



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO COSTITUZIONALE
CICLO XXIV

COORDINATORE Prof. Andrea Pugiotto

POTERE E CONTROPOTERI

*Gli argini giuridici al potere maggioritario
nella dinamica della forma di governo in Italia e in Francia*

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottorando

Dott. Dondi Sebastiano

Tutore

Prof. Pugiotto Andrea

Cotutore

Prof. Carcassonne Guy

Anni 2009/2013

POTERE E CONTROPOTERI

GLI ARGINI GIURIDICI AL POTERE MAGGIORITARIO NELLA DINAMICA DELLA FORMA DI GOVERNO IN ITALIA E IN FRANCIA

Sebastiano Dondi



Sandro Botticelli, *Pallade e il centauro* (1482-1485)

Relatore: Chiar. mo prof. Andrea Pugiotto

Correlatore: Chiar.mo prof. Guy Carcassonne

ABSTRACT (IT)

Il lavoro di ricerca è uno studio comparato tra Italia e Francia dei contropoteri che, secondo Costituzione, intervengono sul prodotto del lavoro del Potere maggioritario, le leggi e i provvedimenti di rango primario. Si tratta del referendum, dell'opposizione parlamentare, del capo dello Stato, del Conseil d'Etat e della giustizia costituzionale. La tesi, dopo un capitolo iniziale dedicato ad un'innovativa classificazione dei poteri di veto idonea ad inquadrarli dogmaticamente, si propone di indagare in profondità le relazioni che legano fra di loro gli organi di contropotere e il modo in cui questi interagiscono con il Potere. La metodologia utilizzata è innovativa e si basa su un'analisi empirica fondata su casi esemplari e sul metodo sistematico.

ABSTRACT (EN)

This PhD dissertation consists in a comparative study of veto players (or counter-powers) that, according to Italian and French Constitution, aim and affect the legislative activity of the executive power and of its majority in the Parliament, i.e. laws and decrees-law. They are summarily: the referendum, the opposition parties, the head of the State, the Conseil d'Etat and the constitutional justice. The research, after the initial chapter regarding an innovative classification of veto powers which describes them with a dogmatic approach, explores in depth the existing relations among veto players and their interactions with Power. The methodology is based on an empirical and systematic analysis of some classic case-studies.

*“C'è un valore incrollabile al mondo: l'intransigenza e noi ne saremmo,
per un certo senso, in questo momento, i disperati sacerdoti.
(...) Non possiamo illuderci di aver salvato la lotta politica:
ne abbiamo custodito il simbolo e bisogna sperare (ahimè, con quanto scetticismo)
che i tiranni siano tiranni, che la reazione sia reazione,
che ci sia chi avrà il coraggio di levare la ghigliottina,
che si mantengano le posizioni sino in fondo”*

P. GOBETTI, *Elogio della ghigliottina*, in *Scritti politici*, Torino, 1969, pp. 431-434

Alla memoria del Presidente Oscar Luigi Scalfaro,

indimenticabile maestro e primo ispiratore di queste pagine

INDICE

<i>Prefazione</i>	9
I. POTERI, CONTROPOTERI E DIRITTO COSTITUZIONALE	11
1. Tra conflitti costituzionali e stato d'eccezione: la terra contesa tra diritto costituzionale e scienza politica 11	
2. <i>Segue</i> : Metodo storico-comparatistico e sue radici nella dottrina italiana e francese.....	14
3. Per un fondamento teorico della nozione di contropotere nel diritto costituzionale	20
4. <i>Segue</i> : Individuazione dei limiti costituzionali all'esercizio della sovranità.....	25
5. Dal sistema delle norme al sistema degli organi: il circuito dei contropoteri.....	34
6. <i>Segue</i> : Atlante costituzionale dei contropoteri	37
7. L'analisi comparata come <i>tertium comparationis</i> valutativo.....	41
8. <i>Segue</i> : Transizioni e contropoteri	42
II. IL POPOLO SOVRANO, DA POTERE PRIMO A CONTROPOTERE ULTIMO.....	47
1. Il referendum come contropotere democratico	47
2. Opposizione e referendum: la concorrenza imperfetta dei contropoteri.....	53
3. <i>Segue</i> : Astensionismo, plebiscito e controplebiscito	57
4. Corte Costituzionale e Capo dello Stato, custodi del referendum.....	62
5. <i>Segue</i> : Un giudizio di bilanciamento atipico per il referendum abrogativo	62
6. <i>Segue</i> : Il Capo dello Stato come rappresentante diretto del popolo referendario	68
6. Il referendum dell'articolo 138: il popolo costituito costituente.....	71
7. <i>Segue</i> : I casi dei referendum costituzionali del 2001 e del 2006	73
8. La lunga tradizione del referendum francese come plebiscito	76
9. <i>Segue</i> : Il cammino referendario del Conseil Constitutionnel.....	80
10. L'occasione mancata della riforma costituzionale del 2008	83
11. <i>Segue</i> : Attuazione della nuova forma di referendum d'iniziativa parlamentare francese.....	86
12. Considerazioni conclusive	88
III. IL CONTRO-GOVERNO DELL'OPPOSIZIONE COSTITUZIONALE.....	90

1.	L'inevitabile emersione di un contropotere in un Parlamento maggioritario	90
2.	<i>Segue:</i> Riferimenti identitari dell'indagine sull'opposizione nei due Paesi	94
3.	Opposizione maggioritaria e negoziazione dei valori	102
4.	Funzione di controllo: specchio del contropotere	104
5.	Tra veto e diritto di resistenza	107
6.	Un Governo ombra senza luci	113
7.	L'opposizione a difesa della Costituzione? Alcuni casi (non troppo) esemplari	116
8.	<i>Segue:</i> Un susseguirsi di lodi.....	117
9.	<i>Segue:</i> Un impedimento legittimo?.....	122
10.	<i>Segue:</i> Tra nuovi diritti fondamentali e diritti sociali costituzionali.....	126
11.	La non- <i>saisine</i> dell'opposizione francese.....	129
12.	Una possibile sintesi sull'opposizione	132
IV.	I CONTROPOTERI NEL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO: PRESIDENTI DELLA REPUBBLICA E CONSEIL D'ETAT	134
1.	Funzione di indirizzo costituzionale e garanzia dell'unità nazionale.....	134
2.	Gli atti dell'indirizzo politico costituzionale.....	139
3.	<i>Segue:</i> Dalla dottrina Scalfaro alla dottrina Ciampi-Napolitano, tra rinvio delle leggi e <i>moral suasion</i>	143
4.	<i>Segue:</i> Dottrina Ciampi nel rapporto tra Presidenza della Repubblica e Corte Costituzionale: il caso dei lodi Schifani-Alfano.....	148
5.	Ritorno al sistema dei contropoteri: Il Presidente come garante delle minoranze parlamentari e alter ego della Corte	154
6.	La mancata promulgazione dei decreti-legge: il controllo oltre la lettera della Costituzione nel caso Englaro	156
7.	Il garante della Costituzione francese: chef de l'Etat o Conseil Constitutionnel?.....	159
8.	Il potere di veto assoluto: la mancata emanazione delle <i>ordonnances</i> del 1986	164
9.	Il Conseil d'Etat: la tecnocrazia e il controllo costituzionale.....	166
10.	Conseil d'Etat e Conseil Constitutionnel tra politica e diritto	170
11.	L'opposizione del Conseil d'Etat: il caso del parere sull'interdizione del velo integrale	173
12.	<i>Segue:</i> <i>Revirement</i> giurisprudenziale e contrasto con il giudice delle leggi.....	175
13.	<i>Segue:</i> Chi difende le libertà? Una protezione a macchia di leopardo.....	178
14.	Conclusioni: tra capo dello Stato e giudice delle leggi: "è necessario che il contropotere arresti (o spinga) il contropotere"	179

V. IL GIUDICE DELLE LEGGI COME MODERNO MONARCA COSTITUZIONALE.....	181
1. Il giudice costituzionale come contropotere rappresentativo.....	181
2. Una lettura politico-strategica del contropotere giurisdizionale.....	185
3. Giudice delle leggi contropotere in concreto: sguardo sulle relazioni tra potere e contropotere.....	192
4. Strategie esterne del giudice costituzionale italiano.....	200
5. Segue: Strategie esterne al e del Conseil constitutionnel.....	204
6. Quando il giudice costituzionale rinuncia ad essere contropotere in virtù di una concezione nominalistica e non sostanzialistica degli istituti: il caso della legislazione italiana sul condono edilizio e la decisione <i>Rétention de sûreté</i> del Conseil constitutionnel.....	210
7. Segue: Giudice costituzionale come ultimo contropotere: casi esemplari recenti.....	216
8. Esistono strategie interne alla giurisdizione costituzionale?	220
9. Condizionamenti esterni ai fini strategici: l'influenza della Cedu nei casi dell'indennità di espropriazione e della <i>garde à vue</i> e l'incoraggiamento al <i>revirement</i>	226
10. La prudenza, virtù classica del Principe	233
CONCLUSIONI.....	235
1. I confini mobili tra Potere e Contropotere: la ricerca continua di un equilibrio.....	235
2. Una nuova nozione: il contropotere.....	237
3. Il referendum, un contropotere “stagionale”	239
3. Un'opposizione ancora poco costituzionale	241
4. Tra capo dello Stato e Conseil d'Etat.....	245
5. La sanzione del giudice costituzionale: ultimo contropotere	247
6. Quale valutazione complessiva del sistema dei contropoteri?	250
BIBLIOGRAFIA	252
ABSTRACT EN FRANÇAIS.....	273

Prefazione

Questo lavoro vuole essere da un certo punto di vista il completamento di quello già compiuto dall'autore sul versante del *Potere*, effettuata in sede di tesi di laurea sui rapporti tra Governo e Parlamento all'interno delle procedure parlamentari. Completare sul lato del *Contropotere* il quadro della forma di governo in questa concezione dualistica che si è maturata nello studio del regime politico è stata innanzitutto un'esigenza di formazione personale, che andasse nella direzione di offrire una prospettiva originale del tema prescelto. Uno sguardo, quello offerto, che si è voluto fin dalle premesse come particolarmente ampio. Al microscopio si è preferito il cannocchiale, consapevoli di perdere a volte la dimensione lenticolare ed anatomica classicamente *verticale* degli istituti per preferirne una *orizzontale* che permettesse non solo la comparazione *esterna* fra i due Paesi considerati ma anche quella *interna*, fra un contropotere e l'altro.

Il lavoro risente poi senza dubbio non solo degli apporti di scienze estranee al diritto costituzionale (in ciò esso è quindi consapevolmente *duvergeriano*) ma anche di una congenita declinazione realistica che esce per molti versi fuori dei tracciati classici cercando di avvantaggiarsi della modesta esperienza compiuta sul campo quale spettatore del Potere grazie all'esperienza di collaborazione compiuta presso la direzione giuridica del Ministero dell'Interno francese.

Altro difetto del lavoro è probabilmente il suo legarsi inevitabilmente, in quanto figlio e testimone del suo tempo, alla situazione sociale e politica che ne ha caratterizzato gli anni della ricerca e della scrittura. Ci è parso questo un rischio da correre, pari a quello di voler prendere posizione su alcune delle vicende che si è ritenuto opportuno evocare per una migliore intelligenza dei temi trattati. La ragione di quanto detto deriva forse dal fatto che prima di derivare da un interesse scientifico questo lavoro deriva da radicate convinzioni dell'autore, che si è cercato ordinare per farle uscire dallo stato embrionale di intuizioni e metterle alla prova del ragionamento mentre si costruiva, paragrafo dopo paragrafo, il *sistema* che bene o male ne è il risultato. Il lavoro di tesi muove dall'assunto, più che mai condiviso in dottrina e per questo eletto ad ipotesi di lavoro, secondo il quale con l'avvento in Italia dell'era maggioritaria (o iper-maggioritaria nella lettura di Elia) la nuova configurazione della forma di Governo risulta decisamente decentrata rispetto al Parlamento e sbilanciata a favore del potere Esecutivo e della sua maggioranza parlamentare. La sempre più pronunciata e forzata accentuazione del *continuum* Governo-maggioranza è venuta sempre più inverando la tesi duvergeriana secondo la quale nell'epoca contemporanea la tradizionale separazione dei poteri non oppone più le Camere al Ministero (dicotomia tipica di un parlamento neo-liberale come quello italiano fino al 1993) ma piuttosto la minoranza parlamentare all'asse formato dall'Esecutivo e dalla coalizione che lo sostiene. Emerge dalla situazione predetta la necessità di identificare e

riconsiderare la tematica dei contropoteri, problema vasto ed articolato, spesso indagato nelle sue singole componenti ma assai meno nella sua sistematicità.

Se si vuole il tema ebbe una sua visibilità in dottrina soprattutto qualche decennio fa, quando Vezio Crisafulli, e Livio Paladin poi, concentrarono la propria attenzione sul sistema dei cd. correttivi alla forma di governo parlamentare, senza tuttavia procedere ad un'analisi compiuta ed organica dello stesso. L'analisi dei maestri si inseriva necessariamente in un contesto molto diverso dall'attuale: essi scrivevano nell'Italia del parlamentarismo consensuale e della "democrazia bloccata". Si potrebbe quindi osservare che fino al 1993 la scarsa attenzione della dottrina verso i cd. contropoteri poteva forse dirsi giustificata alla luce dell'esistenza di un Parlamento fin troppo capace di opporre dei freni politici all'attività del potere Esecutivo, situazione che comportava la necessità di non introdurre né propugnare ulteriori inibizioni all'esercizio della funzione di indirizzo politico.

A tutt'altre conclusioni conduce invece l'attuale assestarsi degli equilibri della forma di Governo, che induce oggi a valutare il problema in tutta la sua urgenza. La necessità di riconsiderare non tanto la forma di governo in quanto positivamente data ma di rivalutare il posizionamento all'interno della stessa dei cd. *veto players*, ponderarne il rendimento e valutarne la modalità di azione rende probabilmente utile una visione sistematica del problema, che consideri quindi le *performance* complessive dei correttivi alla forma di Governo. Lo scopo di questo lavoro è stato appunto cercare di suggerire un approccio innovativo ed unitario alla tematica indicata. Gli organi aventi identità di contropotere alla luce della comune *ratio* costituzionale sono stati considerati nei loro reciproci rapporti e nella loro evoluzione, recuperando così suggestioni magistralmente introdotte nella riflessione costituzionalistica da Paolo Barile e Temistocle Martines cinquant'anni or sono, il primo teorizzando la non mai sufficientemente studiata teoria dell'indirizzo politico costituzionale e il secondo la forza politica degli organi di garanzia. In altre parole si è cercato di proporre un'applicazione della teoria politologica del montesquiviano "*pouvoir d'empêchement ed de surveillance*" alla sfera del diritto costituzionale.

In un'età in cui tanto si magnifica il tema della *governabilità* questa tesi è certamente in controtendenza. Le parole di Salvemini sono state da questo punto di vista un sicuro incoraggiamento per affrontare un lavoro che è stato appassionante forse soprattutto per la scomodità di alcune sue conclusioni: «*Continueremo dunque a cercare la salvezza nel mutare gli ordinamenti costituzionali, mentre la radice del male è altrove. (...) Un democratico può essere un conservatore in un Paese formato di istituzioni democratiche, contro l'opera di partiti che vogliono modificare quelle istituzioni in senso antidemocratico*»¹.

Parigi, 28 gennaio 2013

¹ G. SALVEMINI, *Memorie e soliloqui. Diario 1922-1923*, Bologna, 2001, pp. 50 e 199.

I

POTERI, CONTROPOTERI E DIRITTO COSTITUZIONALE

*Quare siletis juristæ in munere vestro?*²

1. Tra conflitti costituzionali e stato d'eccezione: la terra contesa tra diritto costituzionale e scienza politica

Prima di affrontare l'oggetto principale di questo lavoro e, in particolare, di tentare una precisazione dogmatica del concetto di contropotere nel diritto costituzionale, sembra necessario definire quale sia il contesto dell'analisi che ci si propone di compiere. Tale specificazione renderà più facile giustificare la necessità e la possibilità di adottare anche nell'ambito della scienza costituzionalistica la nozione di contropotere, spesso usata in senso solo metagiuridico per evocare genericamente uno dei corollari del principio della separazione dei poteri³.

Una ricerca di questo tipo presuppone una concezione del diritto costituzionale che prenda in considerazione non solo il mero dato normativo ma anche e soprattutto i reali rapporti tra i singoli poteri. Più specificamente il terreno della nostra indagine è quello dei *conflitti* costituzionali⁴. Non si parla necessariamente dei noti conflitti di attribuzione – che, in quanto tali, sono giurisdizionalizzati – ma anche di quei *fatti* che, pur non venendo a

² G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino, 2008, p. 7.

³ Così S. MILACIC, *De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs: Montesquieu revigoré par le néolibéralisme*, in A. PARIENTE (a cura di), *La séparation des pouvoirs, théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, 2007, pp. 31-47.

⁴ Riecheggiando le posizioni della *Politische Theologie* schmittiana (1922) Julien Freund osserva in merito ai limiti che il diritto intrinsecamente incontra nella gestione del conflitto, e massimamente nella situazione dello stato d'eccezione: "Ciò che fa la forza del diritto costituisce anche la sua debolezza, perché se può fornire dei meccanismi di soluzione alle altre attività sociali, economiche, politiche o religiose, per superare i conflitti che sorgono nella loro sfera, esso è incapace di risolvere quelli che lo riguardano direttamente. Detto altrimenti, lo stato d'eccezione è una situazione conflittuale che scaturisce dalla impotenza del diritto a fornire una soluzione", J. FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, 1983, p. 62. Tale incidenza del conflitto politico nel diritto costituzionale è oggetto dell'interessante studio di J. HUMMEL, *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, 2010.

configurare un classico conflitto tra poteri risolvibile con l'intermediazione della Corte costituzionale, rimangono per così dire sotto traccia (potremmo anche definirli conflitti di attribuzione *in potenza*) e ritmano sotterraneamente la vita delle istituzioni, inverando così la forma di governo. Tali situazioni costituiscono una costante ineliminabile in un regime caratterizzato dalla separazione dei poteri, ed è spesso proprio nello scontro tra gli organi costituzionali che vengono ad assestarsi gli equilibri che regolano i rapporti fra gli stessi. In questa prospettiva *agonistica* del regime politico è possibile parlare del conflitto latamente per identificare non solo in senso tradizionale le situazioni che si originano in occasione di una patologica sovrapposizione di competenze ma altresì la fisiologica dialettica che si produce quando fra due organi esiste una relazione da controllato a controllore. In questo senso sarà possibile parlare di scontro fra poteri anche laddove solo ipoteticamente si possa immaginare il verificarsi di un classico conflitto. La relazione che “oppono” Corte Costituzionale e Governo in sede di sindacato di costituzionalità è un esempio di questa tensione fra controllato e controllore. In altri termini si tratta quindi di conflitti larvati che non sempre e non necessariamente sono giuridicamente *decidibili*: ciò per ragioni di opportunità o, addirittura, di impossibilità. Non sempre infatti la soluzione di un conflitto nasconde in potenza un giudizio sull'esercizio dei poteri da parte della Corte: in questi frangenti la dimensione acutamente politica degli stessi sfuggirebbe alla loro definizione legale. Non per questo la loro natura ed esistenza sarebbe meno interessante per il costituzionalista⁵.

La natura del diritto è tradizionalmente quella di evitare o comunque di risolvere i conflitti sociali. Tale concezione rivela tuttavia la sua insufficienza proprio nel diritto costituzionale, che mira a prevedere, calcolare e risolvere proprio il “conflitto-limite” o conflitto dei conflitti, rappresentato dalla figura dello *stato d'eccezione*; ciò perché quando si tratta degli organi costituzionali, la loro azione non può essere che in minima parte definita e regolata da quel diritto che essi stessi sono deputati a creare⁶.

Non rari sono stati i richiami provenienti dalle discipline filosofiche, da Walter Benjamin a Giorgio Agamben, volti a porre il problema dello stato di eccezione

⁵ “Indecidibile è l'esperienza di ciò che, estraneo, eterogeneo all'ordine del calcolabile e della regola, deve tuttavia – e di dovere bisogna parlare – abbandonarsi alla decisione impossibile tenendo conto del diritto e della regola. Una decisione che non affrontasse la prova dell'indecidibile non sarebbe una decisione libera (...). Sarebbe forse legale ma non giusta”, J. DERRIDA, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, Torino, 2003, p. 77. Vezio Crisafulli definiva “generosa utopia” l'idea secondo la quale il giudizio sul conflitto di attribuzione avrebbe potuto essere in ogni caso risolto dalla Corte: si veda A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, p. 234. Detto schmittianamente non sempre è possibile *neutralizzare* il Politico.

⁶ Su tale distinzione R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, p.120. L'autore, riprendendo la lezione di Mazziotti, mette bene in evidenza come la stessa idea di conflitto sia strettamente correlata ad un'esigenza garantistica, quella della “*difesa del sistema di checks and balances e, tramite questo, delle libertà*” (p. 12). Emerge chiaramente da questa lettura la portata costruttiva del conflitto politico, volto a preservare l'ordine costituzionale ed un certo assetto diffuso del potere. Solo la concentrazione assoluta del potere potrebbe giungere ad annullare ogni tipo di conflitto.

all'attenzione dei giuristi, spesso accusati di non considerarlo con la dovuta attenzione⁷. Probabilmente dietro questa prudenza o scarso interesse con cui la scienza giuridica guarda alla dimensione conflittuale del potere si cela la stessa diffidenza con cui tradizionalmente il diritto costituzionale e, soprattutto, le Costituzioni stesse (tanto più se di matrice consensuale come quella italiana), guardano alla dialettica non raramente polemica degli organi statuali. Al di là della tradizionale aura compromissoria che caratterizza la fase originaria della Costituzione italiana, tutt'altro che definite e pacificate, come si vedrà nello sviluppo di questo lavoro, sono le relazioni tra gli organi che dalle norme costituzionali originano. La natura consensuale della Carta italiana ha determinato il rinvio di alcune decisioni fondamentali che costituiscono un quotidiano terreno di scontro politico fra forze e contro-forze istituzionali⁸. La genesi della Costituzione del 1948 renderebbe in questo senso arduo parlare apertamente di un vero e proprio sistema di contropoteri. La regola non scritta della collaborazione fra poteri sarebbe quindi idonea ad estendersi fino a toccare anche i principi che potremmo dire “non negoziabili” e potrebbe condurre alla neutralizzazione di fatto dei poteri di freno, trasformandoli piuttosto in negoziatori attivi di scelte spesso opinabili in fatto di legalità costituzionale. In altre parole evitare i conflitti fra i poteri sembra essere divenuta una delle funzioni essenziali dei contropoteri: contro tale prospettiva si potrebbe chiosare dicendo che, piuttosto, *oportet ut scandala eveniant*⁹. Se quindi si evince dallo spirito della Costituzione il principio secondo il quale la collaborazione fra i poteri costituisce la *regola*, si vuole sottolineare come in realtà il conflitto fra i poteri sia la *regolarità* inevitabile dei rapporti fra gli organi¹⁰, nella quale, come in una relazione di simmetria, i poteri condividono inevitabilmente lo stesso campo d'azione, seguendo quello schema che René Girard ha definito di *rivalità mimetica* dei “fratelli avversari”¹¹.

⁷ “Una teoria dello stato d'eccezione manca nel diritto pubblico, e giuristi e pubblicisti sembrano considerare il problema più come una *questio facti* che come un genuino problema giuridico. (...) È questa una terra di nessuno fra il diritto pubblico e il fatto politico, e fra l'ordine giuridico e la vita”, G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, cit., pp. 9-10. Secondo le parole di Benjamin: “La tradizione degli oppressi ci insegna che lo stato d'emergenza in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere a un concetto di storia che corrisponda a questo fatto. Avremo allora di fronte, come nostro compito, la creazione del vero stato d'emergenza”, W. BENJAMIN, *Angelus Novus*, Torino, 2008, p. 79.

⁸ “Il compromesso consiste cioè nel trovare una formula che soddisfi a tutte le richieste contraddittorie e lasci indecisi in una locuzione ambigua i veri punti della disputa. (...) L'intesa non riguarda l'oggetto; si è d'accordo soltanto nell'aggiornare la decisione e nel lasciarsi aperte le interpretazioni e le possibilità più disparate”, C. SCHMITT, *La dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 52.

⁹ G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica: dalla neutralità-garanzia al governo della crisi*, in AAVV, *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984, p. 461.

¹⁰ La necessità che la collaborazione giunga a temperare la rivalità intrinseca al principio della separazione dei poteri è ben messo in luce da R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2001, pp. 3 e ss.

¹¹ “La rivalità non è il frutto di una convergenza accidentale dei due desideri sullo stesso oggetto. Il rivale desidera l'oggetto perché lo desidera il soggetto. (...) Tale oggetto pare così importante che il possederlo o esserne privi, di volta in volta, equivale a una completa inversione di condizione, a un passaggio dall'essere al nulla e dal nulla all'essere. (...) Il ritmo dell'alternanza e soprattutto il campo in cui essa si verifica ci sembrano, qua e là, così diversi che non ci viene in mente di accostare le due istanze”. R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1980, pp. 193 e ss.

Il campo che qui si vuole tracciare, e che nella sua estensione non è possibile scandagliare completamente, è quindi quello dei conflitti costituzionali intesi in senso lato, quelli che rimangono prevalentemente politici (essendo irriducibili ad una loro ricomposizione in sede arbitrale) pur sfiorando la sfera del diritto. La relazione tra norma e prassi dei rapporti tra gli organi dello Stato ricalca quella tra *regolarità* e *stato d'eccezione*. Un'analisi che si interessi non solo al *dover essere* del concerto dei poteri costituzionali deve necessariamente cercare un metodo utile a sistematizzare ed esaminare anche i comportamenti degli attori istituzionali. L'osservazione empirica anche nel diritto è componente essenziale del metodo scientifico ed è fondamento del realismo giuridico.

2. Segue: Metodo storico-comparatistico e sue radici nella dottrina italiana e francese

Quello dei contropoteri è indubbiamente un tema che tradizionalmente esula dalle trattazioni di diritto costituzionale. Per sviluppare una tale analisi, che implica l'applicazione alla scienza giuridica di categorie normalmente oggetto della scienza politica, è necessario delineare e dare conto del metodo che ci si propone di adottare, mettendone in luce non solo gli elementi essenziali ma anche le finalità e l'opportunità. In altre parole ci si inserisce nella tradizione dei *books about laws*, non prefiggendoci come scopo quello di ricostruire esaustivamente un profilo o un istituto giuridico ma di proporre piuttosto una visione innovativa e trasversale di un insieme di norme¹².

Per affrontare un'analisi sui contropoteri è quindi necessario porsi in una prospettiva che non ignori la prassi politica e i comportamenti degli organi considerati nell'indagine¹³. Lo studio in questione non si pone quindi al di fuori della sfera del diritto costituzionale ma cerca, attraverso una prospettiva empirica, di porsi in continuità con quella dottrina che ha considerato il nostro regime politico come un sistema nel quale Governo e correttivi alla forma di Governo si scontrano incessantemente¹⁴.

¹² Sulla distinzione tra *books about laws* e *law books* si veda R. L. ABEL, *Law books and books about laws*, in *Stanford law review*, 1973, pp. 175 e ss.

¹³ Barbera spiega in modo convincente la prudenza con cui normalmente si guarda alla prassi in diritto costituzionale: "Probabilmente agisce in noi costituzionalisti un trauma infantile, la paura di ripiombare all'indietro al di fuori delle scienze giuridiche, prima di Orlando, o di ridare spazio alla "materialità della politica", A. BARBERA-T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, p. 10. Sul valore della prassi nello studio del diritto costituzionale si veda anche M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2007, pp. 307 e ss.

¹⁴ Ha parlato di *correttivi della forma di Governo* Livio Paladin, che invero comprendeva in questa categoria non solo gli organi o istituti di contropotere ma anche altri istituti aventi una dichiarata funzione garantistica. Rientravano nella prima definizione il capo dello Stato (al quale venivano attribuiti nella Costituzione poteri

Benché la prima scuola di diritto pubblico italiana di matrice germanica abbia orientato fin dagli inizi del novecento lo studio del diritto pubblico in senso prevalentemente formalista¹⁵, già nell'istituzionalismo romaniano di origine francese era possibile individuare una netta presa di posizione a favore di un'osservazione scientifica che non neglesse gli aspetti legati alla dimensione del diritto costituzionale vivente, inteso come diritto sociale, sganciato da una dimensione statolatrica della scienza giuridica¹⁶. Tale scuola sostanzialista e realista è rimasta in Italia largamente minoritaria, fin dai tempi della fondazione del costituzionalismo italiano sui postulati della purezza giuridica dell'analisi scientifica gettati da Vittorio Emanuele Orlando. Pur non negando l'esigenza di partire da un'analisi scrupolosa della norma, essa riconosce la necessità di contaminare la purezza del diritto con gli apporti di altre scienze e, segnatamente, con l'osservazione degli avvenimenti politici che determinano la vita delle istituzioni. Tale era stata la lezione di Giorgio Arcoleo e Gaetano Mosca all'inizio del secolo scorso, che esprimeva l'esigenza di una stretta correlazione fra scienza giuridica, scienza politica e politica stessa. Non è casuale che, soprattutto in Mosca lo svolgimento del pensiero scientifico si muova sempre sulla linea di confine tra diritto e politologia. Tale scelta di metodo sembra strettamente collegata, non casualmente, allo sviluppo uno dei temi classici della riflessione dell'autore, quella del governo limitato, che esso identificava tradizionalmente con quella forma di *governo misto* che tanta fortuna aveva avuto nella trattatistica classica¹⁷.

ulteriori e più pervasivi rispetto a quelli tradizionalmente attribuiti ad un Presidente della Repubblica di un sistema parlamentare), il referendum abrogativo, le autonomie politiche territoriali, la giustizia costituzionale, il Consiglio superiore della Magistratura. Nella seconda categoria erano compresi innanzitutto la rigidità della Costituzione e, segnatamente, il procedimento aggravato per modificarla. Nella lettura dell'A. i correttivi del regime parlamentare venivano configurati come *"limitazioni o altrettanti condizionamenti"* che venivano a modificare i tratti tradizionali del regime parlamentare puro. Così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, pp. 486 e ss. Similmente si veda anche V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960, I, p. 638.

¹⁵ *"Se noi lamentiamo che i cultori del diritto pubblico sono troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giureconsulti, mentre soprattutto giureconsulti dovrebbero essere, nel modo migliore, più sicuro e più semplice potrà tenersi, perché la trasformazione avvenga, che uno studio profondo dei metodi propri a quelle scuole che di iurisprudenzia sono modello?"*, così V.E. ORLANDO, *Criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Modena 1925.

¹⁶ *"Quando in tal senso si parla, per esempio, del diritto italiano o del diritto francese, non è vero che si pensi soltanto ad una serie di regole o che si presenti l'immagine di quelle fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle leggi e dei decreti. Ciò a cui si pensa, dai giuristi e, ancora più, dai non giuristi, che ignorano quelle definizioni del diritto di cui parliamo, è invece qualche cosa di più vivo e di più animato: è in primo luogo la complessa e varia organizzazione dello Stato italiano o francese; i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse"*, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, p. 15.

¹⁷ Si tratta di un filone tradizionale del liberalismo costituzionale e di Bobbio in particolare. Si veda sul tema L. CEDRONI, *Democrazia in nuce. Il governo misto da Platone a Bobbio*, Roma, 2011. Se certo l'idea del governo limitato è risalente, nell'Italia moderna il primo scrittore che introdusse il concetto fu certamente il Paruta, facendo riferimento nel 1572 all'esperienza millenaria della Repubblica Veneta: *"Adunque, volendo ordinare uno stato, quanto più si può perfetto e che lungamente si conservi, è necessario l'unire insieme queste dritte maniere di governo; sicché l'una vegna a correggere i difetti dell'altra"*, P. PARUTA, *Della perfezione della vita politica*, Milano, 1964, p. 556. Il *"mescolamento d'imperio"* a cui il Paruta fa riferimento richiama all'idea di una diffusione della sovranità che è componente essenziale delle democrazie contemporanee.

La lezione di Arcoleo¹⁸, volta a compenetrare la dimensione del Politico e quella del Diritto in un'unica riflessione critica che permettesse di ricavare e approfondire la funzione direttiva e conformatrice della scienza giuridica nei confronti della prassi istituzionale, venne poi ripresa e fatta propria, nella seconda metà del secolo, prima da Costantino Mortati e poi da Giuseppe Maranini¹⁹. In tal senso è possibile comprendere le ragioni profonde che portarono quest'ultimo autore a farsi protagonista di un'accesa disputa che lo oppose nel 1940 a Vezio Crisafulli sulle colonne della rivista *Stato e Diritto*, in merito al problema del metodo in diritto costituzionale: laddove il primo eleggeva una prospettiva storico-sostanzialistica come fondamento dello studio della disciplina, il secondo rimaneva fedele all'analisi tradizionalmente dommatica e analitica della prima scuola del diritto pubblico italiano²⁰.

Lungi dal rivestire una valenza puramente dottrinarica, tale dibattito investiva profondamente la funzione stessa del diritto costituzionale, opponendo due visioni in più o meno evidente contrasto. Si vuole sottolineare che, al di là della volontà espressa di attribuire alla scienza giuridica una funzione puramente descrittiva o invece, più decisamente valutativa, la grande differenza che oppone i due filoni scientifici qui evocati, è certamente il tipo di materiale di cui valersi nell'indagine. La dottrina più recente ha posto in luce la bontà di un metodo *sincretico* che non si limitasse all'esegesi delle fonti ma che allargasse la sua attenzione a dati non puramente giuridici, dimostrando particolare

¹⁸ Sul metodo dell'Arcoleo, che intrecciava approccio storico e comparatistico, si veda l'introduzione di T. E. Frosini al volume G. ARCOLEO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2005. "Il Diritto, come misura, ha di fronte la idea; la Politica, come impulso, ha di fronte l'ideale. Così la Politica aggiunge al Diritto quello che il sentimento al cervello, e ne mitiga i rigidi sillogismi, e lo fa entrare nella vita (...). È però che in uno Stato veramente costituzionale non possono separarsi i problemi politici dai giuridici: chè già nelle scienze morali il separare è confusione, come il distinguere è accordo", così G. ARCOLEO, *Diritto e politica*, in *Uomini e tempi*, Milano, 1932, p. 214. La necessità di integrare lo studio della società nella scienza giuridica e di non risolvere lo studio del diritto nello *Staatrecht* aveva costituito anche in Germania, sotto un diverso ma assimilabile punto di vista, il nodo della disputa che opponeva la scuola di Laband e di Gerber a quella di Stein prima e di Gierke e Hänel poi. Si veda M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 385 e ss.

¹⁹ La produzione mortatiana è diffusamente e densamente intrisa della necessità di compenetrare diritto e politica: si pensi al ruolo del partito come Principe, deputato alla realizzazione dell'indirizzo politico inteso come quarta funzione dello Stato: "Si può pertanto concludere che il fine politico, in quanto incorporato in un'istituzione statale, non solo non appartiene ad uno stadio pregiudiziale, ma, formando l'essenza stessa della costituzione fondamentale, diviene la fonte prima del diritto dello Stato", così C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, p. 110.

