

Il problema della garanzia della costituzione in Francia dopo la rivoluzione. Dal Senato conservatore al Comitato costituzionale *

di Francesca Rosa**
(30 ottobre 2012)

Sommario: 1. Premessa. 2. Il giuri costituzionale di Sieyès (1795). 3. Il Senato conservatore (1799). 4. Le costituzioni del periodo liberale (1814, 1830, 1848). 4.1. Premessa. 4.2. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle ordinanze regie. 4.3. Il quasi controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi. 5. Il Senato del secondo impero (1852). 6. La III Repubblica (1875). 6.1. Premessa. 6.2. Il dibattito teorico. 6.3. Il dibattito politico. 7. Il Comitato costituzionale (1946).

1. Premessa

Nel 1958 la dottrina giuspubblicistica (francese e non) ha accolto l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi come una rivoluzione nell'ambito di un ordinamento tradizionalmente caratterizzato dall'assenza di garanzie *giurisdizionali* della costituzione avverso l'azione del legislatore. Tale assenza derivava dal combinarsi di tre fattori: storico, ideologico e pratico. Storico, a causa di un'avversione nei confronti del potere giurisdizionale causata dalla diffidenza verso i *parlements* che amministravano la giustizia delegata dal Sovrano durante l'*ancien régime*. Ideologico, in forza del *légitimisme* di matrice rivoluzionaria, che vedeva nella legge del Parlamento il prodotto della ragione (Montesquieu) e della volontà generale (Rousseau) e, di conseguenza, considerava l'Assemblea rappresentativa preminente rispetto agli altri organi dello Stato. In questa prospettiva il principio della separazione dei poteri vietava ogni ingerenza del potere giurisdizionale nella sfera di quello legislativo, in particolare rispetto alla legge. Pratico, per l'esigenza di garantire i cittadini contro gli abusi del potere esecutivo (tramite il Consiglio di Stato) e del potere giurisdizionale (tramite la Corte di Cassazione), che lasciava senza tutela l'azione illegittima del potere legislativo¹.

A qualche decennio di distanza dall'entrata in vigore della costituzione della V Repubblica è emersa in dottrina un'opinione che relativizza tale conclusione, affermando che nella storia francese il potere legislativo non è stato del tutto privo di limiti e che la legge è stata considerata passibile di controllo². Se in questa diversa prospettiva allarghiamo lo sguardo alle garanzie *non giurisdizionali* della costituzione, constatiamo che il problema del rispetto

* Saggio sottoposto a *referee*. In corso di pubblicazione presso l'editore ESI di Napoli nel volume di F. Bonini, R. Orrù, A. Ciammariconi (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, che raccoglie gli atti dell'Atelier 4 luglio – G.G. Florida tenutosi il 5 luglio 2010 presso l'Università di Teramo.

¹Per tale ricostruzione v. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968, pp. 83-86. Sul punto v. anche S. GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo di costituzionalità. Il caso francese. Parte prima: profili storico-dogmatici*, Torino 1988, pp. 13-31.

²Cfr. L. FAVOREU, *La loi*, in AA. VV., *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris 1990, pp. 79 ss., in particolare 88-94 e D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^a, Paris 2010, p. 12. Criticamente G. VEDEL, *Rapport de synthèse*, in AA. VV., *La continuité constitutionnelle*, cit., p. 177. Ragiona di garanzie non giurisdizionali anche D. ROUSSEAU, *La garantie de la Constitution*, in J.P. CLÉMENT, L. JAUME e M. VERPEAUX (sous la direction de), *Liberté, libéraux et constitutions*, Paris 1997, pp. 97 ss.

della costituzione da parte dei pubblici poteri, ivi compreso quello legislativo, ricorre dal 1789 in avanti in avanti³. Tanto è vero che secondo alcuni sarebbe possibile agganciare la creazione del Consiglio costituzionale (e le più recenti modifiche dei suoi poteri) a questo retroterra⁴. Forse nel tracciare un filo diretto tra soluzioni giuridiche maturate in epoche distanti e fra loro profondamente dissimili si corre il rischio di proiettare nel passato istituti che sono “figli” della contemporaneità. Questa prudenza, tuttavia, non esclude la possibilità di esaminare le forme assunte, all'indomani della rivoluzione, dall'esigenza di difendere la costituzione, e neanche quella di rilevare che, se esiste una linea di continuità fra quelle esperienze, essa riguarda l'inserimento di tale garanzia nella dinamica dei rapporti tra poteri⁵.

2. Il giurì costituzionale di Sieyès (1795)

Un punto di partenza imprescindibile nell'analisi è costituito dalla proposta formulata da Sieyès durante i lavori preparatori della costituzione dell'anno III, che sarebbe stata un modello sia per il Senato conservatore (1799), sia per il Senato del Secondo impero (1852). Sieyès prospettò l'istituzione di un *jury constitutionnaire* (giurì costituzionale) di 108 membri eletti a scrutinio segreto dalla Convenzione fra i componenti delle Assemblee dei regimi precedenti (costituente, legislativa e Convenzione) e rinnovati di 1/3 ogni anno attraverso il sistema della cooptazione fra i membri dell'Assemblea dei 500 e della Assemblea degli Anziani giunti al termine del mandato⁶.

L'organo era chiamato a: a) imporre il rispetto della costituzione da parte dei pubblici poteri attraverso il controllo sugli atti dei due Consigli, delle Assemblee primarie e di quelle elettorali; l'istanza era riservata alle minoranze interne a tali corpi, alla Corte di Cassazione e ai cittadini. Le sanzioni possibili erano la nullità dell'atto impugnato e il rinvio a giudizio per i pubblici funzionari nel caso in cui fosse entrata in gioco la loro responsabilità penale; b) promuovere periodicamente (ogni 10 anni) miglioramenti alla carta costituzionale; c) pronunciarsi secondo le regole dell'equità naturale (*équité naturelle*), su istanza dei tribunali, in presenza di lacune normative che

³ È stato osservato che «tra la fine del XVIII e il corso del XIX secolo il problema della garanzia della costituzione non è identificato con quello del controllo delle leggi realizzato in forma giudiziaria. Difendere la costituzione è un concetto ben più esteso e vago e può essere raffigurato solo in parte con l'immagine del 'custode della costituzione'. Un dato però deve essere evidenziato, e cioè che una stessa logica accomuna una congerie – difficilmente riconducibile ad unitarietà – di proposte e soluzioni: è la logica [...] politico-giurisdizionale la quale, non potendo affermarsi sotto forma di *judicial review*, è fatta interagire prevalentemente con la dinamica costituzionale dei poteri». Così L. LACCHÈ, *La garanzia della costituzione. Riflessioni sul caso francese*, in A.G. MANCA e L. LACCHÈ (a cura di), *Parlamento e costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, Bologna 2003, pp. 49 ss., per la citazione v. p. 78.

⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3^a ed., Paris 2011, p. 131.

⁵ Secondo J. RIVERO, La peculiarità della storia costituzionale francese non sarebbe l'assenza di una tutela giurisdizionale o politica della costituzione, ma l'obiettivo con il quale tale garanzia è stata realizzata: non la difesa dei cittadini a fronte dell'azione dei pubblici poteri, ma la limitazione dell'autonomia del Parlamento, v. *Fin d'un absolutisme*, in *Pouvoirs*, 1980, 3, p. 8

⁶ La *ratio* di tale composizione risiede nella convinzione che i componenti ideali di un collegio incaricato di garantire il rispetto della costituzione e di migliorarne il dettato normativo fossero gli uomini che avevano operato all'interno delle istituzioni.

avessero impedito ai giudici di risolvere una controversia sulla base del diritto positivo⁷.

Il progetto fu osteggiato e respinto all'unanimità sulla base di diverse argomentazioni. Molti rifiutavano la giurisdizione "naturale"; altri sostenevano che il giuri avrebbe assunto una posizione di intollerabile supremazia nei confronti del legislatore; altri ancora ritenevano che istituire un "guardiano" dei pubblici poteri avrebbe significato creare fra essi una gerarchia, laddove ogni organo era chiamato ad essere il garante di se stesso nel rispetto della costituzione e l'*extrema ratio* di fronte agli abusi di potere era il diritto di resistenza, quale naturale conseguenza degli altri diritti dell'uomo (art. 33 della costituzione del 1793)⁸.

La Convenzione trovò nell'intervento di Thibaudeau le ragioni della propria deliberazione. L'oratore oppose due metodi per raggiungere l'obiettivo della separazione fra i poteri – quello della regola e quello della bilancia – e dichiarò l'inutilità del primo laddove si fosse optato per il secondo, poiché il miglior modo per dividere ed equilibrare i poteri era quello di prevedere dei contrappesi. Si confrontarono così nel dibattito le due principali tradizioni del costituzionalismo francese: il liberalismo politico-istituzionale, che mirava all'istituzione di garanzie giurisdizionali volte a tutelare i diritti individuali dei cittadini dall'azione dei pubblici poteri, e il costituzionalismo repubblicano, in base al quale ogni potere garantiva il rispetto della costituzione svolgendo le funzioni di cui era titolare⁹.

Considerare Sieyès un antesignano di Kelsen e paragonare il giuri a un tribunale costituzionale chiamato a esercitare un sindacato di costituzionalità delle leggi è improprio e forse poco utile¹⁰. Nondimeno, i dibattiti del 2 e del 18

⁷Sulle funzioni del giuri e sui numerosi problemi interpretativi sollevati dalla proposta dell'abate v. J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990, pp. 39 ss.; MARCO FIORAVANTI, *Sindacato di costituzionalità delle leggi e rivoluzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, in *Le Carte e la Storia*, 2005, 1, 175 ss.; M. GOLDONI, *La natura del giuri costituzionale di Sieyès*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2010, 2, pp. 291 ss.

