il testo, a incidere nelle sfere giuridiche dei destinatari della stessa. In questo senso, con il ricorso alla dottrina del diritto vivente, la concretezza del controllo si lega a doppio filo alla funzione di garanzia dei diritti e delle libertà: è stato osservato, infatti, che «la dottrina del diritto vivente, quale che sia la sua denominazione, è tipica dei sistemi di giustizia costituzionale nei quali vige un controllo successivo e concreto (cioè nel momento dell'applicazione della legge) e nei quali manca un ricorso diretto per la protezione dei diritti costituzionali, in particolare avverso le decisioni giudiziarie»<sup>93</sup>.

c) *La considerazione di elementi contestuali fattuali*. La concretezza del controllo svolto dal *Conseil* è emersa poi laddove questi ha acquisito – ai fini della comprensione della portata effettiva di una norma, della valutazione del “cambiamento delle circostanze” per procedere al controllo di una norma precedentemente dichiarata costituzionale, o per la modulazione degli effetti - dati statistici e fattuali concernenti l'applicazione della norma oggetto.

In particolare, nella valutazione del “cambiamento delle circostanze” ai fini della sindacabilità di una disposizione già controllata, emerge tutta la necessità di concretezza che comporta un controllo *a posteriori* rispetto ad un controllo *a priori*: la stessa disposizione cessa di rappresentare la medesima norma, se controllata in astratto o in concreto, e ancor più man mano che ci si allontana dal momento della sua entrata in vigore. È così che, ad esempio, il *Conseil* ha considerato di poter rimettere in discussione l'attestato di costituzionalità delle norme sulla *garde à vue*, a causa di talune modificazioni intervenute nella procedura penale nonché, soprattutto, di una serie di elementi fattuali e di dati statistici<sup>94</sup>, richiesti al Governo o autonomamente acquisiti. In occasione della decisione n° 2010-14/22 QPC, i Saggi hanno infatti ritenuto di dover procedere all'esame delle disposizioni sul fermo di polizia, benché già dichiarate costituzionali in sede di controllo preventivo, soprattutto in ragione dello straordinario aumento del numero di fermi, a fronte di un continuo calo percentuale delle procedure istruttorie, in conseguenza della progressiva diffusione della procedura cosiddetta “in tempo reale”, per la quale la decisione del Pubblico ministero sull'azione penale nei confronti del fermato avviene sulla base dei rapporti di polizia fintanto che il soggetto è ancora sottoposto a fermo<sup>95</sup>. L'accrescimento dell'importanza della fase preparatoria del procedimento penale affidata alle autorità di polizia, a fronte della quasi sparizione della fase istruttoria, pongono la disciplina del fermo sotto un'altra ottica, che rende necessario un nuovo esame della loro costituzionalità.

In altre occasioni, è solo dalla lettura del commento alla decisione nei *Cahiers du Conseil constitutionnel* che apprendiamo di tutta una serie di dati e elementi contestuali tenuti in conto per l'individuazione della portata effettiva delle norme oggetto<sup>96</sup>. Così, nel commento alla decisione n° 2010-71 QPC, sul ricovero coatto dei malati psichiatrici, si leggono i dati concernenti l'applicazione della misura del ricovero coatto,

<sup>92</sup> «Considerando, infine, che, se ponendo una questione prioritaria di costituzionalità, ogni individuo ha il diritto di contestare la costituzionalità della portata effettiva che un'interpretazione giurisdizionale costante conferisce a questa disposizione, la giurisprudenza della Corte nazionale del diritto d'asilo non è stata sottomessa al Consiglio di Stato; che spetta a quest'ultimo, posto all'apice dell'ordinamento giurisdizionale amministrativo, assicurarsi che questa giurisprudenza garantisca il diritto al ricorso [...]; che, in tali condizioni, questa giurisprudenza non può essere considerata un cambiamento delle circostanze tale da rimettere in causa la costituzionalità delle disposizioni contestate» CC Dec. n. 2011-120 QPC dell'8 aprile 2011.

<sup>93</sup> G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, cit.

<sup>94</sup> «Considérant toutefois que, depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue» CC dec. n. 2010-14/22 QPC, Cons. n. 15. Insiste particolarmente sulla rilevanza del contesto fattuale, enl suo commento alla decisione, S. DONDI, *Quando il legislatore è guardato a vista. A proposito della decisione del Conseil Constitutionnel n. 2010-14/22 QPC del 30 luglio 2010*, in *forumcostituzionale.it*.