²⁰ "Una indagine puramente dommatica, procedendo per sua natura da illazioni su elementi formali, non sembra dunque la più atta a rivelare nella sua verità la sostanza dell'organismo costituzionale (...). Quanto più ci veniamo avvicinando alle istituzioni essenziali, a quelle istituzioni che hanno un più immediato contenuto di politicità, tanto più il valore di una tale attività declina. (...) Se il virtuosismo dommatico è dannoso in ogni campo dell'indagine giuridica, esso contrasta in modo addirittura irriducibile con la natura, le necessità, le finalità delle indagini pubblicistiche e massime costituzionalistiche. (...) Senza dunque escludere il valore di una attività dommatica anche in questo campo, io ho affermato – e su questo concetto insisto – che "la comprensione storica rappresenta il primo e insostituibile fondamento di ogni indagine costituzionalista". G. MARANINI, *Dommatica e storia. Risposta a Vezio Crisafulli*, in *Stato e diritto*, 1940, pp. 224-226. "Di qui il rifiuto del formalismo giuridico, la refrattarietà a una soverchia cristallizzazione dommatica dei concetti giuridici, i quali possono penetrarsi in quanto siano colti nel fluire di vita di un popolo e delle sue istituzioni", L. BORSI, *Classe politica e costituzionalismo*. Mosca, Arcoleo, Maranini, Milano, 2000, p. 405. Il legame fra i tre autori che delinea un filo rosso della corrente non formalista della scuola del diritto pubblico italiano è stata ben colta dall'autore.

attenzione alla multidisciplinarietà della scienza ed esprimendo poi altrettanto chiaramente la necessità che la scienza costituzionalistica si riavvicini più esplicitamente alle ragioni che ne fondano il suo stesso statuto epistemologico²¹. Da qui la stretta relazione tra un metodo non formalista e la teoria del costituzionalismo come scienza dei limiti del potere. Secondo le lucide parole di Duverger, che è utile citare per esteso: « *Aucun système de gouvernement n'est parfait. Le meilleur gouvernement reste une structure de domination ; il tend naturellement à abuser de ses prérogatives. L'intellectuel doit démasquer non seulement les défauts des systèmes adverses mais aussi les défauts de son propre système. L'intellectuel ne peut pas entrer complètement dans un système qu'il approuve, parce qu'il ne peut pas approuver complètement un système. Il ne doit jamais être entièrement du côté du pouvoir mais se porter toujours un peu du côté de l'opposition* »²².

Anche in Francia esiste una risalente tendenza della scienza costituzionalistica a non trascurare gli aspetti più concreti e fattuali che costituiscono il completamento dello studio del diritto nella sua dimensione più autentica²³. Tale elaborazione dottrinale si deve storicamente a quella che è stata definita l'*école de Bordeaux*, che ebbe Léon Duguit come suo fondatore, all'inizio del secolo scorso²⁴. Il più eminente esponente di questo indirizzo dottrinario, dopo il suo fondatore, è stato sicuramente Maurice Duverger, che più di ogni

²¹ Nella prima direzione, essenziale per un'analisi costituzionalistica dei contropoteri, A. PUGIOTTO, "Veto players" e dinamiche istituzionali nella vicenda del "lodo Maccanico", in *Quad. cost.*, 2004, pp. 255 e ss. Nella seconda prospettiva, della riaffermazione del diritto costituzionale come freno al potere, si vedano le prese di posizione di Pace e di Luciani: "Ritengo che la vera grande sfida che si pone oggi al costituzionalismo sia quella di ritrovare e di riaffermare la propria identità originaria di teoria giuridica dei limiti del potere politico", A. PACE, *I limiti del potere*, Napoli, 2008, p. 17. Nello stesso senso Luciani: "Occorre rifuggire, insomma, i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere. E' davanti a polemos, non ad eiréne, che il costituzionalismo deve vincere le proprie sfide", M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.rivistaaic.it. Con la consueta lucidità poi Spadaro: "Urge – così almeno a noi pare – oggi più che mai, un rafforzamento "in verticale" degli studi costituzionalistici. Ciò che manca non è la ricchezza di "ricerche ultraspecialistiche" su singoli particolari istituti, né l'originalità delle stesse (...). Manca invece, ci sembra, la riflessione sui temi più alti (ma ineludibili), che sono appunto di frontiera", A. SPADARO, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris*, in AAVV, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale, Seminario di studio svoltosi a Messina, 23 febbraio 1996*, Padova, 1997, p. 178.

²² M. DUVERGER, *L'autre côté des choses*, Paris, 1977, pp. 60-61.

²³ Le radici di questo approccio sarebbero da far risalire in Francia allo stesso Montesquieu, che nella rassegna comparatistica dei regimi politici analizzati al fine di dedurre lo *spirito delle leggi* prendeva addirittura in considerazione fattori come il clima e la natura del terreno, C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, Milano, 2004, pp. 385 e ss. L'idea di Montesquieu fu alla base della riflessione degli intellettuali del Circolo costituzionale riunito attorno a Madame de Staël. Benjamin Constant era sicuramente uno dei più influenti componenti del cosiddetto *Groupe de Coppet*. Nei suoi *Principi di Politica* l'A. dedica un libro intero alla necessità di realizzare un sistema di freni al potere: "La maggioranza può legiferare soltanto sulle materie sulle quali la legge deve pronunciarsi, ma sulle materie sulle quali la legge non deve pronunciarsi, la volontà della maggioranza non è più legittima di quella della più esigua minoranza", B. CONSTANT, *Principi di politica*, Soveria Mannelli, 2007, p. 40.

²⁴ Per avere un saggio dell'impostazione del metodo duguitiano è interessante consultare la raccolta di saggi in traduzione italiana curata da Augusto Barbera, L. DUGUIT, *Le trasformazioni dello Stato. Antologia di scritti*, Torino, 2003: Nel saggio qui riprodotto su *La concezione realista dello stato* (1927) Duguit scriveva: "La tesi precedente ha evidenziato la vacuità delle dottrine, di qualunque genere esse siano, che vogliono dare una giustificazione filosofica della potenza politica. La verità è che il potere politico è un fatto (...) È il prodotto di una evoluzione sociale di cui il sociologo deve determinare la forma e segnalare gli elementi. (...) Anarchica, se si vuole, la mia dottrina se essa può giungere meglio di ogni altra a limitare giuridicamente il potere dello Stato e fondare effettivamente una regola di diritto determinante il senso e l'estensione degli atti di governo", così a p. 185-186.

altro è riuscito nell'intento di non separare lo studio del diritto da quello della scienza politica²⁵. Tale approccio non trascura nemmeno la dimensione sociologica del diritto: da Duguit – che incardinava nella scienza di Durkeim gran parte del suo metodo – fino ai giorni nostri l'apporto della sociologia allo studio del diritto è da tenere in considerazione per la comprensione dei problemi posti dalla dimensione reale del fenomeno giuridico²⁶. Ciò implica un'estensione in senso *decostruttivista* del fenomeno giuridico, essenziale per cogliere la natura non puramente descrittiva della scienza costituzionalistica²⁷. Tale attenzione alla dimensione fattuale del diritto è nella dottrina francese decisamente più diffusa che in quella italiana: anche gli autori che si richiamano più direttamente alla *scuola dell'esegesi* sottolineano l'importanza di un metodo che consideri le implicazioni metagiuridiche dello studio del diritto pubblico²⁸. La comune attenzione alla complessità del fenomeno giuspolitico che accomuna la dottrina italiana e quella francese è compendiate nella famosa prefazione di Maranini l'edizione italiana del duvergeriano "*Demain, la République*", nel quale si ritrovano tutti i salienti del costituzionalismo critico²⁹.

Ma non basta. Secondo quanto la stessa dottrina d'oltrale ha dimostrato, il diritto costituzionale dovrebbe aprirsi non solo *al di là del diritto* ma anche agli *altri diritti*. Proprio il fatto che il problema affrontato in questo lavoro, quello dei controlli, sia ritenuto tipicamente dominio del diritto amministrativo, costituisce forse un'altra delle ragioni che

²⁵ « *Le droit constitutionnel devient de moins en moins le droit de la Constitution, pour être de plus en plus le droit des institutions politiques, qu'elles soient ou non contenues dans le texte de la Constitution.(...). Il signifie qu'on ne doit plus se tenir désormais à une analyse juridique des institutions politiques, mais qu'on doit insérer celle-ci dans une analyse plus complète et plus large, de nature sociologique. Même les institutions politiques réglementées par le droit, celles qui établissent la Constitution ou les lois qui la complètent, ne doivent plus être étudiées uniquement sous l'angle juridique ; désormais on doit essayer de définir dans quelle mesure elles fonctionnent conformément au droit et dans quelles mesure elles y échappent ; on doit déterminer leur importance réelle, dans les faits, et non pas se borner à analyser l'importance théorique que leur confèrent les textes juridiques ».* M. DUVERGER, *Droit constitutionnel, institutions politiques*, Paris, 1956, pp. 5-11.

²⁶ Per questa opzione si veda innanzitutto lo scritto fondamentale per la definizione della nozione di campo giuridico: P. BOURDIEU, *La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986. pp. 3 e ss. Come si vedrà oltre l'interesse della sociologia per il terreno del diritto costituzionale e delle istituzioni in particolare è molto pronunciato. Ne sono saggio alcuni testi di notevole interesse: B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, 2002, M. ABELES, *Un ethnologue à l'Assemblée*, Paris, 2000 e, soprattutto D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil Constitutionnel*, Paris, 2010. L'approccio francese, particolarmente attento al fenomeno politico del diritto costituzionale, è stato nel tempo proficuamente integrato da quel realismo d'oltreoceano che ha invece concentrato la propria attenzione sul versante giurisdizionale del diritto costituzionale. Ai fini della nostra indagine, come si vedrà nell'ultimo capitolo, un caposaldo scientifico è rappresentato dagli studi compiuti da Alec Stone Sweet. Si ricordino, per ora solo incidentalmente, innanzitutto A. STONE SWEET, *The birth of judicial politics in France. The Constitutional Council in comparative perspective*, Oxford, 1992 e, dello stesso autore, *Governing with judges*, Oxford, 2000.

²⁷ In questa prospettiva "si possono trovare, come d'altronde in Montaigne, le premesse di una filosofia critica moderna, o di una critica all'ideologia giuridica, una de-sedimentazione delle sovrastrutture del diritto che nascondono e riflettono a un tempo gli interessi economici e politici delle forze dominanti della società", J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., p. 62.

²⁸ "La méthode juridique doit alors permettre au juriste de chercher en dehors es teste ce qui permet de les comprendre, c'est à dire de les interpréter et aussi souvent de les compléter; ainsi comme dans les autres disciplines le juriste contribue à préciser et même à dégager la norme constitutionnelle", F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, in *Revue du droit public*, 1981, p. 276.

²⁹ M. DUVERGER, *La Repubblica tradita*, Milano, 1960.

hanno fin'ora impedito lo sviluppo di una riflessione organica del tema sul versante costituzionalistico³⁰. Per capire l'importanza di questa compenetrazione fra discipline giuridiche basterebbe ricordare, per esempio, come Georges Vedel abbia per lungo tempo sostenuto la necessità che i costituzionalisti non si limitassero a considerare la giustizia costituzionale per valutare la capacità della Costituzione di informare l'ordinamento, ma considerassero con uguale attenzione la giurisprudenza ordinaria e, a maggior ragione, quella amministrativa³¹.

L'adozione di questo metodo composito che accoglie apporti estranei alla scienza costituzionalistica non è certo fine a sé stesso ma consente di interrogarsi sulla funzionalità degli istituti ad assicurare le esigenze garantistiche che essi sono volti ad esprimere, permettendo di assumere una prospettiva almeno parzialmente esterna alla disciplina³². Tale approccio, che la sociologia definirebbe *funzionalistico*, si rivela essere un'evoluzione quasi conseguente alla necessità di dare seguito a quella filosofia della limitazione del potere che, da Montesquieu e Constant in poi, risulta essere un filone imprescindibile della riflessione filosofica nella quale il costituzionalismo si radica³³. Come si vede, quindi, l'adozione di un metodo non puramente positivista sembrerebbe favorire una comprensione più organica del fenomeno giuridico come fenomeno sociale³⁴. Ciò è ancora più vero per lo *studio* che per l'*applicazione* del diritto costituzionale: laddove la ricerca può ben estendersi al di là del perimetro definito dalle norme per proporre nuove possibili soluzioni ai problemi, è

³⁰ “Nel campo del diritto costituzionale invece e con riguardo alla dottrina italiana (se si eccettua qualche spunto per una sistemazione della dottrina più recente) di controllo si è sempre parlato in modo per lo più intuitivo e frammentario, quando cioè (...) si è ritenuto di rinvenire una manifestazione per sé stessa evidente del fenomeno del controllo, secondo la nozione generalmente invalsa, cioè quella elaborata dagli amministrativisti”, S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963, p. 4.

³¹ Esempio di questa sensibilità costituzionalistica estesa al diritto amministrativo è l'opera, prefata appunto da Vedel, di F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris, 1966.

³² Ciò è essenziale se si vuole attribuire al ragionamento una dimensione *critica* sugli istituti e sul loro funzionamento: “La critica esiste solo in relazione con qualcosa di diverso da se stessa: essa è strumento, mezzo per un avvenire o una verità che non conoscerà e che non sarà; essa è uno sguardo su un campo in cui intende mettere ordine senza poter dettar legge. (...) Mi pare che nel gran fermento sviluppatosi attorno al problema della maniera di governare alla ricerca di maniere di governare emerga una questione costante: “come non essere governati in quel modo: (...) Pertanto proporrei come prima definizione generale della critica la seguente: l'arte di non essere eccessivamente governati”, così esemplarmente M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, Roma, 1997, pp. 35-38.

³³ Questa tradizione francese che teorizza la necessità del governo limitato riecheggia la tradizione inglese del *frame of government* lockiano. Tale orientamento (che potremmo definire classicamente girondino o, in Constant, dichiaratamente costituzionalistico) si oppone recisamente alla concezione giacobina (hobbesiana e spinoziana) del potere: « *Les pouvoirs sont arrogants en guerre, inquiets et flexibles en paix. Cette loi trouve son application dans les luttes intérieures aussi. (...) Il est plus facile de mener les citoyens aux barricades que d'obtenir qu'ils observent et jugent à chaque instant. (...) Au lieu de dire que c'est impossible, il faut le faire, comme nous faisons en ces feuilles, menant cette bonne révolution qui vise moins à détronner les rois qu'à les rendre sages* », ALAIN, *Le citoyen contre les pouvoirs*, Paris, 1926, p. 120.

³⁴ Alessandro Pace ha acutamente definito tale approccio “*giuspositivismo temperato*”, “non solo perché non presuppone la teoria e l'ideologia giuspositiviste, ma anche perché postula, da parte dell'interprete, consapevolezza storica degli istituti giuridici, sensibilità per gli apporti delle altre scienze sociali (antropologia, sociologia...) e per la comparazione giuridica”, così A. PACE, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in www.constituzionalismo.it. L'autore, a suffragio della propria impostazione neo-positivista ricorda la simile impostazione espressa in L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico*, Milano, 1997, p. 249.

certamente meno opportuno che chi deve vigilare sulla corretta applicazione delle prescrizioni costituzionali utilizzi canoni interpretativi che oltrepassano la lettera della norma stessa.

Riassumendo organicamente quanto si è detto, si potrebbe concludere affermando che per effettuare un'analisi sui limiti del potere è necessario considerare la natura necessariamente avversariale del potere stesso, conteso tra gli organi che rientrano nell'equazione di ogni forma di governo. Tale indagine deve necessariamente nutrirsi degli apporti che vengono da altre discipline: non solo considerando l'ispirazione filosofica dei problemi evocati ma anche utilizzando gli strumenti offerti dalla scienza politica. Tale premessa metodologica ci è sembrata opportuna per definire in quale prospettiva si inserisce quest'indagine, per identificare come essa non sorga dal nulla ma si inserisca profondamente negli interrogativi e nelle esigenze che il diritto costituzionale è intimamente portato ad affrontare.

3. Per un fondamento teorico della nozione di contropotere nel diritto costituzionale

La nozione di *limite* sta alla base del costituzionalismo moderno e più in generale del fenomeno giuridico³⁵. Tale termine appare in modo tuttavia poco appariscente al secondo comma dell'art. 1 della Costituzione italiana, che non offre né una sua precisazione né un suo organico sviluppo. La dottrina stessa, nel commentare l'articolo in questione non ha mai, a quanto pare, fornito una enumerazione esaustiva o una categorizzazione di questi stessi limiti e, nemmeno, ha fornito un'esauriente delimitazione dommatica del concetto, che appare, come si è già considerato, alquanto sfuggente in termini giuridici³⁶.

³⁵ "La dinamica del potere è inesorabile nell'incrementarsi e nel concentrarsi. Va respinta, combattuta, incessantemente. È questa la ragione storica, etica e politica del costituzionalismo", G. FERRARA, *Le ragioni del diritto costituzionale*, in www.costituzionalismi.it. L'A. riafferma con forza questa idea in G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, p. 196. Sulla nozione di limite come coesistente al diritto si veda M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, in M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS - C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, 2005, pp. 12 e ss.

³⁶ Si veda F. HOURQUEBIE, *Le contre-pouvoir, enfin connu*, in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic. Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Paris, 2008, p. 101. Claude Emeri e Christian Bidegaray hanno efficacemente descritto questa realtà in un articolo ricco di suggestioni per questo lavoro: "Aujourd'hui encore, la notion de contre-pouvoir est disponible à l'analyse politique, puisqu'elle n'apparaît dans les travaux savants que comme une commodité de langage avec une portée purement métaphorique", così C. BIDEGARAY-C. EMERI, *Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir*, *Revue de Droit Public*, 1994, p. 339. Del resto, come già osservato, Livio Paladin parlava di "correttivi alla forma di Governo", non richiamandosi esplicitamente all'art. 1 ma definendo tali quegli organi o istituti idonei a contaminare la purezza del regime parlamentare classico. Nella voce sull'art. 1 Mortati non toccava nemmeno il tema dei limiti, indugiando piuttosto sulla natura della sovranità e sul suo rapporto con l'indirizzo politico, limitandosi così ad accennare al referendum (ancora una volta) come "correttivo alle

L'equivalente dei limiti cui l'art. 1 Cost. fa riferimento può essere ravvisato, con interessante parallelismo malgrado la diversità della forma, nell'art. 3 della Costituzione francese: « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Nel primo comma viene messo in evidente risalto il referendum che, nell'intenzione del costituente, avrebbe dovuto essere non tanto uno strumento di limite al potere, quanto piuttosto una nuova forma di espressione plebiscitaria del potere³⁷. Soprattutto la seconda frase sottolinea implicitamente la diversità dei concetti di popolo e maggioranza politica: la seconda non potrebbe mai arrogarsi il diritto di considerarsi sovrana e quindi svincolata dalle regole poste dalla Costituzione stessa. Siamo tuttavia in presenza di un'idea molto diversa rispetto a quella formulata nell'art. 1 della Carta italiana del 1948. Laddove quest'ultimo parla esplicitamente di limiti della sovranità, la Costituzione francese non circoscrive affatto il potere del popolo, ma afferma semplicemente che nessuno può farsi interprete esclusivo della sua volontà³⁸.

La nozione di limite in un ordinamento democratico è strettamente correlata a quella che Pierre Rosanvallon ha definito la *contre-democratie*, o democrazia negativa (intesa come potere di denuncia e critica implicito nel concetto di *limite*), per indicare un fenomeno che si caratterizzerebbe per la sua complessità, idonea ad “accerchiare” la semplicità della regola maggioritaria democratica proprio attraverso una variegata moltitudine di limiti³⁹. Se fino all'epoca di Montesquieu era inimmaginabile che tale contro-forza potesse essere esercitata da organi che non fossero saldamente incardinati nello Stato apparato, è con l'affermarsi delle prime teorie democratiche che, all'idea del contropotere di tipo funzionariale-tecnico-aristocratico – e di cui la magistratura era la più tipica espressione –, si affianca quella del popolo sovrano come censore del potere delegato ai propri

disfunzioni del regime parlamentare”, così C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, 1975, Bologna-Roma, pp. 38 e ss. Altri invece riconducono il tema dei limiti, più genericamente, al diritto di resistenza, ricollegandolo ad ipotesi estreme di violazione dei diritti fondamentali. Così V. CRISAULLI - L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990. Più recentemente la dottrina, commentando l'art. 1 ha parlato della giustizia costituzionale come “*coronamento dell'ideale del governo limitato*”, così R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2008, p. 29. Più recentemente autorevole dottrina ha posto l'accento sul tema del limite ricollegandolo direttamente all'art. 1: “*I limiti al potere della maggioranza costituiscono l'essenza di questa forma di stato. Limiti interni: il potere diviso fra più organi e controllabile. Limiti esterni: diritti e libertà*”, L. CARLASSARE, *Costituzione, articolo 1*, in *Il fatto quotidiano*, 25-IX-2009.

³⁷ Nel secondo capitolo si espliciterà come invece la prassi della Quinta Repubblica abbia trasformato il referendum in fonte di contropotere.

³⁸ Tale prospettiva risente chiaramente delle teorie che identificavano la sovranità del popolo nella sovranità dei suoi rappresentanti (in virtù della tesi della rappresentanza nazionale), sussumendo la legge a espressione della volontà generale. Caposaldo di questa lettura della sovranità politica è l'opera di E. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, in E. SIEYÈS, *Ecrits politiques*, Paris, 1994, pp. 115 e ss.

³⁹ L'idea è risalente ed è necessario riprendere qui la celeberrima affermazione di Montesquieu: « *C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser (...). Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* », C.L. DE MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, 1867, p. 128.

rappresentanti: si tratta della sovranità del *peuple-veto*, premessa teorica delle contemporanee forme di referendum abrogativo⁴⁰. In questo senso si potrebbe dire con Luigi Ferrajoli che, storicamente, il contropotere “madre” per eccellenza – in opposizione al potere che legifera e dispone – è quello del giudice, il quale si avvale del *blasone* della decisione⁴¹. In questo senso ogni contropotere reca in sé la traccia di questo originario archetipo della giurisdizione: controllare e limitare significa sempre in qualche modo valutare e giudicare di un atto precedentemente posto dall’autorità. Rovesciando il paradigma della “società di sorveglianza” di Foucault, si potrebbe dire che la caratteristica più essenziale di un sistema costituzionale è proprio quel “potere pastorale” con il quale tutti gli organi esterni al circuito del potere reagiscono alla dominazione esercitata dal potere stesso⁴². In termini hegeliani, il senso proprio della democrazia non sarebbe esclusivamente nella “tesi democratica”, quanto piuttosto nella sintesi che deriva dalla soluzione della dialettica che oppone *tesi del potere democratico* e *antitesi* intrinseca al contropotere. Non bisogna tuttavia essere indotti in errore e credere che il dualismo potere-contropotere sia perfetto e simmetrico. Con ciò si vuol dire che laddove il potere necessariamente deve porre necessariamente in atto una qualche azione – e, quindi, esercitare l’azione di governo che si estrinseca in atti, amministrativi e normativi – gli organi di contropotere devono certo controllare permanentemente il potere, ma non è detto che a ciò segua sempre e necessariamente una reazione (o *contro-atto*). Diversamente opinando si realizzerebbe una concorrenza perfetta e un freno permanente che inibirebbe qualsiasi progressione, una situazione di stallo che certo negherebbe in radice la predetta *tesi democratica*. Sebbene quindi sia innegabile che tale dualismo potere-contropotere esista – e ciò è desumibile anche da comprensibili ragioni logiche⁴³ – non si può dire che qualitativamente le competenze di poteri e contropoteri si equivalgano.

⁴⁰ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*, Paris, 2006, p. 21. L’idea secondo la quale l’antidoto al potere assoluto fosse da ricercarsi in « *une espèce d’aristocratie de fait* » che limitasse gli eccessi del potere rappresentativo venne teorizzata da Honoré Gabriel de Mirabeau all’alba della Rivoluzione francese, ricalcando le teorie sul *governo misto* cui già si è fatto riferimento. Questa concezione del (contro)potere moderatore è, come si è detto, il principio informatore dell’ordine giudiziario, di cui la più recente emanazione è senza dubbio quella della giustizia costituzionale. Si vedrà poi nell’ultimo capitolo quali siano i connotati essenziali di quest’ultima intesa come antitesi del potere democratico.

⁴¹ Secondo Timsit esistono infatti due *blasons* o segni di riconoscimento della legalità che descrivono il potere giurisdizionale in opposizione a quello governante: la *transcription* (per la quale il giudice non fa che applicare la legge), la *transdiction* (ovvero l’interpretazione legata alla Costituzione, necessariamente creativa), così G. TIMSIT, *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, Paris, 1995, pp. 30 e ss.

⁴² Così M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, Paris, 2004, pp. 130-134. Il concetto è efficacemente definito anche da Jacques Rancière: “*Repubblica significa, da Platone in poi, il nome del governo che assicura la riproduzione del gregge umano, proteggendolo contro la tumefazione dei suoi appetiti di beni individuali e di potere collettivo*”, così J. RANCIÈRE, *L’odio per la democrazia*, Napoli, 2005, p. 40. Il discorso che si vuole affrontare non deve essere identificato come antidemocratico. Secondo Rancière (*ibidem*): “*L’odio per la democrazia non è certo una novità. (...) Oltre a questo odio la storia ha conosciuto anche la critica della democrazia. La critica legittima un’esistenza ma le impone dei limiti (p. 8)...La democrazia moderna significa la distruzione del limite politico attraverso la legge dell’illimitazione propria della società moderna (p. 16)*”.

⁴³ Il dualismo potere-contropotere riproduce un binomio che può dirsi un *topos* della filosofia ontologica di ogni tempo. Sul punto si veda I.P. CULIANU, *I miti dei dualismi occidentali: dai sistemi gnostici al mondo moderno*,

Quando si fa riferimento al *limite* sono molti i sinonimi che indifferentemente vengono utilizzati per identificarlo. Si parla in questo senso di volta in volta di *contrappesi*, di *controllo* e di *contropoteri*. A questo proposito può essere utile ipotizzare quale possa essere il legame tra tre termini fondamentali: limite, controllo e contropotere. Se volessimo tentare una prima classificazione potremmo dire che si tratta di nozioni che gravitano tutte nel medesimo campo semantico. Più precisamente potremmo considerare il *limite* (ai sensi dell'art.1) un iperonimo che indica qualsiasi forma di regolazione e delimitazione del potere, nel quale rientrano sia gli atti in cui tale funzione si esplica che gli organi deputati a porli in essere. Il *controllo* a sua volta è definibile come una qualsiasi specie di limitazione del potere caratterizzata da un elemento di giudizio (il cui parametro critico-valutativo dipenderà necessariamente dall'organo che lo esercita). Con *contropotere* invece indichiamo più esattamente l'organo che, pur configurabile come potere esso stesso in senso lato (in tanto in quanto è un ente costituzionalmente rilevante), esercita la funzione di limite nei confronti del potere *tout court*, il cui consenso è più o meno necessario per modificare o innovare l'ordinamento giuridico⁴⁴. Oggetto del nostro studio saranno quindi in tal senso i contropoteri che esercitano non solo genericamente un limite al potere, ma un limite giuridicamente rilevante e calcolabile sotto le forme del *controllo*⁴⁵.

Laddove le nozioni di limite e di contropotere sono state da sempre alquanto estranee alle preoccupazioni della dottrina, la nozione di controllo è sicuramente quella che ha avuto (se pur limitatamente) maggior fortuna. L'indagine senza dubbio più interessante in materia è sicuramente quella condotta all'inizio degli anni sessanta del secolo scorso da Serio Galeotti, che in essa ha compiuto la prima organica sistematizzazione teorica delle categorie afferenti ai controlli giuridici nell'ambito del diritto costituzionale⁴⁶. L'autore, nel tentativo di derivare una definizione di *controllo costituzionale* sottolineava come la peculiarità

Milano, 1989. L'imprescindibile logica dell'esistenza del contropotere è stata ben messa in luce dalla dottrina francese: “*Il résulte que pour avoir du pouvoir on est obligé d'être contre-pouvoir dans son environnement; pouvoir et contre-pouvoir sont les deux faces d'un même Janus*”, A. HOLLEAUX, *Les pouvoirs multiples dans le Pouvoir*, in *Revue de droit prospectif*, 1978, p. 39.

⁴⁴ Così parafrasando Tsebelis, scienziato politico fondamentale per lo studio dei contropoteri, in termini costituzionalistici. Si veda G. TSEBELIS, *Poteri di veto. Come funzionano le istituzioni politiche*, Bologna, 2004, p. 51. Si veda anche S. MILACIC, *Le contre-pouvoir, cet inconnu*, in AAVV, *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Bordeaux, 2003, p. 680. Si potrebbe dire che nella categoria del potere in senso lato (che corrisponde esattamente alla configurazione di potere dello Stato che la Corte ha definito nella sua giurisprudenza) rientrano poteri in senso stretto – cioè determinanti l'indirizzo politico – e contropoteri – esercenti una funzione di controllo –.

⁴⁵ La distinzione fra contrappeso e contropotere è decisamente più labile ma si pensa sia stata efficacemente individuata nella natura più attiva e propositiva del contropotere rispetto a quella di mero freno del contrappeso, il cui effetto sarebbe più legato all'inerzia che alla contro-forza, così F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Cinquième République*, Bruxelles, 2005, p. 73.

⁴⁶ A testimonianza del lungo e coerente impegno scientifico del Galeotti ad indagare i limiti del potere si ricordi l'interessante contributo di E. BETTINELLI, *Una lezione da non dimenticare: garanzie costituzionali e “poteri pericolosi”*, in B. PEZZINI (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto costituzionale*, Milano, 2003, pp. 33 e ss.

dello stesso risieda innanzitutto nella sua relatività, in quanto, scontrandosi incessantemente con il fenomeno politico, solo eccezionalmente potrebbe configurarsi quale veto assoluto all'esercizio del potere. A maggior ragione (e per le stesse premesse) mai potrà configurarsi, diversamente da quanto avviene nel diritto amministrativo, un vero e proprio rapporto di gerarchia-subordinazione tra contropotere-controllore e potere-controllato⁴⁷. Secondo Galeotti ciò che caratterizza il controllo come giuridico (e costituzionale in seconda battuta) è essenzialmente l'oggetto sul quale esso incide, inteso essenzialmente come atto normativo, e la sua esistenza presupporrebbe la compresenza di due elementi, quello del *giudizio* (cui si è già accennato) e quello della *misura*, la quale si configurerebbe come momento sanzionatorio successivo all'espletamento del giudizio⁴⁸. La concezione qui esposta, benché ineccepibile dal punto di vista dogmatico, sembra tuttavia ai nostri fini eccessivamente restrittiva, in quanto idonea a considerare come contropoteri solo quegli organi che hanno natura squisitamente giurisdizionale. Qui si vorrebbe adottare una nozione più lata di controllo, idonea ad abbracciare la molteplicità di forme nelle quali lo stesso viene a manifestarsi nella realtà della forma di Governo. Si vuol dire che, più che desunta dalle *attribuzioni* e dalla natura dell'organo, la funzione di controllo dovrebbe essere ricavata più esattamente dalla *funzione* rivestita dallo stesso alla luce delle disposizioni e dello spirito della Costituzione. I controlli in questione, che possono essere sia *preventivi* che *successivi* rispetto al venire ad esistenza dell'atto, si caratterizzerebbero inoltre per l'essenziale (sembra banale ricordarlo) distinzione fra controllante e controllato e, incidendo esclusivamente sull'atto, non ridonderebbero in un accertamento di responsabilità nei confronti dell'autore dell'atto stesso⁴⁹. Ciò è da sottolineare in particolare nell'ambito del diritto costituzionale, dove l'ipotetica equiordinazione degli organi impedirebbe di configurare, come detto, un tipo di verifica tradizionalmente punitiva nei confronti dell'agente-controllato.

Al di là della sua pur necessaria definizione, la frammentarietà del concetto di limite merita senza dubbio di essere superata se si vuole individuare la portata della lettera

⁴⁷ Così S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria*, cit., pp. 14 e ss. A giudizio di chi scrive bisognerebbe forse osservare che di fatto una gerarchia tra controllore e controllato è invero pianamente configurabile ma essa non sarebbe per così dire non ammissibile *apertis verbis*. Per non giungere fino a teorizzare una *superiorità gerarchica assoluta* del controllore sul controllato-governante, si potrebbe dire che essa viene a manifestarsi e rimane circoscritta alla sola fase del controllo, soprattutto quando questo assume le forme del veto assoluto (così nel referendum e nella censura costituzionale), potendo a tal proposito parlare forse di *superiorità gerarchica relativa*.

⁴⁸ S. GALEOTTI, *ibidem*, pp. 48 e ss. Tuttavia, è lo stesso Galeotti ad ammettere poco oltre che “*per riconoscere la sussistenza di un potere di controllo può essere sufficiente che la misura, in cui si può tradurre il potere inibitorio dell'organo o soggetto che si ipotizza come controllante, si risolva in una conseguenza idonea ad ostacolare, ossia anche soltanto a rendere più difficile, più laboriosa ed incerta, l'integrazione dell'efficacia giuridica dell'atto controllato*”, S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria*, cit., p. 71. Ecco allora che emerge la possibilità di estendere il concetto di controllore (o contropotere che dir si voglia) anche a quegli organi che non agiscono attraverso schemi di tipo paragiurisdizionale come l'opposizione parlamentare. Si vedrà tuttavia all'inizio del terzo capitolo come sia possibile parlare, almeno in senso simbolico, del rapporto maggioranza-opposizione in un'ottica processuale e para-giurisdizionale.

⁴⁹ Quest'ultima è un'ennesima conferma del carattere non necessariamente giurisdizionale del controllo, essendo l'accertamento della responsabilità giuridica uno dei profili tipici ed essenziali dell'autorità giudiziaria.

costituzionale e tentare una *reductio ad unum* dei singoli limiti diffusi nella Costituzione. Solo rappresentando sinotticamente questa serie di contrappesi è possibile farsi un'idea dei confini che il potere deve tollerare se vuole dirsi democratico e realizzare come sia possibile concepire e comprendere la sovranità solo per difetto, una volta sottratta la sommatoria dei limiti che il costituente pone ad essa. Non solo: la sovranità si identificherà così non come l'estrinsecazione di una monolitica volontà democratica quanto piuttosto come la sintesi di una serie lineare di centri istituzionali⁵⁰. Ciò ci porterà a capire come in realtà non sia paradossale affermare che la sovranità stessa non risiede solo nel potere ma anche nel suo limite.

4. Segue: Individuazione dei limiti costituzionali all'esercizio della sovranità

Si vuole ora tentare di scorporare il concetto di limite, come già individuato nella sua unitarietà, per capire come ed in che modo sia possibile individuarne diverse fattispecie per proporre poi una razionalizzazione utile ad una migliore intelligenza del concetto. A tal fine è forse opportuno non solo differenziare le varie forme di limiti ma anche rintracciarli sommariamente nell'articolato costituzionale.

In tal senso, a fini ricostruttivi, è possibile distinguere tra limiti *interni* e limiti *esterni*, a seconda che essi siano rappresentati o meno da organi ed istituti propri dell'ordinamento nazionale statale. Si possono in tal senso considerare limiti esterni al potere statale innanzitutto quelle organizzazioni poste dal diritto internazionale a cui l'Italia aderisce a fini di salvaguardia della pace. Non si tratta solo dell'art. 11 Cost. ma anche dell'art. 117 c. 1 Cost. In tal senso ci si riferisce quindi *in primis* all'Unione Europea e al sistema ordinamentale e giurisdizionale creato dalla Consiglio d'Europa. Diverso e più circoscritto è il concetto di limite derivante dall'esistenza di un potere legislativo regionale e, più latamente, dalle autonomie territoriali, secondo il combinato disposto degli art. 5 e 114 Cost. In questi ultimi casi il limite è non solo configurato nella sua estensione dal criterio di competenza fissato in Costituzione ma anche dalla lunga (e restrittiva) giurisprudenza

⁵⁰ L'immagine della linea si oppone all'idea della sovranità come punto geometrico formulata nel 1632 da Cardin Le Bret per definire nell'assolutismo il potere del sovrano: "*la souveraineté du roi par nature n'est pas plus divisible qu'un point en géométrie*". Secondo autorevole dottrina infatti: "*Il sistema di checks and balances non ha soltanto la funzione di assicurare l'equilibrio dei poteri ma garantisce la circolarità del potere in generale. Nessun organo può incarnare stabilmente la sovranità (...). Tutto ciò non significa che la Costituzione italiana sia senza sovranità ma che la sovranità dei valori viene sorretta, di volta in volta, da un soggetto istituzionale che in quel momento e in quella situazione incarna la sovranità oggettiva. L'oggettivizzazione della sovranità comporta la sua relativizzazione soggettiva (...) Non esiste il sovrano ma i sovrani*". Così G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005, p. 88.

costituzionale in termini di sussidiarietà⁵¹, laddove invece, nel caso dell'Unione Europea, la clausola dei poteri impliciti *ex art. 308* del TUE giunge a configurare un potere di freno delle iniziative statali in potenziale e continua espansione.