⁸Sul dibattito v. M. BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957, pp. 59-63; L. LACCHÈ, *op. cit.*, pp. 80-89, G. DRAGO, *op. cit.*, pp. 137-138 e, in questo volume, l'intervento di MARCO FIORAVANTI.

⁹In merito v. P. PASQUINO, *L'invention de la constitution en France*, Paris 1998, pp. 94 ss. M. BARBERIS evidenzia che nel dibattito si confrontano due diverse concezioni della separazione dei poteri: il sistema dell'equilibrio (o dei contrappesi) e quello del concorso (o dell'unità organizzata), caratterizzati – rispettivamente – dal principio dell'equilibrio tra i poteri e da quello della divisione del lavoro (*Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bologna 1988, pp. 119-127). Sul secondo v. M. FIORAVANTI, *Un'eredità delle rivoluzioni: il 'modello costituzionale' radicale*, in *Id.*, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari 2009, pp. 70 ss.

¹⁰ Per tale parallelismo v. P. PASQUINO, *op. cit.*, pp. 12-13 e P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Paris 1970. Critico nei confronti di questa ricostruzione è M. TROPER, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795*, Paris 2006, pp. 197 ss. e *Id.*, *Sieyès et la hiérarchie des normes*, in P.Y. QUIVIGER, V. DENIS e J. SALEM (sous la direction de), *Figures de Sieyès*, Paris 2008, pp. 25 ss. L'Autore ritiene che la composizione del collegio e i compiti cui è chiamato il giuri siano assimilabili non a quelli di un giudice dell'operato del legislatore, ma a quelli di un co-legislatore. Inoltre egli rileva che in Sieyès la costituzione non sia ancora concepita come una norma giuridica obbligatoria, ma come un meccanismo, un sistema di organizzazione dei poteri. Ne consegue che non era all'epoca configurabile un rapporto gerarchico tra costituzione e legge come noi lo intendiamo oggi. Similmente, ad opinione di L. LACCHÈ negli anni della rivoluzione compare un «multiforme terzo potere, protettore, conservatore, di sorveglianza, di censura, di riforma. In questo

termidoro anticipano alcuni dei problemi teorici connessi alla nascita della giustizia costituzionale. Il «macchinoso» progetto dell'abate è l'emblema di una rivoluzione che cerca di «fare i conti con sé stessa», tentando di riscoprire la propria «vocazione costituzionale»¹¹. Il giurì costituisce la chiave di volta del sistema istituzionale, perché, da una parte, presuppone che i poteri costituiti trovino nella costituzione un limite sanzionabile, dall'altro, istituzionalizza il potere costituente, trasformandolo in un potere di interpretazione e di revisione, in un principio permanente della dinamica costituzionale¹².

3. Il Senato conservatore (1799)

Il progetto di Sieyès fu ripreso con alcune significative modificazioni dalla costituzione dell'anno VIII (1799)¹³, che prevedeva l'istituzione del Senato conservatore chiamato a mantenere o ad annullare tutti gli atti che gli erano deferiti come incostituzionali dal Tribunato o dal Governo. La costituzione disegnava il controllo sulle leggi, ma l'indeterminatezza dell'art. 21, che faceva genericamente riferimento ad atti senza qualificarne la natura, apriva le porte anche al controllo sugli atti adottati dal Governo, trovando una sponda nell'art. 72 cost., ove era sancita la responsabilità dei Ministri per gli atti firmati e dichiarati incostituzionali¹⁴.

Per quanto concerne il controllo sulle leggi (o meglio sulle deliberazioni legislative), la costituzione contemplava due assemblee legislative: il Tribunato – composto di 100 membri e rinnovato per 1/5 ogni anno – e il Corpo legislativo – composto da 300 membri e rinnovato per 1/5 ogni anno –. Il procedimento legislativo era organizzato secondo la struttura del processo¹⁵. Le proposte di legge erano presentate dal Governo dopo essere state elaborate dal Consiglio di Stato. Il Tribunato discuteva i progetti e ne votava l'adozione o il rigetto. Il Corpo legislativo decideva deliberando a scrutinio segreto, senza dibattere, dopo aver ascoltato tre membri del Tribunato e tre membri del Consiglio di Stato, questi ultimi in rappresentanza del Governo. Il Senato si inseriva nella

ambito appare però assolutamente fuorviante assumere la categoria moderna della giustizia costituzionale come spazio di riflessione del decennio rivoluzionario. Si rischierebbe infatti di assegnare a quei progetti ... uno statuto che essi non possiedono se non per dettagli ed elementi, spesso confusi tra loro. Semmai questo dibattito interessa proprio perché mostra la difficoltà di passare dai riferimenti ideali della libertà degli antichi in travesti alla dialettica liberal-repubblicana dei moderni. In particolare non bisogna confondere ... il problema dell'attivazione di un potere giudiziario di sindacato costituzionale con il richiamo allusivo a una più vaga e polimorfica logica giudiziaria in grado di offrire un mero modulo organizzativo» (*op. cit.*, pp. 79-80).

11M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999, p. 117. Nello stesso senso anche R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente*, Bologna, p. 282, che accusa l'abate di «gigantismo propositivo».

12 Ad opinione di L. SCUCCIMARRA, la proposta istituzionalizza lo scarto che separa il potere costituente dai poteri costituiti, cfr. *La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, Bologna 2002, pp. 155-156.

13Sulle modifiche volute da Napoleone v. J.L. HALPERIN, *Sénat*, in J. TULARD (sous la direction de), *Dictionnaire Napoléon*, Paris 1999, vol. I-Z, pp. 756 ss.

14Ai sensi del quale i ministri erano responsabili: 1) di ogni atto di Governo firmato da essi e dichiarato incostituzionale dal Senato; 2) della mancata esecuzione delle leggi e dei regolamenti di amministrazione pubblica; 3) degli ordini particolari che essi avevano dato, se questi ordini erano contrari alla costituzione, alle leggi e ai regolamenti.

15Il parallelismo con il processo è di P. DUEZ, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question*, in AA.VV., *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris 1929, pp. 218-219.

logica processuale anzidetta giocando il ruolo di una Corte di Cassazione, visto che entro dieci giorni dalla deliberazione le due “parti” (Tribunato e Governo) avevano la possibilità di impugnare di fronte ad esso la deliberazione del Corpo legislativo che reputavano incostituzionale (art. 28)¹⁶. In virtù di tale attribuzione il Senato dell’anno VIII è stato considerato l’emblema di una tendenza alla desacralizzazione della legge, conseguente al rafforzamento dell’esecutivo rispetto al potere legislativo¹⁷.

In linea teorica il Senato era chiamato a “conservare” la carta in qualità di garante della costituzionalità degli atti di (tutti) i pubblici poteri. Nei fatti, però, fu “accondiscendente” nei confronti di Napoleone Bonaparte e costituì una leva significativa per consolidare i poteri del Primo Console e gli interessi dell’esecutivo, soprattutto attraverso l’approvazione dei senato-consulti di iniziativa del Governo¹⁸. Per tale ragione il collegio vide ampliati i propri poteri in misura direttamente proporzionale al mancato esercizio degli stessi: i senato-consulti organici dell’anno X (4 agosto 1802) e XII (18 maggio 1804) – che hanno rispettivamente disciplinato il Consolato a vita e istituito l’Impero – integravano le norme costituzionali relative all’organizzazione, al funzionamento e alle attribuzioni del Senato, che veniva assoggettato ancor di più al condizionamento di Napoleone¹⁹.

La costituzione dell’anno X, in particolare, distingueva tra Senato-consulti ordinari e organici. Con i primi, approvati dal Senato a maggioranza semplice, era possibile, *inter alia*, annullare le sentenze dei tribunali che costituivano attentato alla sicurezza dello Stato, sciogliere il Corpo legislativo e il Tribunato e nominare i Consoli (art. 55). Con i secondi, approvati dal Senato a maggioranza dei 2/3, quest’ultimo poteva regolare la costituzione delle colonie, disciplinare tutto ciò che non era stato previsto dalla costituzione, e che era necessario al suo funzionamento e, infine, chiarire il significativo normativo delle previsioni costituzionali che davano luogo a interpretazioni contrastanti (art. 54)²⁰.

16In base all’art. 37 ogni decreto del Corpo legislativo, il decimo giorno dopo la sua emissione, era promulgato dal Primo console, a meno che, in questo arco di tempo, non fosse stato presentato il ricorso al Senato per incostituzionalità. Il controllo si svolgeva prima della promulgazione della legge, tanto che lo stesso DUEZ inserisce questa esperienza fra quelle di controllo *a priori* (v. *supra* il riferimento indicato alla nota precedente).

17M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 11^a ed., Paris 2011, p. 145. l’Autore abbozza anche un parallelismo con quanto prevede la costituzione del 1958 nel rapporto tra potere esecutivo e legislativo.

18Il primo senato-consulato fu adottato il 5 gennaio 1801 in seguito a un attentato alla vita di Napoleone. Il Primo Console colse l’occasione per espellere dal Paese centotrenta giacobini che, sebbene non coinvolti nell’accaduto, erano “sgraditi” al titolare del potere esecutivo. Interrogato da Napoleone sulla procedura da seguire per adottare tale provvedimento, il Consiglio di Stato rispose che non era consigliabile approvare una legge ma preferibile adottare un senato-consulato. Il Governo domandò al Senato di sancire la costituzionalità del provvedimento e il giorno successivo il Senato dichiarò l’atto una misura *conservatrice* della costituzione. Il Governo aveva così trovato un efficace strumento per eludere il procedimento legislativo, da un lato, e l’eventuale opposizione del Tribunato e del Corpo legislativo, dall’altro.