<sup>95</sup> Dec. n. 2010-14/22 QPC, cons. n. 16. Il Conseil tiene in conto altresì l'aumento del numero degli ufficiali di polizia in conseguenza della modificazione del regime di attribuzione di tale qualifica, che ha portato – secondo i dati forniti dal Governo – dai 25 000 ufficiali di polizia giudiziaria nel 1993 ai 53000 del 2009: cons. n. 17.

<sup>96</sup> Secondo quella nozione di diritto vivente sociologico sopra richiamata.

ricavati dallo studio d'impatto fatto per una legge di riforma *in itinere*, nonché demandati dai giudici costituzionali al Governo, appositamente per il giudizio<sup>97</sup>.

Anche qui, il *Conseil* riconosce implicitamente che la norma oggetto non è solo il frutto della sua enunciazione e della sua applicazione giurisdizionale, ma anche della prassi che la accompagna. Tuttavia, il sindacato *a posteriori* difende la sua natura astratta, pena il definitivo scivolamento in un controllo pienamente concreto e giurisdizionale, davanti alla richiesta di dichiarare l'incostituzionalità di una norma per le violazioni poste in essere nella sua applicazione pratica. Risponde infatti il *Conseil* che «il fatto d'ignorare eventualmente quest'esigenza [il rispetto della dignità delle persone ricoverate] nell'applicazione delle disposizioni legislative precitate non ha, in sé per sé per effetto di macchiare queste disposizioni d'incostituzionalità»<sup>98</sup>.

La considerazione di elementi contestuali e fattuali, pur non essendo evidentemente assente nel ragionamento giudiziale, è tuttavia sempre contenuta a causa dell'«iperformalismo»<sup>99</sup> delle decisioni del *Conseil constitutionnel*, mentre qualcosa di più sui materiali considerati ai fini del giudizio può desumersi dalla lettura dei commentari ufficiali, oramai considerati a metà strada tra un'interpretazione autentica della motivazione e la vera e propria motivazione della decisione<sup>100</sup>.

d) *La rilevanza del caso di specie*. Il limite oltre il quale il *Conseil* non sembra ancora essersi spinto, nelle sue incursioni nell'ambito di un controllo più concreto, è inesorabilmente rappresentato dai fatti del giudizio *a quo*. Non si scorge, nel testo delle decisioni, alcun riferimento alle circostanze concrete da cui è originata la questione.

D'altronde, l'intera disciplina della QPC fa quadrato intorno alla certezza della non rilevanza del caso concreto nel giudizio costituzionale: si è detto che l'eccezione d'incostituzionalità perviene al *Conseil* come memoria distinta e che esso non è competente a rimettere in discussione la sussistenza del presupposto della pregiudizialità. Lo stesso *Conseil* ha sottolineato come la disciplina predisposta dal costituente ha inteso disconnettere il giudizio costituzionale dal giudizio principale a partire dal momento in cui la questione perviene davanti ai giudici delle leggi<sup>101</sup>. Si tratta di un controllo *a priori* svolto *a posteriori*.

E tuttavia, com'è inevitabile in un giudizio che trova la sua origine in un processo, avente ad oggetto situazioni giuridiche soggettive contese, i rappresentanti delle parti talvolta evocano elementi specifici del giudizio *a quo* nell'udienza orale, nonostante ai sensi dell'art. 10 del Regolamento di procedura sia richiesto loro di esprimersi solo sulla questione, che è infatti richiamata in apertura proprio allo scopo di «guidare» il dibattito contraddittorio. Per quanto il *Conseil* insista nel ribadire che ogni argomentazione che esuli dalla questione non è tenuta in conto ai fini del giudizio, è lecito ritenere che essa possa esercitare quantomeno un effetto psicologico sulla precomprensione dei giudici, così come già la sola presenza di parti all'udienza orale.

e) *Gli elementi di concretezza rintracciabili nei "commentaires"*.