Fra i limiti esterni al cosiddetto Stato-persona è rinvenibile la procedura referendaria *ex art. 75*, la quale si caratterizza invero come un particolare contropotere esercitato da quell'organo, il popolo, primo ed unico depositario della sovranità. Questa apparente aporia ci permette di distinguere appunto tra *sovranità* e *potere*: laddove la prima "appartiene al popolo" il secondo è delegato, ed esercitato dal Governo e dalla maggioranza parlamentare. La sovranità è dunque al tempo stesso, e senza contraddizioni, fonte del potere e origine del contropotere. Se ciò non bastasse, sarebbe sufficiente osservare che solo un'interpretazione restrittivamente letterale potrebbe indurre a ritenere che il popolo possa essere l'unico depositario dell'intera sovranità (che sovranità del resto non sarebbe in senso proprio e tradizionale proprio in quanto esplicitamente limitata dallo stesso art. 1)⁵². In tale senso, ancora, non sarebbe contraddittorio dire che il popolo eserciti la sua sovranità in ultima istanza incidendo sulle determinazioni degli organi istituzionali che la esprimono in sua vece.

I limiti esterni (allo Stato) si arricchiscono poi di una serie di attori sociali la cui esistenza è presa in considerazione nella prima parte della Costituzione. Sarebbero quindi da considerare tali le associazioni, le confessioni religiose, i sindacati, i mezzi di telecomunicazione e i partiti politici, la cui esistenza è assicurata, a sua volta, da una serie di limiti *interni*⁵³. Come tali possono essere considerati infatti le riserve di legge e le riserve di giurisdizione, che il costituente pone a presidio dei "contropoteri sociali" e delle libertà fondamentali e che possiamo definire come limiti interni perché messi in atto da due organi dello Stato: il Parlamento e l'ordine giudiziario. Se la riserva di legge in un sistema maggioritario difficilmente può essere considerata come un vero e proprio freno al potere, essendo la legge prodotto sempre più esclusivo della stessa solida maggioranza, la riserva di giurisdizione si salda strettamente all'art. 101. L'indipendenza del giudice, letta in combinato disposto con le singole riserve di giurisdizione, costituisce infatti il sistema a *doppia chiave* previsto a tutela i diritti fondamentali⁵⁴. In questo senso la magistratura deve

⁵¹ Sulla configurazione delle autonomie locali come limite al potere dello Stato si veda L. VANONI, *Federalismo, regionalismo e sussidiarietà. Forme di limitazione al potere centrale*, Torino, 2009.

⁵² Nella Costituzione non esiste un modello di sovranità personale-soggettiva: essa non ha sostituito lo Stato-potenza con la tirannia del popolo sovrano, altrimenti "il popolo sovrano si identificherebbe con i partiti, i quali, a loro volta, si identificherebbero con lo Stato, che sarebbe per parte sua, rappresentativo del popolo, in un processo circolare riproduttivo, nella sua globalità, delle connotazioni classiche della sovranità oggettiva", così G. SILVESTRI, *Lo Stato*, cit., p. 87.

⁵³ Bobbio distingue tra limiti al Potere interni, tipici del costituzionalismo, ed esterni, propri alla sfera del diritto internazionale (in una prospettiva quindi abbastanza simile a quella qui proposta): N. BOBBIO, *Stato, governo e società*, Torino, 1985, pp. 92 e ss.

⁵⁴ Per completezza è necessario osservare che in una prospettiva sociologica gli stessi soggetti delle garanzie delle libertà sancite nella prima parte della Costituzione sono posti quali società naturali che limitano il potere dello Stato (da qui la protezione che ad essi è accordata). Sul ruolo delle organizzazioni sociali come contropoteri si veda U. BECK, *Potere e contropotere nell'età globale*, Bari, 2010 e L. FRANÇOIS-F. B. HUYGHE,

essere considerata come fonte principale dei limiti posti a salvaguardia dell'ordine costituzionale e, quindi, contropotere per eccellenza essa stessa. Il “terzo potere” deve essere considerato alla luce della sua complessità, che comprende non solo la magistratura ordinaria e quella amministrativa ma anche (e soprattutto) quella di ultima generazione, la giustizia costituzionale. Soprattutto in Francia la dottrina ha da lungo tempo sviluppato l'idea della giurisdizione come contropotere essenziale per la saldezza dello Stato democratico⁵⁵. A tale proposito in Italia la Costituzione nomina alcuni organi giurisdizionali che rivestono un ruolo primario e differenziato in termini di garanzia e di controllo: ci si riferisce – oltre alla già menzionata Corte Costituzionale – alla Corte dei Conti, al Consiglio di Stato e al Consiglio Superiore della Magistratura⁵⁶. Quest'ultimo si configurerebbe quasi

Contre-pouvoirs de la société d'autorité à la démocratie d'influence, Paris, 2009. Non si vuole tuttavia estendere l'osservazione fino ad analizzare la portata dei contropoteri sociali privati, volendosi limitare qui all'analisi di quelle istituzioni pubbliche che siano direttamente rilevante nel e per il diritto costituzionale. Merita tuttavia sottolineare che, nella costruzione costituzionale delle riserve, i contropoteri giudiziario e legislativo sono deputati a proteggere e tutelare con funzione servente i contropoteri sociali che potremmo così definire “di primo grado”, precedenti alla Costituzione stessa. Un versante tuttavia rilevante per un'indagine costituzionalistica è certo costituito dal problema della rappresentanza degli interessi dei gruppi di pressione: su tale argomento, particolarmente delicato si veda P.L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobbies nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011.

⁵⁵ Ora si accennerà solo incidentalmente a questo concetto, che sarà oggetto di analisi nell'ultimo capitolo, dedicato al contropotere giuscostituzionale. Essenziale per inquadrare il problema è sicuramente il prezioso e già citato lavoro di F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Cinquième République*, Bruxelles, 2005. Si veda anche, sul medesimo punto, con riferimento più specificamente alla giustizia costituzionale L. HAMON, *Les juges de la loi : naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, 1987.

⁵⁶ A mente dell'art. 100 la Corte dei conti “*esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito*”. A tale proposito bisogna sottolineare le perplessità della dottrina in merito alla compatibilità costituzionale dell'art. 16 della l. 400/88 il quale, ridisciplinando le funzioni della Corte dei Conti in materia di attività normativa dell'esecutivo, ha sottratto a questa il controllo sugli atti normativi aventi forza di legge: ciò ha portato inevitabilmente ad un inevitabile “*indebolimento del complessivo sistema dei controlli costituzionali*”, così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, p. 91. Per quanto riguarda il Consiglio di Stato, la sua funzione di controllo è sancita dallo stesso art. 100 Cost. cui si aggiunge l'attività consultiva regolata dall'art. 17 (cc. 25-28) della legge 127/1997, in merito alla funzione normativa dell'Esecutivo (atti regolamentari del Governo e dei singoli ministri, testi unici). Sui rapporti fra Consiglio Superiore della Magistratura e potere si veda l'interessante G. FERRI, *Magistratura e potere politico: la vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio superiore della magistratura*, Padova, 2005. Il CSM, a mente dell'art. 10 della l. 24 marzo 1958, n.195 “*dà pareri al Ministro, sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie*”. Senza volersi addentrare in una disputa dottrinale di evidente attualità si vuole solo osservare che in tale sede consultiva sembra evidente che il parere del CSM possa (*rectius*: debba) toccare profili di costituzionalità: “*è oramai acquisito che la forza cogente delle disposizioni costituzionali si impone a chiunque, nell'esercizio delle proprie competenze e nei limiti oggettivi assegnati loro dall'ordinamento, venga in contatto, per così dire, con la Carta*”, M. BIGNAMI, *I pareri del Csm e la costituzionalità delle leggi*, in www.forumcostituzionale.it. In questo senso si ritiene opinabile l'intervento con cui il Capo dello Stato, in una missiva del 1 luglio 2008, giunse sostanzialmente a diffidare il Csm da lui stesso presieduto dal procedere all'esercizio di questa sua prerogativa in occasione del dibattito della cosiddetta norma blocca-processi: «*In questo quadro, non può esservi dubbio o equivoco sul fatto che al Csm non spetti in alcun modo quel vaglio di costituzionalità di cui, com'è noto, nel nostro ordinamento sono legittimate altre istituzioni*», si veda *Il Csm boccia il salva processì. Napolitano «frena» i giudici*, in *Il sole 24 ore*, 2-VII-2008.

come il vertice del contropotere giurisdizionale ordinario e si potrebbe ipotizzare in tale struttura impropriamente gerarchica una sorta di ulteriore garanzia per i diritti fondamentali (*tripla chiave*), in quanto il CSM assicurerebbe in tal modo quello che potremmo definire il ruolo di “*doppio grado di contropotere*” che si porrebbe quindi non solo a tutela *diretta* dell’ordine giudiziario ma anche, indirettamente, ad ulteriore ed *indiretta* garanzia dei diritti sanciti nella prima parte della Carta.

Rientra poi certamente fra gli organi di contropotere il Capo dello Stato, in virtù di alcune attribuzioni ad esso assegnate e che sarebbero rintracciabili nell’articolato costituzionale. Si parla innanzitutto del potere di rinvio *ex art. 74 Cost.*, i poteri di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi alle Camere, l’emanazione di decreti e regolamenti e la promulgazione delle leggi (art. 87 Cost.) e il potere di scioglimento delle Camere (art. 88 Cost.).

Più difficile rinvenire nella Costituzione le tracce di quel contropotere costituito dall’opposizione parlamentare. Si tenterà di chiarire successivamente le ragioni dell’assenza di un’esplicita menzione della minoranza nel testo costituzionale⁵⁷. Possiamo comunque identificare non pochi luoghi nell’articolato in cui la funzione della stessa viene in considerazione, pur se non definita letteralmente come opposizione. È soprattutto attraverso il reticolato di disposizioni del titolo primo, parte seconda della Costituzione che è possibile rintracciare da un lato una serie di poteri d’iniziativa attribuiti alle minoranze parlamentari e dall’altro alcune prescrizioni che prevedono maggioranze aggravate per l’adozione di determinati provvedimenti. Nel primo senso si ricorda innanzitutto il potere di convocazione delle Camere attribuito ad un terzo dei componenti (art. 62, c. 2 Cost.), la possibilità di vanificare il procedimento legislativo in sede decentrata su iniziativa di un decimo dei componenti la Camera (art. 72 Cost.). Appartengono invece alla categoria delle maggioranze aggravate quella assoluta per l’adozione dei regolamenti parlamentari (art. 64, c. 1 Cost.), quelle aggravate per l’approvazione delle leggi d’amnistia e di indulto (art. 79 Cost.), per la revisione costituzionale (art. 138 Cost.) nonché per l’elezione di alcuni organi costituzionali quali il Capo dello Stato, i giudici costituzionali e il Consiglio superiore della Magistratura.

Questa breve rassegna, che sarà oggetto analisi puntuale nel corso dell’indagine, consente comunque di visualizzare *ictu oculi* quanto profondamente e pervasivamente il tema dei limiti contenuto in germe nell’art. 1 sia sviluppato con esaustività in tutto l’articolato costituzionale. Nessun titolo del testo è esente da questa regola, nemmeno (quasi paradossalmente) quel titolo terzo della seconda parte che individua come limite interno del Potere governativo proprio quell’amministrazione che il costituente non ha voluto più cavourianamente servente rispetto all’Esecutivo ma diretta dai canoni di

⁵⁷ Si veda il capitolo III, par. I.

imparzialità e buon andamento⁵⁸. All'amministrazione andrebbero in questo senso affiancate a più forte ragione le Autorità amministrative indipendenti, che tuttavia non godono di copertura costituzionale e delle quali sarebbe comunque possibile parlare di contropotere in termini di garanzia non solo nei confronti del potere politico quanto piuttosto verso di altri tipi di poteri, come ad esempio quelli tipicamente economici, mediatici ed imprenditoriali. Per tale ultima ragione, per l'oggetto cioè del loro controllo, la loro azione esula dalla nostra indagine.

Anche la Costituzione francese del 1958 offre la possibilità di rinvenire nel testo una simile diffusione dei limiti al potere. L'art. 5 Const. stabilisce che, come sua prima missione istituzionale, il capo dello Stato "*veille au respect de la Constitution*". Il potere senza dubbio più rilevante in questo senso è, similmente a quanto avviene in Italia, quello di rinvio di una legge alle Camere (art. 10). Rispettivamente ai sensi degli artt. 12 e 13 della Costituzione il Presidente scioglie l'Assemblée Nationale ed emana i decreti e le *ordonnances*. Si sarebbe tentati quindi di ritenere che il primo contropotere nominato dalla Carta fondamentale sia proprio il Presidente, il quale tuttavia rappresenta come noto il massimo potere all'interno del regime francese. Si tratta di un'aporia difficile da risolvere, in quanto la figura presidenziale arbitrale (pur presente nello spirito e nella lettera del testo costituzionale) è decisamente sacrificata di fatto a favore di quella di capo della maggioranza parlamentare. In ogni caso non si può dimenticare che in alcuni momenti della storia repubblicana degli ultimi cinquant'anni il capo dello Stato abbia agito in funzione di *veto player*: si tratta tuttavia di eventi rari e collegati soprattutto a situazioni di coabitazione⁵⁹.

⁵⁸ Sul tema si veda (in modo parzialmente discordante, tendente a mettere l'accento sull'imparzialità come criterio di individuazione delle responsabilità più che come esigenza di necessario distacco tra politica ed amministrazione) L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, pp. 74 e ss. In senso concorde a quanto qui sostenuto si veda invece S. CASSESE, *L'immunità della burocrazia*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 185-186. Lungi dall'essere una mera petizione di principio l'art. 97 ha informato la stessa evoluzione della dirigenza pubblica, giungendo fino all'importante riforma del 1993, poi perfezionata dal decreto legislativo 80/1998, che ha completato la privatizzazione del *management* pubblico e compiuto (con il nuovo art. 14 del d.lgs 165/2001) una vera e propria rivoluzione nei rapporti tra dirigente e responsabile politico. Il passaggio ad una progressiva autonomia del primo, ormai non più configurabile come tradizionalmente eterodiretto e gerarchicamente subordinato al politico (così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 171) è stato difeso con una certa coerenza dalla Corte Costituzionale che, mettendo proprio a valore il principio dell'imparzialità (si ricordino soprattutto le due decisioni *gemelle* 103 e 104 del 2007) ha ripetutamente ridimensionato negli ultimi anni il cd. *spoils system una tantum* che il legislatore aveva tentato di introdurre indiscriminatamente nell'affidamento degli incarichi pubblici. Sulla ricca giurisprudenza costituzionale sul punto si veda a titolo esemplificativo M. CLARICH, *Corte Costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, www.astrid-online.it.

⁵⁹ Si analizzeranno nel IV capitolo l'ambiguità della figura presidenziale francese nella sua doppia natura di arbitro e di autentico vertice dell'Esecutivo, nonché i casi eccezionali in cui essa ha esercitato una vera e propria funzione di "guardiano della Costituzione". La letteratura sul primo punto è numerosissima; per ora ci si limita a citare due fra le opere più significative per ricostruire lo *status* presidenziale alla luce non solo delle regole che ne disciplinano la funzione ma anche delle relazioni che esso intreccia con l'altro garante della legalità costituzionale, il Conseil Constitutionnel: J.C. ZARKA, *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle, majorité parlementaire sous la cinquième République (1986-1992)*, Paris, 1992, pp. 97 e ss. e G. DRAGO (a

L'art. 11 Const. disciplina poi il referendum, nelle sue due configurazioni, quella presidenziale e quella parlamentare. Quest'ultima, introdotta con la riforma costituzionale del 2008, appare senza dubbio quella più simile all'istituto previsto all'art. 75 della Costituzione italiana, stante la sua funzione anti-maggioritaria e la sua iniziativa minoritaria. Pur non concepito inizialmente dal costituente come strumento di contropotere e di limite del legislatore, l'art. 11 è venuto ad assumere tale funzione nella prassi repubblicana, modificando di fatto la sua natura originariamente egemonica⁶⁰.

Quanto all'opposizione, la Costituzione francese la nomina espressamente in due articoli. Con l'introduzione del referendum richiesto dall'opposizione parlamentare, quella della nozione di opposizione è un'altra novità rilevante della riforma costituzionale del 2008. Si fa riferimento ai riformulati artt. 48 Const., in materia di diritti dell'*opposition* e dei *groupes minoritaires* nella definizione dell'ordine del giorno e, più significativamente, all'art. 51 Const., che demanda ai regolamenti parlamentari la fissazione di specifiche garanzie per le minoranze nelle procedure parlamentari.

Anche il potere giudiziario gode in Francia di un'indipendenza simile a quella conosciuta in Italia, sebbene in modo decisamente ridotto rispetto a quanto previsto dal già ricordato art. 101 Cost. it. Anche in Francia esiste un Consiglio Superiore della magistratura (introdotto del resto solo nel 1993), la cui presidenza è attribuita al Capo dello Stato – figura che, come già anticipato non può fornire la garanzia d'imparzialità del suo omologo italiano – e la vice-presidenza al Ministro della Giustizia. Basterebbe questo a sottolineare la differenza con il caso italiano ma bisogna aggiungere che in Francia solo la magistratura giudicante (a mente dell'art. 64 Const.) gode della garanzia dell'inamovibilità, in quanto i magistrati del cd. *parquet* dipendono invece direttamente dal ministro guardasigilli⁶¹. Un

cura di), *L'exécution des décisions du conseil constitutionnel : l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, 1991, pp. 50 e ss.

⁶⁰ Si veda a tale proposito il capitolo II, par. 6.

⁶¹ Sul punto : AAVV, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, 1995 e P. TRUCHE (a cura di), *Justice et institutions judiciaires*, Paris, 2001. Si veda, in merito allo statuto della magistratura requirente francese, l'art. 5 dell'*ordonnance* 58-1270 del 22 dicembre 1958: "*les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde de Sceaux, ministre de la Justice*". Come nota la dottrina italiana: "Su quest'ultimo punto, il modello "francese" della separazione dei poteri appare francamente in difficoltà nei confronti del costituzionalismo continentale, come pure risulta dalle stesse proposte di revisione costituzionale di recente formulate in Francia e tendenti ad attenuare il vincolo gerarchico di subordinazione dei magistrati del PM (oltre che ad ulteriori ipotesi di riforma del CSM), che guardano con rinnovato interesse all'esperienza costituzionale italiana e tedesca in materia", F. DURANTI, *Il Conseil e la separazione dei poteri à la française*, in www.forumcostituzionale.it. L'articolo citato si riferisce ad una recente pronuncia di rigetto del giudice francese delle leggi (2004-492 DC del 2 marzo 2004) sulla *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* (cd. Loi Perben II) che, modificando l'art. 30 del *Code penal*, ha sostanzialmente riaffermato la dipendenza del pubblico ministero dal ministro della Giustizia. Il tema in questione è oggetto di un intenso e costante dibattito nazionale ed europeo. La stessa CEDU ha affrontato a più riprese il problema, pur non giungendo ad esprimere una giurisprudenza monolitica sulla questione. Si ricordi a tale proposito il recente *arrêt Moulin* del 23 novembre 2010: "*du fait de leur statut, les membres du Ministère Public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif qui compte parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de magistrat*".

ruolo tutto particolare all'interno dell'ordine giudiziario è senza dubbio esercitato anche in Francia dalla Corte dei Conti e, soprattutto, dal Conseil d'Etat. Il ruolo della suprema magistratura amministrativa è particolarmente importante nella materia che qui si tratta, a due riprese. Ci si riferisce agli articoli 38 e 39 Const.: in sede di esercizio del potere normativo del Governo il Conseil d'Etat deve necessariamente esprimere un proprio parere sull'atto decretale o legislativo che l'Esecutivo intende adottare.

A completamento del numero dei cd. limiti interni giurisdizionali, al titolo VII la Costituzione, prima di dettare le norme riguardanti il potere giudiziario, colloca la disciplina primaria sul Conseil Constitutionnel. Una novità degna di nota è poi il titolo XI-*bis* della Costituzione, che dal 2008 ha introdotto in Francia la figura del *Défenseur des droits*⁶².

Per quanto riguarda i limiti “procedurali” la riserva di legge per la tutela dei diritti fondamentali è contenuta sia all'art. 7 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che agli artt. 34 e 66 della Costituzione. Tuttavia queste ultime prescrizioni, sia detto incidentalmente, appaiono molto più laconiche e frettolose della lunga e dettagliata disciplina delle riserve di legge contenute nella Costituzione italiana⁶³. Anche la fissazione di una generale previsione della riserva di giurisdizione (art. 66: “*L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi*”) appare piuttosto come una norma sostanzialmente in bianco che rinvia all'intervento del legislatore.

Dal punto di vista dei cosiddetti limiti esterni, bisogna ricordare innanzitutto i titoli XII e XV della Costituzione, relativi rispettivamente all'organizzazione degli enti locali (comuni, regioni, dipartimenti e comunità urbane), all'ordinamento comunitario e convenzionale della CEDU. Sempre fra i limiti esterni bisogna annoverare i contropoteri sociali: la Costituzione francese riconosce l'importanza dei *partiti politici* (art. 4) ma non nomina i *sindacati*, che appaiono però nel preambolo della costituzione del 1946 (comma 6), il quale è stato integrato da ormai quarant'anni nel *bloc de constitutionnalité* grazie alla giurisprudenza del giudice delle leggi. Al *bloc* è stata acquisita anche, per effetto della nota decisione del Conseil Constitutionnel n. 71-44 DC, anche la tutela delle *associazioni*, assenti nei testi costituzionali per ragioni storicamente comprensibili⁶⁴. In nessun modo vengono

⁶² Si tratta di una specie di *ombudsman* i cui poteri sono stati definiti dalla *loi organique* 333 del 2011 e dalla legge ordinaria 334 del 2011. Tale nuova figura recupera e concentra le competenze che nella disciplina previgente erano attribuite al Médiateur de la République, al Défenseur des enfants, alla Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) e all'autorità che vigila sulle discriminazioni, la HALDE.

⁶³ Il primo comma dell'art. 34 Const. recita: “*La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*”.

⁶⁴ Nella *Décision liberté d'association*, il Conseil pone la prima pietra per l'edificazione di quel complesso repertorio di parametri costituzionali che viene definito il *bloc de constitutionnalité*, giungendo a riconoscere alla libertà d'associazione contenuta nella legge del 1 luglio 1901 relativa al *contrat d'association* il valore di *principe fondamentale reconnu par la loi de la République*. Si veda l'ampia trattazione di J. MORANGE, *La Liberté d'association en droit public français*, Paris, 1977.

invece nominate le confessioni religiose, stante l'affermazione della laicità della Repubblica affermata all'art. 1.

Quanto ai limiti procedurali ed, in particolare, alle maggioranze speciali previste per l'approvazione di determinati atti legislativi, si ricorda che non solo la Costituzione francese contempla un particolare procedimento aggravato per la revisione costituzionale (art. 89 Const.) ma prevede anche la necessità della maggioranza assoluta per l'approvazione o la modifica delle leggi organiche (art. 46 Const.) e per l'approvazione della legge che autorizza la ratifica di un trattato internazionale (art. 88-5 Const.).

Ciò che emerge da questa breve rassegna è un notevole parallelismo fra i limiti che in Francia e in Italia circondano l'esplicarsi dell'azione del potere, non solo per quanto riguarda gli organi di contropotere ma anche con riferimento, più latamente, ai limiti posti al potere stesso. Accertato quindi che esiste una certa prossimità in entrambi gli ordinamenti in fatto di strumenti e di forme idonei a "fermare il potere", ciò ci permetterà di proseguire la nostra analisi con più agevolezza⁶⁵.

Per concludere si potrebbe dire riassuntivamente che limiti della sovranità si estrinsecano quindi in attribuzioni e competenze degli organi di contropotere e in limiti procedurali. Quella dei primi è essenzialmente una funzione di controllo, esercitata normalmente *ex post* rispetto all'azione del potere, laddove quella dei secondi si spiega *ex ante* rispetto al perfezionamento degli atti di sovranità. È evidente quanto essenziali siano gli organi di contropotere per la tenuta del sistema di limiti nel loro complesso, se si considera che senza di essi gli stessi limiti procedurali si ridurrebbero ad un mero *flatus vocis*. In questo senso la tenuta delle garanzie costituzionali e, potremmo dire, della rigidità costituzionale stessa, è il frutto della cooperazione di questo insieme coordinato di organi che esercitano in modo differenziato lo stesso "potere", quello che tradizionalmente assume le forme della funzione del *veto*, sospensivo o definitivo a seconda delle attribuzioni singolarmente conferite all'organo di volta in volta considerato⁶⁶.

Prima di procedere oltre è forse possibile riassumere graficamente "l'atlante costituzionale" dei limiti posti all'esercizio dei poteri nei due Paesi considerati.

⁶⁵ Bisogna tuttavia sottolineare che la praticabilità e l'utilità della comparazione non verrebbe punto scalfita dall'esistenza di inevitabili differenze nell'ispirazione delle due Costituzioni a cui facciamo riferimento e al modo in cui esse hanno regolato i rapporti fra gli organi che determinano la forma di governo. Addirittura "gli studi comparativi su diritti molto distanti e appartenenti a sistemi giuridici differenti sono quelli che risultano più fecondi sotto il profilo delle conoscenze scientifiche", così L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000, p. 25.

⁶⁶ Come già ricordato la dottrina ha parlato in questo senso, mutuando il termine dal lessico politologico, di *veto players*, per cui "la loro presenza, il loro numero, il loro attivarsi (o meno) incide profondamente sull'effettivo funzionamento del sistema politico", A. PUGIOTTO, "Veto players" e dinamiche, cit., p. 257.

Tabella 1.

Italia			Francia		
<i>Organi di contropotere</i>		<i>Limiti procedurali</i>	<i>Organi di contropotere</i>		<i>Limiti procedurali</i>
<i>esterni</i>	<i>Interni</i>	Riserva di legge	<i>Esterni</i>	<i>interni</i>	Riserve di legge
Referendum	Presidente della Repubblica	Riserva giurisdizione	Referendum	(Presidente della Repubblica)	Riserva di giurisdizione
Associazioni	Poteri delle minoranze	Maggioranze speciali	(Associazioni)	Opposizione	Maggioranze speciali
Confessioni religiose	Potere giudiziario		Partiti	Potere giudiziario	
Partiti	Giustizia costituzionale		Sindacati	Giustizia costituzionale	
Sindacati	Corte dei conti		Collettività territoriali	Difensore dei diritti	
Autonomie territoriali			Unione Europea e diritto internazionale	Consiglio di Stato	
Unione Europea e diritto internazionale				Corte dei conti	

5. Dal sistema delle norme al sistema degli organi: il circuito dei contropoteri

Individuati sommariamente i limiti cui si riferisce l'art. 1 Cost è ora necessario restringere il campo d'indagine e focalizzarlo, come già anticipato, sugli organi di contropotere propriamente detti. Essi vengono normalmente considerati ed analizzati singolarmente, facendo astrazione del contesto nel quale sono inseriti e della funzione che rivestono. Tuttavia il tentativo di isolare gli stessi in ragione di una più precisa considerazione della loro azione rischia di smarrire le ragioni fondamentali della loro stessa esistenza⁶⁷. La necessità di adottare un diverso approccio, che consideri le interazioni fra i singoli organi – e non solo quindi ognuno di essi nei confronti del potere, come ordinariamente avviene –, è evidente anche solo se si considera che non sempre il controllore-decidente agisce di proprio impulso ma che spesso l'iniziativa del controllo origina da altro organo (a sua volta definibile in via indiretta come contropotere). Lo schema è, ad esempio, tipicamente quello del giudizio costituzionale incidentale: in tal senso la corretta cooperazione fra giudici *a quo* e Corte Costituzionale si rivela essenziale a determinare un'azione efficace della seconda all'interno dell'ordinamento.

Superando quindi la concezione monadistica degli organi costituzionali si rivela essenziale all'analisi adottare un approccio che tenga in considerazione le regole basilari del metodo sistematico, il quale ha già avuto alcune interessanti applicazioni anche in ambito giuridico⁶⁸. La nostra analisi si situa quindi all'interno di un macrosistema giuridico che potremmo definire come quello delle norme del diritto costituzionale che disciplinano la

⁶⁷ Galeotti è in questo senso illuminante: *“Il funzionamento pratico dei controlli costituzionali diversifica singolarmente dallo schematismo rigido, cui obbediscono solitamente i controlli giuridici di altri settori dell'ordinamento; i controlli costituzionali nella loro dinamica concreta si avvantaggiano non solo del fatto della reciprocità con cui appaiono spesso congegnati, ma talora anche del collegamento, della cooperazione e spesso compenetrazione che gli ordinamenti costituzionali stabiliscono e richiedono”*. Così S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria*, cit., p. 19.

⁶⁸ La sistematica, in quasi cinquant'anni di esistenza, ha proposto con successo un metodo scientifico duttile e valevole non solo per le scienze esatte ma anche per quelle sociali. Tale impostazione gnoseologica può essere sommariamente definita con le parole del suo fondatore: *“Mentre nel passato la scienza tentava di spiegare i fenomeni osservati riducendoli ad un intreccio di unità elementari, ciascuna delle quali poteva essere studiata separatamente, nella scienza contemporanea sorgono delle concezioni che vertono su ciò che viene definito, con una certa imprecisione “totalità”, e cioè sui problemi di organizzazione, su fenomeni non risolvibili in eventi locali, sulle interazioni dinamiche che appaiono nella differenza di comportamento delle parti quando sono isolate e quando sono in una qualche configurazione a livello superiore”*, L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi*, Milano, 2004, pp. 72. In questo senso quello dei contropoteri si caratterizzerebbe per essere un sistema *aperto*, cioè non isolato ma strettamente connesso con quello del potere, e *dinamico*, in quanto soggetto a equilibri variabili e contingenti. Secondo Franco Modugno, che ha adottato tale prospettiva in una sua recente indagine sulle fonti *“il “sistema giuridico” è species del genere sistema, in generale (...). Le tre proprietà che rendono stabile e invariante un sistema o un complesso di entità sono: a) l'inclusione di tutti gli elementi della propria classe; b) l'esclusione (relativa) di tutti i fenomeni estranei; c) la coerenza (relativa) di tutti gli elementi che lo compongono. (...)”*, così F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI - F. MODUGNO - F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, pp. 3-4.

forma di governo, all'interno del quale si inseriscono i due sistemi del potere e del contropotere.

Una volta rintracciata la comune funzione di controllo degli organi di contropotere, è necessario valutare quindi se e come essi interagiscano, soprattutto se consideriamo che, secondo la teoria dei sistemi, un insieme di elementi interagenti uniti da una serie di relazioni costituisce una unità che non è riducibile alla semplice somma delle parti. Non sarebbe sufficiente quindi notomizzare isolatamente ogni organo per derivarne la sua posizione nel sistema, ma bisognerebbe analizzarlo come parte di un tutto che è necessariamente *dinamico* e che, in quanto tale, è soggetto ad aggiustamenti e mutazioni, oscillando fra momenti di instabilità e di *omeostasi*⁶⁹.

L'utilità di una tale indagine e, in particolare, la necessità di non considerare i singoli contropoteri ma, si potrebbe dire, la *sintesi* degli stessi, deve essere forse ulteriormente esplicitata. A seguito dell'instaurarsi anche in Italia, fin dal 1993, di quello stesso fatto maggioritario che la Francia conosceva già dal 1962, esiste ormai nel nostro Paese un preciso e solido potere che esprime un indirizzo politico formato dal Governo e dalla sua maggioranza parlamentare. Per questo sembra allora opportuno identificare se il contrappeso formato dagli organi di contropotere, sia adeguato a “sopportare” il rafforzamento del potere governante. In termini sistematici, si tratta quindi di valutare se l'omeostasi raggiunta dai contropoteri sia adeguata al nuovo equilibrio raggiunto dalla forma di governo. In questo senso il lavoro si muove in una prospettiva binaria, idonea a valutare nel complesso il blocco del contropotere come necessario complemento del potere Governo-maggioranza parlamentare. L'interesse per un simile lavoro è quindi strettamente collegato alla svolta del 1993. Fino ad allora infatti l'esistenza di un Parlamento fin troppo capace di opporre dei freni politici all'attività del potere Esecutivo aveva determinato una situazione nella quale l'introduzione di ulteriori inibizioni all'esercizio della funzione di indirizzo politico era tutt'altro che auspicabile. A tutt'altre conclusioni conduce invece l'attuale assestarsi degli equilibri della forma di Governo che induce oggi a considerare il problema dei contropoteri in tutta la sua urgenza. La necessità di riconsiderare non tanto la forma di Governo in quanto positivamente data, ma di rivalutare il posizionamento all'interno della stessa dei *veto players*, ponderandone il rendimento e valutandone la modalità di azione che consideri le *performance* complessive dei correttivi alla forma di Governo. Gli organi aventi identità di contropotere alla luce della comune *ratio* costituzionale, dovrebbero essere quindi considerati nei loro reciproci rapporti e nella loro evoluzione⁷⁰.

⁶⁹ Normalmente nella teoria dei sistemi l'instabilità configura uno stato di modificazione dell'equilibrio, un riassetto a seguito di una crisi che investe il sistema, laddove l'omeostasi definisce la condizione di ritrovata stabilità.

⁷⁰ Si intende in questo modo recuperare le suggestioni magistralmente introdotte nella riflessione costituzionalistica da Paolo Barile e Temistocle Martines cinquan'anni or sono, il primo teorizzando la non

Calibrata in tal modo l'estensione dell'oggetto della ricerca è necessario definire quali siano i singoli elementi che compongono il sistema. In questo senso, rispetto allo schema riportato in tabella 1, appare necessario restringere il numero dei contropoteri da considerare. Il criterio usato vuole essere quello normativo. In altri termini si considereranno solo i contropoteri che, a livello statale (rientranti quindi nei cd. limiti *interni*), hanno la possibilità di intervenire sull'attività di produzione di norme primarie esercitata dall'asse Esecutivo-maggioranza⁷¹. L'unica eccezione a questa regola è costituita dal referendum, che abbiamo definito come limite esterno ma che, per la sua natura decisamente spuria derivante dalla sua natura deliberativa, influisce direttamente sul prodotto legislativo e non in via mediata ed *esterna*. Il referendum si differenzerebbe dagli altri contropoteri anche per il suo essere fonte del diritto e non organo: in tal senso il vero contropotere sarebbe costituito (interpretando evolutivamente l'art. 75) dal corpo elettorale che partecipa alla votazione, rappresentato *pro tempore* dal Comitato promotore⁷².

I contropoteri esercitano la loro funzione di argine all'esplicarsi della funzione legislativa essenzialmente in tre fasi, secondo quella che potrebbe essere definita una "tenaglia costituzionale". In primo luogo nella fase del procedimento legislativo, per effetto dell'azione dell'opposizione parlamentare, poi attraverso il controllo del Capo dello Stato, nel momento in cui la legge è perfetta ma non ancora efficace, tramite lo strumento del rinvio presidenziale, ed infine da parte del giudice delle leggi e del referendum, dopo la promulgazione. Anche per la Francia è possibile applicare lo stesso spettro d'analisi, pur considerando la diversa posizione politica ed istituzionale del Presidente della Repubblica francese, che gode pur sempre (per ragioni che sarà interessante indagare) dello stesso potere di rinvio riconosciuto al Capo dello Stato italiano. Considerando il particolare ruolo del capo dello Stato in Francia (e pur ritenendo indispensabile fare riferimento ad esso), si considererà piuttosto con maggior attenzione quell'organo che, nella fase di formazione degli atti normativi, esercita in Francia una funzione consultiva e di controllo per certi versi

mai sufficientemente studiata teoria dell'indirizzo politico costituzionale e il secondo quella della forza politica degli organi di garanzia. Si vedano P. BARILE, *La Corte Costituzionale come organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. Cost.*, 1957, p. 903 e T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, in *Opere*, I, Milano, 2000, p. 171 e ss.

⁷¹ Vero è che anche l'ordinamento comunitario influenza e determina sempre più il contenuto delle norme primarie dell'ordinamento nazionale ma ai fini di questo studio si può dire che tale condizionamento rimane pur sempre indiretto, in quanto gli organi comunitari non intervengono in senso proprio nella formazione e nella determinazione degli atti interni. Lo stesso potrebbe dirsi degli enti territoriali, la cui azione (similmente a quella dell'Unione Europea) è dettata dal limite della competenza non potrebbe quindi condizionare se non in via mediata l'azione di governo. Il caso tipico di questa "interferenza" è quello del ricorso in via principale proposto dalle regioni su una legge statale: in tal caso (come nel caso del giudice *a quo* nel processo incidentale) la regione fungerebbe solo da promotore del giudizio (una sorta di contropotere indiretto), laddove il contropotere decisore è chiaramente la Corte Costituzionale.