19Sul punto v. J. BARTHÉLEMY e P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1933, p. 205 e J.L. HALPERIN, *op. cit.*, p. 757.

20 In merito v. B. CHANTEBOUT, *Sénatus-consulte*, in J. TULARD, *op. cit.*, pp. 761 ss.

La costituzione dell'anno XII istituiva all'interno del Senato due commissioni per proteggere la libertà di stampa (art. 64) e le libertà individuali (art. 60). Entrambe si rivelarono inefficaci: la prima – incompetente in materia di stampa periodica – ha finito col decidere solo otto ricorsi; la seconda ha accolto solo 44 dei 585 ricorsi esaminati.

La disciplina della composizione dell'organo e della *saisine* spiegano l'impossibilità per il Senato di esercitare i propri poteri autonomamente da Bonaparte. L'indipendenza del collegio era pregiudicata, sia dall'influenza che Napoleone esercitava sulla sua composizione, sia dal venir meno della ineleggibilità dei suoi membri ad altre pubbliche funzioni (art. 64, cost. anno X)²¹. Per quanto concerne il diritto di accesso, invece, rileva che al Senato potevano ricorrere il Tribunato (progressivamente ma inesorabilmente controllato da Napoleone fino alla sua abrogazione nel 1807), il Governo e i senatori stessi (art. 70). A ciò si aggiunga che, a partire dal 1804, le leggi ritenute incostituzionali dal Senato erano deferite all'Imperatore, il quale decideva in ultima istanza sulla loro promulgazione (artt. 71-72).

Il quadro delineato inserisce il Senato conservatore tra le esperienze di controllo politico della costituzione e i suoi esiti possono dirsi coerenti con la conclusione di Zagrebelsky, secondo il quale gli organi politicamente impegnati che sono coinvolti nella difesa della costituzione garantiscono la costituzione intesa come situazione costituzionale concreta (regime politico o costituzione materiale)²². In tale prospettiva non stupisce né che il Senato si sia piegato all'evoluzione autoritaria del regime, né che abbia finito con il tradire l'Imperatore al momento del suo declino, designando un governo provvisorio guidato da Talleyrand (1 aprile 1814) e votando, nei giorni successivi, la caduta di Napoleone a causa della violazione del patto costituzionale. In questo frangente il Senato cercò di preservare le proprie prerogative con l'approvazione di una costituzione che contemplava il mantenimento del collegio. Il documento fu però accantonato in seguito alla dichiarazione di Saint Ouen pronunciata il 3 maggio 1814 da Luigi XVIII.

4. Le costituzioni del periodo liberale (1814, 1830, 1848)

4.1. Premessa

Durante il periodo napoleonico (1799-1814) la produzione normativa degli organi costituzionali aveva sollevato due ordini di problemi. Da una parte era emersa una generale difficoltà nel distinguere gli atti normativi del potere legislativo da quelli del potere esecutivo. Tecnicamente la costituzione del 1799, attribuendo al regolamento il potere di dare esecuzione alla legge,

21v. J. BARTHÉLEMY e P. DUEZ, *op. cit.*, p. 204.

22In questa ottica il Senato della costituzione dell'anno VIII è chiamato a difendere la costituzione liberal-censitaria contro le opposte minacce dell'ala radical-rivoluzionaria e delle forze autoritarie che sarebbero risultate vittoriose con l'ascesa al potere di Napoleone I (G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2ª ed., Bologna 1988, p. 13). Considerano il controllo svolto dal Senato conservatore un controllo di tipo politico anche M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 82; M. CALAMO SPECCHIA, *La costituzione garantita. Dalla sovranità alla ragionevolezza: Itinerari francesi*, Torino 2000, pp. 117-121. Parla invece di un controllo spurio L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, 2ª ed., Giappichelli 2007, p. 15.

differenziava la potestà regolamentare da quella legislativa²³, nei fatti però la produzione normativa del Governo (che prendeva variamente forma attraverso l'adozione di senato-consulti, decreti e ordinanze) si estendeva a così largo raggio da invadere l'area di competenza della legge e, spesso, non presentava caratteristiche sostanziali dissimili da quella. In altri termini gli atti normativi dei due poteri erano distinguibili sulla base del *nomen iuris*, ma non in forza di altre caratteristiche sostanziali. D'altra parte, il potere giurisdizionale aveva finito con l'interrogarsi sulla possibilità di disapplicare gli atti normativi del Governo contrari alla legge o alla costituzione. All'epoca la distinzione tra costituzionalità e legittimità degli atti normativi non era ancora chiara, ed entrambe le categorie erano facilmente assorbite nell'endiadi costituzionale/incostituzionale, entro la quale si collocava anche la valutazione del rispetto della legge da parte del potere esecutivo²⁴.

Il giudizio di costituzionalità chiamava in causa l'intervento del Senato conservatore. Nel 1802 la Corte di Cassazione – capovolgendo le determinazioni dei giudici di primo e di secondo grado che avevano disapplicato un *arrêté consulaire* perché incostituzionale – aveva affermato il dovere dei tribunali di applicare gli atti normativi dell'esecutivo, anche quando viziati da incostituzionalità, poiché la costituzione riconosceva al Senato in via esclusiva il potere di impedirne l'entrata in vigore²⁵. Nondimeno, poiché l'asservimento del Senato conservatore al potere esecutivo aveva neutralizzato il controllo di costituzionalità ad esso attribuito, può concludersi che nel periodo napoleonico l'esercizio del potere normativo di Governo e Parlamento non era soggetto ad alcun sindacato.

Le carte costituzionali della restaurazione non affrontarono il problema della garanzia della costituzione avverso l'azione del legislatore, ma iniziarono a delineare una più compiuta distinzione tra atti normativi di Parlamento e Governo. Nella prima metà del XIX secolo, l'autorità giurisdizionale non fu del tutto refrattaria a controllare la conformità alla legge e alla costituzione degli atti normativi del potere esecutivo. Al contempo di fronte al giudice emerse anche il problema del controllo di costituzionalità delle leggi del Parlamento. Le sorti di tale controllo giurisdizionale sono rimaste legate a quelle del regime politico entro il quale si era sviluppata l'azione dei giudici comuni. In particolare, tra gli anni '20 del XIX secolo e la fine della monarchia di luglio, la possibilità di eccepire l'incostituzionalità degli atti normativi dell'esecutivo di fronte ai tribunali fu alimentata dal clima della restaurazione, mentre l'avvento della repubblica, e soprattutto del secondo impero, ne ridimensionarono fortemente la portata²⁶.

23Ai sensi dell'art. 44 il Governo proponeva le leggi e faceva i regolamenti necessari per assicurare la loro esecuzione.

24In merito v. ampiamente MARCO FIORAVANTI, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale*, Milano 2009, pp. 62-63.

25V. MARCO FIORAVANTI, *Le potestà normative del Governo*, cit., pp. 66-67.

26Per l'esame della giurisprudenza v. C. DURAND, *Les décrets-lois napoléoniens devant la jurisprudence de la Restauration*, in AA.VV., *Etudes offertes à Jean Macqueron*, Aix en Provence 1970, pp. 269 ss.; J.L. MESTRE, *La Cour de Cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques*, in AA.VV., *La Cour de Cassation et la Constitution de la République. Actes du Colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Aix en Provence 1995, pp. 35-67; J.L. MESTRE, *L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851* in F. BURDEAU (textes réunis par), *Administration et droit*, Paris 1996, pp. 123-133; G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-*

4.2. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle ordinanze regie

La carta del 1814 distingueva tra potere legislativo del Parlamento e potere regolamentare del Governo. L'art. 15 prevedeva che il potere legislativo fosse esercitato collettivamente dal Re, dalla Camera dei pari e dalla Camera dei deputati dei dipartimenti, mentre l'art. 14 attribuiva al Re il potere di adottare i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi e la sicurezza dello Stato. Si noti, tuttavia, che il dettato normativo non individuava i presupposti per l'adozione dei due tipi di atti né la loro differente natura. Alla confusione contribuiva il fatto che con il termine "ordinanza" si qualificavano sia gli atti normativi volti ad attuare la legge, sia quelli diretti ad assicurare la sicurezza dello Stato²⁷.

Attraverso una lettura estensiva dell'art. 14 della carta, il Sovrano ampliò i propri poteri normativi. Tale sviluppo fu oggetto di letture contrastanti, animate dalla natura compromissoria di una carta, "sospesa" tra il principio legittimista-monarchico e quello rappresentativo. Gli esponenti del pensiero liberale, nell'affermare la distinzione tra legge e regolamento, e nel tentativo di distinguere regolamenti e ordinanze, sostenevano che in entrambi i casi gli atti dell'esecutivo dovevano rispettare la carta e la volontà legislativa del Parlamento, con la conseguenza che in caso di contrasto non erano obbligatori e i giudici potevano disapplicarli. Gli atti normativi del Governo "con forza di legge", invece, erano considerati di carattere eccezionale ed erano legittimi solo in caso di crisi e di emergenza, ma dopo l'adozione dovevano essere presentati alle Camere per la convalida. Viceversa, i sostenitori della dottrina *royaliste* ritenevano che la carta fosse un'ordinanza regia assimilabile a tutte le altre e, in quanto tale, derogabile e modificabile dal sovrano. Questi ultimi valorizzavano i poteri che la carta attribuiva al Sovrano – esecutivo, legislativo, dirigente e conservatore – fra i quali l'ultimo mirava a preservare il Paese da altre rivoluzioni e legittimava l'adozione di ordinanze derogatorie del dettato costituzionale²⁸.