Se ai documenti ci si vuole attenere, tuttavia, nella motivazione della decisione, il giudizio *a quo* è assente. Prevalde senza dubbio, nel formalismo e nell'estrema sinteticità e asetticità delle decisioni del *Conseil*, la sensazione di totale astrattezza propria di un confronto tra norme, dove i riferimenti che guidano i *considérant* dei Saggi si rivolgono quasi esclusivamente a disposizioni normative o a principi da queste derivati<sup>102</sup>: una tecnica che risente della cultura giuridica marcatamente amministrativista dell'ordinamento francese, per la quale «*En France, juger la loi, c'est encore administrer*»<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> Insiste sull'importanza dell'acquisizione di questi dati ai fini della decisione il commento di D. DE BÉCHILLON, *Pragmatisme. Ce que la QPC peut utilement devoir à l'observation des réalités*, in *Semaine juridique* (édition générale), 2010, n. 51, p. 2410.

<sup>98</sup> Dec. n. 2010-71 QPC, cons n. 29.

<sup>99</sup> Così, D. BARRANGER, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Jus Politicum*, n. 7, 2012.

<sup>100</sup> Così, D. BARRANGER, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle*, cit.; si vedano altresì le considerazioni di X. MAGNON, *La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel: Quelle distance? Quelle expertise?*, *RDP*, n. 1, 2013, 135.

<sup>101</sup> Dec. n. 2009-595 DC.

<sup>102</sup> Tuttavia, è riscontrabile una certa evoluzione nella redazione delle decisioni del *Conseil*, che spesso inserisce tra i suoi *considérant* delle argomentazioni un po' più articolate le quali, dallo schema del rigoroso sillogismo giudiziale, dove dal raffronto tra le premesse si trae come conclusione la decisione, senza bisogno di «spiegare» ulteriormente le tappe del ragionamento, portano il testo della decisione verso qualcosa di più simile alla motivazione giurisdizionale.

Tale evoluzione era peraltro già stata messa in luce in relazione al controllo *a priori*, in conseguenza della trasformazione dell'organo di giustizia costituzionale da «consigliere» del potere politico a «giudice» della costituzionalità delle leggi. Così, D. Rousseau, nel suo manuale di giustizia costituzionale, osservava che «aujourd'hui, sans atteindre encore les dimensions des arrêts des cours constitutionnelles étrangères, les décisions comportent de très nombreux considérants, sont longuement et minutieusement motivées et

Come già ricordato, tuttavia, non è la sola lettura del testo della decisione a guidare la comprensione delle motivazioni della stessa, vista la funzione di “interpretazione autentica” che i commenti ufficiali hanno oramai acquisito per gli operatori del diritto. Qui, si può notare come la tecnica redazionale sia notevolmente mutata, nel senso di un approfondimento crescente sulle ragioni in fatto e in diritto alla base del ragionamento giudiziale (o, *melius*, di quello che nell’opinione del redattore dei commenti è stato il ragionamento giudiziale...), che si riflette nella lunghezza dei commenti e nell’articolazione in più sezioni.

Un esame, anche solo formale, di tale evoluzione può offrire qualche suggestione interessante sul posto occupato dagli elementi di concretezza nel giudizio *a posteriori*.

I commenti alle prime decisioni QPC presentano una struttura *standard*, sintetica e razionale, bipartita in due sezioni: la prima, dedicata all’analisi delle disposizioni contestate, la seconda, all’esame della conformità a Costituzione<sup>104</sup>.

Nella decisione 2010-39 QPC, come ricordato, fa il suo ingresso, nell’analisi della norma oggetto, il diritto vivente, nella forma della “portata effettiva” che la norma assume nella sua applicazione. Da qui in poi, i commenti seguiranno ancora la struttura bipartita, ma contempleranno, di massima, una sub-partizione della sezione dedicata all’analisi della norma oggetto in “disposizione” e “portata della norma”, dove saranno indicati gli elementi contestuali di diritto relativi all’interpretazione prevalente della norma, a quella datale dal giudice *a quo*, alla sua applicazione in combinato disposto con altre, etc.

In occasione della decisione n° 2010-71 QPC, la struttura del commento diviene più complessa, in quanto non solo si ribadisce un aspetto procedurale, già chiarito nella primissima decisione QPC, - l’impossibilità di ammettere gli ulteriori profili sollevati dai ricorrenti nelle loro osservazioni, volti ad estendere il *thema decidendum* in relazione all’oggetto- ma, sotto il profilo sostanziale e, per quel che più ci interessa, in relazione all’assunzione di elementi fattuali, si ritrovano illustrati una serie di elementi statistici riguardanti l’applicazione della legge, che verosimilmente sono stati presi in considerazione dai *Sages* nel ragionamento giudiziale<sup>105</sup>.