⁷² Ciò sia detto per migliore intelligenza, benché sia evidente che i singoli organi di contropotere agiscono di volta in volta attraverso atti che sono tipici delle loro funzioni e che sono, evidentemente, il termine fondamentale per valutarne l'operato.

paragonabile a quella esercitata (soprattutto in via di prassi) dal capo dello Stato italiano. Si tratta del Conseil d'Etat, le cui attribuzioni all'interno del procedimento legislativo sono già state accennate⁷³.

Se il banco di prova dei contropoteri considerati (il *parametro*, potremmo dire) è costituito dall'atto legislativo è tuttavia necessario precisare meglio anche il criterio che ci porterà di volta in volta a “selezionare” i casi considerati. L'attenzione verrà focalizzata sulla produzione legislativa di origine governativa: in particolare decreti-legge, leggi di delega, e leggi ordinarie particolarmente sensibili sotto il profilo politico-costituzionale. In tutti questi casi la legislazione acquista un carattere particolare in quanto tocca intimamente la materia costituzionale: è in tali frangenti che l'azione dei contropoteri si rivela essenziale. Si vuole sottolineare come proprio l'attenzione alla produzione legislativa di origine governativa e non ordinariamente parlamentare sia giustificata proprio dalla sempre più evidente torsione maggioritaria del nostro regime politico, nel quale appunto è il potere governativo che guida con sempre più accentuata evidenza la formazione delle norme primarie. Questi episodi legislativi esemplari vogliono dunque essere i *benchmark* di quanto ipotizzato nel lavoro di ricerca, considerando soprattutto le relazioni che legano i contropoteri esaminati dotandoli così di un'unica forma di legittimità, rafforzandoli a vicenda. Solo infatti attraverso un'azione piena e coordinata i contropoteri possono effettivamente porsi come contrappesi del sistema costituzionale. Questo lavoro mira dunque proprio ad evidenziare tali sinergie inter-istituzionali, a dare loro evidenza per cercare di dimostrare che i contropoteri non agiscono in dispetto all'indirizzo politico maggioritario, quanto per essere le “bocche” della Costituzione stessa; non dunque per affermare un personale e parziale punto di vista ma per fare valere le regole sulle quali il potere costituente ha fondato la Repubblica.

6. *Segue: Atlante costituzionale dei contropoteri*

Può essere forse utile tentare di offrire alcune ipotesi classificatorie degli organi da analizzare secondo uno schema che possa identificarne le particolarità e la funzione nel sistema complessivo⁷⁴.

In merito alla natura dell'organo essi possono essere innanzitutto divisi in poteri *rappresentativi* e *non rappresentativi*: al primo gruppo apparterebbero l'opposizione

⁷³ Si rinvia inoltre al capitolo IV, par. 6.

⁷⁴ Le proposte di classificazione che seguono sono ispirate agli studi amministrativistici più rilevanti dedicati al tema dei controlli, la cui struttura si è voluta qui mutuare ed adattare ai controlli costituzionali. Per un'accurata tassonomia si veda L. SALVI, *Premessa a uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957, pp. 51 e ss.

parlamentare e, pur se in modo *sui generis*, anche il capo dello Stato, mentre al secondo tipo sarebbero da ricondurre il referendum e la giustizia costituzionale. Tale non rappresentatività si esplica tuttavia in termini diversi: il referendum sarebbe tale in quanto idoneo a manifestare direttamente la volontà del corpo elettorale senza intermediazioni, mentre il giudice delle leggi non rivestirebbe una funzione rappresentativa della sovranità popolare in quanto sorretto da una forma di legittimità tecnica e non democratica⁷⁵. Un altro tipo di classificazione, conseguente alla prima, potrebbe allora consentirci di ordinare i contropoteri su un'ipotetica scala democratica, partendo dal grado massimo di democraticità (il referendum) fino a quello minimo (giustizia costituzionale). Importante sottolineare che quanto minore è il grado di democraticità dell'organo tanto più alta è la sua legittimità tecnica: siamo in presenza di una sorta di *trade-off* secondo cui due sarebbero le fonti del contropotere, quella *democratica* e, soprattutto, quella *tecnica*, laddove invece il potere conosce tradizionalmente solo la prima forma di legittimità. Con l'eccezione del referendum, inoltre, la terna in successione "opposizione - capo dello Stato - giustizia costituzionale" si caratterizza per una rappresentatività decrescente e una competenza tecnica crescente.

Un'altra bipartizione può essere effettuata considerando il tipo di controllo che i diversi contropoteri esercitano sull'atto legislativo. Da un lato vi sono la Corte Costituzionale e il capo dello Stato, i quali esercitano un controllo normativo volto ad assicurare la *legittimità* (anche costituzionale) dell'atto⁷⁶, dall'altro lato il referendum e l'opposizione parlamentare, che invece esercitano un sindacato di *merito* politico sullo stesso.

Altro modo per classificare i contropoteri è senza dubbio la loro *composizione*, che può essere minima (come nell'organo monocratico del capo dello Stato) o massima (nel caso del corpo elettorale). Esistono anche due conformazioni intermedie, quelle della Corte Costituzionale e dell'opposizione parlamentare. Tale diversa composizione dei contropoteri risponde alla necessità di differenziare del controllo, che deve essere esercitato da una varietà quanto più vasta possibile di organi in termini d'identità e regole di funzionamento. L'ipotesi che si può fare in questo senso è che un contropotere-organo collettivo sia più

⁷⁵ In questa sede non si vuole andare oltre questa tradizionale constatazione, secondo la quale il giudice costituzionale non è un organo rappresentativo. È del resto vero che la Costituzione prevede l'elezione di una parte dei giudici costituzionali da parte del Parlamento in seduta comune e delle supreme magistrature ma tale procedura non sarebbe in alcun modo idonea ad instaurare un rapporto da rappresentante a rappresentato tra elettori e giudici eletti. In realtà si vedrà nel quinto capitolo (par. 1) che è tuttavia possibile riconoscere una qualche forma di rappresentanza nella funzione del giudice delle leggi, come magistralmente messo in luce da F. BLACHER, *Controle de constitutionnalite et volonté generale*, Paris, 2001.

⁷⁶ Sullo stretto legame tra Presidente e Corte si veda l'analisi contenuta in A. SPADARO, *Storia di un "consolato" di garanzia: il Presidente-garante e la Corte-custode a cinquant'anni dall'inizio dell'attività della Consulta*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 597 e ss. Si veda anche, pur meno recentemente, A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997.

efficace di un organo monocratico, comprensibilmente in ragione della responsabilità diffusa di cui il primo può godere, “*spersonalizzando*” così la portata delle decisioni assunte in fase di sindacato.

In ordine diacronico rispetto al venire ad esistenza dell’atto normativo, si risconterà innanzitutto l’azione dell’opposizione parlamentare, poi quella del capo dello Stato e quello della giurisprudenza costituzionale e/o del referendum abrogativo. In tal senso i controlli che intervengono prima del perfezionarsi dell’atto legislativo sarebbero *preventivi*, distinguendosi da quelli *successivi-repressivi*, normalmente dotati di maggior forza cogente.

Al di là delle singole differenze, ciò che invece accomunerebbe tutte le forme di controllo è il loro manifestarsi come forme di *riesame* di un atto precedentemente posto in essere da altro potere e quindi, manifestazione indefettibile di *volontà* del contropotere⁷⁷. In altre parole, considerando il circuito degli organi di contropotere nella sua strutturata complessità, possiamo provvisoriamente concludere che esso configura una vera e propria nuova funzione dello Stato, nella quale si esplica la sovranità della Costituzione, complemento di quella funzione di indirizzo politico che emerge dal principio della sovranità popolare. Anche la funzione di controllo non è riconducibile ad un solo organo: in questo senso essa sconvolge la ripartizione tradizionale dei poteri, essendo diffusa fra più organi, ciò che ne costituirebbe la particolarità e, allo stesso tempo, la non immediata e non facile ricostruzione⁷⁸. Il sistema dei contropoteri giungerebbe in tal modo a fare parte organicamente del circuito democratico, arricchendo il sistema rappresentativo della sua funzione moderatrice che costituisce elemento essenziale di una nuova forma di “*démocratie continue*”⁷⁹.

⁷⁷ Per una prima trattazione dell’argomento si veda il classico U. FORTI, *I controlli nell’amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. II Parte II, Milano 1915, p. 609. Per un’analisi completa e più recente si veda R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo: controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003, pp. 34 e ss. L’A. sottolinea come “*ai tradizionali e recessivi scopi di repressione subentrano funzioni – in senso lato – collaborative, d’impulso, integrazione, raccordo, in grado di garantire un più corretto esercizio del potere, al punto che la funzione fondamentale del controllo non appare più quella di correggere o eliminare un singolo provvedimento, ma quella di inserirsi nel processo di azione amministrativa per incentivare il funzionamento e il grado di efficienza della stessa*” (p. 47). In questo senso, se il controllore perde da un certo punto di vista l’ultima parola sull’atto oggetto di riesame, dall’altro la sua azione concreta si potenzia in tanto in quanto esso non interviene più solo a valle del procedimento ma giunge ad influenzare sempre più profondamente l’attività politica nel suo processo di svolgimento. Ciò è visibile soprattutto nella prassi più recente della Presidenza della Repubblica, che anticipa spesso il suo intervento di garanzia ad un momento che precede la fase di promulgazione o emanazione dell’atto normativo. Si vedrà nel quarto capitolo (par. IV) a quali critiche si presta tale *modus procedendi*.

⁷⁸ La dottrina più risalente ha offerto non poche indicazioni in tal senso: “*La funzione di controllo generalmente viene esplicitata non da uno solo ma da più organi appartenenti, per di più, a diversi poteri (...). Così, come pur essendo unitaria la sovranità dello Stato questa si manifesta in concreto con diverse funzioni comprese nei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, del pari concettualmente ammissibile è una alterità fra i diversi poteri e l’esistenza di una volontà differenziata, quella di controllo*”. Così L.R. LETTIERI, *I poteri dello Stato e la funzione di controllo*, Roma, 1948, p. 36 e ss.

⁷⁹ Tale nozione definisce la democrazia infra-elettorale, ovvero l’insieme i mezzi che il popolo possiede per influire sui processi deliberativi degli organi rappresentativi. In tale cornice gli attori fondamentali di questa

Lo schema che rappresenta la sequenza dei contropoteri potrebbe essere la seguente:

Prima dell'approvazione della legge

Dopo l'approvazione della legge

↗ Corte costituzionale (**non rappr.**)

Opposizione (controp. **Rappr.** di I°) → Capo dello stato (controp.**rapp.** di II°)

↘ referendum (popolo, **non rappr.**)

Ciò che emerge dallo schema è che la capacità di blocco consentita all'organo dal diritto positivo è crescente man mano che l'atto legislativo si avvicina alla sua "definitività" e quindi la sua forza si intensifichi quanto più concreto è il pericolo che una disposizione incostituzionale entri a far parte dell'ordinamento: l'opposizione non ha un vero potere di veto, pur essendo configurabile come contropotere; il Presidente dispone di un potere di veto sospensivo mentre la Corte e il referendum sono veri e propri contropoteri di veto assoluto. In questo senso potrebbe parlarsi solo di questi ultimi come di *freni* al potere, laddove i primi potrebbero solo imprimere un *rallentamento* all'esercizio del potere stesso.

Ancora, i contropoteri possono essere considerati nella loro funzione, esercitata dall'uno senza soluzione di continuità rispetto agli altri ma mai in contemporanea: si potrebbe parlare di una *permanente* funzione di controllo, che mai può dirsi definitivamente conclusa, se si pensa che il referendum, quale fonte del diritto, è caratterizzato dall'attributo dell'inesauribilità e che quindi in ogni momento potrebbe sopravvenire per porre nel nulla la volontà del legislatore. Altra regola che si rivela fondamentale per l'effetto del controllo operato dai contropoteri è che "*il contropotere non deve contraddire il contropotere*". In altri termini l'efficacia della forza e della tenuta del sistema dei contropoteri può realizzarsi solo se essi si muovono di concerto, alla luce di un'omogenea interpretazione della loro funzione e, soprattutto, adottando una comune interpretazione delle norme costituzionali.

L'analisi che si condurrà nel prosieguo si distinguerà in due parti, la prima dedicata allo studio dell'azione dei contropoteri che fondano la loro azione sulla loro legittimazione democratica (opposizione e referendum) e la seconda concentrata sugli organi che

forma democratica sarebbero tutti quelli che intervengono sul sistema politico dall'esterno (così come la giustizia costituzionale, i gruppi di pressione...) determinando una "generalizzazione del processo deliberativo". Si veda D. ROUSSEAU (a cura di), *La démocratie continue*, Paris, 1995.

esercitano la loro funzione di controllo “dall’alto”, legittimati a ciò da una comune natura di poteri neutri esponenziali del principio dell’*unità politica* della Nazione⁸⁰.

7. *L’analisi comparata come tertium comparationis valutativo*

Per valutare la resa e l’efficacia del sistema dei contropoteri si è ritenuto indispensabile cercare un riferimento esterno al nostro paese con il quale l’ordinamento italiano potesse essere confrontato. Il metodo comparato fa dunque da necessario completamento a quello funzionalistico-sistematico già descritto. Non solo: la scelta della comparazione è strettamente unita a quella dell’interesse per il fenomeno politico che si cela dietro agli istituti giuridici ed è finalizzata ad apprezzarne meglio le implicazioni⁸¹. L’utilità di individuare un *tertium comparationis* serve a confortare una delle ipotesi da cui si parte: il problema dei contropoteri, come uno dei più delicati aspetti delle democrazie contemporanee, tocca il nostro Paese non tanto come singolo Stato, ma più latamente come parte della comunità delle democrazie costituzionali. In questo senso sarà forse possibile rintracciare le linee comuni dello sviluppo e dell’azione dei contropoteri su scala non semplicemente nazionale, per scoprire quali possano esserne l’essenza e le regole generali valutando l’*intensità delle equivalenze* fra i sistemi costituzionali considerati. Da qui dunque il rilievo non meramente nazionale del tema e delle sue conclusioni, che ci fa ipotizzare che il tema dei contropoteri nel costituzionalismo, pur nelle sue varianti ordinamentali, corrisponda ad un’*archetipologia universale*⁸².

La scelta del metodo comparato vuole quindi mettere in rilievo la natura meta-positiva della nozione di contropotere che, se certo varia atteggiandosi a diversi modelli ordinamentali, costituisce comunque un presupposto logico di ogni sistema costituzionale.

Il riferimento dell’ordinamento francese è considerato più che utile e opportuno perché consente di valutare l’incidenza dei contropoteri su un sistema che ha conosciuto

⁸⁰ La distinzione proposta trae ispirazione da C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, pp. 215 e ss.

⁸¹ Tale è l’impostazione di Léontin-Jean Constantinesco: “*Alcuni fattori e fenomeni metagiuridici possono assumere un’importanza fondamentale per la struttura di un dato ordinamento. Poiché i primi influenzano o determinano la fisionomia del secondo, essi devono essere inglobati nell’analisi comparativa. L’azione del fattore politico sul diritto è evidente*”, così L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 204. L’autore riprende in questo passo, *ad abundantiam*, le osservazioni che Geoges Ripert formulava all’inizio del secolo scorso: “*I trattati di diritto civile non fanno alcune allusione all’influenza del potere politico sull’elaborazione e sulla trasformazione dei testi. Essi sottolineano sovente la mancanza di abilità del legislatore, ma non osano mai individuare quale interesse politico abbia dettato il progetto o deformato un enunciato; essi insegnano che esiste un’evoluzione del diritto, ma non vogliono conoscere coloro che combattono per realizzarla*”, G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, p. 6 e ss.

⁸² Per la definizione di tale ultimo concetto si veda L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 50.

un'evoluzione simile a quella italiana dal punto di vista politico, pur in un momento storico diverso e precedente, passando da un regime consensuale come quello della Quarta Repubblica al sistema maggioritario della Quinta, anticipando così una svolta che in Italia si sarebbe prodotta, pur in modo parziale, solo nel 1993. Il "Novantatré italiano", così come il *mai français* del 1958 costituiscono infatti i due momenti essenziali per capire quale legame sussiste tra contropotere e stato d'eccezione⁸³. Non è forse casuale, a tale proposito, che in entrambi i Paesi l'avvento di un nuovo sistema elettorale e, al tempo stesso, di un nuovo funzionamento del regime politico, si siano realizzati proprio a seguito di due fondamentali referendum⁸⁴.

L'esempio del sistema francese è interessante anche in ragione della sempre maggiore attenzione che esso ha dimostrato per il tema dei correttivi alla forma di Governo, così come testimoniato dall'ultima riforma costituzionale del 2008⁸⁵. Laddove in Italia il tentativo sembra tutt'ora essere quello di indebolirli, il regime francese ha da lungo maturato la consapevolezza di rafforzarne l'azione.

Da un punto di vista metodologico, la scelta dell'ordinamento francese come termine di comparazione si spiega anche con il tradizionale *factual approach* della dottrina d'oltralpe nei confronti dei problemi toccati dalla scienza giuridica, che emerge dall'analisi dottrinale del tema considerato e che offre suggestioni interessanti per la sua analisi⁸⁶.

8. Segue: Transizioni e contropoteri

Proprio il termine di *transizione politica* consente a questo punto di gettare una luce sul diverso atteggiarsi dei contropoteri nella logica della forma di governo. In altre parole,

⁸³ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2001, p. 7. Furono numerosi gli eventi politici di rilievo costituzionale in quell'anno. Ci si riferisce in particolare a ciò che precedette il referendum elettorale del 18-19 aprile 1993, ovvero l'insediamento della Commissione bicamerale per riforme istituzionali presieduta dall'on. De Mita avvenuta il 9 settembre 1992 ed istituita su formale invito del neo-eletto Presidente della Repubblica Scalfaro. I lavori della bicamerale continuarono anche dopo l'esito del referendum elettorale abrogativo. Tuttavia il progetto di riforma che la Commissione bicamerale presentò il 11 gennaio 1994 alle Camere, sulla base della l. cost. 1/1993, non venne nemmeno preso in considerazione da queste, stando il fatto che la legge elettorale Mattarella (l. 276/1993), che recepiva il risultato della consultazione referendaria, era stata approvata il 4 agosto 1993 e aveva indotto il Capo dello Stato a decidere lo scioglimento anticipato delle Camere.

⁸⁴ In Italia ciò avvenne infatti a seguito della consultazione popolare del 1993 per l'abrogazione di alcune disposizioni della legge elettorale del Senato per introdurre il sistema elettorale maggioritario uninominale, mentre in Francia l'instaurarsi del *fait majoritaire* fu la conseguenza di due referendum: quello del 28 settembre 1958 di ratificazione del testo della Costituzione della V Repubblica e, soprattutto, quello del 28 ottobre 1962 per l'approvazione della riforma costituzionale per l'elezione del Capo dello Stato a suffragio universale.

⁸⁵ Sulla riforma si veda M. CAVINO-A. DI GIOVINE-E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010.

⁸⁶ Si veda *supra* par. 2.

per apprezzare l'attuale *status quo* nei rapporti tra forze e contro-forze può essere interessante tornare al momento genetico della svolta maggioritaria nei due Paesi. Ciò ci permetterà di trarre qualche elemento utile per capire le caratteristiche che ancora oggi distinguono i due ordinamenti relativamente al nostro tema partendo proprio dal loro rispettivo *anno zero*, quello dello stato d'eccezione, delle crisi politiche, che rappresentano il più importante banco di prova per i contropoteri.

La differenza fra Italia e Francia in questo studio è già ravvisabile, ancor prima che nell'analisi dei diversi contropoteri, nella loro storia costituzionale. In particolare, se il passaggio da un sistema parlamentare consensuale ad uno maggioritario per la Francia ha coinciso con una vera e propria rottura costituzionale (e l'adozione quindi della nuova Carta del 1958), in Italia il passaggio è stato decisamente più indolore. Il travaglio istituzionale in cui nacque la V Repubblica non è quindi comparabile, per la sua gravità, a quello che interessò lo Stato italiano nei primi anni novanta: mai ci fu nel nostro Paese una crisi politica commensurabile a quella algerina⁸⁷. Non ci fu forse dunque in Italia nemmeno la necessità di un rovesciamento politico comparabile a quello francese di trentacinque anni prima, in quanto non prevalsero in quella contingenza forze estranee al sistema politico esistente, il quale seppe invece, grazie soprattutto alla continuità istituzionale assicurata dall'intensa collaborazione che venne a stabilirsi fra le tre più alte cariche dello Stato⁸⁸, fare fronte all'emergenza. Da questo punto di vista fu molto ferma la determinazione dell'allora capo dello Stato (diversamente da quanto era emerso negli ultimi tempi della presidenza Cossiga) di non abbandonare la continuità costituzionale con la Carta del 1948. La presidenza Scalfaro non fu una di quelle che si potrebbero definire "*d'inauguration des chrysanthèmes*", come invece poteva essere stata la presidenza di René Coty nei mesi che precedettero la crisi del maggio francese del 1958⁸⁹. Si ritiene dunque che nel modo in cui si

⁸⁷ Nei tragici eventi che si susseguirono prima della nomina di de Gaulle alla presidenza del Consiglio il 29 maggio 1958 si ricorda l'*acmé* della crisi: l'arrivo dei militari francesi in Corsica, il 24 maggio 1958 con la determinazione di giungere fino a Parigi per dare seguito all'*opération Résurrection*. Si trattò di un vero e proprio stato d'eccezione prossimo alla guerra civile, all'interno del quale la posizione dello stesso de Gaulle appare spesso oscura (si ricordi la ferma ostilità che gli dimostrò il Presidente della Chambre des Députés André Le Troquer). È evidentemente impossibile comparare questa drammatica situazione con gli avvenimenti, pur gravi, del 1993 italiano. Si ricordino le parole lungimiranti pronunciate dal Maranini nel 1960: «Noi siamo ammalati della stessa malattia francese, ma siccome, dopo la guerra, siamo vissuti "in un angolo morto della storia", la malattia non ha avuto sviluppi così drammatici come in Francia». Queste parole sono riportate da C. FUSARO, *L'Italia e il modello della Quinta Repubblica, dall'odio all'amore... al dubbio*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁸⁸ Rivestirono tale funzione soprattutto il Presidente della Repubblica Scalfaro, il Presidente del Senato Spadolini e quello della Camera Napolitano. Con efficacia giornalistica Giuliano Amato definì questa sorta di triumvirato "*la Trimurti istituzionale*". Si veda A. MANZELLA, *La trimurti garante delle regole*, in *la Repubblica*, 18-XII-2002. Si vuole aggiungere che questa differenza fondamentale fra Francia ed Italia nel momento di crisi del modello del parlamentarismo a prevalenza del Parlamento fu interpretato profeticamente dal Maranini: «Quello che in Francia era necessariamente un problema di rivoluzione (con tutte le incognite e le passività inerenti), in Italia è solo un problema di interpretazione e di attuazione costituzionale e di riforma delle leggi elettorali: un problema di politica costituzionale», G. MARANINI, introduzione a M. DUVERGER, *La repubblica tradita*, Milano, 1960, p. 23.

⁸⁹ «La regina d'Inghilterra ha meno poteri del presidente della Repubblica, perfino quando questi è René Coty» in M. DUVERGER, *La repubblica tradita*, Milano, 1960, p. 76. Basterebbe ricordare che in piena crisi algerina il

svolse la transizione italiana fosse precisa la volontà politica del *garante della Costituzione* d'evitare che il momento di grande debolezza del sistema potesse tradursi in un'occasione prestata ad alcuno per rovesciare il patto costituzionale⁹⁰.

Al di là di questa specifica contingenza la tenuta del sistema di garanzie contenuto nella Costituzione italiana come difesa del regime politico stesso trascende la figura del capo dello Stato. Il nostro ragionamento si estende infatti a due fondamentali strumenti di contropotere cui si è già accennato: il referendum e la giustizia costituzionale. Essi, nonostante quel celebre *ostruzionismo della maggioranza* messo in atto contro la realizzazione dei limiti di cui parla l'art. 1 Cost. (innanzitutto la Corte Costituzionale e, poi, il referendum), fin dall'inizio delle loro rispettive e diverse esperienze, hanno giocato un ruolo fondamentale d'impulso e di supplenza nei confronti del sistema politico, palliando le insufficienze del sistema rappresentativo ed allontanando così il rischio di una vera e propria paralisi istituzionale⁹¹. Da questo punto di vista la differenza tra la Costituzione della IV Repubblica e quella della Repubblica italiana del 1948 non potrebbe essere più evidente, se consideriamo che la prima non conosceva la forma del referendum abrogativo né un vero e proprio controllo di costituzionalità⁹². La Quarta Repubblica non concepiva nemmeno, per consolidata prassi, la possibilità che un capo dello Stato potesse farsi tutore governante della Costituzione nel senso schmittiano del termine⁹³.

Presidente Coty, accolte le dimissioni del Governo Gaillard, impiegò ben un mese di consultazioni prima di assegnare l'incarico a Pierre Pflimlin.

⁹⁰ Fautore dell'esigenza delle riforme istituzionali, testimoniata da una lettera indirizzata due giorni dopo la sua elezione alla Presidenza della Repubblica ai Presidenti delle due Assemblee parlamentari, il Presidente Scalfaro non fu mai convinto dell'opportunità di modificare la Costituzione italiana per adattarla al nuovo sistema elettorale. Si veda E. CUCCODORO, *Il diritto pubblico nella transizione costituzionale italiana*, Bologna, 1999, pp. 93 e ss.

⁹¹ La letteratura sul ruolo di Corte, referendum e sistema rappresentativo è numerosa. In merito, più precisamente, alla funzione della giustizia costituzionale, si veda A. RUGGERI, *La Corte costituzionale ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.*, 2011, pp. 361 e ss e M. FIORILLO, *La Corte costituzionale nella transizione infinita*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 145.

⁹² La Costituzione francese del 1946 conosceva una forma più che sbiadita di controllo di costituzionalità, che di fatto non operò mai: secondo gli art. 91-93 il *Comité Constitutionnel*, organo essenzialmente politico formato dal Presidente della Repubblica, dai presidenti delle due Camere e da altri dieci membri da queste eletti, si esprimeva solo sulla regolarità formale delle leggi. In sostanza esso avrebbe potuto ritardare l'entrata in vigore di una legge incostituzionale, la cui eventuale promulgazione avrebbe dovuto essere preceduta da una revisione della Costituzione. In dodici anni solo una volta il Comité venne adito dal Presidente della Repubblica e dal Consiglio della Repubblica, ma non giunse nemmeno ad esprimersi in quell'occasione poiché le Camere riuscirono a trovare un accordo su un testo diverso da quello che era stato sottoposto al Comité.

⁹³ Ciò in considerazione di quella che venne chiamata informalmente la "*Constitution Grevy*". Con tale espressione la dottrina francese definisce la tesi espressa dal Presidente Jules Grevy in occasione del suo discorso d'insediamento alla Presidenza della Repubblica subito dopo le dimissioni di Mac Mahon, il 30 gennaio 1879, volta a limitare al minimo l'intervento del capo dello Stato nell'attività di governo, impedendogli anche l'esercizio della funzione di indirizzo costituzionale. Contro le idee del suo predecessore Grevy giunse a riconoscere la prevalenza del Parlamento sul Capo dello Stato, rinunciando espressamente ed anticipatamente anche al potere di scioglimento delle Camere.

In altri termini, la tenuta dei contropoteri nella transizione italiana è stata determinante ad evitare il collasso del sistema creato con la Costituzione del 1948.

Con il rischio di sconfinare nella sociologia, si potrebbe dire che quel fattore determinante che nelle crisi sistemiche viene a definirsi come *mobilisation*⁹⁴, il coagulo degli attori politici intorno ad un'idea chiave portante alla risoluzione della crisi stessa, in Italia è venuto a definirsi, negli anni 1992-1994, più intorno all'idea di una ricostruzione basata sulla conservazione che attorno a quella di una *creatio ex nihilo*. Viceversa, probabilmente, le ragioni più profonde della fine della Quarta Repubblica francese non risiedono tanto o solo nella debolezza del Governo nei confronti del Parlamento (condizione simile a quella che ha vissuto l'Italia fino al 1993), quanto piuttosto all'inesistenza o alla debolezza del sistema dei contropoteri che la Costituzione del 1946 aveva stabilito. Il fatto quindi che la Costituzione della IV Repubblica fosse basata esclusivamente sulla centralità del Parlamento, ciò che costituiva un freno fin troppo forte allo spiegarsi dell'azione governativa (pur in assenza di un sistema di contropoteri) portò gli estensori della Costituzione della V Repubblica a limitare fortemente non solo il ruolo del Parlamento ma, insieme, anche la funzione di tutti quegli organi che avrebbero potenzialmente potuto costituire nella nuova Repubblica un contropotere troppo forte e bloccante, paragonabile a quello che le Camere avevano costituito fino ad allora. Si tratta quindi di una caratteristica genetica della Quinta Repubblica, che ha appunto tentato nella sua prima fase a ridurre al minimo gli organi di controllo: referendum presidenziale, capo dello Stato come capo effettivo dell'Esecutivo più che figura garante degli equilibri, Parlamento decisamente indebolito e Consiglio Costituzionale concepito come braccio del potere Esecutivo⁹⁵. Completamente diversa, sotto questo punto di vista, la genesi della Costituzione italiana, nata proprio dall'esigenza di limitare i poteri dell'Esecutivo.

Si cercherà di vedere come in realtà la prassi abbia notevolmente attenuato questa distanza fra i due ordinamenti in fatto di freni al potere. Se infatti la Costituzione della Quinta Repubblica era nata esplicitamente con la volontà di aumentare il potere dell'Esecutivo, si vedrà come gradualmente gli organi di contropotere si siano

⁹⁴ Sul tema della mobilitazione nei frangenti di crisi politica si veda M. DOBRY, *Sociologie des crises politiques*, Paris, 1992. Sembrano illuminanti per definire meglio quest'idea le parole pronunciate all'Assemblée Nationale da Jacques Chaban-Delmas in quella seduta del 16 settembre 1969 e che sono uno dei punti nodali del suo celebre discorso *Sur la nouvelle société*: «J'ajoute que ce conservatisme des structures sociales entretient l'extrémisme des idéologies. On préfère trop souvent se battre pour des mots, même s'ils recouvrent des échecs dramatiques, plutôt que pour des réalités. C'est pourquoi nous ne parvenons pas à accomplir des réformes autrement qu'en faisant semblant de faire des révolutions. La société française n'est pas encore parvenue à évoluer autrement que par des crises majeurs », <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/Chaban1969.asp>.

⁹⁵ La stessa procedura utilizzata per l'adozione della Costituzione del 1958 è significativa a dimostrarne la refrattarietà al problema dei limiti: elaborata dal Governo de Gaulle in appena tre mesi (dal giugno al settembre 1958) in base ad una legge delega costituzionale estremamente succinta approvata dal Parlamento in un solo giorno, la Costituzione della Quinta Repubblica non venne nemmeno votata dalle Camere ma fu sottoposta semplicemente al parere del *Comité consultatif constitutionnel*, formato da deputati, senatori e da funzionari di nomina governativa, per essere infine ratificata con un referendum-plebiscito.

progressivamente affermati e siano diventati gradualmente necessari per il funzionamento della forma di governo. Tale evoluzione è stata evidente nelle successive ondate di riforme costituzionali che hanno interessato la Costituzione francese, dall'istituzione della *saisine parlementaire* nel 1974 su iniziativa del Presidente Giscard d'Estaing, alle fondamentali proposte di riforma contenute nel *rapport Vedel*, redatto su richiesta del Presidente Mitterand, alle prime forme di contenimento del potere del Governo all'interno delle procedure legislative nel 1995, fino alla recente riforma del 2008, motivata proprio dalla necessità di riequilibrare il sistema istituzionale nel suo complesso. Nei capitoli che seguiranno questa progressiva affermazione del contropotere negli equilibri della forma di Governo sarà una costante dell'osservazione empirica per quanto riguarda il sistema francese. Potremmo provvisoriamente concludere che il processo di ripensamento e riorganizzazione dei contropoteri nel sistema francese iniziato all'inizio degli anni novanta è avvenuto contestualmente a quello (ancora in via di definizione) che in Italia ha interessato il tentativo di rafforzare il potere all'interno delle procedure decisionali⁹⁶. Si tratta di due processi simili benché antitetici che testimoniano non solo un'interessante convergenza tra gli ordinamenti ma anche la comune necessità di una costante ricerca dell'equilibrio tra poteri e contropotere.

⁹⁶ Laddove il primo aspetto non è stato mai particolarmente preso in considerazione dalla dottrina il secondo è stato ben messo in luce: «Il "fatto maggioritario", raggiunto per via elettorale si cumula in effetti, almeno in Europa, anche alla lunga evoluzione verso forme di "parlamentarismo razionalizzato" (divieto di voto segreto, programmazione a tempi fissi dei lavori parlamentari, procedure di voto bloccato). Queste forme hanno trovato nella Costituzione della V Repubblica francese un paradigma costante di riferimento». Così A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, p. 14. Se la Francia quindi ha non poco ispirato il sistema italiano nella ricerca della governabilità, si può dire che la riforma francese del 2008 trova non poche assonanze con il sistema di contropoteri delineato dalla Costituzione italiana (in particolare per quanto riguarda l'introduzione del nuovo sindacato di costituzionalità in via incidentale).

II

IL POPOLO SOVRANO, DA POTERE PRIMO A CONTROPOTERE ULTIMO

1. *Il referendum come contropotere democratico*

Per capire se e come è possibile identificare nel referendum una *fonte di contropotere* è necessario verificare quali siano le caratteristiche che possono portare a confortare quest'ipotesi⁹⁷. Sulla possibilità di considerare il referendum come strumento di democrazia diretta e sul suo rapporto con gli istituti della democrazia rappresentativa molto è stato scritto⁹⁸. Anche senza osservare che l'episodicità e la puntualità del referendum non lo rendono idoneo, qualitativamente e quantitativamente, a porsi come vera e propria fonte concorrenziale della legge, la particolarità del referendum nel nostro ordinamento positivo denota una differenza fondamentale rispetto a quel *plebiscitum* che costituì già nella democrazia degli antichi la fonte per eccellenza della democrazia diretta. Se vogliamo, con il *nomen iuris* di referendum vengono spesso assimilati due fenomeni molto diversi e che, nella nostra analisi, sono rappresentati da un lato dall'esempio italiano e, dall'altro, di quello francese⁹⁹. In altre parole, a differenza di quanto accade nella Costituzione francese, sembra che il costituente italiano abbia cercato di ancorare il referendum ad una dimensione di puntualità ed eccezionalità volta a differenziarlo da un istituto come quello del plebiscito,

⁹⁷ In questo senso si vedano S. FOIS, *Il referendum come "contropotere" e garanzia nel sistema costituzionale italiano*, in E. BETTINELLI-L. BONESCHI (a cura di), *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, Milano, 1978, pp. 130 e ss. P. RIDOLA, *Brevi note sul rapporto fra referendum e parlamentarismo alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998, p. 227.

⁹⁸ Così ad esempio M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, vol. I, t. II, Bologna-Roma, 2005, pp. 599 e ss.

⁹⁹ Sulla difficoltà di distinguere oggettivamente tra referendum e plebiscito si veda J.M. DENQUIN, *Referendum et plebiscite. Essai de théorie générale*, Paris, 1976. La discriminante che qui si propone è dunque basata non tanto sul portato contenutistico del quesito (che, come si può immaginare non è una base sicura per fondare una reale e probante distinzione fra i due) quanto piuttosto sulla natura dell'iniziativa e della funzione: pro-egemonica per il plebiscito o anti-egemonica nel referendum.

che costituisce invece l'esatto opposto del contropotere, uno strumento idoneo a rafforzare il potere di colui (persona fisica singola rivestita di una carica elettiva e non soggetto collettivo "privato") che può indirlo. Se tuttavia in Francia è molto evidente (almeno nello spirito dell'art. 11 Const. nella versione precedente al 2008) la natura originariamente plebiscitaria del referendum, tale "rovescio" egemonico dello stesso non può dirsi effettivamente fugato dall'istituto così come recepito nella Costituzione italiana, se si pensa alla possibilità che il fallimento del referendum abrogativo si risolva in un ulteriore rafforzamento del potere. Ancora, in Italia nulla esclude che non una minoranza ma il potere stesso provochi il referendum per accrescere la propria legittimazione popolare: è questo un rischio insito nel referendum costituzionale (come si vedrà per il caso del 2001), quesito tradizionalmente "non omogeneo" portante su questioni di rilevanza capitale. In questo senso anche un referendum concepito come garanzia delle minoranze può assumere forme molto simili ad uno strumento di governo cesaristico.