Questo dibattito ebbe un riflesso nell'attività della giurisdizione ordinaria. Alla luce dell'art. 14 della carta, i giudici si domandarono come risolvere il caso in cui una delle parti nel processo avesse invocato l'invalidità di un'ordinanza regia adottata in violazione del dettato costituzionale o della legge. La Corte di Cassazione esclude la possibilità di disapplicare gli atti normativi del potere esecutivo, ma una non trascurabile giurisprudenza delle corti inferiori si mosse in senso contrario, sindacando il rispetto della costituzione e della legge da parte delle ordinanze regie e, eventualmente, disapplicando quelle con esse in contrasto.

Le ordinanze del 25 luglio 1830 segnarono l'acme del conflitto tra potere esecutivo e magistratura²⁹: radicate nell'art. 14 della carta, furono considerate

1872, Paris, 1999, pp. 201 ss.

²⁷Nonostante l'assenza di una disciplina *ad hoc*, negli ordinamenti costituzionali ottocenteschi la dottrina riteneva che il Re avesse la possibilità di adottare atti normativi di rango legislativo (o primario) per far fronte alle situazioni di emergenza e necessità.

²⁸Sulla contrapposizione tra liberali e *royalistes* v. L. LACCHÉ, *op. cit.*, pp. 51-57 e MARCO FIORAVANTI, *Le potestà normative del Governo*, cit., pp. 84 ss.

²⁹La prima limitava la libertà di stampa, la seconda scioglieva l'Assemblea rappresentativa, la terza stabiliva nuove regole di elezione per la Camera dei deputati e la quarta

atti autoritari, non necessari e contrari alla costituzione. Per tale ragione trovarono un'opposizione non solo nell'opinione pubblica, ma anche nell'autorità giudiziaria. Il Tribunale del commercio di Parigi, in una storica sentenza del 28 luglio 1830 riguardante l'applicazione dell'ordinanza che vietava la pubblicazione dei quotidiani in assenza di un'autorizzazione governativa, affermò che un'ordinanza regia contraria alla carta costituzionale non era obbligatoria per i cittadini.

La rivoluzione del 1830 aprì le porte alla Monarchia di luglio e a una nuova carta costituzionale, che intendeva imporre al potere esecutivo il rispetto della legge e della costituzione e a quello legislativo il rispetto della costituzione. Da un lato, l'art. 14 prevedeva che il potere legislativo fosse esercitato collettivamente dal Re, dalla Camera dei Pari e dalla Camera dei deputati; dall'altro, in base all'art. 13, il Re faceva i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi senza poter mai né sospenderle, né dispensare alcuno dalla loro esecuzione. In aggiunta, l'art. 70 prevedeva che «*Toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, sont dès à présent et demeurent annulées et abrogées*».

In questo rinnovato contesto istituzionale iniziava a delinearsi una compiuta idea della gerarchia tra le fonti, che arrivava a distinguere le leggi costituzionali da quelle ordinarie³⁰ e le leggi ordinarie dai regolamenti. Meno chiara continuava ad essere la linea di confine tra potere normativo primario e secondario del Governo e del ruolo cui erano chiamate le Camere in relazione ad esso. Sul versante dell'attività giurisdizionale la magistratura ordinaria – sia per i crediti acquisiti sul finire del regno di Carlo X, sia per le più puntuali previsioni della carta – continuava a controllare la costituzionalità delle ordinanze regie, privando di forza obbligatoria quelli giudicati contrari alle norme e ai principi costituzionali. Dopo il 1830 anche la Corte di Cassazione giunse alla conclusione che gli atti normativi del Governo potevano essere disapplicati se contrari alla costituzione³¹. Come ha sottolineato Mestre, questa giurisprudenza, sostenuta da una parte della dottrina³², mostra che «*les juridictions judiciaires estimaient avoir le droit, et même le devoir, de sanctionner les violations des dispositions et des principes constitutionnels, elle*

convocava i collegi d'*arrondissement*, quelli di dipartimento e, infine, la Camera dei deputati.

30 Secondo J. BARTHÉLEMY la distinzione tra leggi ordinarie e costituzionali costituisce una delle principali acquisizioni della monarchia di luglio, che nasce dalla volontà di contrastare e limitare gli abusi perpetrati nell'esercizio dei poteri normativi del Governo e del Parlamento (*La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de juillet*, in *Rev. du droit public et de la science politique*, 1909, 1, pp. 6 ss, in particolare 19-25).

31 J.L. MESTRE, *La Cour de Cassation et le contrôle de la constitutionnalité*, cit., pp. 39-47 e G. BIGOT, *op. cit.*, pp. 202-216.

32 E.V. FOUCART sosteneva che in assenza di una disapplicazione (effetto diverso dall'annullamento, che avrebbe avuto esiti più dirompenti sul principio della separazione dei poteri in termini di invasione delle competenze dell'esecutivo) vi sarebbe stata una vanificazione della carta costituzionale e dei diritti dei cittadini da essa riconosciuti (*Éléments de droit public et administratif*, 2^a ed., Paris 1839, pp. 93-95 e 626-627).

pensaient que cette sanction rentrait dans le cadre général du contrôle de légalité des actes de nature réglementaire»³³.

4.3. Il quasi controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi³⁴

In concomitanza con l'entrata in vigore delle carte costituzionali liberali è emerso di fronte ai giudici anche il tema dell'ammissibilità di un controllo giurisdizionale sulla conformità alla costituzione delle leggi del Parlamento. Le conclusioni alle quali è giunta la giurisprudenza sono controverse, poiché un certo (anche se assai moderato) attivismo della giurisdizione ordinaria si è scontrato con una decisa cautela della Corte di Cassazione. Nell'ordinamento francese, peraltro, il frequente avvicinarsi di carte costituzionali, rende opportuno esaminare distintamente la giurisprudenza relativa alle leggi *precedenti* alle carte in vigore da quella riguardante le leggi *successive*³⁵.

Relativamente al rapporto tra costituzione e legislazione precedente, Mestre evidenzia che la Corte di Cassazione ha cercato di garantire lo *status quo* giuridico-politico e di mitigare l'interpretazione liberale delle carte del 1814 e del 1830, chiamando in causa – a seconda dei casi – o un'interpretazione adeguatrice della legge alla carta o l'applicazione del criterio cronologico al rapporto tra le fonti (e dunque l'abrogazione della legge ad opera della carta). Un esempio evidente di tale tendenza è rintracciabile nelle decisioni della Corte di Cassazione che hanno applicato le disposizioni del codice penale relative alle *associations ou réunions illicites* alle riunioni di matrice religiosa, laddove l'art. 5 di entrambe le carte riconosceva e tutelava la libertà di culto³⁶.

L'attitudine della Corte di Cassazione di fronte al rapporto tra costituzione e leggi successive è stato meno lineare. Anche in questo caso all'attivismo delle corti inferiori ha fatto da contrappeso il freno della Corte di Cassazione. Nel 1833, la suprema Corte ha stabilito che la legge del Parlamento, deliberata e promulgata secondo le norme previste dalla costituzione, non poteva essere impugnata di fronte all'autorità giurisdizionale per violazione della carta. Così facendo la Corte ha aperto la porta al controllo sulla procedura di formazione degli atti legislativi e ha chiuso quella del controllo sul contenuto normativo³⁷.

Nondimeno, quasi vent'anni più tardi, dopo l'entrata in vigore della costituzione della seconda Repubblica (1848), la stessa Corte di Cassazione ha rivisto questo orientamento ed ha esaminato la conformità alla costituzione di due previsioni di legge successive all'entrata in vigore della carta affermandone

33Si vedano le sentenze citate da J.L. MESTRE in *La Cour de Cassation et le contrôle de la constitutionnalité*, cit., pp. 44-45 e Id., *Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire*, in *Rev. française de droit constitutionnel*, 1993, 15, pp. 451 ss., per la citazione v. p. 457.

34 L'espressione è di G. BIGOT, *op. cit.*, p. 217.

35Soprattutto alla luce di previsioni come l'art. 68 della carta del 1814, ai sensi della quale il Codice civile e le leggi esistenti, che non erano contrarie alla carta, restavano in vigore sino a che non fosse stabilita una deroga espressa.

36V. J.L. MESTRE, *La Cour de Cassation et le contrôle de la constitutionnalité*, cit., pp. 48-51, il quale mette in evidenza come la giurisprudenza delle corti inferiori e una parte della dottrina si erano schierate in senso opposto a quello della Corte di Cassazione.

37Sentenza della sezione penale dell'11 maggio 1833 resa in corrispondenza del caso Paulin.

la coerenza con il dettato costituzionale³⁸. Si tratta di due pronunce che, ad opinione di Mestre, non possono essere lette solo in chiave politica, come reazione della giurisdizione alle tensioni connesse alla nascita della II Repubblica, e di conseguenza volte a contenere gli eccessi radicali delle spinte rivoluzionarie, ma che sembrano piuttosto legate allo sviluppo di un orientamento giurisprudenziale favorevole al controllo di costituzionalità delle norme (anche legislative) che il giudice era chiamato ad applicare³⁹.