Nel commento alla decisione 2010-74 QPC compare, nella parte II, una sezione dedicata a spiegare “l’applicazione al caso di specie”. Questa locuzione ricomparirà spesso; tuttavia è da notare che si riferisce all’applicazione dei parametri costituzionali individuati al caso di specie inteso come “la situazione normativa” precedentemente ricostruita sulla base della questione portata dinanzi al *Conseil*, che rappresenta l’esempio di tante altre situazioni analoghe al caso al centro del giudizio di fondo.

Nel commento alla decisione 2011-202 QPC, ancora sul ricovero coatto, fa il suo ingresso una sezione dedicata all’ “origine de la QPC”, che riappare nella decisione 2011-218 QPC, dove la prima parte, dedicata alle disposizioni contestate, sarà suddivisa in due sezioni, la prima dedicata alle disposizioni, la seconda al litigio all’origine della questione<sup>106</sup>.

Sembra che tale sezione dedicata all’origine dell’eccezione d’incostituzionalità venga inserita quando il caso dal quale è sorta la questione può incidere nella comprensione e valutazione della stessa, mostrando come l’applicazione di una disposizione possa comprometterne la costituzionalità. Viceversa, il caso al centro del giudizio principale non sembra essere menzionato, nel commento alla decisione, quando è l’applicazione generalizzata della norma a rilevare. Si è trattato spesso di giudizi nei quali la stessa questione era stata sollevata su richiesta di associazioni o ordini professionali, nell’interesse dunque di una generalità di soggetti colpiti allo stesso modo dall’applicazione della norma presunta incostituzionale<sup>107</sup>, o di giudizi

---

ressemblent désormais (...) à de véritables leçons, selon les cas, de droit constitutionnel, de droit parlementaire, de droit pénal, de droit financier...» D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, IX ed., Paris, Monchretien, 154.

<sup>103</sup> D. BARRANGER, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle*, cit., p. 6.

<sup>104</sup> Fanno eccezione le dec. nn. 2010-1 e 2010-3, dove si rileva una maggiore attenzione a spiegare lo svolgimento della nuova procedura, e la n. 2010-2 (sulla legge c.d. “anti-Perruche”), dove è esaminato il contesto di adozione della norma contestata.

<sup>105</sup> Qui, come detto in precedenza, anche la decisione risulta più lunga e articolata, e i fatti vi fanno – seppur marginalmente - il loro ingresso allorché il *Conseil* riporta le osservazioni delle parti secondo cui la pratica della disciplina viola la dignità dell’uomo. Sebbene il *Conseil* escluda che la sola pratica possa essere causa d’incostituzionalità, essa - è da ritenere - è comunque presa in considerazione per comprendere quella che è la portata effettiva della norma.

<sup>106</sup> Così in seguito in 2011.121 del 17 febbraio; 2012-247 QPC del 16 maggio 2012; 2012-262 QPC, 2012-270 QPC, 2012-281 QPC, 2012-282 QPC, 2012-289 QPC. Etc

<sup>107</sup> P. es., in relazione alle dec. nn. 2011-223 (eccezione sollevata dall’Ordine di bastia contro norme in materia di *garde à vue* per reati connessi col terrorismo); 2012-235 (eccezione sollevata da associazioni per la tutela dei malati psichiatrici, contro norme in materia di ricovero coatto); in senso contrario, si veda invece il commento alla dec. n. 2012-297 QPC del 21 febbraio 2013, sulla questione avente ad oggetto il trattamento dei ministri di culto nei dipartimenti del Basso e dell’Alto Reno, sollevata su richiesta dell’*Association pour la promotion et l’expansion de la laïcité* e che ha visto l’intervento di numerose associazioni, dove l’origine della

nei quali comunque il caso, quandanche avente ad oggetto una situazione giuridica soggettiva, fosse esemplificativo di molte altre analoghe<sup>108</sup>.