In Francia, fino al 2008, il referendum è sempre stato considerato come la leva che il Presidente poteva azionare per superare l'opposizione delle Camere in sede di approvazione di un progetto di legge. Si tratta del classico "appello al popolo" del quale si valsero tutti i regimi paradittoriali della Francia moderna, da Napoleone III al generale de Gaulle¹⁰⁰. In questa fattispecie referendaria dunque il referendum viene attivato dal potere, in senso positivo (a conferma di una scelta politica), al fine di rafforzarsi e con una dinamica che ricorda quell'*interrogazione della plebe* che era considerata nel diritto romano fonte del diritto al pari della legge, stante la sua natura *propositiva*. Funzione esattamente opposta ha il referendum nell'ordinamento italiano, strumento tipicamente anti-egemonico in funzione oppositiva e di controllo ispirato al modello elvetico che un occasionale comitato promotore può richiedere su una legge vigente¹⁰¹. Come si vede, in teoria, la distanza fra i due modelli di referendum, francese e italiano, non potrebbe essere più pronunciata. Se dunque consideriamo il referendum italiano secondo una prospettiva dogmatica e non meramente teoretica, si capisce come esso, più che essere un potenziale strumento di democrazia autoritaria ed emotiva, costituisca alla luce della sua *ratio*

¹⁰⁰ Per un'attenta disamina del fenomeno plebiscitario francese si vedano C. MURGIA, *Referendum e sistema rappresentativo in Francia*, Milano, 1983 e F. HAMON, *Le referendum: étude comparative*, Paris, 1995. Il primo referendum (*rectius*: plebiscito) francese fu quello di approvazione della Costituzione giacobina del 1793, la quale prevedeva a sua volta la creazione di un referendum abrogativo sulle leggi votate dal Corpo Legislativo. La modernità di tale costituzione in materia deve molto alle teorie rousseauviane delle quali erano impregnati i *clubs* montagnardi. Il travaglio costituzionale della rivoluzione francese si può dire che risieda soprattutto in questa grande aporia, nel non potere realizzare realmente quella che per Rousseau era l'unica forma possibile di democrazia, quella diretta. Interessante quindi considerare come il referendum, da ordinaria funzione di legislazione nelle teorie del *Contrat social* divenga nella Francia del 1793 (e nell'Italia del 1948) la forma straordinaria del contropotere democratico. Tale problema del dispotismo rappresentativo è efficacemente trattato da J. L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna, 2000, pp. 137-138.

¹⁰¹ Così P.V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Bologna, 2003, pp. 96-97.

costituzionale, un istituto di contropotere per la democrazia rappresentativa¹⁰². Sviluppando questa suggestione si potrebbe dire che il referendum, espressione per eccellenza del *potere* sovrano democratico diretto, in una democrazia rappresentativa come la nostra diventa quindi sinonimo di *contropotere* democratico. A questo punto è comprensibile come sotto questo profilo l'accostamento eziologico tra giustizia costituzionale e referendum non sia sfuggito alla miglior dottrina francese del secolo scorso impegnata nell'analisi di un «*parlamentarismo limitato che fosse continuamente costretto a “dialogare” con un giudice costituzionale e il corpo elettorale*»¹⁰³. Le analogie di fondo tra referendum e giurisdizione costituzionale vanno oltre questa riflessione sulle origini e le funzioni dell'uno e dell'altra. Vedremo come entrambe queste due fonti negative del diritto (l'una che si esplica nella forma dell'abrogazione e l'altra dell'annullamento) siano venute modificandosi nell'esperienza pratica dell'ordinamento repubblicano, in particolare sfuggendo alla comune logica binaria dell'accoglimento/rigetto – approvazione/abrogazione¹⁰⁴. Le sentenze interpretative della Corte Costituzionale, così come le *réserves d'interprétation* del Conseil Constitutionnel e i referendum manipolativi, sono creazioni giuridiche che originano dalla stessa attitudine espansiva, dal tentativo di fare uscire i due contropoteri dalla loro configurazione meramente oppositiva. In questo senso è interessante vedere come la Corte Costituzionale abbia interpretato il suo ruolo moderatore nel giudicare l'ammissibilità dei quesiti referendari. Sarà poi necessario vedere se e in che termini il referendum interagisca con gli altri due contropoteri che si sono assunti come oggetto dell'analisi, il Capo dello Stato e l'opposizione parlamentare. Come si vedrà a proposito della Corte Costituzionale, anche per il referendum i problemi creati dalla lacunosità della disciplina costituzionale sono stati in parte risolti dall'elaborazione della Corte stessa. La caratteristica incompletezza delle previsioni costituzionali in materia di contropoteri è un'altra delle caratteristiche di questo argomento. Tali istituti ed organi di contrappeso vennero concepiti dal costituente senza poter immaginare, stante la loro originalità, come avrebbero di fatto funzionato. Da qui la disciplina “a maglie larghe” che caratterizza tutti i contropoteri considerati, giungendo fino

¹⁰² In questo senso F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della politica economica*, Milano, 1986, p. 5.

¹⁰³ A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, pp. 138-139. L'A. cita diffusamente la famosa opera in cui Raymond Carré de Malberg teorizza la formula del doppio controllo, popolare e costituzionale sul parlamentarismo assoluto della III Repubblica. L'intuizione venne formulata sul saggio R. CARRE DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1931.

¹⁰⁴ Sulla possibilità, certo discussa e problematica, di ammettere la configurabilità delle sentenze normative della Corte Costituzionale quali fonti del diritto si veda L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 456-457 nonché A. PIZZORUSSO, *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in *Pol. Dir.*, 1987, pp. 139 e ss. Sul punto, recentemente, si vedano le considerazioni espresse in E. LAMARQUE, *La translatio iudicii e gli effetti delle sentenze manipolative della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2007, 974-975. L'A. partendo dall'osservazione dell'uso che le ordinarie giurisdizioni fanno delle sentenze costituzionali, consente di riconfermare di fatto la valenza di fonte delle sentenze stesse.

al caso dell'opposizione parlamentare che risulta, nella concezione proporzionalistica del primo dopoguerra, radicalmente assente nel testo costituzionale.

Sotto un altro profilo, di carattere chiaramente sostanziale, si ritiene esista una certa affinità tra giustizia costituzionale e referendum: essa è legata al problema del seguito e degli effetti della consultazione referendaria. L'accostamento con l'art. 136 e 137 della Costituzione non pare essere troppo azzardato se si considera la difficoltà di far valere nei confronti del potere la tenuta del rispetto del giudicato costituzionale da un lato e del risultato referendario dall'altro. In entrambi i casi siamo davanti alla prova di resistenza del contropotere, volta a misurare la sua efficacia. Vi è una profonda differenza tra questi due casi: mentre il rispetto della pronuncia referendaria sarebbe priva di copertura costituzionale, quella relativa al giudicato costituzionale sarebbe scolpita proprio all'art. 136 e 137 Cost. Si potrebbe essere portati a pensare che la garanzia offerta al rispetto del giudicato costituzionale sia quindi decisamente più forte rispetto a quella del referendum. Invero, sebbene quest'ultima non appaia sancita in Costituzione, non sono tuttavia mancati alcuni tentativi da parte del giudice delle leggi di affermarne una qualche effettività¹⁰⁵. La stessa ambiguità si può dire che si ravvisi nel modo in cui la Corte "difende" la propria giurisprudenza contro eventuali riproposizioni di disposizioni già annullate¹⁰⁶. Solo una riproduzione puntuale della norma caducata da una sentenza della Corte sarebbe passibile di sanzione per violazione del giudicato, proprio come emerge dalla sentenza 22/2012 in materia di vincolo referendario. Apparentemente l'opera del legislatore non è l'unico modo per contraddire una pronuncia del giudice costituzionale. Così può presentarsi il caso che il risultato di un referendum smentisca o quanto meno indebolisca la portata di una sentenza della Corte: è ciò che è avvenuto per esempio con il referendum sulle concessioni televisive del 1995. La possibilità che un referendum smentisca la Corte esiste in quanto il "giudizio" referendario è libero e può ben prescindere dalle ragioni di costituzionalità che

¹⁰⁵ Coesistono nella giurisprudenza della Corte pronunce che negano la superiorità della fonte referendaria (come la 5 del 1995) ed altre che sembrano sottintenderla. Si legge nella sentenza 33 del 1993: "*Le difficoltà, peraltro di natura meramente operativa, che dovessero delinearci in sede di applicazione della disciplina di risulta - non venendo a incidere su aspetti essenziali del sistema elettorale - potrebbero, in ogni caso, essere ovviate mediante interventi successivi del legislatore ordinario, che, pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere d'intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata (v. sent. n. 468 del 1990)*". Nella sentenza resa il giorno stesso la Corte affermava similmente: "*Nei limiti del divieto di forma o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (sent. 468 del 1990), il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua*". Tuttavia con la sentenza 22 del 2012 la Corte sembra essersi espressa chiaramente in favore della tesi del vincolo referendario sulla legislazione successiva.

¹⁰⁶ In questo senso è significativa la sentenza 262/2009, nella quale la Corte Costituzionale adotta "*un'interpretazione del parametro invocato (l'art. 136 Cost.) così asfittica da ridurne ai minimi termini l'effettiva operatività*", così A. PUGIOTTO, *La seconda volta*, www.forumcostituzionale.it, p. 12. L'A. mette in luce non solo la variabilità della giurisprudenza costituzionale in merito alla forza e al significato del giudicato, ma sottolinea efficacemente come la scelta della sentenza in parola sia stata grandemente condizionata dalla necessità di non "contraddire" il contropotere che normalmente precede cronologicamente la Corte, la Presidenza della Repubblica. Qui è da leggere una regolarità costante dei rapporti fra contropoteri: il loro muoversi sempre al limite fra diritto e merito costituzionale determina la fragilità della loro azione laddove questa non sia coordinata in fatto di interpretazione costituzionale.

rappresentano i confini del territorio del giudice costituzionale. Bisogna però impostare correttamente il problema e ricordare che chiaramente il giudizio della Corte si fonda su parametri giuridici mentre quello del referendum è un controllo squisitamente politico. Se di fatto i due controlli possono dare esiti diversi ciò non vuol dire in realtà che si contraddicano¹⁰⁷. Mutuando i termini del giudizio amministrativo si potrebbe affermare che mentre il giudizio di costituzionalità è un sindacato di legittimità sull'atto legislativo, il referendum configurerebbe invece un vero e proprio controllo di merito della disposizione, idonea a valutarne l'opportunità politica¹⁰⁸.

Per capire chi agisca come contropotere nel referendum e di che tipo sia il rapporto tra sottoscrittori, comitato promotore e popolo referendario è forse utile mutuare le categorie usate per il procedimento legislativo. Se i sottoscrittori sono il potere dello Stato rappresentato dal comitato promotore che aziona il referendum come una sorta di proposta di legge popolare atipica, chi delibera sulla proposta è il corpo elettorale, ed è ad esso che deve essere ricondotta la volontà deliberativa. Esso sarebbe quindi contropotere dello Stato che si identifica nel referendum come il legislatore nella legge ordinaria. Sotto il primo profilo è possibile infatti tracciare un parallelo tra la funzione del voto popolare e quello parlamentare: il primo si esprime tipicamente nelle due forme della consultazione elettorale e in quella referendaria, così come il secondo si distingue tradizionalmente in votazioni sulle persone (per l'elezione di organi costituzionali come i componenti del Consiglio superiore della magistratura e della Corte Costituzionale) e votazioni su disposizioni legislative, atti d'indirizzo e di controllo. Questa assimilazione è utile anche per capire la funzione del *quorum* costitutivo previsto dall'art. 75 c.4 Cost. Sarebbe illogico pensare che per l'approvazione di un atto legislativo si prevedesse la necessaria partecipazione al voto di almeno la metà dei componenti di una Camera (rappresentanti idealmente la maggioranza del popolo rappresentato) e non prevedere che per porre nel nulla lo stesso atto possa bastare la partecipazione al voto referendario della metà del corpo elettorale (anch'esso rappresentante in qualche modo del popolo stesso).

Il referendum può assumere due diverse connotazioni: la prima che la avvicina all'iniziativa legislativa popolare *ex art.* 71 Cost. laddove si apprezzi la potenzialità dello stesso a porsi come fonte di indirizzo politico concorrenziale rispetto a quello parlamentare maggioritario (come nel caso del referendum manipolativo) oppure come mero potere di

¹⁰⁷ In questo senso la pronuncia 23 del 2011 non è assolutamente in contraddizione con la 29 del 2011, di ammissibilità referendaria sulla legge istitutiva del legittimo impedimento.

¹⁰⁸ Spingendo l'analogia tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale delineato dalla dottrina (si veda ad esempio A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Dir.*, XV, Roma, 1994, p. 128 nonché F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. Soc.*, 1987, pp. 192 e ss) si potrebbe dire che se dallo spettro del giudizio costituzionale rimane comunque escluso il merito, è possibile comunque rinvenire nell'art. 75 Cost. una forma di controllo sull'opportunità stessa della legge che completa, pur sotto forme diverse da quelle tipicamente giurisdizionali, il sindacato sull'atto politico per eccellenza.

veto o di ratifica di una disposizione legislativa esistente¹⁰⁹. Il referendum potrebbe quindi assumere (ed ha assunto) nella prassi una di queste due diverse configurazioni: l'esperienza repubblicana ha infatti dimostrato la duttilità di un istituto nato dalla "potatura" del progetto mortatiano che, oltrepassando la semplificazione compromissoria consolidata nell'art. 75 Cost., ha di fatto determinato il riemergere dell'idea originaria legata ad una molteplicità di istituti referendari¹¹⁰. Il confine tra le due modalità che l'istituto referendario può assumere, in concreto e nell'intenzione dei promotori, viene dunque a configurare due diverse forme di espressione della volontà popolare. Solo nel secondo caso si potrebbe propriamente parlare di referendum come esercizio di un diritto di resistenza (stante la sua valenza negativa) laddove nel primo è dato di ravvisare, come detto, una sorta di atipica iniziativa legislativa popolare la cui portata supera probabilmente il confine dell'art. 75 Cost. e lo viene a configurare come potere di riserva, azionabile in momenti di particolare crisi ed *impasse* del sistema rappresentativo¹¹¹.

Tutto ciò detto, si può apprezzare la doppia natura del referendum: esso contiene insieme la configurazione di deliberazione assembleare "allargata" – e che lo rende simile a una votazione "tripla conforme" su una determinata legge – e al tempo stesso quella del controllo politico che completa lo scrutinio della Corte attraverso il diverso parametro del merito e dell'opportunità¹¹².

La particolarità del referendum rispetto agli altri contropoteri che saranno analizzati in seguito risiede anche e soprattutto nella sua natura di potere estraneo allo Stato persona, al non configurarsi come potere "specializzato" che fa leva sulla competenza tecnica dell'organo che lo esprime per affermare una volontà diversa da quella del legislatore. La natura iper-democratica di questo istituto, che ha condotto la disciplina costituzionalistica più prossima ai tempi della Costituente a dubitare dell'opportunità dell'istituto¹¹³, lo espone

¹⁰⁹ La distinzione in parola è stata perspicuamente messa in luce dalla dottrina, la quale sottolinea l'ambivalenza e la versatilità del referendum in tal senso, dovuta soprattutto al fatto che la Costituzione non ha effettivamente deciso sul ruolo da attribuire all'istituto dell'art. 75 Cost., leggibile sia come mero correttivo e contrappeso al regime parlamentare o come vettore di un indirizzo politico altro rispetto a quello parlamentare. Si veda G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO, *Ritorno alle origini*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano, 2005, pp. 31-44.

¹¹⁰ La fattispecie del referendum manipolativo è in realtà un sottotipo di referendum che "reintroduce" in via di prassi il tipo di quesito "propositivo" voluto dal Mortati al fine di superare l'inerzia parlamentare davanti ad una decisione legislativa. Si veda: *Atti dell'Assemblea Costituente*, II Sottocommissione, seduta del 17 gennaio 1947. Si vuol dire di più: la stessa configurazione del referendum come lo si vuole descrivere in questo lavoro, ossia di istituto che è idoneo a "riaprire" *ex post* il procedimento legislativo grazie alla sua funzione arbitrale, rientra appieno in un'altra delle sottotipologie che lo stesso Mortati aveva prospettato nel suo progetto originario, con la sola differenza che, nella visione del giurista calabrese, tale referendum sarebbe stato d'iniziativa presidenziale.

¹¹¹ Sul referendum come espressione di un moderno diritto di resistenza si veda G. VOLPE, *Referendum abrogativo e diritto di resistenza*, in *Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 286.

¹¹² A conferma di tale lettura si potrebbe tracciare un parallelo fra l'art. 64, terzo comma e il 75, terzo comma della Costituzione: il *quorum* pari alla maggioranza degli aventi diritto al voto assimilerebbe sotto questo aspetto le assemblee e il popolo votante.

¹¹³ Si ricordi ad esempio G. MARANINI, *Il tiranno senza volto*, Milano, 1963, p. 111 e ss.

certo ad essere il possibile vettore di una forma di opposizione emotiva ed episodica. I rischi insiti in tale considerazione sono tuttavia mitigati dall'essere la fonte referendaria creativa di diritto solo in negativo e pur sempre posta sotto il controllo preventivo della Corte che sostanzialmente, soprattutto attraverso l'esclusione del referendum sulle leggi costituzionalmente necessarie, evita che esso stesso possa costituire una minaccia potenziale per l'ordinamento costituzionale¹¹⁴.

Il referendum reca in sé una caratteristica decisamente paradossale: in esso il potere sovrano del popolo viene ad atteggiarsi come contropotere, cosa che sottolinea la difficile coabitazione teorica fra i concetti di sovranità popolare permanente e sussistenza di un sistema di democrazia rappresentativa. Il referendum è quindi un contropotere proprio perché non è mai, nell'ordinamento italiano, un fenomeno a sé stante e "spontaneo" ma prende sempre le mosse da una fonte precedente, espressione del potere del legislatore. Solo in opposizione ad esso potrebbe quindi sussistere e rivelare la sua natura derivata, non autonoma. Per questo non di potere ma di contropotere si tratterebbe e così si individua anche la mutazione, in una democrazia rappresentativa, del potere del popolo sovrano a contropotere ultimo. Questa logica di democrazia negativa in una democrazia maggioritaria non è più propria solo del voto referendario ma anche di quello elettorale, che sempre più spesso si connota come voto "contro" piuttosto che come voto "per". L'analisi che seguirà tenterà di prendere in considerazione il fenomeno referendario alla luce della sua disciplina giuridica e costituzionale ma, seguendo le indicazioni della dottrina d'oltralpe, nella sua identità complessa e triangolare, i cui punti salienti sono costituiti dal potere di indizione, dalla congiuntura politica nella quale la singola consultazione si inserisce e dall'oggetto sulla quale essa va ad incidere¹¹⁵.

2. *Opposizione e referendum: la concorrenza imperfetta dei contropoteri*

A dispetto dell'importanza che il rapporto tra opposizione parlamentare e referendum riveste comprensibilmente in un sistema come quello italiano, raramente la dottrina si è incaricata di indagare le relazioni che sussistono fra i due termini.

¹¹⁴ Il problema del legame tra sovranità popolare e Costituzione appare qui evidente. Tale orientamento della Corte sembrerebbe voler scongiurare il pericolo invero mai sopito che il popolo possa compiere consapevolmente o inconsapevolmente scelte liberticide. Si potrebbe dire che anche in questo senso il contropotere dev'essere difeso da sé stesso: Si veda M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le référendum et la protection des droits fondamentaux*, in RFDC, 2003, pp. 73 e ss.

¹¹⁵ Così J.L. PARODI, *Le triangle référendaire: le scrutin référendaire du 24 septembre 2000 est-il un référendum d'un type nouveau ?*, in *Revue française de science politique*, 2001, pp. 219 e ss.

Tale rapporto risulta dominato da un'ambiguità di fondo. Se infatti il referendum è chiaramente strumento nelle mani di una minoranza, sembrerebbe ragionevole ipotizzare anche il suo utilizzo da parte della minoranza per eccellenza, l'opposizione parlamentare¹¹⁶. Se, ancora, secondo la Corte, il referendum deve essere concepito come critica puntuale ad un preciso provvedimento legislativo¹¹⁷, esso dovrebbe quasi logicamente configurarsi come prosecuzione eventuale del procedimento legislativo, una sorta di seconda deliberazione sulla legge stessa, assumendo la relativa campagna elettorale referendaria quasi i connotati di una discussione parlamentare estesa al massimo¹¹⁸. Eppure l'analisi di alcuni eventi salienti della storia repubblicana, dalla Costituente alle singole e specifiche consultazioni referendarie, dimostra come in realtà la diffidenza dell'opposizione italiana nei confronti del referendum sia stata sempre quanto meno pari (se non maggiore) a quella della maggioranza. Diversamente da quanto è accaduto in Francia nel 2008 – in occasione della riforma costituzionale introduttiva di una nuova figura di referendum parlamentare, su pressante iniziativa del partito socialista – in Italia l'introduzione del referendum nella Costituzione del 1948 è avvenuta, paradossalmente, proprio su iniziativa della maggioranza democristiana che dovette combattere la diffusa diffidenza giacobina che PCI e PSI nutrivano nei confronti di uno strumento di democrazia diretta¹¹⁹. La contrarietà del PCI al referendum si chiarì anche quando, nel 1975 e nel 1977, il partito comunista presentò due distinte proposte di modifica dell'art. 75 Cost. volte a limitare notevolmente la funzionalità dell'istituto¹²⁰. Inoltre, se si eccettua il caso del 1981 sulla scala mobile, è necessario

¹¹⁶ Barbera e Morrone, riprendendo una risalente tesi mortatiana, parlano suggestivamente del referendum come di un tassello di un atipico Statuto dell'opposizione parlamentare in A. BARBERA-A. MORRONE, *La repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 250.

¹¹⁷ Così la sentenza 29/1987: "La natura del referendum abrogativo nel nostro sistema costituzionale è quella di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria. Come il legislatore rappresentativo ispira e coordina la sua volontà ad un oggetto puntuale, così la volontà popolare deve poter ispirarsi ad una ratio altrettanto puntuale".

¹¹⁸ Ciò similmente a quanto si dirà della giustizia costituzionale, concepita soprattutto in Francia come prosecuzione del dibattito sulla legge stessa.

¹¹⁹ I resoconti dell'Assemblea Costituente si rivelano essere molto utili a testimoniare questa avversità dei partiti comunista e socialista nei confronti del referendum. Così infatti Ferdinando Targetti (PSI): "Contrarissimi ad adoperare questo istituto a fini che riteniamo pericolosi. (...) Si dice: sarà la volontà popolare; ma la volontà popolare, onorevoli colleghi, dobbiamo ritenere che sarà sempre degnamente ed interamente rappresentata dalle due Camere, cioè dalla Camera dei deputati e dal senato della Repubblica. Io non riesco a configurarmi una volontà popolare meritevole di questo nome, che non abbia una sua rappresentanza nell'una o nell'altra Camera e non riesca quindi a far sentire la sua voce", in *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947, p. 1284. A farsi portavoce in Aula delle perplessità espresse da Togliatti in sottocommissione fu, nella seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947 l'onorevole Gullo (PCI): "(...) Io chiedo all'Assemblea se vale la pena, per il gusto di creare una disposizione simile, di creare alla Nazione cause di disordine e di prevedibile concitazione degli animi. Una delle due: o una legge non è più sentita dalla generalità della Nazione; e allora non è pensabile che le Assemblee sfuggano a questa opinione diffusa nel popolo – e le Assemblee sono appunto emanazione diretta del popolo – oppure non è così: e allora daremmo ad una minoranza faziosa la possibilità di valersi di questa procedura per attentare al principio della certezza, della sicurezza delle leggi", in *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947, p. 1277.

¹²⁰ In entrambi i casi la proposta di legge di modifica dell'art. 75 Cost. prevedeva l'introduzione dell'impossibilità di richiedere il referendum su leggi adottate da meno di tre anni, nonché l'espressa previsione che una modifica della legge da sottoporre a referendum interrompesse il procedimento e la facoltà attribuita al Capo dello Stato di rinviare la consultazione stessa in caso di presentazione alle Camere di una

puntualizzare che il PCI non prese mai parte attiva nella promozione di una consultazione referendaria e, anche nei casi in cui si schierò per il NO, lo fece con un'ambiguità significativa (emblematico fu il caso del divorzio)¹²¹. Non si può dire che le mutazioni successive del maggior partito d'opposizione, fino a quella che diede alla luce il Partito Democratico, abbiano cambiato radicalmente questo atteggiamento di diffidenza che trova probabilmente le sue ragioni profonde nella natura più autentica del nostro sistema parlamentare. Se prima del 1993, vigente il sistema proporzionale, l'atteggiamento dell'opposizione era motivato (soprattutto nella stagione del cd. *compromesso storico*) dalla volontà di non turbare il processo decisionale tipicamente consensuale con strumenti estranei al circuito assembleare che imponessero scelte manichee tipicamente maggioritarie, nel Parlamento bipolare questa refrattarietà al referendum diventa decisamente meno comprensibile e potrebbe apparire come un primo sintomo di quanto si dirà più specificamente dell'opposizione parlamentare nel prossimo capitolo, in merito al perdurare di logiche consensuali in un sistema formalmente maggioritario.

Ai fini di comparazione interna, sarebbe più corretto impostare il problema in termini di rapporto fra opposizione parlamentare e comitato promotore, ma è facile capire che considerando il referendum come diretta emanazione del comitato che lo propone, considerare lo strumento e non il soggetto-comitato non porta ad un'alterazione dei dati d'indagine. Per confermare l'ipotesi di un referendum strumento di contropotere la configurazione del comitato promotore come *potere dello Stato*¹²² si rivela essere una prova importante. Infatti non di potere interno allo Stato apparato si tratta quanto piuttosto di potere esterno: in questo senso sarebbe logicamente più esatto parlare quindi di *contropotere pro tempore dello Stato* (apparato). Per comprendere la logica del referendum è necessario non perdere mai di vista il comitato promotore e, più esattamente, ai fini dell'analisi, il rapporto di contrapposizione che esiste tra sistema rappresentativo e promotori nonché, inevitabilmente, tra promotori ed opposizione, quest'ultima essendo esponente (pur di minoranza) del sistema parlamentare. Se quindi da un lato la relazione tra referendum e opposizione non può che essere in qualche modo di distinzione (e ciò è tanto più evidente

legge modificativa. Sul punto si veda soprattutto l'attenta ricostruzione di P. TACCHI, *La partitocrazia contro il referendum o il referendum contro la partitocrazia?*, Milano, 1996, pp. 24-27.

¹²¹ Fin dal referendum sulla legge Fortuna-Baslini l'atteggiamento del PCI nei confronti del referendum fu molto chiaro: "Il PCI di Enrico Berlinguer era contrario al ricorso allo strumento referendario, non solo perché esso rappresentava una minaccia contro l'unità dei lavoratori, che avrebbe potuto compromettere la strategia del compromesso storico, ma anche perché il referendum metteva in discussione il ruolo di mediazione politica svolto dai gruppi parlamentari e dal sistema dei partiti", A. BARBERA-A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., pp. 31-32. Il caso del referendum del 1995 è particolare e indicativo dell'atteggiamento del maggiore partito d'opposizione nei confronti del referendum: in quell'occasione furono singoli esponenti del Pds che aderirono al comitato promotore ma non ci fu una vera adesione del partito stesso.

¹²² Sulla configurabilità del comitato promotore come potere dello Stato, sul suo rapporto con i firmatari delle richieste referendarie e sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia si veda G. BRUNELLI, *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 76-77.

quando, come nel caso dei referendum elettorali, il comitato è di composizione prevalentemente extra-parlamentare), dall'altro non si può non riconoscere che le ragioni del referendum quale strumento che mira all'abrogazione di una legge votata dalla maggioranza, possono coincidere (come nella maggior parte dei casi avviene) con quelle dell'opposizione. Ciò è evidente se si considera la breve distanza temporale che spesso separa l'approvazione di una legge e la sua sottoposizione a referendum¹²³: le ragioni che l'opposizione utilizza nel Parlamento contro la proposta legislativa sono spesso le stesse che, pochi mesi dopo, il comitato referendario fa valere contro la legge perfetta. Teoricamente parlando sarebbe quindi logico pensare che un'opposizione coerente sia propensa ad utilizzare (o almeno a sostenere) il referendum per ribadire la sua contrarietà ad una legge votata dalla maggioranza¹²⁴. In realtà così non sembra essere e l'effetto di *solidarietà parlamentare* contro il referendum unisce spesso forze di maggioranza e di minoranza. Non è quindi casuale che, con una sola eccezione nell'arco della storia repubblicana, il maggior partito d'opposizione non si sia mai fatto vettore di una consultazione referendaria e che i comitati promotori fossero formati prevalentemente da non parlamentari¹²⁵ o da esponenti di formazioni politiche estremamente minoritarie¹²⁶. Lo iato tra sistema rappresentativo e referendum raggiunge comprensibilmente il suo massimo quando l'oggetto della materia referendaria è costituito dal sistema elettorale. Sottoporre a critica quest'ultimo e, in particolare, la modalità elettiva che ha determinato la formazione delle Camere, il più delle volte costituisce un modo implicito di mettere in discussione la classe politica attuale ed il sistema parlamentare stesso nella sua più intima ragion

¹²³ Questa quasi continuità tra dibattito-scontro parlamentare e rimedio contro la legge promulgata è un altro aspetto che accomuna referendum e giustizia costituzionale e che configura l'uno e l'altra come una prosecuzione dello scontro politico in una sede esterna rispetto al Parlamento. In realtà c'è una profonda differenza in questa continuità temporale: se un clima politico teso in prossimità dell'approvazione della legge può essere un elemento a favore per il successo del referendum, il contrario potrebbe dirsi per la giurisprudenza della Corte. Questa fondamentale differenza è il segno della diversa logica che presiede un contropotere politico come il referendum e uno giurisdizionale come la Corte costituzionale.

¹²⁴ Ciò è tanto più vero in un sistema politico maggioritario come l'attuale, nel quale l'opposizione parlamentare non ha che un ruolo marginale nell'elaborazione della legge parlamentare. Ben minore era l'attrattiva dello strumento referendario in un sistema di legge contrattata prevalente fino ai primi anni novanta del secolo scorso. Si veda M. LUCIANI, cit., p. 175.

¹²⁵ Sotto questo profilo i referendum sul divorzio e sull'aborto hanno costituito due autentiche eccezioni. Tuttavia la caratteristica di questi referendum è ancora più particolare in quanto indetti contro una legge non voluta dal maggior partito di Governo. Si tratta di una combinazione quindi doppiamente anomala, se la si guarda alla luce della logica maggioritaria, che può essere spiegata solo con la particolarità del sistema consensuale invalso fino ai primi anni novanta che consentiva alleanze parlamentari trasversali con molta più frequenza di quanto non avvenga oggi.

¹²⁶ Fra i partiti d'opposizione, oltre al Partito radicale che ha promosso ben 46 delle 62 consultazioni referendarie, è necessario ricordare il PCI nel 1985, i Verdi nel 1990 e nel 2003, il partito della Rifondazione Comunista nel 2003 e l'Italia dei Valori nel 2010. Una storia tutta particolare è invece quella, come detto, del referendum sull'aborto, voluto dalla DC, allora partito di maggioranza relativa.

d'essere¹²⁷. Ciononostante è proprio in materia elettorale che il referendum ha dimostrato, nel 1991 e nel 1993, la sua doppia natura di detonatore e di fusibile del sistema rappresentativo, rivelandosi come l'*ultima forza* per riattivare, con l'appoggio del capo dello Stato, il circuito democratico interrotto dalla crisi politica dei primi anni novanta.

La diffidenza che l'opposizione nutre nei confronti del referendum è dunque frutto di una molteplicità di ragioni che si riflettono in entrambi i momenti fondamentali di ogni referendum, quello dell'iniziativa e quello successivo della campagna elettorale. Le ragioni per lo più addotte dalla minoranza per evitare un proprio coinvolgimento nella prima fase riflettono paradossalmente il timore di una sconfitta che possa, in materie particolarmente delicate ed importanti, rivelarsi un volano temibile per l'opposizione stessa¹²⁸. Vi è in questa considerazione una doppia implicazione: la prima, che qui non rileva, squisitamente politica, di sfiducia nei confronti del proprio elettorato e, la seconda, che qui ci importa, di diffidenza nei confronti di un istituto costituzionale come quello previsto *ex art. 75 Cost.*

3. *Segue: Astensionismo, plebiscito e controplebiscito*

Su questo disimpegno delle parti politiche nella campagna referendaria si innesta anche un problema che attanaglia l'istituto referendario da più di quindici anni, quello dell'astensionismo. L'indifferenza o l'ostilità per l'iniziativa referendaria, da parte dell'opposizione, si riflettono infatti su un comportamento indotto nell'elettorato e che si manifesta nel fenomeno dell'astensionismo¹²⁹.

¹²⁷ Si veda ad esempio in occasione del 1993 la divisione netta che si originò in seno al Pds in merito al quesito referendario, contro il quale si schierarono, fra gli altri, Stefano Rodotà e Pietro Ingrao. Si veda *Referendum, Pds incrinato*, in *Corriere della sera*, 3-3-1993, p. 7.

¹²⁸ In questo senso le parole di Walter Veltroni in occasione della promozione del referendum sul lodo Alfano da parte dell'Idv sono rivelatrici: "(...) *Naturalmente ci potranno essere anche esponenti del PD che lo sosterranno, ma la linea del partito è di restarne distanti perché convinti che rilanciare, come inevitabilmente accadrebbe nella campagna referendaria sul lodo, l'antiberlusconismo, non faccia che rafforzare il premier*".

Aggiunge Stefano Ceccanti: "*Contro una legge incostituzionale non si promuove un referendum, si attende rispettosamente la decisione della Corte costituzionale*", in http://ceccanti.ilcannocchiale.it/2008/07/31/giustizia_lodo_alfano_no_a_ref.html.

¹²⁹ Premettendo che certo non è possibile pensare che in assoluto ogni referendum abbia necessariamente il sostegno incondizionato dell'opposizione, configurando ogni quesito una vicenda a sé, risulta comunque interessante osservare come negli ultimi dieci anni la diffidenza del maggiore partito di minoranza abbia costituito una costante anche nei referendum che, alla fine, l'opposizione ha deciso più o meno convintamente di sostenere. Gli esempi sono appunto numerosi. Sulla procreazione assistita: *Pollastrini: non sono d'accordo con Amato. Il referendum sulla procreazione assistita non divide il paese*, *La Stampa*, 21-10-04, p. 13; Contro il lodo Maccanico: *Campagna per il referendum: l'Ulivo frena e rinvia*, *Corriere della sera*, 27-6-03, p. 11; Sul referendum elettorale Segni-Guzzetta: *Ripeto, è un referendum contro il Pd*, *Europa*, 4-1-07. Sul lodo Alfano: *Lodo, nel Pd il fronte del no al referendum*, *Corriere della sera*, 26-7-08, p. 1 e *Che errore fa il Pd a non battersi a favore di questo referendum*, *Il riformista*, 8-1-09, p. 11.

Al di là dell'iniziale timore di cui si è dato conto, legato al fatto che il referendum risolve un conflitto politico in modo definitivo eludendo i circuiti del compromesso parlamentare, da almeno trent'anni il sospetto nei confronti dell'istituto ha scoperto una sua nuova ragion d'essere. L'opposizione maggioritaria sembra infatti aver capito l'insidiosità di un *referendum ad personam*: i casi del 1981 sulla scala mobile e del 1995 in materia di concessioni radio-televisive hanno dimostrato come sia rischioso attivare un referendum troppo frontalmente contro il potere. Ciò costituisce quindi un ennesimo elemento di diffidenza da parte dell'opposizione nei confronti del referendum, temuto proprio perché può mettere a nudo l'incapacità della minoranza di federare il corpo elettorale contro il potere e determinarne quindi un rafforzamento. Visti i precedenti del 1981 e del 1995 l'iniziale presa di distanza del PD dall'iniziativa del referendum sul lodo Alfano prima e sul legittimo impedimento poi è forse leggibile in questi termini.