Negli stessi anni la dottrina si interrogava sul ruolo del giudice nella definizione del rapporto tra legge e costituzione. Il contrasto tra legge e costituzione apriva una "scelta tragica": "usurpare" il potere legislativo disapplicando il prodotto del suo esercizio oppure vanificare la portata normativa della carta e applicare una legge ad essa non conforme? Secondo alcuni le sentenze che applicavano la costituzione in luogo della legge in contrasto con essa non erano suscettibili di essere cassate⁴⁰. Altri temevano che ammettendo la disapplicazione della legge da parte del giudice comune quest'ultimo avrebbe imbracciato il potere costituente, soprattutto in presenza di carte costituzionali che non disciplinavano la propria revisione come quelle del 1814 e del 1830. Sarebbe stato invece auspicabile che tale potere – anche se non regolato – fosse stato esercitato dai rappresentanti del popolo seduti in Parlamento piuttosto che da un'autorità giudiziaria in grado di rappresentare solo se stessa⁴¹. Altri ancora ritenevano preferibile che il giudice non cercasse di individuare il confine – sempre difficile da definire – tra potere legislativo e costituente, poiché la legge era espressione della sovranità e in quanto tale doveva essere rispettata⁴².

38V. le sentenze del 15 marzo 1851 e del 17 novembre 1851 della sezione penale, rispettivamente relative ai casi Gauthier e Gent. I ricorrenti contestavano la costituzionalità dell'art. 8 della legge del 9 agosto 1849, che autorizzava – in caso di stato di assedio – il rinvio a giudizio dei civili di fronte ai consigli di guerra, in forza del principio del giudice naturale sancito dall'art. 4 della carta del 1848. La Cassazione dichiarò infondati i ricorsi, ritenendo che la legge attuasse l'art. 106 della costituzione in materia di stato di assedio. Entrambi i ricorsi richiamavano il celebre caso Geoffroy del 1832. Condannato a morte da un consiglio di guerra per ribellione a mano armata e istigazione della guerra civile, Geoffrey contestò la competenza del consiglio di guerra a giudicare i crimini commessi dai comuni cittadini, competenza fondata sull'art. 103 del decreto imperiale del 24 dicembre 1811 che si presumeva fosse stato abrogato dalla carta del 1830, la quale sanciva il principio del giudice naturale precostituito per legge e l'abolizione dei tribunali straordinari. La sezione penale della Corte di Cassazione condivise la linea difensiva dell'imputato e affermò che i consigli di guerra nel momento in cui giudicavano crimini commessi da civili si trasformavano in giudici straordinari (sentenza del 29 giugno 1832).

39J.L. MESTRE, *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de Cassation sous la II^{de} République*, in Aa.Vv., *Renouveau de droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris 2007, pp. 291 ss. In particolare l'Autore nota che la Corte avrebbe potuto farsi forte di quanto deciso nel caso Paulin e dichiarare la costituzionalità delle leggi in questione in relazione alla procedura di approvazione senza sindacarne in alcun modo il dettato normativo.

40V. F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la charte constitutionnelle*, Paris 1836, pp. 120-121.

41A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano 1999, p. 103.

42C.G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'Etat actuel de la science sociale et politique*, 3^a ed., Paris 1848, vol. II, p. 35 e sul problema del potere costituente pp. 16 ss.

A pochi giorni di distanza dalla chiusura dei casi Gauthier e Gent, il colpo di stato del 2 dicembre 1851 portò alla nascita del secondo impero e all'istituzione di un Senato chiamato a difendere il dettato costituzionale dagli "attacchi" dei pubblici poteri. Secondo una parte della dottrina tale scelta è spiegabile anche con la volontà di frenare l'attivismo giudiziario maturato nel corso della restaurazione, che aveva aperto la strada al controllo di costituzionalità degli atti normativi del potere esecutivo e aveva adombrato la possibilità di un controllo di costituzionalità delle leggi⁴³.

5. Il Senato del Secondo impero

La costituzione del 1852 ha reintrodotto un Senato garante del patto fondamentale, che per molti aspetti richiama il Senato conservatore del 1799. Anche in questo caso l'organo coniugava estesi poteri e una pronunciata dipendenza dal Capo dello Stato, Luigi Napoleone Bonaparte, con ovvie conseguenze sulla logica che ha finito per orientarne il funzionamento.

La composizione, fatta eccezione per i membri di diritto, era ad appannaggio del Capo dello Stato (art. 20), che dagli ordinari 80 poteva portare fino a 150 il numero dei componenti – così da mutare eventuali sfavorevoli equilibri interni – e che nominava il Presidente e il Vicepresidente del collegio (artt. 19 e 23). I senatori erano nominati a vita ed erano inamovibili (art. 21). La carica non era agganciata ad alcuna indennità, salva la possibilità per il Capo dello Stato di accordare una dotazione personale ad ogni componente (art. 22). Sempre il Capo dello Stato aveva la possibilità di prorogare le sessioni fissandone la durata (art. 24).

Sulla carta le attribuzioni del Senato erano particolarmente incisive: poteva opporsi alla promulgazione delle leggi, il che implicava lo scrutinio di ogni legge approvata⁴⁴, poteva annullare o mantenere tutti gli atti che fossero "impugnati" come incostituzionali dai cittadini o dal Governo⁴⁵ e poteva provvedere, in caso di scioglimento del Corpo legislativo, con misure di emergenza per tutto ciò che era necessario per il funzionamento del Governo (art. 33). Infine il Senato era titolare di un potere costituente, poiché determinava la costituzione delle colonie, integrava e interpretava il dettato costituzionale nei casi in cui la lettura del testo fosse controversa e formulava proposte per la sua revisione (artt. 27 e 31)⁴⁶. Tali attribuzioni erano esercitate attraverso l'adozione dei senato-consulti⁴⁷, che pure non intaccavano in nulla il

43Così J.L. MESTRE, *La Cour de Cassation et le contrôle de la constitutionnalité*, cit., p. 60.

44Ai sensi dell'art. 25 il Senato era il custode del patto fondamentale e delle libertà pubbliche e nessuna legge poteva essere promulgata prima di essergli stata sottoposta. L'art. 26 prevedeva che il Senato si opponesse alla promulgazione: 1) delle leggi che fossero contrarie o che attentassero alla costituzione, alla religione, alla morale, alla libertà dei culti, alla libertà individuale, all'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, all'invulnerabilità della proprietà e al principio dell'inamovibilità della magistratura; 2) di quelle che potessero compromettere la difesa del territorio.

45 Ai sensi dell'art. 29 il Senato era chiamato a mantenere o ad annullare tutti gli atti che gli erano deferiti come incostituzionali dal Governo o denunciati dai cittadini. La possibilità per i cittadini di adire direttamente l'organo costituisce una novità rispetto all'esperienza del Senato conservatore del 1799.

46Così MORABITO, *op. cit.*, p. 255.

47V. *supra* il par. 3.

potere del Capo dello Stato, chiamato a sanzionarli e a promulgarli (artt. 10 e 28).

Lo studio di Antoinette Asworth ha qualificato come ibrida la natura dello scrutinio esercitato dal Senato, in ragione della compresenza di alcuni tratti propri del controllo giurisdizionale (esistenza di una norma superiore che il legislatore era tenuto a rispettare e di un organo chiamato a sanzionarne l'eventuale violazione) e di quello politico (controllo esercitato da una assemblea di natura politica che ambiva a divenire una seconda camera impegnata nel procedimento legislativo)⁴⁸. Preme nondimeno rilevare che del controllo giurisdizionale difettava innanzitutto la terzietà dell'organo giudicante, come hanno mostrato sia gli esiti del controllo esercitato, sia l'evoluzione dell'organo nel quadro istituzione complessivo⁴⁹.

La stessa Autrice ha rilevato che il collegio ha esercitato i propri compiti, ma la sua azione è stata inefficace in ragione del pressoché inesistente ricorso alle dichiarazioni di incostituzionalità⁵⁰. Anche il Senato del secondo impero, dunque, non ha assunto il ruolo di garante della carta né ha controllato l'azione dei pubblici poteri, ma ha finito col collaborare con il Corpo legislativo nell'esercizio della funzione normativa ed è divenuto uno strumento di consolidamento del potere imperiale, tanto che nel 1870 è stato trasformato a tutti gli effetti in una Assemblea legislativa⁵¹.

In questo diverso contesto istituzionale, i giudici, con il favore della dottrina⁵², hanno continuato a controllare la costituzionalità degli atti regolamentari, giocando un ruolo di contrappeso nei confronti dei poteri di Napoleone III. Lo stesso non può dirsi per il controllo sugli con forza di legge del

48 *Le contrôle de constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire*, in *Rev. du droit public et de la science politique*, 1994, 1, pp. 45 ss. in particolare pp. 49-62.

49 Altri Autori considerano politica la natura del controllo svolto dal Senato del II impero, affiancandolo all'esperienza del 1799, così M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 82 e G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 13.

50 Nel corso della sua attività si registra un solo caso di opposizione alla promulgazione di una legge, peraltro di interesse locale.

51 Così l'art. 30 del senato-consulto del 21 maggio 1870. Si tratta di una evoluzione avviata dal senato-consulto del 14 marzo 1867, che permetteva al Senato di decidere – per ragioni di opportunità – che il Corpo legislativo si pronunciasse una seconda volta su una deliberazione legislativa, e perfezionata dal senato-consulto dell'8 settembre 1869, che consentiva al Senato di rifiutare la promulgazione per qualsiasi ragione. Così P. DUEZ, *op. cit.*, pp. 219-220.