Questa evidente evoluzione della tecnica redazionale del commento, di per sé insufficiente a valutare il reale impatto dell'acquisizione di elementi concreti nelle decisioni sulla costituzionalità delle norme, sembra comunque poter suggerire che non solo un certo impatto ci sia, ma anche che lo stesso *Conseil* intenda renderlo noto, attraverso il suo strumento ufficiale di divulgazione e esplicazione delle decisioni.

f) *L'area imprescrutabile del non detto*. Ancora, altri fatti, del caso di specie o contestuali, giungono ordinariamente al *Conseil* in occasione della discussione di una QPC, tramite le osservazioni delle parti, dei terzi ammessi a intervenire o di altri soggetti non ammessi. Benché non rilevino nelle decisioni, è verosimile che molti degli elementi fattuali così acquisiti siano tenuti in considerazione ai fini della decisione. D'altronde, così è stato anche per quelle lettere che riuscivano a raggiungere il *Conseil*, varcando le strette porte del *Palais-Royal*: esse erano ignorate nelle motivazioni delle decisioni e trascurate dalla dottrina, fin quando un giorno gli stessi giudici costituzionali hanno rivelato che quelle cosiddette *portes étroites*<sup>109</sup> non solo venivano lette, ma spesso erano anche considerate molto utili, soprattutto per decisioni che richiedessero valutazioni tecniche.

### **3.3. Spunti conclusivi: un controllo concreto (ancora) acerbo.**

Se l'introduzione della QPC ha probabilmente comportato la più grande rivoluzione della Quinta Repubblica, essa tuttavia non è valsa ad eliminare del tutto l'eccezione francese in materia di controllo di costituzionalità. Tale eccezionalismo, che perdura oggi soprattutto nella composizione dell'organo di giustizia costituzionale (nuovamente discussa a seguito della decisione sulle spese elettorali di Sarkozy), con le conseguenze che essa comporta per lo svolgimento dell'attività istruttoria, decisionale e redazionale, e nel formalismo delle decisioni, mira a mantenere invariata la qualificazione del controllo di costituzionalità quale verifica oggettiva del corretto esercizio della funzione legislativa in rapporto alla Costituzione e, dunque, la collocazione di tale sindacato al fianco della funzione legislativa, nonostante lo slittamento del momento del controllo. Al *Conseil* è demandato di valutare se il potere legislativo, concretizzatosi nella massima espressione della volontà generale, la legge, viola la costituzione: non deve né esprimere valutazioni sull'ambito di discrezionalità politica lasciato al parlamento, né sostituirsi ai giudici, e in particolare alle magistrature comune, nella funzione di applicazione delle norme generali e astratte alla realtà dei fatti. Il *self restraint* demandato ad ogni organo di giustizia costituzionale, nei confronti del legislatore e del potere giudiziario, è massimizzato nell'esperienza francese.

Tuttavia, la natura stessa del nuovo strumento di controllo costituzionale richiede necessariamente un approccio maggiormente giurisdizionale, maggiormente attento al momento dell'applicazione della norma ai casi della vita e, in definitiva, più concreto.

L'esperienza italiana, dove marcati elementi di controllo concreto sono andati a forgiare il giudizio incidentale, previsto all'origine come astratto<sup>110</sup>, mostra come l'esigenza di garantire un'effettiva tutela dei diritti costituzionalmente garantiti nei confronti della legge richiede talvolta di intervenire in maniera chirurgica,

---

QPC nel corso del giudizio di fondo è comunque menzionata, così come nelle dec. nn. 2013-302 QPC, in materia di prescrizione per reati a mezzo stampa, e 2013-320 /321 QPC, sull'assenza di contratto di lavoro nei rapporti di lavoro dei detenuti.

<sup>108</sup> P. es. nella dec. n. 2011-222, sul reato d'incesto con minore, e nella dec. n. 2012-228/229, sulle registrazioni audiovisive di interrogatori, dove, per quanto l'eccezione sia sollevata da un singolo, senza l'intervento di associazioni o altri soggetti, la questione permane generale, avendo effettivamente ad oggetto la norma di per sé, e non la sua particolare applicazione al caso; ancora, nella dec. n. 2012-240, sul reato di *stalking*, il cui giudizio, vertente sull'insufficiente definizione della fattispecie penale, aveva anch'esso una prospettiva piuttosto generale e slegata dal caso concreto alla sua base.