Il problema del funzionamento della forma di governo si intreccia quindi evidentemente con l'istituto referendario: laddove il sistema politico è fortemente polarizzato in senso maggioritario il rischio di traslare il significato giuridico del quesito ad una dimensione politica di "voto di fiducia" nei confronti della maggioranza contingente diviene molto forte¹³⁰. Il problema forse è estendibile ad un'altra dimensione: la potenziale concorrenzialità tra referendum ed opposizione come contropoteri. È evidente che un referendum che ha avuto esito positivo, promosso dal comitato promotore senza l'apporto dell'opposizione parlamentare, può essere anche considerato come un modo per sconfessare la stessa modalità d'azione dell'opposizione in Parlamento e, più sensibilmente, dello stesso Capo dello Stato nel caso in cui questi non abbia esercitato il potere di rinvio¹³¹. Il problema non è senza interesse, se si considera un nodo centrale del tema dei contropoteri: la necessità che essi, per essere efficaci, si muovano nella stessa direzione evitando di contraddirsi a vicenda. Il tema si fa ancora più evidente con riferimento al giudice delle leggi. Ragioni di opportunità richiederebbero di lasciare agire la Corte costituzionale in prima battuta per poi, in caso di esito insoddisfacente, fare ricorso al referendum, per evitare che un contropotere "meno" democratico come la Corte si trovi nell'imbarazzo di dover intervenire dopo il referendum eventualmente contraddicendo il suo esito¹³². Nel caso del legittimo impedimento la Corte si era infatti già pronunciata

¹³⁰ "Il referendum in tal modo ha spesso ceduto alla diversa logica "plebiscitaria" della legittimazione politica indifferenziata e di tipo forte a favore di soggetti politici o delle linee programmatiche da questi sostenute, prescindendo dai contenuti specifici, di volta in volta oggetto della discussione", così A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giustizia costituzionale*, Milano, 1994, p. 115. La medesima lettura emerge in R. FEOLA, *Il referendum nel sistema politico italiano*, Napoli, 2001, p. 55.

¹³¹ Non raramente negli ultimi tempi la contestazione della decisione del Presidente di non valersi del potere di rinvio è esercitata dalle forze politiche polemicamente insieme all'annuncio della volontà di ricorrere alla procedura referendaria.

¹³² Può tuttavia verificarsi anche l'ipotesi inversa, ovvero che la decisione della Consulta segua il voto referendario. Il timore di contraddire il voto popolare si rivela inesistente laddove il mancato raggiungimento del *quorum* impedisca di attribuire al voto un significato riconducibile ad una precisa volontà. In questo caso il controllo esercitato dalla Corte si rivelerebbe essenziale in caso di fallimento del referendum. Si veda a tale

quando il referendum è stato celebrato quindi nulla ostava, su una materia così sensibile, all'espressione del voto popolare volto, nell'intenzione del Comitato promotore, ad andare oltre il *dictum* della Corte, pur senza contraddirlo frontalmente¹³³. Anche in presenza di un referendum che vada in direzione opposta rispetto a quella eletta dalla Corte le cose non cambierebbero di molto: come si è già anticipato la logica del sindacato di costituzionalità è diversa dal giudizio politico insito nel referendum. Il controllo insiste quindi sul medesimo atto, ma attraverso parametri differenti (costituzionalità da un lato e merito politico dall'altro). Anche questo è un punto importante nella teoria dei contropoteri: è necessario evitare un'inutile superfetazione del parametro di giudizio. Il controllo multiplo a cui l'atto è sottoposto non deve consistere in una mera riproduzione dei precedenti, pena la diseconomicità e il rischio di autentiche contraddizioni.

Il timore vero dell'opposizione parlamentare davanti al referendum sembra dunque quello di essere confermata come opinione minoritaria nel Paese. Ciò introduce ad un aspetto importante del referendum: sebbene la Corte abbia cercato di arginare il suo uso politico, attraverso una giurisprudenza restrittiva che lo allontanasse da un utilizzo volto a scopi di politica generale, la configurazione dell'art. 75 Cost. come *test* elettorale, temuta dall'opposizione stessa, sembra in realtà (e al di là delle distorsioni della prassi) un risvolto inseparabile dal quesito referendario. Come per ogni sentenza della Corte, è necessario mettere in evidenza il problema giuridico sul quale il referendum incide senza però negare la sua inevitabile portata politica. Sdrammatizzare il significato politico del referendum e concentrare l'attenzione sulla portata effettiva del singolo quesito riporterebbe il referendum nella sua originaria concezione di critica puntuale ad un atto legislativo. Ciò significherebbe considerare il referendum come inserito nel processo legislativo e quindi quale ultima arma oppositoria piuttosto che come test elettorale atipico¹³⁴, mettendo proprio a valore quella differenza fondamentale tra deliberazione ed elezione che si è messa precedentemente in evidenza, evitando quindi di utilizzarlo ordinariamente come contro-plebiscito. La Corte stessa implicitamente ammette questo risvolto del quesito quando

proposito, in merito alla vicenda della legge 40/2004, *Dove fallì il referendum interviene la Consulta: non passa la legge 40*, in *Il riformista*, 2-4-09, p. 8. Sul rapporto tra referendum e giudizio di costituzionalità si veda A. PUGIOTTO, "Veto players" e dinamiche istituzionali nella vicenda del "lodo Maccanico", in *Quad. cost.*, 2004, pp. 272-279.

¹³³ Diversamente, nel caso del lodo Schifani, la Corte intervenne prima che venisse celebrato il referendum (pur ammesso con sentenza 25/2004) a porre nel nulla la legge 140/2003 con sentenza 24/2004, come accertato dall'Ufficio centrale il 4 febbraio 2004. In occasione della sentenza resa sulla legge 51/2010 (legittimo impedimento del Presidente del Consiglio e dei ministri) la Corte ha agito invertendo l'ordine delle pronunce: il 12 gennaio 2011 la Corte ammette il referendum sul legittimo impedimento e, il giorno dopo si pronuncia in via incidentale sullo stesso (sent. 23/2011).

¹³⁴ La natura del referendum come istituto idoneo a prolungare il conflitto maggioranza-opposizione al di fuori del recinto parlamentare è stato evidente nel caso del referendum sul nucleare del 2011. Ciò è stato chiaro non solo a seguito dell'emanazione del dl 34/2011 ma anche delle reazioni dell'Esecutivo alla sentenza con cui l'Ufficio centrale ha dichiarato il trasferimento della richiesta di abrogazione sulla nuova formulazione legislativa (ci si riferisce in particolare alla decisione del Governo di costituirsi parte nel giudizio costituzionale sull'ammissibilità del nuovo quesito).

sottolinea nella sua giurisprudenza l'importanza dell'elemento soggettivo insito nel quesito, legato all'esito del referendum e all'intenzione dei promotori (richiamato da ultimo nella sent. 24/2011). Anche per queste ragioni un quesito referendario non può mai dirsi "neutro" e per questo si è tentato da più parti di *neutralizzarlo*¹³⁵. Proprio l'astensione è stata allora l'arma che il sistema politico ha messo in campo a tale scopo. Sta qui uno dei maggiori paradossi del referendum: senza il concorso dei partiti è difficile vincere una competizione che è concepita fundamentalmente contro il sistema rappresentativo¹³⁶. Non è un caso che gli ultimi referendum che hanno avuto il sostegno attivo di alcuni importanti esponenti del partito maggioritario d'opposizione siano stati quelli del 1995 e, ancora, non è casuale che da allora fino al 2011 nessun referendum abbia mai raggiunto il *quorum* strutturale.

Se l'astensionismo come tattica elettorale sembra stata "inventata" nel 1981, è dal 1995 che esso ha preso piede come vera e propria forma di opposizione al referendum. Ci si può chiedere perché fino ad allora la strada dell'astensione non fosse stata considerata dai partiti. In realtà essi avrebbero difficilmente potuto invitare all'astensione prima del 1990, momento in cui la partecipazione elettorale referendaria iniziò a precipitare e a dissociarsi quantitativamente dai dati relativi alle elezioni politiche, in quanto troppo alto era il rischio che i non votanti disinteressati alla consultazione fossero in numero insufficiente per porre nel nulla il referendum stesso. Il dato in questione del resto, riferito al crescente iato tra consultazioni elettorali e referendarie sembra accomunare tutte le democrazie occidentali contemporanee secondo studi recenti¹³⁷. L'aumento dell'astensionismo da una consultazione all'altra ha una progressione costante e geometrica.

¹³⁵ Non basta: recentemente la caratterizzazione del referendum come contropotere è stata sottolineata da un deciso cambiamento nell'atteggiamento del Governo in sede di giudizio di ammissibilità dei quesiti. Se, come ricorda la dottrina, è quasi consuetudine che il Governo propenda per una linea di *self-restraint* "non costituendosi in giudizio e mostrando così *factis* di non trovarsi istituzionalmente in uno stato di conflitto di interesse con i promotori" (così A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, p. 273), recentemente si è avuta una modificazione nel comportamento dell'Esecutivo che a più riprese è intervenuto a "difendere" la propria legge (si ricordi il caso della sent. 45/2005 sulla procreazione assistita nonché più recentemente delle pronunce 24-29 del 2011). La decisione del Governo di intervenire a difesa della legge oggetto del referendum abrogativo "è sempre una scelta politica. Travestirla giuridicamente in un atto compiuto nell'interesse generale dell'ordinamento, invece di rivendicarla apertamente, rientra in una strategia di fuga dal referendum", così A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: "comitati del no" e Governo a Corte*, in M. AINIS, (a cura di), *I referendum*, cit., p. 593.

¹³⁶ Questa è anche la conclusione dell'interessante analisi di Paola Tacchi sul rapporto tra partiti e referendum. Si veda P. TACCHI, *La partitocrazia*, cit., p. 94. Della stessa opinione anche A. CARIOLA, *Il referendum abrogativo*, cit., pp. 359.

¹³⁷ A. RANNEY, *Référendum et démocratie*, in *Pouvoirs*, 1996, pp. 12 e ss. L'autore, mettendo a confronto i dati a una decina di paesi (tra cui Australia, Francia, Italia, Irlanda, Svezia, Norvegia, Nuova Zelanda, Danimarca, Austria e Belgio) fa osservare come nel periodo fra il 1945 e il 1993 mentre la partecipazione alle elezioni politiche si è attestata mediamente su percentuali che oscillano tra il 95% dell'Australia e il 73% dell'Irlanda, quella del referendum si attestava tra il 90% dell'Australia e il 58% dell'Irlanda. Lo scarto medio tra le due forme di votazione sarebbe quindi di quasi il 15%. Sappiamo poi come tale forbice si sia ulteriormente divaricata in Italia negli ultimi dieci anni. A dati elettorali del 81,3%, dell'83,6 e dell'80,5 (rispettivamente per le elezioni politiche del 2001, 2006 e 2008) fanno da contraltare quelli referendari del 2005 e del 2009, con una partecipazione al voto non superiore al 23-25%.

La potenza dell'arma referendaria tuttavia sembra vada anticipata all'effettuarsi della consultazione elettorale: il recente caso del referendum sul nucleare (abbinato a quello particolarmente temuto dalla maggioranza sul legittimo impedimento) è infatti l'ultimo esempio che dimostra come la portata deterrente dell'istituto sia anche preventiva e che mai il referendum sarebbe pienamente neutralizzabile. Anche un referendum in potenza – cioè prima che venga celebrato – può dunque agire come contropotere di fatto e non potrebbe quindi mai essere definitivamente neutralizzato, giusta la sua incontrollabilità.

Il referendum può essere quindi utilizzato per identificare e descrivere utilmente l'azione dell'opposizione. Se da un lato si è visto come, fin dai suoi esordi, esso non ha certo costituito l'asse strategico essenziale per l'opposizione di maggioranza, si è già osservato come è sempre esistita in realtà una componente (minoritaria) dell'opposizione che si è valsa del referendum facendone il veicolo prioritario della propria azione politica¹³⁸. Non è forse casuale che la funzione politica oppositoria di tali minoranze abbia fatto leva non solo sul referendum ma anche sull'ostruzionismo parlamentare. Entrambe queste due modalità hanno in comune il rifiuto del modello consensuale tipico di un sistema parlamentare non maggioritario. Se quindi è vero che, come è stato osservato, la minor fortuna dello strumento referendario dopo l'abbandono del sistema elettorale proporzionale è dovuto forse alla maggior capacità con cui gli elettori, dal 1993 ad ora, sono riusciti ad intervenire con maggior successo sulla formazione delle maggioranze parlamentari, è difficile capire come invece i partiti d'opposizione non abbiano trovato nel referendum uno strumento idoneo ad essere veicolo di azione politica alternativa a quella della maggioranza. In altri termini stupisce come un sistema ormai sostanzialmente bipolare stenti tuttavia a riconoscersi nella logica binaria per eccellenza che è quella del referendum. Ciò appare evidente dopo la vittoria del fronte referendario nei quesiti del 2011, che avrebbero confermato una realtà bipolare ben radicata nella società italiana e dimostrato l'esistenza di una nuova forma di opposizione in parte esterna al circuito parlamentare, che appare insidiosa per la stessa legittimazione dell'opposizione istituzionale ad incanalare e consolidare quella parte di società che non si riconosce nell'indirizzo politico maggioritario. Permane quindi, anche nel sistema maggioritario, quella diversa concezione insidiosa del referendum che sussisteva più comprensibilmente all'epoca del proporzionalismo e questo è probabilmente anche il sintomo del permanere di logiche ancora consensuali all'interno del sistema rappresentativo parlamentare.

¹³⁸ Non è forse casuale che i due raggruppamenti partitici più propensi all'uso dell'istituto ex art. 75 Cost. siano nati in realtà come comitati promotori di referendum per poi costituirsi come movimenti partitici veri e propri rappresentati in Parlamento. Questo è infatti il caso sia del Partito Radicale (che sebbene fondato già nel 1955, solo nelle elezioni del 1976 faranno il loro primo ingresso alla camera dei Deputati) e dell'Italia dei valori nel 1998 (partito fondato a seguito del fallito referendum per l'abolizione del 25% della quota proporzionale per l'elezione della Camera dei deputati, promosso dallo stesso fondatore, Antonio di Pietro).

4. Corte Costituzionale e Capo dello Stato, custodi del referendum

Vogliamo qui di seguito indagare le ragioni per le quali è possibile identificare, almeno teoricamente, nelle figure del Presidente della Repubblica e della Corte Costituzionale i potenziali *custodi* del referendum. In questa materia non si tratta solo, infatti, di garantire gli esiti del referendum dopo la votazione del quesito ma, affinché sia rispettata quella stessa chiarezza del quesito tradizionalmente chiesta dalla giurisprudenza della Corte, è necessario che anche la campagna elettorale dello stesso si svolga per dare effettivamente modo agli elettori di decidere se e come votare. La tutela (*ex ante* ed *ex post* rispetto all'effettuarsi della consultazione referendaria) che i due organi menzionati esercitano sull'istituto non è imposta dalla Carta Costituzionale ma la si può ricavare considerandoli come poteri garanti di riserva alla luce della loro collocazione "geografica" nella forma di governo. In particolare la loro funzione, non tanto per l'imparzialità quanto più precisamente per l'essere collocati al di fuori del circuito della rappresentanza politica in senso stretto – la cui logica si pone in antitesi rispetto a quella referendaria –, li rende particolarmente idonei ad esercitare un ruolo idoneo ad attribuire una qualche effettività all'art. 75 Cost.

5. Segue: Un giudizio di bilanciamento atipico per il referendum abrogativo

Dare una valutazione puntuale e compiuta della giurisprudenza costituzionale in materia referendaria esula dalle ambizioni del presente lavoro. Attraverso l'analisi della dottrina che si è occupata del tema è tuttavia possibile tentare di tracciare qualche considerazione capace di definire l'orientamento che si cela dietro tante pronunce in materia referendaria¹³⁹. Non si vuole correre il rischio di semplificare eccessivamente un materiale tanto ricco ed abbondante ma si ritiene necessario quanto meno rintracciare i lineamenti essenziali di tale politica giurisprudenziale per vedere se e come la Corte stessa interpreti il suo ruolo di garante del referendum. È risaputo che fin dalla sentenza 16/78 la il giudice delle leggi ha interpretato in modo particolarmente estensivo il proprio sindacato

¹³⁹ La dottrina sul punto è decisamente copiosa. Praticamente ogni contributo dedicato allo studio del referendum non può prescindere dalla definizione che l'art. 75 Cost. è venuto ad assumere tramite l'intervento della Corte stessa. Il referendum, forse più di ogni altro istituto costituzionale è stato oggetto di un'attenta attività creativa della Corte Costituzionale attraverso il filtro dell'ammissibilità. Oltre ai riferimenti che si faranno in itinere, sul punto si ricordi il recente A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010.

sul quesito oggetto di referendum e tale scelta non è stata esente da critiche in dottrina¹⁴⁰. Al di là delle considerazioni sulla maggiore o minore condivisibilità di tale indirizzo giurisprudenziale, esso è stato probabilmente motivato fin dall'inizio dallo scrupolo della Corte di non intervenire sull'esito referendario una volta che il potere sovrano per eccellenza si sia espresso sul quesito. Se infatti è sempre delicato per la Corte opporsi alla volontà delle Camere, possiamo ben immaginare che ancor più lo sia nei confronti del contropotere sovrano¹⁴¹. La Corte evita quindi in questo modo di entrare in potenziale contrasto con il corpo elettorale referendario schivando sapientemente un pericoloso *conflitto di contropoteri*. Nel 1978 quindi la Corte scrisse una delle pagine più contestate della sua storia, in ragione della creatività e dell'originalità di quella pronuncia: argomentando in materia di contropotere referendario la Corte giunse ad affermarsi come massimo contropotere giurisdizionale¹⁴². Raramente tuttavia ci si è interrogati sulle ragioni profonde che hanno indotto il giudice delle leggi ad adottare una lettura tanto rigorosa ai limiti fissati dall'art. 75 Cost. Per capire quale sia il rapporto fra l'istituto referendario e la Corte è necessario cercare di sciogliere questo nodo e intrecciarlo poi nuovamente con altri due punti essenziali dello "statuto giurisprudenziale" del referendum: quello in merito alla modificazione legislativa delle disposizioni oggetto del quesito e quello relativo al diritto di informazione sul referendum stesso.

Procedendo con ordine si potrebbe osservare che, al di là delle sue contingenti espressioni, il lungo magistero della Corte in materia di referendum sia improntato ad una logica che, assumendo le specie del rigore, è stata motivata da una vera e propria forma di

¹⁴⁰ In questo senso, *ex multis*, L. PALADIN, *Le fonti*, cit., pp. 288-292. Si è per l'appunto parlato di una mutazione di fatto del giudizio di ammissibilità in un giudizio di costituzionalità preventivo esteso anche alla ragionevolezza che giungerebbe quindi a superare i confini del sindacato *ratione materiae* indicato all'art. 75 Cost., nonostante la Corte si premuri spesso di sottolineare la differenza tra il giudizio di ammissibilità e quello incidentale. La Corte ha voluto sostanzialmente concentrare in uno il giudizio sull'ammissibilità e quello sugli effetti. Tale "trattamento" riservato al referendum trova le sue ragioni nella stessa ambiguità del suo statuto come fonte, essendo formalmente equiparato alla legge pur conservando una sua particolarità irriducibile per ragioni ontologiche rispetto alle fonti di rango primario. Anche il Conseil Constitutionnel adotta una linea giurisprudenziale simile a quella della Corte che conferma l'atipicità della legge referendaria: benché esso rifiuti di sindacare a posteriori la costituzionalità della stessa, si ammette comunemente che tuttavia il legislatore possa modificarla.

¹⁴¹ Autorevolissima (ed autentica) dottrina ha identificato nella sentenza-madre del 1978 l'ingresso nel nostro sistema di una sorta di giudizio costituzionale *a priori*, impostosi per ragioni obiettive di ordine politico-istituzionale: "*Appariva ed appare manifestamente inadeguato il rimedio implicitamente suggerito dalla sentenza 251 del 1975 (e poi teorizzato con la sentenza 24 del 1981): cioè l'instaurazione in via successiva, di un giudizio di legittimità costituzionale. Una decisione di annullamento, che colpisse non già la cosiddetta normativa di risulta, ma lo stesso referendum dichiarato ammissibile dalla Corte, rappresenterebbe un vero e proprio dramma politico e istituzionale*". Così L. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità dei referendum*, in *Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 10. L'A. traccia un interessante parallelo con il Conseil Constitutionnel, affermando che sostanzialmente la Corte italiana ha adottato la giurisprudenza referendaria del suo omologo francese in ossequio alla sovranità popolare, *rectius*, al sommo potere-contropotere.

¹⁴² Si vedano le reazioni della dottrina all'indomani della famosa pronuncia in commento: S. FOIS, *Se la Corte Costituzionale diventa un superparlamento*, in *Corriere della Sera*, 14-I-1978, G.U. RESCIGNO, *Referendum ed istituzioni*, in *Pol. Dir.*, 1978, p. 618.

*paternalismo costituzionale*¹⁴³. Che non possa intravedersi in tale giurisprudenza sull'ammissibilità dei quesiti una manifestazione di diffidenza nei confronti dell'istituto lo si desume dal fatto che in altri frangenti già menzionati la Corte sia in realtà intervenuta a fare scudo al referendum contro gli inevitabili ostacoli che esso incontra¹⁴⁴. L'omogeneità e la chiarezza del quesito sono dunque non tanto due formule punitive nei confronti del comitato promotore ma due esigenze da tutelare *erga omnes*, anche nei confronti di quel *potere* che avrebbe buon gioco ad ostacolare la procedura referendaria. Sarebbe tuttavia troppo semplicistico ridurre in tale frangente la giurisprudenza della Corte complessivamente considerata in ambito referendario in modo manicheo, come favorevole o sospettosa nei confronti dell'istituto a seconda delle opinioni. In realtà pare più corretto guardare alla *mobilità* del giudice delle leggi come ad una conferma della logica del

¹⁴³ "La Corte, come un buon padre, vuole evitare che il popolo si incammini per strade confuse ed incerte, che venga ammalato da retori e demagoghi, che vada incontro a situazioni normative indesiderate susseguenti all'abrogazione, che commetta errori dovuti alla propria inesperienza e disinformazione. Vuole insomma rimediare con le pronunce di ammissibilità dei referendum ad una serie di mali che attengono al sistema politico e che sono frutto, semmai, di una insufficiente attuazione dei valori costituzionali in molti campi o del modo caotico di lavorare delle istituzioni rappresentative". Così G. SILVESTRI, *Il popolo sotto tutela: garanzia formale e criterio di ragionevolezza nella conformazione giurisprudenziale del diritto al referendum*, in *Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 238. Altri evoca efficacemente, a giustificare tale giurisprudenza, la necessità di "evitare i rischi d'incenerimento per autocombustione che il referendum avrebbe potuto correre se la Corte non ne avesse respinti oltre una cinquantina. (...) Si ha l'impressione, insomma che la Corte (anche a costo di vedersi tacciata di "paternalismo costituzionale") abbia giocato nei confronti dei referendari un ruolo assimilabile a quello giocato, secondo un fenomeno storiografico, della Democrazia cristiana nei confronti dei partiti una volta definiti anti-sistema: di salvarli da se stessi e di permettere loro di continuare a esistere", così A. DI GIOVINE, *Referendum e Corte Costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 601. Lorenza Carlassare puntualizza: "Guardando alla prassi referendaria nell'ottica della sovranità del popolo non può sfuggire l'alterazione della "genuinità" e spontaneità della partecipazione popolare che un numero troppo elevato di richieste referendarie comporta", L. CARLASSARE, *Considerazioni sul principio democratico e referendum abrogativo*, in *Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 142. La bontà di questa interpretazione consente di comprendere anche il monito con cui il Presidente Scalfaro ammonì i referendari (paradossalmente) in difesa del referendum: *Scalfaro critica l'uso dei referendum. I radicali: insulta i cittadini*, in *Il corriere della sera*, 18-XII-1999, p. 4. Come si vede anche in tale frangente l'unità d'azione della Corte e del Capo dello Stato nell'equilibrata difesa dell'istituto referendario è assai evidente.

¹⁴⁴ La dottrina che si è concentrata sull'analisi della giurisprudenza costituzionale in difesa degli interessi del comitato promotore in sede di conflitto di attribuzioni, *ex ante* rispetto allo svolgimento della votazione sul referendum, ha posto in luce in modo particolare la necessità di un'informazione piena ed effettiva sulla materia dei quesiti fin dalla sentenza 161/1995. Diverso invece il problema del conflitto di attribuzioni relativo alla data di svolgimento del referendum decisa dal Governo, che è stato considerato inammissibile dalla Corte. Si veda G. BRUNELLI, *Dinamica referendaria*, cit., pp. 79-84. Non si può tacere l'altro fondamentale filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza 68/78 con la quale la Corte stabilisce che solo una modifica sostanziale della legge oggetto del quesito può comportare una cessazione delle operazioni referendarie, giungendo così a modificare la portata dell'art. 39 della l. 352/1970. Tale giurisprudenza è stata recentemente ribadita dalla sent. 174/11, che ha confermato l'esito dell'esame dell'Ufficio centrale circa il trasferimento del quesito sul referendum in materia di energia nucleare. Lungi dal limitarsi ad effettuare un mero giudizio di ammissibilità sul quesito (come sembra voler annunciare formalmente) la Corte aggiunge: "Le disposizioni di cui si propone l'abrogazione (commi 1 ed 8 del citato art. 5) risultano, infatti, a seguito della riformulazione del quesito da parte dell'Ufficio centrale, unite da una medesima finalità: quella di essere strumentali a consentire, sia pure all'esito di «ulteriori evidenze scientifiche» sui profili relativi alla sicurezza nucleare e tenendo conto dello sviluppo tecnologico in tale settore, di adottare una strategia energetica nazionale che non escluda espressamente l'utilizzazione di energia nucleare, ciò in contraddizione con l'intento perseguito dall'originaria richiesta referendaria, in particolare attraverso l'abrogazione dell'art. 3 del d.lgs. n. 31 del 2010".

bilanciamento non solo nel caso in cui si faccia questione di diritti costituzionali ma anche laddove si tratti di istituti ed organi costituzionali e quindi non solo nel giudizio di ammissibilità del quesito ma anche nel conflitto fra poteri che spesso costituisce la naturale prosecuzione dello scontro sull'ammissibilità stessa.

Per comprendere meglio le ragioni profonde di tale sindacato intrinseco sull'ammissibilità, determinato dallo scrupolo di evitare una banalizzazione dell'istituto referendario, è forse utile ricorrere analogicamente ad un altro punto critico della giurisprudenza costituzionale. A tal proposito l'accostamento tra l'accesso alla giustizia costituzionale e l'"accesso" alle operazioni referendarie potrebbe essere utile. Come la Corte negli anni è andata sempre più dettagliando le condizioni che l'ordinanza di rimessione deve rispettare per poter dare avvio al processo costituzionale (si pensi, ad esempio non solo alla stringente verifica sulla rilevanza e non manifesta infondatezza ma anche alle indicazioni relative al verso delle addizioni nelle sentenze manipolative e al forzoso e spesso forzato ricorso all'interpretazione adeguatrice¹⁴⁵) così anche per il referendum la Corte è intervenuta interpretando restrittivamente le condizioni di ammissibilità, con un intento molto simile a quello che la muoveva ad arginare l'attivismo dei cd. pretori d'assalto. Quella della Corte verso i referendum non è quindi forse stata un'operazione di ostilità, quanto piuttosto un tentativo di arginare l'eccessivo ricorso allo strumento di contropotere, per salvarlo da una sovraesposizione che non poco ruolo ha avuto probabilmente nel determinare l'attuale affaticamento dell'istituto. La Corte, al tempo stesso, sembra quindi preservare la propria giurisdizione e la caratteristica *eccezionalità* del contropotere referendum. Meno comprensibile appare, nel repertorio della giurisprudenza costituzionale in materia di referendum, la posizione assunta in merito al rapporto tra leggi costituzionalmente necessarie e referendum quella relativa all'omogeneità e chiarezza del quesito. L'orientamento del giudice delle leggi in materia appare tutt'altro che immotivato, tuttavia non si capisce perché la Corte applichi queste regole di giudizio al referendum e non alla stessa legge ordinaria. Per la simmetria di forza giuridica tra le due fonti questo accostamento sarebbe più che motivato e anzi sarebbe segno di una coerente lettura costituzionale. In altri termini si vuole dire che probabilmente, anche con riferimento alla legge ordinaria, la Corte dovrebbe applicare quello che in Francia è denominato *effet cliquet*, ovvero quel canone di giudizio che impedisce al legislatore di modificare o abrogare disposizioni legislative anteriori che realizzano obiettivi costituzionali in materia di diritti fondamentali laddove tale operazione fosse suscettibile di *"privare di garanzie legali delle*

¹⁴⁵ Sul punto si veda criticamente A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in M. D'AMICO - B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino 2009, 48 ss. Anche l'esperienza degli ultimi trent'anni conferma le già citate intuizioni di Carré de Malberg sulla prossimità tra giustizia costituzionale e referendum: pare evidente, anche nel problema che qui si affronta, una stretta analogia fra la richiesta del verso della manipolazione e l'esigenza dell'evidenza dello scopo a cui mirano i promotori del referendum.

esigenze di carattere costituzionale¹⁴⁶. Come afferma dunque il giudice francese delle leggi, l'esigenza di chiarezza ed omogeneità dovrebbe imporsi allo stesso legislatore, in forza del principio della *sécurité juridique*¹⁴⁷.

Se è vero quanto detto a proposito della tutela *ex ante* che la Corte appresta al referendum, molto meno intelligibile è la giurisprudenza della stessa in merito alla necessità o meno per il legislatore di rispettare l'esito della votazione. Senza voler entrare nel merito della questione se esista o meno un vincolo creato dal referendum, la divergenza di opinioni in merito all'interpretazione delle sentenze della Corte che toccano tale profilo rivela pienamente l'ambiguità del trattamento riservato all'abrogazione referendaria¹⁴⁸. L'aporia è dogmaticamente riassumibile osservando che da un lato, come si è visto, il referendum viene equiparato alla legge ordinaria e dall'altro in più pronunce è stata definita l'impossibilità per il legislatore di reintrodurre la disciplina già abrogata¹⁴⁹. Problematica appare invero anche la motivazione con cui, fin dalla sentenza 9 del 1997 la Corte ha escluso la possibilità per il comitato promotore del referendum di sollevare *ex post* un

¹⁴⁶ Così Conseil Constitutionnel 86-210 DC. L'insegnamento del Conseil Constitutionnel si rivela indicativo in quanto, a differenza della Corte italiana, esso applica tale principio solo alla legge ordinaria, non a quella referendaria: "*Les similitudes sont évidentes, encore que, concernant la situation française, la garantie d'une non remise en cause des lois qui mettent en vigueur des dispositions constitutionnelles garantissant des libertés n'est assurée que pour la loi parlementaire*", M. BAUDREZ, *Referendum italiano e referendum francese: elementi di convergenza*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum*, cit., pp. 278-279. Si tratta di una considerazione obbligata e quasi scontata laddove si dovesse ritenere, come effettivamente ha fatto la Corte (sentt. 29/1987 e 64/1990) che la legge ordinaria ed il referendum sono soggetti agli stessi limiti.

¹⁴⁷ Si veda a tale proposito quella giurisprudenza del Conseil Constitutionnel inaugurata con la decisione *Avenir de l'école*, 2005-512 DC, e proseguita con la 2005-526 DC. Per un'attenta disamina si veda D. CHAMUSSY, *Procédure parlementaire et qualité de la législation: la contribution du Conseil Constitutionnel à la sécurité juridique*, in CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité de droit*, Paris, 2006, p. 352. « *Le Conseil a mis l'accent sur l'importance que doit revêtir la qualité de la loi, et donc corrélativement sur l'importance de la qualité du débat qui doit présider à son adoption, celui-ci devant être, autant que possible, toujours clair et sincère* ».

¹⁴⁸ Il dibattito sul punto in dottrina è ricchissimo. Per una rassegna completa si veda T.F. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" del referendum e limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, Torino, 2007, pp. 322 e ss nonché P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 55-62.

¹⁴⁹ In tale secondo senso si ricordino soprattutto le due pronunce 32 e 33 del 1993 in materia di referendum elettorale, che si inseriscono nel solco tracciato dalla 468/90 sulla responsabilità civile dei magistrati. Secondo la prima di tali sentenze: "*Nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (sent. 468 del 1990), il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua*". La n. 33 aggiunge: "*Le difficoltà, peraltro di natura meramente operativa, che dovessero delinearsi in sede di applicazione della disciplina di risulta - non venendo a incidere su aspetti essenziali del sistema elettorale - potrebbero, in ogni caso, essere ovviate mediante interventi successivi del legislatore ordinario, che, pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere d'intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata (v. sent. n. 468 del 1990)*". Da tali pronunce Carlo Mezzanotte e Beniamino Caravita di Toritto presero le mosse per argomentare, in occasione della scrittura della memoria difensiva del comitato promotore del referendum per l'abrogazione della quota proporzionale della legge elettorale Mattarella (pubblicata in *Il Sole 24 ore*, 8-I-1995, p. 5), la superiorità della fonte referendaria su quella legislativa basandosi su un'ipotetica scala gerarchica democraticamente ordinata delle fonti. La tesi venne tuttavia respinta dalla Corte con la sentenza 5/1995 anche se certo ciò non era pienamente coerente con la giurisprudenza riportata nella memoria. A fondamento della tesi del plusvalore democratico del referendum si veda anche E. W. BOCKENFORDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, p. 234.

conflitto di attribuzioni causato dalla reintroduzione di una disposizione caducata dal voto referendario. Se è vero che prima del referendum il comitato promotore rappresenta i sottoscrittori del quesito, allo stesso modo si dovrebbe ritenere a rigor di logica che, dopo il vittorioso esaurirsi delle procedure referendarie, lo stesso comitato promotore sia configurato quale rappresentante di coloro che, con il loro voto, hanno determinato l'abrogazione della disposizione oggetto del quesito. Paradossalmente alla minoranza di coloro che hanno voluto il referendum viene assicurata nella giurisprudenza della Corte una maggior tutela di quella riconosciuta al corpo elettorale nel suo complesso. L'*interesse* al referendum non è infatti tanto (o solo) diretto al corretto ed effettivo svolgimento della consultazione elettorale ma anche e soprattutto all'effetto utile dello stesso. Sebbene quindi la natura giuridica del referendum rimanga incerta, con la sentenza 22 del 2012 la Corte ha compiuto senza dubbio un importante passo in avanti sulla strada della difesa e della giustiziabilità dell'esito del referendum che infatti, secondo la Consulta, non potrebbe essere posto nel nulla da una successiva legge ordinaria.

Difficile quindi tracciare un giudizio definitivo ed univoco sulla maggiore o minore propensione della Corte a favore dell'istituto referendario e ciò in ragione della molteplicità di profili che il rapporto tra il giudice delle leggi e il referendum investe, prima e dopo la consultazione elettorale. Quello stesso giudizio di ammissibilità trasformato in giudizio di ragionevolezza *sui generis*¹⁵⁰ assume quasi i tratti di un atipico giudizio di bilanciamento tra le ragioni della democrazia rappresentativa e di quella diretta¹⁵¹. Non solo: la strada percorsa in tal senso dalla Corte si è dovuta confrontare anche con la necessità di non identificare (*ex ante*) il “(contro)potere-Comitato promotore” come definitivo e autentico rappresentante del vero potere dello Stato in ambito referendario – cioè il corpo elettorale, evitando così un'immedesimazione pericolosa e teoricamente opinabile – e di non affermare (*ex post*) un insanabile conflitto tra quest'ultimo ed il legislatore idoneo a bloccare sostanzialmente i processi decisionali del sistema rappresentativo. Ciò a riprova che l'ambiguità dello statuto di una fonte spesso dipende dalle aporie intimamente iscritte nella stessa configurazione della forma di Stato.

Tutto ciò considerato, è necessario dire che il modo forse più efficace per preservare l'esito del “giudicato” referendario è quello di un nuovo referendum che riconfermi l'esito del precedente, secondo una logica che assomiglia, ancora una volta, a quello con cui la Corte stessa procede a ristabilire lo *status quo ante* nel caso di riproduzione della normativa da essa stessa precedentemente censurata. Come si vede quindi, lungi dal

¹⁵⁰ In tal senso F. MODUGNO-P. CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e di giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sent. N. 16 del 1978*, in *Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 64.