52 D. SERRIGNY era favorevole al controllo giurisdizionale dei decreti del governo (mentre escludeva quello sulle leggi e sui decreti con forza di legge) anche all'indomani della costituzione del 1852, ritenendo che il possibile conflitto tra decisioni del Senato e dei giudici ordinari non potesse essere di significativa portata: sia in ragione della natura dei due scrutini, con effetti *erga omnes* il primo e con effetti *inter partes* il secondo, sia perché si sarebbe trattato di un conflitto non dissimile dalle ordinarie divergenze riscontrabili nel corso dell'attività giurisdizionale ordinaria. Da ultimo l'Autore chiamava in causa il par. 15 dell'art. 471 del codice penale, che riconosceva validi solo i regolamenti adottati da parte dell'autorità amministrativa conformemente alle previsioni di legge, dal quale conseguiva che i giudici non dovessero considerare obbligatori i regolamenti incostituzionali o illegittimi (*Questions et traités de droit administratif*, Paris, 1854, pp. 506-511). Anche G.M. DUFOUR era della stessa opinione e riteneva che i giudici dovessero continuare a garantire i cittadini dagli atti regolamentari illegittimi e incostituzionali (*Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris 1854, vol. I., pp. 62-69).

Governo e per le leggi, che la creazione del Senato del II impero sembra essere riuscito a neutralizzare⁵³.

6. La terza repubblica (1875)

6.1. Premessa

Ricostruire e ricondurre ad unità il dibattito che si è svolto nel corso della III Repubblica sull'introduzione del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi non è semplice. Da una parte, i giudici si sono rifiutati di esaminare le eccezioni di incostituzionalità aventi ad oggetto le leggi del Parlamento, invocando sia la sovranità dell'Assemblea rappresentativa, sia l'assenza di previsioni costituzionali attributive di tale potere all'autorità giudiziaria⁵⁴. Dall'altra, il dibattito teorico si è mostrato esteso e frammentato⁵⁵: alle autorevoli opinioni contrarie di Carré de Malberg e di Esmein si sono affiancate molte opinioni favorevoli nel riconoscere all'autorità giurisdizionale il potere/dovere di applicare la costituzione in luogo della legge ordinaria con essa incompatibile. Nondimeno, nel corso del tempo alcuni Autori hanno cambiato i propri punti di vista – anche Carré de Malberg a ben vedere – e si sono distinti fra loro in relazione a una pluralità di profili: l'identificazione delle norme parametro, i vizi suscettibili di essere sindacati, l'individuazione del giudice competente a svolgere tale controllo. La frammentarietà dei giudizi, inoltre, è giunta ad unità in sole due occasioni⁵⁶, mentre nella maggior parte dei casi la riflessione sul tema ha carattere estemporaneo oppure è inserita in trattazioni di più ampio respiro. Tale dibattito, infine, si è intrecciato con la discussione nata intorno ad alcuni noti episodi dell'attualità politica⁵⁷ e, più in generale, con il tema della crisi delle

53 J.L. MESTRE, *Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n. 28 *L'Histoire du contrôle de constitutionnalité* – Juillet 2010, consultabile sul sito www.conseil-constitutionnel.fr, p.4.

54V. P. LAROCHE, *Les juges français et le contrôle de la loi*, in *Rev. du droit public et de la science politique*, 1926, pp. 722 ss. Dall'analisi della giurisprudenza l'Autore deduce la competenza del giudice a controllare l'esistenza della legge (altrimenti definita costituzionalità estrinseca) e l'incompetenza dello stesso a giudicare la sua conformità a costituzione (cioè la sua costituzionalità intrinseca): «la rareté même des hypothèses dans lesquelles les juges ont été amenés à statuer prouve le respect qui s'attache chez nous aux actes du pouvoir législatif ... cela tient à l'ensemble de nos traditions juridiques et politiques, dominées par le fétichisme de la loi écrite et par une conception de la séparation des pouvoirs tout entière dirigées contre le juge» (p. 736).

55 Sul quale v. la ricostruzione di S. GAMBINO, *op. cit.*, pp. 104-120.

56M. WALINE, *Elements d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français*, in *Rev. du droit public et de la science politique*, 1928, pp. 442 ss. e C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris 1928, ristampato a Parigi-Aix en Provence nel 1986.

57Fra i quali spicca il caso Ratier: Anthony Ratier, vice presidente del Senato, fu arrestato per aver rifiutato di giurare di fronte alla commissione di inchiesta della Camera dei deputati sulle origini di alcuni fondi elettorali. Il suo avvocato, Paul Reynaud, sollevò una questione di incostituzionalità relativa alla legge 23 marzo 1914, che istituiva la commissione e le conferiva i medesimi poteri della autorità giurisdizionale, invocando la violazione del principio della separazione dei poteri. Il tribunale affermò che tra le sue competenze non rientrava il potere di sindacare la costituzionalità delle leggi (23 ottobre 1925), il giudizio fu confermato dalla Corte d'appello il 27 maggio 1925 e dalla Corte di Cassazione l'11 giugno 1926. In merito v. M. MILET, *La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat: l'affaire Ratier*, in *Rev. française de science*

istituzioni repubblicane e della auspicata riforma dello Stato⁵⁸. Dal 1875 al 1940, quindi, il tema della garanzia giurisdizionale della costituzione avverso l'operato del legislatore attraversa la storia francese sottotraccia ed è declinato in almeno due varianti, teorica e politica, che fra loro presentano alcuni punti di contatto ma anche conclusioni non coincidenti. La più macroscopica differenza tra le due prospettive attiene all'organo cui attribuire il compito di controllare la costituzionalità delle leggi, visto che la più parte degli studiosi propugna un controllo in via di eccezione svolto dai giudici comuni, mentre i politici prefigurano un controllo di tipo accentrato da attribuire a un giudice *ad hoc* o alla Corte di Cassazione.

6.2. Il dibattito teorico

La dottrina era generalmente concorde nel ritenere che il giudice (ordinario o amministrativo) si potesse pronunciare sull'esistenza di una legge, controllando che il procedimento di formazione disciplinato dalla costituzione si fosse regolarmente svolto⁵⁹. Più articolata, invece, era la risposta offerta alla possibilità che l'autorità giurisdizionale controllasse la costituzionalità sostanziale delle disposizioni che era chiamata ad applicare al caso concreto per (eventualmente) disapplicare quelle non quest'ultimo sindacato era "frenato" dal principio della separazione dei poteri⁶⁰, da un lato, e dalla carenza/assenza di norme giuridiche da utilizzare quali parametri del controllo di costituzionalità, dall'altro⁶¹.

Letto da alcuni Autori in termini rigorosi, il principio della separazione dei poteri negava al giudice la possibilità di verificare la costituzionalità delle previsioni legislative senza infrangere la sfera di competenza del Parlamento⁶². Altri, viceversa, affermavano che controllo di costituzionalità delle leggi e separazione dei poteri non fossero necessariamente inconciliabili. Il primo era "naturale" conseguenza della necessità interpretativa di risolvere un'antinomia tra due norme giuridiche diversamente collocate nella gerarchia delle fonti e, di conseguenza, era strettamente legato alla funzione svolta del giudice nell'ordinamento. In tale prospettiva, è stata affermata l'esistenza di un dovere dell'autorità giudiziaria di disapplicare la legge ordinaria non conforme a costituzione⁶³. Duez, in particolare, sosteneva che legge e costituzione avevano la medesima natura giuridica, visto che entrambe ponevano norme generali ed

politique, 1999, 6, pp. 783 ss.

58 Mette in luce con chiarezza e completezza questo legame M. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris-Aix en Provence, 1992.

59 Così P. DUEZ, *op. cit.*, 236-238; M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^a ed., Paris 1929, p. 282-283; J. BARTHÉLEMY e P. DUEZ, *op. cit.*, p. 221. *Contra* coloro i quali riprendevano Laband e ritenevano che la promulgazione attestasse la regolarità del procedimento di formazione e l'esistenza della legge precludendo al giudice ogni ulteriore e successivo controllo. V. per tutti R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris 1920, vol. I, pp. 454-456.

60 Le norme che avrebbero impedito il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi da parte dei giudici comuni erano gli artt. 10, tit. II, della l. del 16 e 24 agosto 1791; 3, cap. V, tit. III della cost. 3 settembre 1791; 127, par. 1, del codice penale.

61 V. M. REDOR, *op. cit.*, pp. 218 ss.

62 In questo senso si esprime innanzitutto A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^a ed., Paris 1927, vol. I, pp. 575-576.

astratte, ma occupavano una diversa posizione gerarchica nel sistema delle fonti. In tal modo il controllo sulla costituzionalità delle leggi correva in parallelo con il controllo sul rispetto della legge da parte dei regolamenti e il giudice era chiamato ad interpretare e ad applicare la costituzione così come era chiamato ad interpretare ed applicare la legge: «la logique juridique, dans le silence des textes, conduit rationnellement au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, sous la forme de l'exception d'inconstitutionnalité»⁶⁴. Anche Hauriou giungeva alla stessa conclusione, affermando che il giudice doveva interpretare la legge costituzionale e quella ordinaria e, nel caso in cui non fossero conciliabili, era tenuto a sacrificare quella di rango inferiore⁶⁵.