<sup>109</sup> Così denominate da G. VEDEL, *L'accès des citoyens au juge constitutionnel: la porte étroite*, La vie judiciaire, n. 11, 1991, 1. Sulla pratica delle *portes étroites* si veda inoltre V. MASSIEU, *Les Amis du Conseil constitutionnel*, in AA.VV., *30 ans de saisine parlementaire*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2006, 177 e, se si vuole, A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'intervento del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra Italia e Francia*, DPCE, n. 1, 2013.

<sup>110</sup> In merito, risulta particolarmente utile citare la dottrina rivolta al pubblico francese, dove le tappe della progressiva evoluzione del controllo incidentale italiano sono messe in evidenza proprio in un'ottica di impiego pragmatico del diritto comparato. In particolare, si veda G. ZAGREBELSKY, *Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie*, LPA, 25 juin 2009, n. 126, p. 12 e Id. *Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie*, Cah. Cons. const. n. 22, 2007.

plasmando il più possibile la decisione secondo le esigenze del caso concreto nel quale la legge, senza che possa esserne rimessa in discussione la costituzionalità in assoluto, ha prodotto la violazione di un diritto. È così che, attraverso l'uso di decisioni interpretative, il controllo concreto può servire, anche in un giudizio a effetti universali, ad eliminare «una forma di ingiustizia che non può lasciare insensibile il giudice costituzionale»<sup>111</sup>.

Ed è questa, ci pare, la tendenza che lentamente la giurisprudenza costituzionale francese sta abordando, con tutte le dovute cautele richieste ad un organo che, dall'introduzione della QPC, vede le sue aule sempre più di frequente sotto i riflettori quali veri e propri luoghi di confronto tra i *justiciable* e la legge, tra la politica e la società.

Si è parlato di una concretizzazione contenuta del controllo<sup>112</sup>. Ma "contenuta" è, forse, solo la forma esteriore della concretezza che effettivamente caratterizza il giudizio, la misura nella quale essa è esplicitata nella motivazione della decisione, non la misura nella quale incide nella determinazione della stessa.

Parlerei piuttosto di una concretezza difficile da misurare, da quantificare. E ancora, azzardando una previsione sull'evoluzione del giudizio incidentale nell'ordinamento francese che, se risultasse troppo ardita, avrete la magnanimità di considerare un auspicio, parlerei di controllo concreto "acerbo", intendendo così che esso abbia già i semi di una maggiore connotazione concreta, destinata ad emergere via via con la "maturazione" del sistema di controllo successivo, che sia accompagnata, come auspicato da più parti, da una revisione di alcune caratteristiche del controllo *à la française* che ne fanno perdurare l'eccezionalismo: la composizione del *Conseil* (e la stessa denominazione di *Conseil*), l'organizzazione della cancelleria, la forma delle decisioni.

Queste evoluzioni, che segnerebbero finalmente il compimento del lungo processo di trasformazione del Consiglio costituzionale francese in organo giurisdizionale di garanzia della Costituzione e dei diritti e delle libertà in essa iscritti, potrebbero consentire al giudizio incidentale di mettere realmente a frutto le sue potenzialità, in un giudizio che si impregni di concretezza nel suo svolgimento, per essere riportato poi nel piano dell'astrattezza nel momento decisionale, con un'astrattezza che sarà così sintomo di generalità nell'applicazione della decisione, e non di avulsione dal contesto applicativo della norma.

In questo processo, l'ordinamento francese ha sicuramente ancora tanti insegnamenti da trarre dall'esperienza italiana, che già ha costituito ripetutamente un modello di riferimento per la giustizia costituzionale francese. Anche la Corte costituzionale, tuttavia, nel momento in cui attraversa una crisi della sua funzione di garante dei diritti, ha rinnovate ragioni per guardare con interesse allo sviluppo della giovane questione incidentale d'Oltralpe, che sembra aver rafforzato, anche da un punto di vista mediatico, l'immagine del giudizio costituzionale quale sede di tutela dei diritti e delle libertà.

---

<sup>111</sup> Così M. FATIN ROUGE-STEFANINI, *La singularité du contrôle exercé a posteriori*, cit., riferendosi al tipo di controllo svolto dalla Corte costituzionale italiana nei c.d. giudizi di ragionevolezza, dove l'aspetto concreto del modello italiano emerge con più evidenza.

<sup>112</sup> M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique. Pratiques jurisprudentielles*, Paris, Lamy, 2011, p. 107.