¹⁵¹ “Uno strumento essenziale di democrazia diretta, quale il referendum abrogativo, non può essere infatti trasformato - insindacabilmente - in un distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengano in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia, nei confronti di complessive inscindibili scelte politiche dei partiti o dei gruppi organizzati che abbiano assunto e sostenuto le iniziative referendarie”, così Corte Costituzione 16/1978.

non avere sanzione, la violazione dell'esito referendario può pianamente rivestire le forme di una nuova pronuncia del corpo elettorale¹⁵².

6. Segue: Il Capo dello Stato come rappresentante diretto del popolo referendario

Si è visto nel paragrafo precedente come la Corte costituzionale si sia fatta garante in più direzioni dell'effettivo svolgimento delle operazioni referendarie contro l'intervento spesso solo formale del legislatore sulla disposizione oggetto del quesito e, più sottilmente, come sia possibile guardare al rigore con cui la Corte giudica l'ammissibilità dei singoli referendum come ad una strategia volta a non banalizzare l'istituto in esame. Si è anche osservato tuttavia come la Corte sia stata ondivaga nella prassi giurisprudenziale ad assicurare il rispetto dell'esito referendario. Si potrebbe pensare che quindi il referendum sia potenzialmente uno strumento *inutiliter* dato. A questo punto emerge, in via residuale, il ruolo supplente del Capo dello Stato, che in materia referendaria può venire in considerazione sia prima che dopo lo svolgimento della consultazione elettorale. In riferimento al primo profilo il ruolo del Presidente si rivela pregnante in due direzioni: nell'esercizio del potere di esternazione volto ad assicurare un'adeguata campagna d'informazione sui quesiti sottoposti al corpo elettorale nonché in occasione della richiesta di elezioni anticipate in pendenza delle procedure referendarie. Per quanto riguarda l'esito del referendum, emerge chiaramente la sensibilità dell'intervento presidenziale come unico possibile mediatore fra il Parlamento, legislatore delegato, ed il corpo elettorale referendario, legislatore sovrano.

Il primo aspetto non deve essere sottovalutato: perché il voto possa essere consapevole e sincero è indispensabile che venga garantita un'adeguata informazione¹⁵³. In un altro frangente, decisamente più delicato, tuttavia il ruolo del Capo dello Stato si palesa nella sua rilevanza: si parla del caso delle elezioni anticipate che, ai sensi della legge 352/70,

¹⁵² Il caso del referendum sul nucleare del 2011, confermativo dell'esito del 1987 è in questo senso assai significativo.

¹⁵³ In questo senso si è visto al paragrafo precedente come il Comitato promotore abbia fatto riferimento in passato alla Corte Costituzionale per la difesa del diritto d'informazione e al pluralismo radio-televisivo. Interventi in questo senso sono giunti in passato anche dal Capo dello Stato. Si ricordi ad esempio il richiamo del Presidente Scalfaro diretto ad assicurare un'effettiva informazione sul referendum elettorale del 1999: *Referendum, Scalfaro richiama la Rai*, in *Il Messaggero*, 23-III-1999, p. 12. Anche nel caso dei referendum del 2011 l'intervento del Capo dello Stato sarebbe stato determinante per sbloccare la situazione di stallo in Commissione di vigilanza della Rai per l'approvazione del regolamento per la par condicio e per assicurarne poi un'immediata applicazione: *Napolitano sui referendum: "la Rai informi sul voto"*, in www.repubblica.it, 6-V-2011.

art. 34, c. 2, interrompono le procedure referendarie determinandone la sospensione fino ad un anno dopo la convocazione delle nuove Camere¹⁵⁴. Se infatti il Presidente della Repubblica non può influire sulla decisione del Governo in merito alla fissazione della data della consultazione referendaria, essendo questo classicamente considerato un atto formalmente presidenziale¹⁵⁵, non vi è dubbio che il Capo dello Stato ha invece la possibilità di determinare la sorte di un referendum attraverso la decisione dello scioglimento anticipato¹⁵⁶. In questo frangente la responsabilità del Presidente della Repubblica, trattandosi di un atto duumvirale, non può che apparire in tutta la sua evidenza¹⁵⁷. Il caso dello scioglimento anticipato del 2008, in occasione del quale il Comitato promotore si costituì davanti alla Corte chiamando in causa non il Presidente ma il Governo, lamentando l'opinabile decisione di sciogliere le Camere dopo aver fissato la data di celebrazione del referendum per determinarne la sospensione, è significativo del peso della responsabilità presidenziale di firmare prima il decreto di scioglimento o quello d'indizione del referendum¹⁵⁸.

¹⁵⁴ La storia dei referendum è al tempo stesso la storia delle elezioni anticipate. Ne fa un'attenta ricostruzione A. CHIMENTI, *I referendum e le elezioni anticipate vanno a braccetto da oltre trent'anni*, in *Il Riformista*, 1-XII-2007, pp. 1-2. L'A. ricostruisce efficacemente i tre casi su sette in cui lo scioglimento anticipato sarebbe stato determinato dalla volontà del sistema politico di evitare lo svolgersi delle votazioni referendarie. Ciò si è verificato nel 1972 (in concomitanza con il referendum sul divorzio), nel 1976 (a seguito del varo della legge 194 sull'aborto) e nel 1987 (responsabilità dei magistrati e sull'energia nucleare). Non sarebbe forse anodino aggiungere a questi casi anche quello del 2008, a seguito della crisi del Governo Prodi, sul destino del quale il referendum elettorale Segni-Guzzetta ha probabilmente influito in maniera non trascurabile.

¹⁵⁵ In merito è necessario ricordare che il tentativo di ricorrere alla Corte Costituzionale contro l'indizione del referendum in data non favorevole al buon esito della consultazione in occasione dei referendum sulla procreazione assistita del 2005 venne effettuato chiamando in causa il Governo in sede di conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato (dichiarato poi inammissibile dalla stessa Corte con l'ordinanza 198/2005). Si veda *Referendum, i promotori di appellano alla Consulta contro il Governo*, *Il Messaggero*, 10-IV-2005, p. 13.

¹⁵⁶ Si tratta di un argomento estremamente delicato, dovendo in tal caso il Presidente tutelare non solo l'interesse all'espletamento delle operazioni referendarie ma anche quello del corretto funzionamento degli organi costituzionali. Si ricordi recentemente il caso dello scioglimento del 2008 in occasione della pendenza delle procedure per l'espletamento del referendum Segni-Guzzetta. In tale frangente il Presidente avrebbe il dovere di verificare la possibilità di nominare un nuovo governo: la cd dottrina Scalfaro (confermata per l'appunto nel 2008 da Napolitano) costituirebbe dunque non solo una garanzia nei confronti delle Camere ma anche nei confronti del referendum stesso.

¹⁵⁷ Si ricordi, in materia, il caso del referendum elettorale del 21 maggio 2000, minacciato da un ventilato scioglimento anticipato delle Camere smentito dallo stesso Presidente della Repubblica: *Ciampi garante del referendum*, 1-III-2000, *Il Secolo d'Italia*, p. 2. In ogni caso, anche quando lo scioglimento dovesse apparire come inevitabile, il Capo dello Stato dovrebbe agire in modo tale che questo non intralci eccessivamente lo svolgimento del referendum stesso. Ad esempio nel 1987, dopo lo scioglimento anticipato, il Parlamento adottò una legge *ad hoc* per permettere lo svolgimento dei due referendum sulla responsabilità civile dei magistrati e sul nucleare nei giorni dell'8 e 9 novembre. Per un'attenta ricostruzione di questa vicenda e dei profili legati al conflitto di attribuzioni in caso di scioglimento anticipato in pendenza di procedure referendarie si veda P. CARNEVALE, *Scioglimento anticipato e slittamento del referendum. Il conflitto di attribuzioni serve a qualcosa?*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁵⁸ *«Il Governo stesso «avrebbe dovuto piuttosto differire la decisione, in un'ottica di leale collaborazione fra poteri dello Stato», o «ad un momento successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto di convocazione dei comizi elettorali per le nuove Camere» (così da consentire effettivamente che le votazioni per il referendum si svolgessero il 18 maggio 2008), ovvero «ad un momento successivo allo svolgimento delle elezioni politiche, in modo tale da assicurare lo svolgimento del referendum entro il 15*

Altri sono i casi in cui *ex ante* la funzione del Capo dello Stato può venire in considerazione: si ricordi quello relativo al referendum sull'interruzione volontaria di gravidanza, quando il Presidente Pertini negò la firma al decreto-legge presentato dal governo Cossiga per spostare la competenza per il conteggio e la verifica delle sottoscrizioni dall'Ufficio centrale per il referendum alle Corti d'Appello. Altra forma di tutela "*ex ante*" fu quella che esercitò il Presidente Scalfaro quando il 7 marzo 1993 rifiutò di firmare il decreto-legge Conso che modificava (in modo necessariamente temporaneo) la legge sottoposta a referendum¹⁵⁹. Si tratta di casi che manifestano la reazione necessariamente non obbligata ma opportuna del Capo dello Stato davanti alle varie ed imprevedibili reazioni del *potere* contro il referendum. Come si vede il ruolo esercitato dal Capo dello Stato in tali occasioni non è ben definibile e si affida al suo modo d'interpretare il merito costituzionale. Ciò è inevitabile: considerando la sua configurazione di potere di riserva le cui responsabilità non sarebbero delimitabili a priori, quella del Presidente della Repubblica anche in questa materia è una funzione che deve assicurare la corretta sinergia degli attori istituzionali e il funzionamento della forma di Governo e di Stato (laddove si parli di referendum). La pregnanza di tali prerogative, sebbene esercitate con una discrezionalità non sanzionabile giuridicamente, non esclude certo che debbano essere sottoposte a critica e valutate nella loro maggiore o minore opportunità. Anche laddove per il cattivo uso di un potere non vi sia sanzione, è necessario che la critica di tale uso possa comunque essere esercitata per indirizzarne il futuro esercizio.

Da non sottovalutare il ruolo del Capo dello Stato anche nel momento delle votazioni del referendum: in occasione del voto del 2011, in particolare, per la prima volta il Presidente ha espresso, usando efficacemente il potere di esternazione, la propria convinzione sul dovere civico del voto anche in occasione di tali votazioni. Si ritiene questo

giugno 2008»”, così dall'ordinanza 38/2008 che tuttavia ha dichiarato inammissibile il conflitto. In quell'occasione Piero Alberto Capotosti prospettò anche la possibilità di sollevare il conflitto in parola contro il Capo dello Stato, soluzione che poi non venne seguita: "*Referendum subito*". *Ricorso alla Consulta*, in *Corriere della sera*, 7-II. 2008, p. 6. V'è da considerare che nell'ordinanza di inammissibilità, come notò Giovanni Guzzetta, la Corte non ricusò le ragioni del comitato promotore. Probabilmente la Corte scelse questa soluzione anche perché sconfessare la decisione del Governo in quell'occasione avrebbe in realtà significato contraddire il Capo dello Stato. Come si vedrà oltre, a proposito del lodo Alfano (ma la riflessione potrebbe estendersi alla sentenza 200/2006 sul potere di grazia), alla Corte tale opzione sembra impraticabile: il contropotere non può sconfessare il contropotere.

¹⁵⁹ "*Il capo dello Stato oppose sia ragioni temporali ostative alla conversione prima della celebrazione del voto, sia ragioni di opportunità politica a intervenire con atto necessitato e urgente in una materia incisa da una richiesta referendaria*", così A. BARBERA-A. MORRONE, *La Repubblica*, cit., p. 137. Per un'attenta disamina di questo caso si veda P. CARNEVALE, *Richiesta di referendum abrogativo, intervento legislativo sopravvenuto e "blocco" delle operazioni referendarie. Nuovi spunti di riflessione alla luce di un recente intervento del capo dello Stato e di taluni sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. It.*, IV, 1993, pp. 265 e ss. In quell'occasione significativa fu la presa di posizione di L. PALADIN: *È Scalfaro il solo punto di riferimento*, in il Messaggero, 9-III-1993.

pronunciamento del massimo interesse, soprattutto se rapportato al lungo dibattito sulla problematica facoltà di astenersi in occasione del voto referendario¹⁶⁰.

Più delicato il terzo aspetto del problema, ovvero l'individuazione del possibile spazio d'intervento del Capo dello Stato in difesa dell'esito referendario. Al di là dei vari orientamenti dottrinali in merito a tale questione¹⁶¹, si vuole fare riferimento agli episodi in cui il Presidente si è rivelato figura fondamentale perché venisse assicurato il rispetto del referendum da parte del legislatore (e, soprattutto, del Governo). Sicuramente i due casi più rilevanti di questo tipo di indirizzo presidenziale sono riconducibili al mandato di Oscar Luigi Scalfaro. Si fa riferimento in particolare al rinvio della legge che interveniva *contra referendum* in materia di finanziamento pubblico ai partiti e, soprattutto, al caso dello scioglimento anticipato a seguito del referendum elettorale dell'aprile 1993¹⁶². In entrambi questi due casi, legati da una comune e diretta critica nei confronti del sistema rappresentativo, il Capo dello Stato si pose come interlocutore e rappresentante del popolo referendario. Si ritiene che questo sia un punto importante del nostro ragionamento: il filo diretto tra popolo e Capo dello Stato, normalmente in ombra in occasione del normale funzionamento del sistema rappresentativo diretto, riacquista tutta la sua importanza in costanza di una crisi della forma di governo o, più in generale, in caso d'*impasse* del sistema politico.

6. *Il referendum dell'articolo 138: il popolo costituito costituente*¹⁶³

¹⁶⁰ *Napolitano e i referendum: "Farò il mio dovere, voterò"*, in *Il Messaggero*, 7-VI-2011, p. 5. Anche il Presidente Ciampi in occasione del voto sul referendum costituzionale del 2001 aveva espresso un simile invito al voto. Trattandosi tuttavia in quell'occasione di un voto per il quale il *quorum* non è condizione costitutiva del risultato, l'esternazione ebbe in quell'occasione un significato decisamente minore: *Ciampi sul referendum: un voto importante*, in *La Stampa*, 20-IX-2001, p. 14.

¹⁶¹ La dottrina ritiene che il Presidente potrebbe pianamente fare ricorso al rinvio per merito costituzionale per indurre il Parlamento a riflettere nuovamente sul rispetto del referendum: S. P. PANUNZIO, *Cbi è il "custode" del risultato abrogativo del referendum?*, in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 1993 e ss. Secondo l'A. l'impossibilità per la Corte di assicurare la salvaguardia dell'esito referendario aprirebbe la strada al Presidente della Repubblica per essere l'unico possibile "custode" del suffragio popolare. Così anche M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., pp. 682 e ss.

¹⁶² Si vedano, rispettivamente, gli articoli: *Finanziamento ai partiti bocciato da Scalfaro*, in *La Repubblica*, 23-III-1998 e *Scalfaro: Seguo la volontà popolare*, in *Il Corriere della sera*, 5-X-1993, p. 7. Nel primo caso bisogna notare che, sebbene il Presidente abbia rinviato la legge ai sensi dell'art. 81 (anche senza quindi evocare profili di merito costituzionale) fu evidente che il capo dello Stato richiedesse in quell'occasione una riflessione sul tema del rispetto dell'esito referendario. Si vedano anche i riferimenti in merito alla legge elettorale che seguì il referendum del 1993 contenuti in A. BARBERA-A. MORRONE, *La repubblica dei referendum*, cit., p. 142.

¹⁶³ Con tale apparente ossimoro la dottrina francese definisce classicamente il potere di revisione costituzionale, per cui l'organo deputato alla revisione della Costituzione è certo costituito, ma è allo stesso costituente in quanto interviene sullo stesso testo fondamentale. Si veda M. LASCOMBE, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, 2010, p. 336.

Se il legame diretto tra opposizione parlamentare e referendum è solo deducibile interpretativamente nel caso dell'art. 75 Cost. esso è invece esplicito all'art. 138, laddove la consultazione referendaria si inserisce come fase eventuale nel procedimento di revisione costituzionale su impulso, tra gli altri, dell'opposizione stessa. Nonostante le differenze strutturali fra i due referendum, che portano necessariamente a distinguere i due istituti sotto il profilo giuridico – in particolare per quanto riguarda i soggetti promotori, il termine di esercizio vincolato e l'assenza di *quorum* costitutivo nel caso dell'art. 138 –, in entrambi i casi siamo in presenza di due strumenti giuridici che hanno un comune scopo *prevalentemente* garantistico. Certo quello del referendum costituzionale denota un *quid pluris* giustificabile in considerazione del rango della fonte sulla quale esso interviene¹⁶⁴. Per la nostra indagine sull'opposizione il tema del referendum costituzionale è importante, perché il comportamento di chi si oppone ad una legge costituzionale rivela il momento più saliente di quello che identifichiamo come “funzione di opposizione costituzionale”¹⁶⁵. Nonostante quindi il sostanziale disinteresse che la dottrina ha tradizionalmente mostrato nei confronti del referendum costituzionale, pare che ai fini di un'analisi compiuta sui contropoteri sarebbe impossibile leggere separatamente l'art. 75 Cost. senza fare riferimento al 138 Cost., per avere una visione unitaria del contropotere democratico¹⁶⁶.

A differenza tuttavia del referendum *ex art. 75 Cost.*, il ricorso alla procedura dell'art. 138 Cost. è stato molto limitato, essendo stata attivata solo nel 2001 e nel 2006. Tale diversa frequenza potrebbe apparire paradossale, se si considera che la portata di contropotere del referendum costituzionale è intuitivamente più ampia di quella del referendum sulla legge ordinaria. Si possono avanzare molteplici ipotesi per giustificare questo fenomeno. Si è affermato che ciò sia ascrivibile all'atteggiamento prudente con cui l'arco costituzionale nei primi cinquant'anni della storia repubblicana si accingeva di volta in volta alle episodiche modifiche del testo costituzionale, perché esse non venissero portate a compimento in un contesto politico troppo fortemente polarizzato¹⁶⁷. Tale

¹⁶⁴ Facendo riferimento alla storia del diritto appare evidente la differenza fra i due referendum, considerando che quello ordinario può dirsi una derivazione dal referendum così come concepito nella Costituzione giacobina del 1793, laddove il secondo sarebbe più esattamente la derivazione della *censure du peuple* del coevo ma meno fortunato progetto di Costituzione girondino, nel quale il veto popolare s'inseriva come vera e propria fase finale del procedimento legislativo.

¹⁶⁵ Si rimanda a tale proposito alla trattazione del capitolo III.

¹⁶⁶ Così pare si debba opinare anche considerando che, sebbene esaminati in momenti diversi, i due articoli sono accomunati dalla stessa diffidenza con la quale vennero accolti in sede di Assemblea Costituente. Osteggiati più o meno apertamente dalla maggioranza dei partiti dell'arco costituzionale, i due istituti vennero introdotti grazie all'azione tenace di una minoranza autorevole nella quale spiccavano i nomi di Mortati, Tosato e Perassi. Si veda per un'attenta ricostruzione S. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Bari, 1992, pp. 86-87.

¹⁶⁷ Tale diffidenza nei confronti del referendum costituzionale da parte della classe politica ricalca quella dimostrata nei confronti dell'art. 75 Cost.: si tratterebbe di una sorta di *conventio contra referendum* che faceva da corollario alla *conventio ad includendum* tipica di ogni revisione costituzionale fino al 2001. Tuttavia il fatto che prima del 2001 non si sia mai fatto ricorso alla procedura del referendum costituzionale non significa che nessuna delle leggi costituzionali o di revisione costituzionale approvate tra il 1948 e il 2001 siano state votate

argomento non è completamente soddisfacente, se si considera che in realtà l'opposizione istituzionale cui si fa normalmente riferimento in questa tesi è la stessa che ha da sempre sottovalutato anche il referendum ordinario dell'art. 75 Cost. Si dovrebbe piuttosto osservare che la quiescenza del secondo comma dell'art 138 Cost. è dovuta in realtà allo scarso interesse che essa ha suscitato nell'opposizione cd. extra-parlamentare, quella che normalmente, come si è visto, assume il ruolo di comitato promotore *ex art.* 75 Cost.

Le ragioni della “sproporzione” tra i due istituti sono sicuramente molteplici e certo derivano dalla prudenza che necessariamente si associa ad ogni modifica della Costituzione ma, probabilmente, soprattutto dal contenuto generalmente poco controverso delle revisioni costituzionali stesse, che fino al 2001 potevano essere considerate come emendamenti che si iscrivevano pienamente nella struttura e nello spirito del testo originario¹⁶⁸.

7. *Segue: I casi dei referendum costituzionali del 2001 e del 2006*

Quella del 2001 è stata una riforma costituzionale corposa che ha impegnato tutto il titolo V della Carta fondamentale. Ancora più consistente la modifica proposta nel 2006, che avrebbe dovuto coinvolgere l'intera seconda parte del testo costituzionale. La revisione costituzionale in quelle due occasioni, più che configurare il tentativo di emendare il testo del 1948, si è atteggiata ad autentica riscrittura dell'articolato e quale ripensamento degli equilibri che esso esprime. Dall'organicità e dalla complessità della modifica costituzionale nasce l'esigenza, diremmo quasi naturale, di prolungare la fase di revisione fino alla consultazione referendaria, consolidata in un quesito che, per sua natura, sfugge a quei contorni di puntualità e omogeneità che si sono rilevati essenziali per l'ammissibilità del referendum abrogativo. Nel caso del referendum costituzionale dunque la caratteristica del voto popolare come deliberazione universale sulla legge e prolungazione immediata del voto parlamentare appare chiara ed evidente.

indefettibilmente da maggioranza pari o uguali ai due terzi dei componenti delle Camere: si trattava prevalentemente di leggi costituzionali aventi un'opportunità ed un'utilità incontroverse. Per un censimento di questi casi si veda M. LUCIANI, *La revisione costituzionale in Italia*, in L. FAVOREU - O. PFERSMANN (a cura di), *La revision de la Constitution – journées d'étude des 20 mars et 16 décembre 1992*, Aix-en-Provence, 1993, pp. 125 e ss.

¹⁶⁸ Con ciò non si vuole certo affermare che alcune delle revisioni che si succedettero dal 1948 al 2000 fossero di poco momento ma certo non si può dire che esse seguissero una logica “maggioritaria”. La portata garantista delle modifiche più pregnanti (ad esempio quella del 1989 in materia di responsabilità ministeriale, quella del 1993 sull'art. 68 Cost. e quella del 1999 sul *cd.* giusto processo) s'inserivano pienamente nella logica garantista (e quindi diremmo, *contro il potere*) di cui l'intero testo costituzionale è espressione.

Se consideriamo quindi i due referendum costituzionali che sono stati effettuati fin'ora emergono alcuni elementi che possono far riflettere. Si tratta di due casi molto diversi fra loro e che consentono di illuminare l'ambiguità dell'istituto referendario. Soprattutto nel voto del 2001 è intuitiva la coesistenza nel referendum delle due anime dell'istituto: accanto alla sua primaria funzione di garanzia (insita nella lettura dell'art. 138 Cost.) è emersa già in quella prima occasione la potenzialità plebiscitaria di un referendum richiesto sia dalla maggioranza che aveva votato la modifica costituzionale sia dalla coalizione che si era opposta alla sua approvazione¹⁶⁹. Tale tentazione plebiscitaria è certamente accresciuta dall'estensione e dalla disomogeneità del quesito, che ne amplifica tutta la potenziale portata politica e, paradossalmente, al tempo stesso, la debolezza. Se infatti proprio in ragione dell'omogeneità del quesito *ex art. 75 Cost.* è possibile identificare nel suffragio universale una precisa volontà deliberativa idonea a creare una qualche forma di vincolo per legislatore, la potenziale *capienza* del quesito *ex art. 138 Cost.* non consentirebbe di identificare con precisione il significato del voto popolare.

Sempre in relazione al referendum costituzionale del 2001 un altro elemento appare degno di nota in merito all'esito della consultazione stessa. In quell'occasione la percentuale dei votanti fu esattamente la stessa dell'ultimo referendum abrogativo del 21 maggio 2000¹⁷⁰. Il contropotere "corpo elettorale" sembra non aver percepito appieno la differenza di valore e, soprattutto giuridica, tra un referendum *ex art. 75 Cost.* e uno *ex art. 138 Cost.* e, più specificamente, la differenza sostanziale tra gli effetti spiegati una norma primaria e una di rango costituzionale. Alternativamente, questa osservazione costituirebbe una riprova del fatto che più in generale, anche in presenza di un *quorum* costitutivo come quello richiesto per la validità del referendum ordinario, l'estensione non è tanto espressione di una tattica elettorale quanto di una pura e semplice indifferenza rispetto all'esito della consultazione.

Opposto invece fu lo spirito del referendum del 2006, nel quale la portata garantistica della consultazione fu molto più marcata, soprattutto nell'importante campagna referendaria promossa dal comitato del No¹⁷¹. La differenza di questo referendum rispetto

¹⁶⁹ Questa è anche la lettura di G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Milano, 2001, p. 189. In ogni caso l'ormai consolidata vulgata della riforma costituzionale del 2001 come la prima portata a termine "a colpi di maggioranza" va attenuata, se si considera che "non si può dire che sia mancato il tentativo della maggioranza di coinvolgere l'opposizione. Lo dimostra la circostanza che su un testo simile a quello compreso nel quesito referendario era stato raggiunto un accordo tra lo schieramento di centrodestra e quello di centrosinistra all'interno della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali", così G. FERRI, *Riflessioni sul referendum costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 768. L'A. mette anche in evidenza come la polarizzazione del referendum venne decisamente accresciuta dalla precedente sconfitta elettorale del centro-sinistra alle precedenti elezioni politiche. La procedura del 138 Cost. si presterebbe in tal senso ad essere usata come "strumento di rivincita politica" nel bipolarismo maggioritario.

¹⁷⁰ In entrambe le due occasioni la partecipazione si assestò tra il 32-34%. Assai sorprendentemente il dato in questione eguaglia quello del referendum costituzionale francese sull'istituzione del quinquennato presidenziale nel 2000 (in occasione del quale il tasso di partecipazione fu del 30%). Alla base di questa bassa mobilitazione cittadina c'è indubbiamente, come già si è fatto osservare nel paragrafo precedente, una insufficiente implicazione della classe politica nel merito del quesito.

¹⁷¹ Anche nel caso del referendum costituzionale emerse per la prima volta nel 2006 come non tanto l'opposizione parlamentare (che pure aveva più di una ragione per temere la definitiva approvazione della

al precedente del 2001 è forse da fare risalire alla più spiccata contrapposizione fra schieramenti (nel 2001 l'opposizione del centrodestra alla riforma in sede referendaria fu molto limitata e non ci fu nemmeno una vera e propria indicazione di voto da parte dei partiti di governo), all'ampiezza e all'importanza del progetto di revisione costituzionale del 2006 (in questo non paragonabile a quella del 2001) e soprattutto allo sforzo di pedagogia costituzionale dimostrata dai promotori per sottolineare la differenza capitale tra quel preciso referendum, inserito come fase di una revisione costituzionale, e quello ordinario *ex art. 75 Cost.*¹⁷². Al di là delle differenze, c'è tuttavia un aspetto sostanziale che accomuna lo svolgimento delle due consultazioni referendarie: l'impegno in entrambi i casi debole o comunque ambiguo della coalizione di centro-destra nell'opporsi (nel 2001) o nel difendere (nel 2006)¹⁷³ la riforma oggetto del voto popolare. Se certo le ragioni di questo atteggiamento qui non importano bisogna tuttavia considerare come in definitiva, lo scontro sul referendum costituzionale per "leggi costituzionali approvate a colpi di maggioranza" non si sia in realtà mai consumato in Italia con l'intensità che sarebbe immaginabile per simili consultazioni referendarie. Ciò che accomuna inoltre i due casi identificati è la straordinaria identità delle percentuali raccolte dai due diversi schieramenti a favore o contro la riforma: in entrambi i casi le ragioni sostenute dallo schieramento di centro-sinistra hanno avuto la prevalenza con circa il 60% dei voti. Sebbene il dato considerato sia relativo e non assoluto, guardando alle proporzioni di composizione del corpo elettorale espressosi in tali due occasioni, sembra quasi che l'"opposizione costituzionale" si sia in entrambi i casi rivelata molto meno mobile di quanto non avvenga in occasione delle elezioni politiche.

Si dimentica spesso di dire che la rigidità costituzionale non è nel nostro ordinamento solo un problema di maggioranze aggravate ma anche (e dal 2001 ad oggi soprattutto) una questione di referendum, che può essere visto nelle sue due diverse manifestazioni, oppositivo o confermativo: l'una forma non esclude l'altra e le rigide categorizzazioni lasciano il passo alla creatività dell'uso politico degli istituti giuridici. Ciò detto è chiaro che nella nostra interpretazione di referendum garantistico, quello costituzionale debba essere considerato come essenzialmente oppositivo. Anzi, si può dire

riforma) quanto il comitato promotore presieduto dal Presidente Scalfaro ebbe un ruolo determinante non solo ai fini del risultato ma anche della larga partecipazione alle votazioni (52,1%). La dottrina non ha mancato di criticare la "latitanza" dei partiti dalla campagna referendaria. Si veda C. PINELLI, *Sul referendum del 25-26 giugno 2006*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, p. 611.

¹⁷² Degno di nota fu in quell'occasione il proliferare di associazioni (tutt'ora esistenti) che si proponevano di offrire un supporto decisivo di educazione alla Costituzione, al suo studio e alla sua difesa. Anche in questo caso, come in quello dell'art. 75 Cost., la sensibilizzazione a temi di rilevante carattere nazionale si è sviluppata al di fuori dei canali della rappresentanza tradizionale.

¹⁷³ Tale dinamica venne efficacemente messa in luce anche dalla stampa. Nel 2001: *Il referendum turba la maggioranza*, in *Il Corriere della sera*, 10-IX-2001, p. 11; nonché l'intervento di G. Bognetti *Perché alla Cdl non conviene dare battaglia*, in *Il Sole 24 ore*, 11-IX-2001, p. 7. Sul referendum del 2006 si veda *La Lega resta sola. Il Cavaliere si defila dal referendum*, in *Libero*, 2-VI-2006.

che tale caratterizzazione nel caso del referendum costituzionale sia decisamente più marcata rispetto a quanto non avvenga nel caso dell'art. 75 Cost., anche al di là delle osservazioni fatte sin ora: per capirlo è necessario inserirsi nella struttura di questo lavoro e guardare al *sistema* dei contropoteri. Sebbene infatti la Corte abbia affermato la propria competenza a sindacare le leggi di revisione costituzionale (così ad esempio nella sent. 1146/1988) tale controllo è comunque limitato al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana: resta quindi una zona grigia amplissima di insindacabilità delle scelte del legislatore costituito costituente. In questi casi il solo contropotere è quello referendario. Non solo: si tratta di un potere esercitabile *una tantum*. A differenza di ciò che avviene nel caso del referendum abrogativo il referendum costituzionale è irripetibile e determina una modifica sulla quale solo il *potere* potrà nuovamente intervenire. Ciò basterebbe a confermare l'importanza fondamentale del referendum dell'art. 138 e della necessità di farne apprezzare la portata garantista-oppositiva decisamente unica.

8. *La lunga tradizione del referendum francese come plebiscito*

Se la concezione del referendum consolidata negli articoli 75 e 138 della Costituzione italiana deve molto all'elaborazione e alle suggestioni rousseauviane della dottrina francese più risalente¹⁷⁴, non si può dire che il modello referendario accolto fin dal 1848 dalle Costituzioni francesi sia riconducibile ad una forma di controllo del potere quanto piuttosto alla ricerca di un prototipo di legittimazione del potere stesso, estraneo al circuito della rappresentanza politica parlamentare¹⁷⁵. Venticinque sono i referendum che si sono succeduti in Francia dal 1793, dei quali la parte più consistente è costituita da referendum costituzionali¹⁷⁶. Con una continuità storica significativa, nel 1958 il modello di

¹⁷⁴ Interessante notare come la prima forma di referendum contenuto in una costituzione moderna sia quella disciplinata dalla costituzione giacobina del 1793 profondamente influenzata dal progetto concorrente di costituzione presentato da Condorcet. Sul punto si veda A. C. MERCIER, *Le référendum d'initiative populaire: un trait méconnu du génie de Condorcet*, in RFDC, 2003, pp. 483 e ss.

¹⁷⁵ La storia costituzionale francese è ricchissima di conferme in tal senso: per un'attenta rassegna si veda C. MURGIA, *Referendum*, cit., p. 3. La volontà del costituente del 1958 emerge all'art. 3 della Costituzione francese, laddove si specifica che la sovranità è esercitata dal popolo attraverso le elezioni e il referendum. Secondo una interpretazione letterale il referendum non sarebbe dunque altro che un'altra forma di "investitura" popolare. Vedremo come la prassi della Quinta Repubblica consente oggi di leggere diversamente questo articolo, identificando in elezioni e referendum due fenomeni ben diversi che incarnano due opposte declinazioni della sovranità popolare: il conferimento della rappresentanza e la censura ai rappresentanti.

¹⁷⁶ Fino al 1958 l'unica forma di referendum era appunto quella costituzionale, che rappresenta il prototipo più classico e risalente di modello referendario "eccezionale". L'assenza di referendum ordinario fino al 1958 è probabilmente dovuto al fatto che fino ad allora l'ideologia giacobina sulla volontà del legislatore come

referendum costituzionale tradizionale in senso plebiscitario viene mantenuto (art. 89 Const.) ed esteso alla fonte di rango primario dando luogo all'art. 11 della Costituzione. La posizione del referendum ordinario nel testo fondamentale francese del 1958 è di per sé significativo dell'ampiezza che, nelle intenzioni del suo ideatore, avrebbe dovuto avere l'appello diretto al popolo. In questa concezione bonapartista, il referendum veniva ad configurare una delle tante cautele volute dal generale de Gaulle per prevenire, nel nuovo regime, i rischi del parlamentarismo che avevano determinato la fine della Quarta Repubblica¹⁷⁷. Quindi il referendum della Costituzione francese, in entrambe le sue due forme, costituzionale ed ordinario, è concepito come potere di riserva del Presidente, ossia come referendum controllato ed egemonico. In altre parole la legge referendaria viene a connotarsi come atipica questione di fiducia del regime semi-presidenziale, volta a dare vita a quel *"plebiscito di ogni giorno"* strettamente legato alla tradizionale concezione renaniana della nazionalità francese.

Stante la diversità dei due ordinamenti, è forse necessario ripercorrere i tratti essenziali delle due forme di referendum ammesse nell'ordinamento francese.

Per quanto riguarda l'art. 89 Const. il referendum accede come fase obbligatoria della prima delle due forme di revisione costituzionale contemplate dal testo, che prevede la votazione popolare come sigillo della modifica dopo una semplice approvazione del testo da parte delle due assemblee. In questa forma di revisione si vede quindi qualcosa di fondamentale. Il referendum è qui esplicitamente la chiave essenziale della rigidità costituzionale e viene quindi a configurarsi come contropotere in potenza e della massima rilevanza. Non è tuttavia probabilmente casuale che, per ragioni simili a quelle già evidenziate nel caso italiano, tutte le revisioni costituzionali tranne una siano state realizzate mediante il ricorso al terzo comma dell'art. 89 Const.¹⁷⁸, il quale prevede che, in alternativa al referendum, il Presidente della Repubblica possa decidere di sottoporre la revisione all'esame del Congrès (l'omologo del Parlamento italiano in seduta comune), il quale deve riapprovare il progetto a maggioranza dei tre quinti.

L'articolo 11 Const. prevede invece l'istituto del referendum "ordinario" che, come già anticipato, è convocato su iniziativa del Capo dello Stato a seguito della proposta del

necessariamente identica a quella del popolo aveva impedito l'affermarsi della concezione moderata di Condorcet del referendum come veto popolare che faceva da compendio a quello del re. Come si vedrà il progetto del girondino anticipa l'idea che qui si vuole sviluppare: il referendum come veto popolare e la sanzione regia (ora diremmo, come si vedrà, la giurisprudenza costituzionale) il veto del monarca.

¹⁷⁷ Sulla tradizionale diffidenza del regime parlamentare della Terza e Quarta Repubblica nei confronti del referendum e per l'evoluzione dell'idea referendaria in Francia si veda G. CONAC, *Le référendum: quel avenir?*, Paris, 1990, pp. 30 e ss.