Contro lo sviluppo di un controllo di costituzionalità delle leggi ad opera dei giudici comuni si ergeva invece l'opinione di Carré de Malberg⁶⁶, che fondava il proprio punto di vista sull'art. 8,1 della legge costituzionale del 1875⁶⁷. Ad opinione dell'Autore il monopolio parlamentare del potere di revisione costituzionale radicava nel solo Parlamento il potere di stabilire la linea di confine tra legge ordinaria e costituzionale (e dunque tra potere costituente e legislativo) e, di conseguenza, quello di controllare la conformità a costituzione delle leggi ordinarie. Ciò escludeva che tale sindacato potesse essere esercitato da altri organi, fatta salva la possibilità di riformare in maniera organica e completa il diritto pubblico francese⁶⁸. A distanza di pochi anni, nondimeno, l'Autore correggeva il proprio punto di vista, affermando che i poteri del Parlamento erano disciplinati dalla costituzione, che per essi era un limite invalicabile. Accantonata l'identificazione della legge con la volontà generale, Carré de Malberg non solo non vedeva ragioni ostative al controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, ma riteneva vi fossero importanti motivi per radicare quel controllo nella costituzione stessa, al fine di limitare l'onnipotenza legislativa del Parlamento. Prima fra queste motivazioni era la subordinazione del Parlamento all'ordine costituzionale, che implicava la distinzione tra leggi ordinarie e costituzionali o, meglio, che invocava la necessità di disciplinare in costituzione tale distinzione. Al fine di mantenere il

63G. JÈZE, *Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux*, in *Rev. du droit public et de la science politique*, 1912, p. 142. Essendo concepito come un possibile esito dell'attività interpretativa del giudice, la dottrina sottolineava la necessità che l'eccezione di incostituzionalità fosse sollevata nel corso del procedimento giudiziario e pronunciata nell'ambito delle funzioni che al giudice erano attribuite.

64P. DUEZ, *op. cit.*, pp. 213 ss., in particolare p. 223 e, per la citazione, p. 235

65V. M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 266 ss.

66La *constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875*, in *Rev. politique et parlementaire*, 1927, pp. 339 ss. Per una lettura critica v. E. MAULIN, *Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg*, in *Rev. française de droit constitutionnel*, 1995, 21, p. 79 ss.

67 Ai sensi del quale «Les chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du Président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles. Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée nationale pour procéder à la révision. Les délibérations portant révision des lois constitutionnelles, en tout ou en partie, devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale».

68 Una critica puntuale di questa ricostruzione è di M. WALINE, *La gradation des normes juridiques*, in *Rev. du droit public et de la science politique*, 1933, pp. 525 ss.

legislatore nell'alveo del quadro costituzionale poteva essere previsto un tribunale unico con il potere di decidere con effetti *erga omnes* sulle antinomie tra leggi e costituzione⁶⁹.

Il secondo ostacolo all'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi era legato al carattere organizzatorio delle leggi costituzionali del 1875 e al valore giuridico da riconoscere alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. La questione apriva una contrapposizione tra l'approccio giuspositivista e quello giusnaturalista. Il primo negava qualsiasi valore giuridico a una dichiarazione dei diritti non inserita nel testo costituzionale⁷⁰, mentre il secondo sosteneva che la dichiarazione riconosceva i diritti individuali preesistenti e – proclamandoli – conferiva loro un valore sovracostituzionale suscettibile di imporsi al legislatore ordinario e costituzionale che il giudice poteva/doveva utilizzare nel vagliare la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie⁷¹.

I contenuti e gli argomenti del dibattito rinviano all'esperienza statunitense e all'"invenzione" della sentenza *Marbury v. Madison* ad opera della Corte Suprema degli Stati Uniti⁷². La dottrina francese conosceva il potere dei giudici d'oltreoceano di disapplicare la legge non conforme a costituzione? Di certo lo studio del diritto comparato era ancora giovane⁷³. L'esperienza statunitense ha iniziato ad essere conosciuta in Francia dalla metà del XIX secolo attraverso le opere di Tocqueville (1835) e Laboulaye (1866), Autori che però non concordavano sulla possibilità di "importare" l'istituto, visto che il primo riteneva tale ipotesi non auspicabile, mentre il secondo la reputava plausibile⁷⁴. Il riferimento ai due volumi, peraltro, ricorreva nel dibattito teorico, ma non è stato decisivo a livello argomentativo⁷⁵. Solo nel secolo seguente, inoltre, sarebbero

69 *La loi expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris 1931, trad. it. di M. Calamo Specchia *La legge espressione della volontà generale*, Milano 2008, pp. 302 ss.

70 Cfr. A. ESMEIN, *op. cit.*, pp. 599-602 e R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, cit., vol. II, pp. 578-582. Secondo Carré de Malberg o la dichiarazione del 1789 era parte integrante della costituzione del 1791, ed allora era venuta meno con essa, oppure era distinta da quella, la precedeva e, di conseguenza, poteva essere considerata una tavola di principi del diritto naturale – che aveva di certo influenzato il processo costituente – ma ad essa non poteva essere riconosciuto il carattere di norma giuridica.

71 V. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^a ed., Paris 1927, vol. III, pp. 603-604 e M. HAURIU, *op. cit.*, p. 625. È stato notato sia che l'affermazione di Duguit non è sostenuta da una serrata motivazione, sia che nella edizione del 1929 del *Précis* Hauriou afferma in termini stringenti tale principio scrivendo che la dichiarazione del 1789 è il testo della costituzione sociale, così A. LAQUIÈZE, *Etat de droit e sovranità nazionale*, in P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002, pp. 284 ss, in particolare 290-291.

72 V. P. GROSSI, *Alle origini del processo di legittimità costituzionale delle leggi*, Roma 2002, pp. 19-35; B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna 2008, in particolare pp. 183 ss.

73 La nascita della disciplina è fatta tradizionalmente risalire al Congresso di Parigi del 1900, in merito v. L. PEGORARO e A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova 2007, p. 8.

74 A. DE TOCQUEVILLE, *op. cit. supra* e E. LABOULAYE, *Histoire des Etats-Unis*, 2^a ed., Paris 1867, vol. III, pp. 472-480.

75 Così D. CHAGNOLLAUD, *op. cit.*, pp. 8-9.

usciti il volume di Edouard Lambert dedicato al governo dei giudici (1921)⁷⁶, il saggio di Kelsen sulla giustizia costituzionale (1928)⁷⁷ e quello di Schmitt sul custode della costituzione (1931). Il modello europeo di giustizia costituzionale non si era ancora formato e il riferimento a Kelsen – introdotto dagli studiosi di diritto internazionale – era quasi un “vezzo” finché Eisenmann non fece scoprire alla dottrina francese il suo pensiero⁷⁸; al contempo la giuspubblicistica di lingua tedesca non era particolarmente conosciuta⁷⁹. Sembra dunque che il diritto comparato abbia svolto una funzione meramente accessoria nell’ambito di un dibattito fondato su argomentazioni radicate nel solo diritto interno.

6.3. Il dibattito politico

A livello parlamentare erano state presentate una serie di proposte di legge volte a inserire la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 nella costituzione formale e a garantire la sua applicazione o attraverso la creazione di una corte speciale o tramite l'attribuzione di tale compito alle sezioni riunite della Corte di Cassazione⁸⁰. Nessuna di queste iniziative è stata discussa in Parlamento e, di conseguenza, non è possibile formulare alcuna considerazione sul dibattito politico da esse innescato. In termini generali, però, possiamo affermare che il cambiamento prospettato ha incontrato sulla sua strada almeno due ostacoli: il carattere incondizionato della competenza legislativa in materia di diritti, che la costituzionalizzazione della dichiarazione del 1789 e l'attribuzione a un giudice del potere di sindacarne il rispetto avrebbero messo in discussione⁸¹, e il ruolo politico che avrebbe conferito al giudice (comune o speciale), mettendo a repentaglio la sua indipendenza e aumentando le possibilità di conflitto con il Parlamento⁸².

⁷⁶Il *governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Milano 1996 con la presentazione di G. D'Orazio. M. HAURIU lo ha commentato positivamente, perché riteneva che contribuisse alla conoscenza del sistema statunitense, ma sottolineava che alcune differenze con l'ordinamento d'oltreoceano (l'esistenza di un regime amministrativo e la preminenza delle fonti scritte) avrebbero evitato in Francia le degenerazioni proprie dell'esperienza statunitense (*op. cit.*, pp. 272 ss.).

⁷⁷Il saggio di H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *Rev. du droit public et de la science politique*, 1928, pp. 198 ss. è tradotto in francese da C. Eisenmann.

⁷⁸D'altro canto, esamina l'erronea interpretazione del pensiero di Kelsen nella giuspubblicistica francese a cavallo tra XIX e XX sec. O. PFERSMANN, *Carré de Malberg et la «hiérarchie des normes»*, in *Rev. française de droit constitutionnel*, 1997, 31, pp. 481 ss.

⁷⁹Così D. CHAGNOLLAUD, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁸⁰Sul dibattito relativo alla natura giuridica della dichiarazione del 1789 v. quanto detto *supra* nel par. precedente. Su tali proposte cfr. P. DUEZ, *op. cit.*, p. 220, nota 2; M. VERPEAUX, *Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III République*, in *Rev. française de droit constitutionnel*, 1990, 4, p. 688 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *op. cit.*, pp. 132-137 e anche DRAGO, *op. cit.*, p. 143.

Rileviamo che in dottrina erano pochi gli Autori che proponevano la creazione di una Corte speciale: alcuni consideravano irrealistica la possibilità di giungere alla revisione della costituzione, altri reputavano che una corte *ad hoc* avrebbe oscurato il primato del Parlamento all'interno del sistema dei poteri. Per la prima opinione v. J. BARTHÉLEMY e P. DUEZ, *op. cit.*, p. 221, per la seconda M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, pp. 270-271.

⁸¹V. *supra* la nota n. 1.

⁸²Così M. REDOR, *op. cit.*, pp. 223-226. La resistenza a mettere il giudizio sull'operato del legislatore “nella mani” dei giudici di carriera e la scelta di istituire un giudice *ad hoc* sono

Il tema del controllo di costituzionalità delle leggi si intrecciava con la critica al “parlamentarismo assoluto” e con il dibattito sulla riforma dello Stato che – attraverso la revisione costituzionale, la modifica dei regolamenti parlamentari e l’introduzione di un diverso sistema elettorale – mirava ad uscire dalla crisi che “stringeva” la III Repubblica. L’obiettivo era rafforzare l’esecutivo, ridimensionare l’influenza del potere legislativo e “riportare in auge” il potere di scioglimento delle Camere⁸³. In tale contesto storico e istituzionale il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi non occupava una posizione cruciale ma rappresentava quasi una clausola di stile⁸⁴. D’altro canto, il consenso diffuso che negli ultimi anni della III Repubblica ha raccolto l’idea dell’introduzione di un controllo sull’operato del legislatore – in dottrina e in politica – costituisce una delle manifestazioni più significative del passaggio dall’*Etat légal* all’*Etat de droit*⁸⁵.

7. Il Comitato costituzionale (1946)

Il dibattito sviluppatosi negli anni della III repubblica ha accompagnato il tema del controllo di costituzionalità delle leggi nel processo costituente che si è aperto all’indomani della II guerra mondiale.

Nel 1945, all’interno della prima commissione costituente, si sono confrontate due proposte alternative: la prima era favorevole all’introduzione di un controllo di tipo giurisdizionale e affidava il sindacato sulla costituzionalità delle leggi a un giudice speciale; la seconda rinnovava la scelta del controllo di tipo politico. La prima proposta, formulata da Joseph Denais dell’Unione repubblicana, fu bocciata a larga maggioranza⁸⁶. La seconda, promossa dal presidente della commissione André Philip, raccolse in commissione l’appoggio del movimento repubblicano (MRP), dell’UDSR (*Union démocratique et socialiste de la résistance*) e, in un primo tempo, della SFIO (*Séction française*

rilevate da T. GROPPI quali uno degli elementi caratteristici del modello europeo di giustizia costituzionale, *Introduzione: alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, in T. GROPPI e M. OLIVETTI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano 2003, pp. 1 e ss. in particolare 12-14.

83 Nell’ambito dell’ampia bibliografia v. per tutti L. BLUM, *La réforme gouvernementale*, Paris 1936; R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, Paris 1934; A. TARDIEU, *La réforme de l’Etat. Les idées maîtresses de "L’heure de la décision"*, Paris 1934; J. GICQUEL e L. SFEZ, *Problèmes de la réforme de l’Etat en France depuis 1934*, Paris 1965.

84 Unica eccezione furono i progetti di Charles Benoist et Jacques Bardoux che preconizzavano, a più di trent’anni di distanza, l’introduzione di un’eccezione di incostituzionalità presentata di fronte ad un giudice speciale. Si trattava di proposte che si collocavano nell’ambito della riforma complessiva dello Stato e che collegavano il controllo sull’operato del legislatore all’organizzazione dei poteri. In merito v. E. MAULIN, *Réforme de l’Etat et contrôle de la constitutionnalité des lois sous la III République. Charles Benoist et Jacques Bardoux*, in D. CHAGNOLLAUD (sous la direction de), *Aux origines*, cit., pp. 59-62.

85 Così M. REDOR, *op. cit.*, p. 226.

86 Cfr. J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Paris 1954, pp. 22-28. Nei contenuti riecheggiava la proposta formulata dal Maresciallo Pétain nel 1943, che contemplava una Corte suprema di giustizia incaricata di: a) decidere i ricorsi di incostituzionalità delle leggi; b) giudicare la messa in stato d’accusa del Presidente della Repubblica da parte dell’Assemblea nazionale; c) giudicare i ministri e segretari di Stato su richiesta del Presidente della Repubblica o della Assemblea nazionale; c) giudicare ogni persona accusata dal Capo dello Stato di attentato alla sicurezza dello Stato; d) verificare le elezioni di deputati e senatori; e) decidere sulle questioni relative alle immunità parlamentari (v. artt. 33, 34 e 37).

de l'internationale ouvrière)⁸⁷. Quando Philip lasciò la costituente per divenire ministro dell'economia, il sostegno maturato intorno alla sua iniziativa perse uno dei suoi più convinti sostenitori e l'iniziativa fu bocciata nel corso della sessione plenaria (seduta del 18 aprile 1946).

Diverso è il contenuto della discussione che si è svolta nell'ambito della seconda costituente, riunita a partire dal giugno del 1946, dove il presidente (sempre André Philip) rilanciò il tema del controllo di costituzionalità collegandolo al solo principio della separazione dei poteri. Il voto in commissione accolse tale principio, ma nella seduta plenaria dedicata all'organizzazione di tale sindacato, si confrontarono nuovamente i sostenitori del controllo giurisdizionale e i detrattori di ogni tipo di controllo. La mediazione fu raggiunta sulla soluzione del Comitato.

Disciplinato dagli artt. 91, 92 e 93 della costituzione del 1946, collocati nel titolo dedicato alla revisione costituzionale, il Comitato costituzionale era presieduto dal Presidente della Repubblica e composto dai Presidenti delle due Camere e da altri dieci membri di provenienza non parlamentare ma eletti dall'Assemblea nazionale (sette) e dal Consiglio della Repubblica (tre). In entrambi i casi era previsto che l'elezione fosse orientata dal principio della rappresentanza proporzionale dei gruppi presenti al loro interno. Il Comitato era un organo dalla composizione squisitamente politica, i cui componenti erano tutti di "origine" parlamentare: il Presidente della Repubblica era eletto dal Parlamento, così come i Presidenti delle due Camere e il resto dei membri.

Su richiesta congiunta del Presidente della Repubblica e del Presidente del Consiglio della Repubblica, dietro deliberazione a maggioranza assoluta della Camera alta, il Comitato verificava se le leggi approvate dall'Assemblea nazionale comportassero una revisione della costituzione. In caso affermativo rinviava all'Assemblea rappresentativa (unica titolare del potere legislativo) la legge, che poteva essere promulgata solo se nuovamente approvata in base alla procedura prevista per la revisione della costituzione. Tale sindacato presentava almeno due limiti: era esercitato sulla base di un numero circoscritto di disposizioni costituzionali (le regole di organizzazione dei pubblici poteri e non anche il preambolo della costituzione che rinviava alla dichiarazione dei diritti del 1789)⁸⁸ e determinava un adeguamento della costituzione alla legge piuttosto che della legge alla costituzione⁸⁹.

87 In tal caso era ipotizzata la formazione di una commissione di esperti nominata all'inizio di ogni legislatura dall'Assemblea nazionale. La maggioranza dei membri era scelta dai gruppi parlamentari in proporzione alla propria forza numerica in Assemblea. In caso di dubbio sulla legittimità costituzionale di una legge, la commissione poteva essere interpellata da un terzo dei deputati o dal Presidente della Repubblica. Qualora la commissione si fosse espressa nel senso della non conformità a costituzione di una legge, e l'Assemblea nazionale avesse confermato il testo, la legge era sottoposta a *referendum* popolare e, se approvata, il testo della costituzione era considerato emendato. M. MORABITO, *op. cit.*, p. 381 dubita che la procedura fosse compatibile con la logica repubblicana.

88 Sul problema del parametro del controllo cfr. J. LEMASURIER, *op. cit.*, pp. 173 ss.

89 G. BURDEAU, *Traité de science politique*, 2^a ed., Paris 1960, vol. IV, p. 416, il quale riprende Vedel, al quale si deve la considerazione che «l'Assemblée pouvait faire ce qu'elle a fait, mais elle s'est trompée de procédure; elle a choisi la voie législative ordinaire alors qu'elle aurait du choisir la procédure de révision de la Constitution» (J. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1949, p. 552).

Il Comitato – un organo dalla collocazione incerta, come si evince anche dal *nomen* – è stato variamente inquadrato dalla dottrina: giudice delle controversie tra organi costituzionali più che garante dei diritti individuali⁹⁰, collegio impegnato nella verifica della regolarità della procedura di approvazione della legge più che nel controllo dei suoi contenuti⁹¹; mediatore tra le due Assemblee parlamentari⁹². La prassi non ha consentito di confermare o smentire tali valutazioni, visto che in dodici anni di attività il Comitato ha assunto una sola deliberazione, dichiarando incostituzionali gli artt. 64 e 66 del regolamento dell'Assemblea nazionale (il 18 giugno 1948)⁹³.

In un frangente storico in cui nel resto dell'Europa occidentale la giustizia costituzionale prendeva piede, la soluzione francese è apparsa senza dubbio timida e ancora una volta incapace di lasciarsi alle spalle alcuni dei legati rivoluzionari. A dispetto del dibattito maturato negli ultimi decenni, i costituenti sono rimasti "imbrigliati" tra la sentita esigenza di ridimensionare la centralità del Parlamento rispetto agli altri poteri dello Stato e il timore di creare le condizioni per un ben più temibile governo dei giudici. Nuovamente il tema della garanzia della costituzione ha preso forma all'interno della dinamica dei poteri e ancora una volta la difesa "non giurisdizionale" della carta fondamentale alla prova dei fatti si è mostrata inefficace⁹⁴.

** Ricercatrice confermata in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Foggia

90D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 13.

91 J. VEDEL, *op. cit.*, p. 553.

92Visto che il ricorso era mosso dal Senato nei confronti dell'operato dell'Assemblea nazionale, ed era esclusa ogni forma di eccezione di costituzionalità da parte dei giudici ordinari F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, 2^a ed., Paris, 1997, p. 14.

93 In merito v. A SOULIER, *La délibération du Comité Constitutionnel du 18 juin 1948*, in *Rev. du droit public*, 1949, pp. 195 ss. e J. LEMASURIER, *op. cit.*, pp. 221-234.

94 Così J. LEMASURIER, *op. cit.*, pp. 247-249; G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 415; M. DUVERGER, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, 5^a ed., Paris 1948, p. 378.