¹⁷⁸ L'unica revisione costituzionale per la quale si è fatto ricorso al referendum è stata, come già accennato sopra, quella dell'introduzione del quinquennato presidenziale. Sulla marginalizzazione del referendum costituzionale nella Quinta Repubblica si veda J.P. DUPRAT, *Le référendum constitutionnel dans un système français dominé par une logique représentative*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006, p. 561.

Governo. Per quanto riguarda la materia su cui tale referendum può incidere, nel testo originario si faceva riferimento esclusivamente ai trattati internazionali e all'organizzazione dei pubblici poteri. Fu poi nel 1995 che, dando seguito ad un'intuizione del Presidente Mitterrand, il nuovo capo dello Stato Chirac estese l'ambito delle materie alle riforme relative alla politica economica o sociale e ai servizi pubblici¹⁷⁹. La differenza con la casistica italiana non potrebbe essere più evidente: in Francia il referendum sarebbe concepito proprio per permettere al popolo di avere l'ultima parola sulle materie legislativamente più sensibili, laddove il costituente e, soprattutto, la giurisprudenza costituzionale italiani, come già visto, hanno in realtà limitato grandemente questa possibilità nel nostro ordinamento. Non si può dire che ciò, sommato alla fumosità dell'espressione "*organisation des pouvoirs publics*", non abbia sollevato più di una remora nei confronti della formulazione nonché problemi in merito alla sostanziale sovrapposizione tra questa e il campo riservato alla revisione costituzionale¹⁸⁰. L'occasione per confondere la materia referendaria con quella della modifica del testo fondamentale non è mancata, e anzi ha dato luogo ad una delle più celebri dispute giuridiche francesi del secolo scorso e ad una vera e propria rivoluzione istituzionale. Si parla dell'introduzione, nell'ottobre 1962, dell'elezione a suffragio universale del capo dello Stato attraverso la procedura *ex art. 11 Const.* anziché quella giuridicamente più confacente dell'*art. 89 Const.*¹⁸¹. Tale soluzione originò forse il più acceso conflitto fra poteri dello Stato che la Quinta Repubblica abbia mai conosciuto opponendo de Gaulle al presidente del Senato Monnerville¹⁸². Fu proprio quest'ultimo che, ricorrendo contro il referendum al Conseil Constitutionnel a seguito dell'approvazione della legge referendaria, diede la possibilità al giudice francese delle leggi di pronunciare uno dei suoi più conosciuti *arrêt*, la decisione 62-20 DC nella quale con molta difficoltà il Conseil Constitutionnel fece salva la revisione costituzionale nonostante la palese violazione dell'*art. 89 Const.*, appellandosi al principio secondo il quale, una volta espressasi la sovranità popolare, al giudice costituzionale non resta che tacere. Va da sé ricordare che quel momento è stato considerato come uno dei meno gloriosi per la giustizia costituzionale francese e per la sua indipendenza dall'Esecutivo¹⁸³. La funzione plebiscitaria

¹⁷⁹ La riforma costituzionale del 2008 ha ulteriormente esteso il referendum alla materia ambientale.

¹⁸⁰ « *La crainte est vive, de ce fait, que le référendum fasse l'objet d'une utilisation démagogique dont pourraient être victimes des droits et des libertés de valeur constitutionnelle, qui n'auraient plus comme protection que celle que leur apporte la vigilance des Français, que certains craignent de voir prise en défaut* », G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, 2007, p. 95.

¹⁸¹ Le reazioni alla scelta del generale de Gaulle furono molto forti. Fra queste si distingue per autorevolezza quella dell'allora Presidente del Senato, Gaston Monnerville, la cui indignazione per questa decisione si espresse molto polemicamente in G. MONNERVILLE, *Le référendum est une forfaiture?*, in *Rev. Pol et parl.*, 1963, pp. 3 e ss.

¹⁸² L'organo che si oppone al potere, anche se esponente del potere politico può occasionalmente agire come contropotere: quello fu il ruolo rivestito dal Monnerville in qualità di presidente della camera che in Francia assume contingentemente nella storia francese i tratti di un'assemblea di contropotere.

¹⁸³ *L'ancienne conseillère* Dominique Schanpper ha ricostruito elegantemente quel momento fondamentale di storia costituzionale. L'A. sottolinea in particolare il problema di coscienza dell'allora Presidente del Conseil, Léon Noel, profondamente legato a de Gaulle e convinto che "non si potesse dare torto all'autore della

assunta dal referendum in quell'occasione fu dunque particolarmente evidente e davanti ad essa sembrava che tutti i contropoteri fossero ridotti all'impotenza.

Già precedentemente usato nel 1961 per confermare l'autodeterminazione dell'Algeria e nell'aprile del 1962 per ratificare gli accordi di Evian, sempre nel quadro della dichiarazione d'indipendenza algerina, il referendum dell'art. 11 era così diventato l'istituto più rappresentativo della prassi di governo inaugurata da de Gaulle, basato sull'interrogazione diretta del popolo e sullo scavalco delle assemblee parlamentari. Tuttavia il successivo ricorso al referendum, il 27 aprile 1969, ha segnato un decisivo cambiamento di rotta: l'esito negativo della consultazione referendaria sulla riforma del Senato e sulla regionalizzazione (la seconda modifica costituzionale compiuta in violazione dell'art. 89 Const.) segnò la fine della lunga presidenza di de Gaulle. Lo strumento di democrazia plebiscitaria rivelò allora la sua seconda natura, quella di contropotere di rottura. Da allora il referendum è stato utilizzato solo cinque volte, a testimonianza della prudenza con cui il capo dello Stato da allora ha azionato la leva della sovranità popolare¹⁸⁴. Il fatto che poi per i referendum degli artt. 11 e 89 Const. non sia previsto dalla Costituzione l'esistenza di alcun *quorum*, se da un lato permette in ogni caso al referendum di sortire un risultato (positivo o negativo che sia) dall'altro è evidente che qui un basso tasso di partecipazione alla consultazione può essere letto come una sostanziale sconfessione del capo dello Stato che ha voluto convocarla. Anche in Francia, quindi, l'astensione – aumentata progressivamente nelle ultime votazioni referendarie – determina di fatto ricadute non secondarie sugli equilibri politici, pur in assenza di un *quorum* strutturale per la validità della consultazione¹⁸⁵.

Costituzione". Benché il parere preventivo del Conseil sulla riforma dell'elezione presidenziale fosse stato negativo, il giudice delle leggi non osò in sede di sindacato di costituzionalità smentire il Presidente della Repubblica. Dominique Schapper sottolinea come solo dopo la fine dell'era gaullista il Conseil Constitutionnel abbia potuto trovare le circostanze favorevoli per affermare il suo ruolo di giudice costituzionale, come si vedrà nell'ultimo capitolo di questo lavoro. Si veda D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil Constitutionnel*, Paris, 2010, p. 65.

¹⁸⁴ "Depuis 1962, donc, chaque fois qu'un chef de l'Etat a pris l'initiative d'un référendum en espérant, par celui-ci, retremper sa légitimité et/ou remporter une victoire flatteuse, l'opération s'est soldée, au mieux, par une déception, au pire, par un séisme". Così G. CARCASSONNE, *La Constitution*, cit., p. 97. I referendum che seguirono a quello del 1969 furono quello dell'allargamento della CE a Regno Unito, Irlanda e Danimarca, quello del 1988 sugli accordi di Matignon sulla Nouvelle Calédonie, la ratifica del trattato di Maastricht nel 1992, quello costituzionale del 2000 sul quinquennato presidenziale e infine quello sul Trattato costituzionale europeo del 2005.

¹⁸⁵ Con l'eccezione delle consultazioni del 1992 e del 2005 in materia di adesione all'UE, gli altri referendum hanno riscontrato un tasso di partecipazione relativamente basso. Il minimo storico è stato toccato nel 2000, con un tasso d'astensione pari al 70%. Il conseguente tentativo di depresidenzializzazione dell'istituto referendario è stato quindi perseguito dal capo dello Stato in occasione delle ultime tre consultazioni, come osservato da B. DOLEZ-A. LAURENT- L. MOREL, *Le référendum en France sous la Vème République. Les enseignements de la géographie électorale*, in *Revue internationale de politique comparée*, 2003, pp. 111 e ss. Sul fenomeno dell'astensionismo si veda D. BOY - J. CHICHE, *Abstention et blancs et nuls au référendum du 24 septembre 2000*, in *Revue française de science politique*, 2001, pp. 241 e ss.

La rischiosità del referendum per lo stesso Presidente ha poi determinato un'altra mutazione fondamentale dell'istituto, non solo legato alla sua frequenza ma anche al suo contenuto. Dopo il referendum del 1972 (che riguardava una materia di interesse non prettamente nazionale quale l'adesione del Regno Unito alla CE e sul quale il partito socialista aveva invitato all'astensione) non si può dire che le successive consultazioni si siano svolte all'insegna di un vero e proprio scontro politico, coinvolgendo temi sui quali maggioranza e opposizione avevano visioni sostanzialmente convergenti. Da questo punto di vista appare dunque chiaro come il referendum francese è stato sostanzialmente neutralizzato: da un lato è inefficace per rafforzare la *leadership* presidenziale e dall'altro non è utile all'opposizione per rafforzare la propria azione parlamentare (non solo a causa della sua impossibilità a determinare l'oggetto del referendum ma anche in ragione della consensualità delle materie su cui questo è normalmente indetto)¹⁸⁶. Tuttavia, al di là della strisciante neutralizzazione del referendum, non si può dire che in Francia non si siano celebrati referendum di vera e propria rottura del circuito di fiducia tra sistema rappresentativo e corpo elettorale simili a quelli che sono stati in Italia i referendum elettorali. Ci si riferisce al caso del 2005, in occasione del quale anche il maggior partito di opposizione parlamentare aveva invitato l'elettorato a pronunciarsi favorevolmente sul trattato istitutivo della Costituzione europea: sia l'opposizione che la maggioranza sono state in quell'occasione duramente sconfessate dall'esito referendario. Similmente a quanto avviene in Italia, anche in Francia il referendum costituisce quindi un istituto dagli effetti imprevedibili e ciò spiegherebbe il motivo per il quale, anche oltralpe, esso sia considerato con una certa diffidenza da maggioranza ed opposizione¹⁸⁷. L'esempio del 2005 è significativo: mai prima di allora fu tanto esplicito che la risposta negativa del corpo elettorale al referendum europeo non rappresentava tanto una risposta al merito del quesito quanto piuttosto un voto elettorale di sfiducia nei confronti del Presidente. Altrimenti detto: il maggior strumento di legittimazione personale del Presidente si era tramutato in un volano molto più pericoloso del referendum abrogativo conosciuto dal sistema italiano.

9. Segue: Il cammino referendario del Conseil Constitutionnel

¹⁸⁶ La dottrina parla di una figura recente di *référéndum de consensus* la cui indizione è decisa congiuntamente da maggioranza e opposizione. J. L. PARODI, *Le triangle référendaire*, cit., p. 222 e ss.

¹⁸⁷ Ciò è tanto più comprensibile per l'opposizione francese che per quella italiana, considerando che la prima versione dell'art. 11 non contemplava che il cd. referendum controllato, cioè deciso dal Presidente della Repubblica. Si veda G. CARCASSONNE, *La Constitution*, cit., p. 91.

Se, come si è visto, il Conseil Constitutionnel rifiuta tradizionalmente di interferire con l'espressione della sovranità popolare dopo il voto referendario, è necessario chiedersi se rimanga comunque qualche spazio al giudice delle leggi per sindacare il referendum stesso almeno nella fase che precede lo svolgimento della votazione. A tale proposito è essenziale riferirsi all'art. 60 della Costituzione, il quale prevede laconicamente che *“le Conseil Constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV”*. Non solo: il Conseil deve essere necessariamente consultato dal Governo prima di innescare la procedura referendaria¹⁸⁸.

Con la già richiamata decisione 20 del 1962 il Conseil ha rifiutato, come anticipato, di compiere un sindacato di costituzionalità sul referendum istitutivo dell'elezione del Presidente a suffragio universale, argomentando la particolarità del suo intervento in materia referendaria, il quale non configurerebbe un giudizio di costituzionalità simile a quello previsto per le leggi parlamentari essendo ristretto al solo controllo della regolarità delle procedure referendarie. Nel caso in cui vengano in gioco l'art. 11 o l'art. 89 Const., dice quindi il giudice delle leggi, il sindacato del Conseil non è quello previsto dall'art. 61, ma quello previsto dall'art. 60 Const. Tutt'al più quindi, continuando nel ragionamento, l'unica forma di sindacato ipotizzabile è quella che precede la consultazione referendaria e, in ogni caso, tale giudizio sarà ristretto a vizi puramente formali. Ciò configura una sorta di “giurisdizione speciale” del giudice costituzionale, paragonabile nella sua particolarità al giudizio di ammissibilità tipico del sistema italiano. Tale sostanziale diniego di giustizia del Conseil è stato letto dalla migliore dottrina come una conseguenza di fatto inevitabile della configurazione della forma di governo, in quanto sindacare *a priori* la costituzionalità del referendum significherebbe rischiare di contraddire la scelta presidenziale¹⁸⁹. Se ai sensi dell'art. 5 Cost. il capo dello Stato è identificato esplicitamente come garante e guardiano della Costituzione (*“il veille au respect de la Constitution”*), il Conseil non può di fatto spingersi fino a censurare apertamente la diretta decisione del Presidente. Come si è già osservato a più riprese: il contropotere non può contraddire il contropotere. La soluzione adottata dal Conseil Constitutionnel nella decisione n. 20 del 1962 – e confermata dalla n. 313 del 1992 in occasione della ratifica del trattato di Maastricht –, se da un lato si fa apprezzare perché risolve (come già si è anticipato) il possibile conflitto tra i due contropoteri corpo elettorale-giudice costituzionale, dall'altro non pare pienamente compatibile con la natura

¹⁸⁸ Così per l'art. 46 dell'*ordonnance* del 7 novembre 1958. In merito al ruolo del Conseil nell'ambito delle operazioni referendarie si veda B. GENEVOIS, *Le Conseil Constitutionnel et le référendum*, in G. CONAC-D. MAUS (a cura di), *Le référendum, quel avenir?*, Paris, 1990, pp. 95 e ss.

¹⁸⁹ « *Le doyen Vedel a donc pu souligner, de façon légitime, la logique de la décision rendue par le Conseil et dénoncer la faiblesse des critiques prononcées à l'encontre de cette institution. Si le Conseil Constitutionnel avait accepté de contrôler, même avant le vote, la constitutionnalité du projet de loi que le Président de la République avait décidé de soumettre au référendum, il aurait introduit un contrôle du pouvoir d'interprétation du chef de l'Etat et, par voie de conséquence, la remise en cause de l'autorité de celui-ci. De là serait nait une soumission de fait des prérogatives du Président de la République au Conseil Constitutionnel, ce qui, au regard de l'esprit de la Constitution de la Vème République, est inconcevable* », così M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, 2004, Aix-en-Provence, p. 60.

che la dottrina assegna tradizionalmente alla legge referendaria, equiparata alla legge ordinaria parlamentare. La legge parlamentare potrebbe quindi (benché ciò non sia mai avvenuto, *et pour cause*) contraddire l'esito referendario. Benché lodevole nella sua chiarezza tale tesi non pare pienamente concordante con il rango che il Conseil attribuisce al referendum, il cui trattamento in fase di sindacato sembrerebbe in realtà rivelare una superiorità assiologica dello stesso rispetto alla legge ordinaria¹⁹⁰. In altre parole, senza prendere in considerazione la logica delle interrelazioni fra gli organi costituzionali e il reale funzionamento della forma di governo ed in particolare quelle che sussistono fra potere e contropotere, sarebbe impossibile comprendere in base a meri argomenti giuridici le ragioni di tale scelta del giudice costituzionale.

Non bisogna tuttavia pensare che il Conseil Constitutionnel sia rimasto ancorato alla giurisprudenza del 1962 e non abbia cercato di percorrere altre strade che permettessero, se pur in modo meno diretto, di non escludere una qualche forma di controllo sulla legge referendaria. A tale proposito non deve stupire che la soluzione trovata dal Conseil sia stata in realtà suggerita dal Conseil d'Etat. Come si confermerà anche nel seguito del lavoro¹⁹¹, nei casi politicamente più sensibili, la ricerca di vie giurisprudenziali idonee a bilanciare il rispetto del potere politico maggioritario e il rispetto della Costituzione è affidato non ad un'unica istanza, ma ad una *filiera giurisprudenziale* che, coordinando le proprie rispettive soluzioni, trovano un più autorevole compromesso tra politica e diritto¹⁹². Esso è dunque il risultato e la somma delle soluzioni parziali offerte ai singoli problemi teorici e giuridici che compongono il problema più consistente e che tocca, appunto, il rapporto tra Potere e norma giuridica¹⁹³. È infatti nel 1998 che il Conseil d'Etat, con l'*arrêt Sarran*, giunge a circoscrivere per la prima volta l'ambito della legge referendaria separando nettamente il campo d'applicazione dell'art. 11 e quello dell'art. 89 Const., prendendo così nettamente posizione sull'impossibilità di ricorrere al referendum legislativo per procedere ad una revisione costituzionale¹⁹⁴. Come il giudice delle leggi

¹⁹⁰ « (la loi référendaire) Se situe en dehors de l'ordre juridique au regard du contrôle de constitutionnalité en raison de son origine populaire mais, lorsqu'il s'agit de la modifier, le critère matériel (l'objet de l'acte) prime sur le caractère organique (l'auteur de l'acte). Cette situation est particulière à la France. Elle a des fondements à la fois juridiques et politiques », M FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le contrôle du référendum...*, cit., p. 98. In realtà si è visto come anche in Italia lo statuto giuridico del referendum, secondo la lezione di Modugno, sconvolge la classica piramide delle fonti ed è di incerta collocazione.

¹⁹¹ In tal senso si veda il capitolo IV, par. 5.

¹⁹² In questo senso sostanzialmente anche R. GHEVONTIAN, *Conseil Constitutionnel-Conseil d'Etat: le dialogue des juges*, in *Revue française de droit administratif*, 2000, p. 1004 e ss.

¹⁹³ Questa definizione di filoni giurisprudenziali per sommatoria di frammenti di singole soluzioni ai problemi che le compongono si differenzia da quella, più semplice, di singole giurisdizioni che confermano la soluzione definitiva raggiunta da una sola di esse, come si vedrà soprattutto per quanto riguarda i rapporti fra giustizia costituzionale e CEDU.

¹⁹⁴ « D'aucuns ont vu dans cet arrêt une illustration de l'esprit de compétition qui animerait le Conseil d'Etat dans ces rapports avec le Conseil Constitutionnel. Pour notre part, nous y voyons plutôt l'expression d'un dialogue fructueux entre les juridictions suprêmes dans l'interprétation de la Constitution de la Vème République », così C. MAUGÛE, *L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1999, in www.conseil-constitutionnel.fr.

italiano, anche il Conseil constitutionnel, sebbene ancora in via estremamente prudente e fin'ora solo teorica, ha di conseguenza ammesso ormai di poter controllare l'ammissibilità *a priori* di un referendum. A questo proposito la svolta giurisprudenziale è giunta nel 2000, grazie alla serie di decisioni *Hauchemaille*¹⁹⁵, tramite le quali il Conseil è giunto non solo ad affermare la propria giurisdizione in materia di operazioni referendarie, estendendo la portata dell'art. 60 Const. da controllo *ordinario* di tipo formale a scrutinio *straordinario* di legittimità sostanziale del quesito e ridefinendo così in via pretoria la divisione di competenze in tale materia tra sé stesso e il Conseil d'Etat¹⁹⁶. Le decisioni Hauchemaille sono tutte di rigetto ma, come non raramente avviene nel caso in cui il Conseil constitutionnel decida di rivolgere un monito serio in direzione del legislatore, pongono un principio importante: esso ormai ammette la possibilità di controllare la legalità del decreto con cui il Presidente della Repubblica determina la natura e la data del referendum. L'analogia con il controllo di ammissibilità che, anche in Italia, si è imposto nonostante le critiche di una parte della dottrina e del foro, è evidente e potrebbe spingersi, in teoria, fino a censurare di fatto la scelta del Capo dello Stato. Tale controllo, secondo la dottrina, dovrebbe poi necessariamente estendersi a valutare l'omogeneità e la chiarezza del quesito, per evitare che il referendum si trasformi da atto giuridico normativo a plebiscito politico¹⁹⁷. Ciò è tanto più vero dopo la riforma costituzionale del 2008 che, ampliando la portata dell'art. 11, ha allo stesso tempo esteso la competenza del Conseil Constitutionnel nel senso auspicato, prevedendo ormai che il controllo di costituzionalità *ex art.* 61 si estenda alle *lois référendaires* prima della loro sottoposizione al voto popolare, risolvendo così, almeno teoricamente, il problema della loro giustiziabilità.

10. L'occasione mancata della riforma costituzionale del 2008

¹⁹⁵ Si tratta di una serie di cinque decisioni del Conseil Constitutionnel del 25 luglio, 23 agosto, 6 settembre 2000 e 14 marzo 2001.

¹⁹⁶ Il Conseil Constitutionnel sembra essersi ricavato una propria nuova competenza, limitando in questo senso quella attribuita al Conseil d'Etat, che pare aver preso atto di tale evoluzione. Tale nuovo assetto nelle attribuzioni dei due giudici appare come il segno di un dialogo proficuo tra giurisdizioni (così nell'*arrêt Marini* del 6 settembre 2001). Ciononostante le decisioni Hauchemaille sono state duramente criticate soprattutto in ambito governativo, in quanto si è visto in esse il tentativo del giudice costituzionale di andare oltre le sue prerogative. Anche in questo frangente le assonanze con la giurisprudenza italiana inaugurata del 1978 sono degne di nota. Si vedano ampi riferimenti in questo senso in M FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le contrôle du référendum*, cit., p. 162. Sulla giurisprudenza Hauchemaille-Marini si veda anche l'analisi su tal caso di *jurisprudence interactive* contenuta in R. GHEVONTIOAN, *Actualité du droit électoral*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2001, pp. 775 e ss.

¹⁹⁷ « Depuis la décision Hauchemaille I, le Conseil Constitutionnel accepte de contrôler en qualité de juge des élections et des votations, le décret du Président de la République soumettant une question au référendum. Ce contrôle devrait lui permettre de procéder, par le biais de décret, à l'examen de la clarté, de l'homogénéité et de la loyauté de la question posée », M FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le contrôle du référendum*, cit., p. 192.

Il quadro descritto fin'ora deve essere completato e aggiornato alla luce della legge costituzionale del 23 luglio 2008. Sulla scorta delle indicazioni già espresse nel 1993 dal *rapport* del comité Vedel, la riforma è stata sostanzialmente il frutto del lavoro del comité Balladur per la modernizzazione e il riequilibrio delle istituzioni, nominato nel 2007 dal Presidente della Repubblica¹⁹⁸. La differenza più marcata tra il progetto del 1993 e quello del 2007 risiede nel ruolo che viene attribuito al Conseil Constitutionnel nell'ambito delle procedure referendarie: di grande rilievo nel primo caso e decisamente più ridotto nel secondo¹⁹⁹.

Scartato inizialmente dal testo della riforma costituzionale, il *référendum d'initiative minoritaire partagée* è una versione più tenue del referendum d'iniziativa popolare disciplinato dall'art. 75 della Costituzione italiana ed è stato reintrodotta durante la fase di esame parlamentare della legge costituzionale, attraverso un emendamento dell'opposizione²⁰⁰. La minoranza parlamentare si è fatta dunque promotrice della nuova forma di referendum, dimostrando in ciò il superamento della diffidenza che anche in Francia, come visto, caratterizza l'opposizione di tendenze repubblicane e socialiste nei confronti dell'istituto²⁰¹.

¹⁹⁸ Il rapporto del comité Vedel prevedeva, ai fini di una più decisa democratizzazione del regime francese, l'istituzione di una nuova forma di legge referendaria di iniziativa minoritaria. Secondo tale progetto l'iniziativa sarebbe stata affidata ad un quinto dei membri del Parlamento. Si prevedeva poi che la costituzionalità del progetto di legge sarebbe stato controllato (*a priori* quindi) dal Conseil Constitutionnel perché potessero essere poi effettuate le sottoscrizioni di almeno un decimo del corpo elettorale. Successivamente sarebbero iniziati a decorrere quattro mesi di tempo entro i quali il Parlamento avrebbe potuto adottare la proposta di legge, scaduti inutilmente i quali il Conseil avrebbe potuto indire il referendum. Si veda l'integralità del rapporto sul *Journal officiel* del 16-II-1993, pp. 2549-2550. Parzialmente diversa la versione proposta dal comité Balladur, che mantiene inalterata rispetto alla versione del 1993 la fase dell'iniziativa ma modifica le fasi successive della procedura, prevedendo che le Camere abbiano a disposizione un anno di tempo per esaminare il progetto di legge (non, come era più opportunamente previsto dal *rapport* Vedel, per approvarlo) e che l'iniziativa di indire il referendum in caso di inerzia parlamentare sia attribuito non al Conseil ma al capo dello Stato. La riflessione sul referendum di iniziativa minoritaria non ha mai destato una notevole curiosità nella dottrina; sul tema si veda P. NUSS, *Référendum et initiative populaire en France : de l'illusion en général et de l'hypocrisie en particulier*, in *Revue de droit public*, 2000, p. 1441.

¹⁹⁹ Già nel 1993 Louis Favoreu, commentando la proposta del comité Vedel faceva osservare che il più grosso ostacolo che l'introduzione del referendum d'iniziativa minoritaria incontrava in Francia era collegato proprio al ruolo importante che veniva assegnato al Conseil nel quadro della procedura. Era in realtà comprensibile che per mettere in atto un nuovo istituto di contropotere fosse necessario affidarne la gestione ad un organo di contropotere. Tuttavia, la diffidenza che il sistema parlamentare ha sempre dimostrato nei confronti del Conseil fece fallire il tentativo di riforma. Si veda L. FAVOREU, *Le problème du contrôle du référendum en France*, in *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., p. 271. Come si è visto, poi nel 2007, la riforma ha tenuto conto di queste osservazioni e il ruolo del Conseil nella nuova disciplina è stato notevolmente ridimensionato.

²⁰⁰ Significativamente il nuovo referendum fu il risultato di un'iniziativa congiunta dei tre maggiori partiti d'opposizione, frutto dell'emendamento Montebourg (PS), Mamère (Verts) e Sauvadet (Nouveau centre). Nonostante sia stato poi approvato, il referendum d'iniziativa minoritaria ha incontrato la forte opposizione della maggioranza (in particolare i deputati Claude Goasguen e Hervé de Charette). Si veda il resoconto della seduta del 22 maggio 2008 all'Assemblée in www.assemblee-nationale.fr.

²⁰¹ Tale conclusione sembra confermata dall'insistenza con cui, a seguito dell'approvazione della legge costituzionale, l'opposizione ha chiesto l'adozione della legge organica idonea a rendere operativo il referendum (si veda ad esempio la proposta di risoluzione parlamentare "*estimant urgente la mise en œuvre l'article*

Nel nuovo articolo 11, c. 5-9, un quinto dei membri del parlamento, con il sostegno di un decimo dell'elettorato, può presentare una proposta di legge abrogativa di una disposizione legislativa che sia stata approvata da non meno di un anno. Interessante notare come, preventivo alla raccolta delle sottoscrizioni richieste, la riforma preveda il necessario controllo del Conseil Constitutionnel sul quesito, che si inserirebbe in questa fase in modo molto particolare, potendo anche giungere fino a indicare ai promotori eventuali modifiche alla proposta di legge: il giudice costituzionale vede notevolmente ampliate le sue competenze che appaiono sempre più simili a quelle di un co-legislatore con potere di iniziativa legislativa referendaria²⁰². La procedura dunque viene innescata solo se le Camere non esaminano la proposta *de qua* nei termini fissati dalla legge organica. Tale previsione (che si differenzia da quella proposta dal comité Vedel del 1993) risulta in realtà opinabile in quanto si può ben immaginare l'indeterminatezza della previsione. Approfittando di un'interpretazione letterale e restrittiva della norma basterebbe ad una Camera iniziare l'istruttoria del progetto di legge e poi interromperla per determinare un blocco del procedimento referendario²⁰³. Di più: le Camere (e segnatamente la maggioranza) potrebbero emendare il progetto di legge referendaria fino a stravolgerne il contenuto, non essendo di fatto in alcun modo tenute a rispettarlo. In questo modo il contropotere rischierebbe di diventare in realtà una nuova fonte del potere. Si potrebbe quindi concludere che l'utilità e l'utilizzo del nuovo istituto saranno presumibilmente ridotte, limitate soprattutto a dare spazio a provvedimenti legislativi che potrebbero godere di un certo consenso in sede parlamentare ma la cui adozione potrebbe scontrarsi contro la convenienza di buona parte dei parlamentari (e per questo non potrebbe essere adottata che attraverso un'iniziativa minoritaria). Il tipico esempio fornito dalla dottrina è quello di un referendum che risolvesse definitivamente l'annoso problema del cumulo dei mandati²⁰⁴.

Per capire tuttavia le concrete modalità di esercizio del referendum la Costituzione rinvia alla legge organica²⁰⁵. Il progetto presentato nel dicembre del 2010 è interessante

11 de la Constitution sur l'extension du référendum" presentata il 9-XII-2009 dal capogruppo del PS, Ayrault, sul sito dell'Assemblée) nonché le prime "minacce" d'indizione di referendum su leggi particolarmente contestate subito dopo la loro approvazione (come nel caso della legge di riforma della Posta dell'ottobre 2009).

²⁰² Questa la lettura di S. DIEMERT, *Le référendum d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, p. 78. Tale procedura configura una soluzione la cui praticabilità potrebbe essere valutata anche dalla Corte italiana. Invece di adottare decisioni di pura e semplice ammissibilità e inammissibilità il giudice delle leggi potrebbe valutare la possibilità di procedere ad una nuova forma di decisione: quella delle manipolative di ammissibilità

²⁰³ Ciò è tanto più vero se si considera il tenore letterale del progetto di legge organica attuativa del nuovo istituto, secondo la quale (art. 9) « *Si la proposition de loi n'a pas fait l'objet d'au moins une lecture par chacune des deux assemblées dans un délai de douze mois à compter de la publication au Journal officiel de la République française de la décision du Conseil constitutionnel constatant que l'initiative a obtenu le soutien d'un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales, le Président de la République la soumet au référendum dans les quatre mois qui suivent l'expiration de ce délai* ».

²⁰⁴ Così G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, 2007, p. 184.

²⁰⁵ Da notare che la legge organica in parola è stata presentata dall'esecutivo solo nel dicembre del 2010 e (al giugno 2011) risulta ancora bloccata in sede di commissione affari costituzionali dal gennaio 2011. Vi è da

sotto più aspetti ai fini comparativi. In modo abbastanza simile a quanto previsto dalla legge 352/1970, anche la prima versione della legge organica francese prevede una netta separazione fra periodi elettorali e referendari, stabilendo una sospensione automatica della raccolta delle sottoscrizioni (per la quale vengono previsti non più di tre mesi, ciò che sembra davvero troppo poco) durante i sei mesi che precedono le elezioni presidenziali o parlamentari. Non vi è quindi una sospensione generalizzata della procedura: sarebbe dunque possibile indire il referendum e celebrarlo anche in concomitanza con le consultazioni elettorali. Il punto più interessante tuttavia della legge attuativa è costituito dall'art. 4 che, permettendo opportunamente l'ingresso delle tecnologie informatiche nelle procedure della partecipazione democratica, prevede la possibilità che le firme possano essere raccolte, sotto la sorveglianza di una Commissione di controllo, prevalentemente attraverso un sistema elettronico il cui accesso deve essere assicurato e facilitato in ogni comune francese. Si ritiene che questa soluzione, oltre ad essere commendevole per il tentativo di adeguare le procedure di voto alle facilitazioni consentite dal progresso tecnologico, consentirebbe anche in Italia una più efficace gestione di una fase che, per promotori e sottoscrittori, è già molto onerosa e che probabilmente agevolerebbe l'accesso alle procedure referendarie anche se il legislatore, come a volte auspicato, aumentasse il numero minimo delle sottoscrizioni richieste²⁰⁶.

A più di due anni dalla presentazione del disegno di legge organica tuttavia il referendum di (quasi) iniziativa popolare rimane uno strumento inattuato e certo non solo per la negligenza della maggioranza parlamentare.

11. Segue: Attuazione della nuova forma di referendum d'iniziativa parlamentare francese

Considerando dunque la riforma del 2008, si potrebbe dire di essere in presenza di un contropotere affievolito se lo si confronta con il referendum *ex art.* 75 Cost. it. Così è se

immaginare che il Governo abbia tutto l'interesse a ritardare la sua approvazione, attraverso una forma di ostruzionismo di maggioranza ben conosciuta nel caso italiano precedente al 1970.

²⁰⁶ Secondo quanto osservato nell'*étude d'impact* della legge organica: « *Malgré les avantages qu'elle présente, la procédure italienne de contrôle s'avère complexe et lourde pour les partis et les électeurs, alors même que seules 500 000 signatures sont nécessaires, contre 4,5 millions dans la procédure française. De plus, elle est éclatée entre de nombreux acteurs qui interviennent principalement à la fin de la procédure. Elle fait intervenir dans un premier temps les mairies (homologation des documents), puis la Cour de cassation (dépôt de l'initiative, dépôt des signatures), le Bureau central du référendum (contrôle des signatures) et enfin la Cour constitutionnelle (contrôle de la conformité à la Constitution). La phase de recueil des signatures étant peu contrôlée, la procédure italienne n'offre pas toutes les garanties requises* », in http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3072-ei.asp#P204_24982.

si considerano le specifiche della novella costituzionale. Innanzitutto il numero di sottoscrittori: per avviare una procedura referendaria popolare in Francia sarebbero necessarie non meno di 4,3 milioni di firme. Vero è che tale numero (esorbitante se lo si confronta con le 500.000 firme italiane) è più facilmente raggiungibile grazie all'utilizzo degli strumenti informatici che il progetto di legge organica opportunamente contempla per la raccolta delle firme, ma è evidente la difficoltà pratica di gestire una macchina organizzativa e d'informazione tale da mettere in moto la procedura. Quello che colpisce nel nuovo modello francese poi è sicuramente il controllo stretto che l'opposizione parlamentare possiede sullo strumento referendario: tale soluzione è sicuramente volta ad evitare che l'arma referendaria scappi dai circuiti della rappresentanza e possa divenire un catalizzatore di malcontento contro la classe politica²⁰⁷. Legare strettamente il referendum all'opposizione è un modo di evitare non solo che l'istituto sfugga completamente di mano al sistema rappresentativo ma anche un modo di eludere quella concorrenzialità tra minoranza parlamentare e referendum che si è individuata nel caso italiano. Non è forse casuale che l'atteggiamento dell'opposizione francese nei confronti di questa innovazione costituzionale sia stata decisamente propositivo e che essa abbia insistito perché la relativa legge organica attuativa venisse presentata. Si tratta evidentemente di un nuovo tassello che si aggiunge allo Statuto dell'opposizione francese e che si pone come corollario della *saisine parlementaire*. L'opposizione ha salutato con tanto maggior entusiasmo questa innovazione in ragione della tradizionale diffidenza che essa nutre nei confronti della giustizia costituzionale. Nonostante l'esistenza del ricorso dell'opposizione parlamentare, come si vedrà, soprattutto in ragione delle regole che presiedono alla sua composizione, il Conseil Constitutionnel è considerato un organo non sufficientemente imparziale. Anche se la *saisine parlementaire* è sistematica dopo l'approvazione di ogni provvedimento legislativo, si può ben dire che l'opposizione ricorra normalmente ad essa con poche speranze. Anche per questo probabilmente, per un atteggiamento di fondo decisamente diverso tra opposizione francese e italiana nei confronti della giustizia costituzionale, in Francia si spera così tanto nel referendum, considerato come l'ultimo appello, la vera occasione per continuare la battaglia parlamentare contro un provvedimento legislativo della maggioranza. Ciò che sembra però sconfessare tutti gli entusiasmi per il nuovo referendum è la constatazione che, secondo il testo costituzionale, basta che il Parlamento inizi la discussione sulla relativa proposta di legge e che, a tutto concedere, la maggioranza la respinga, per far fallire tutta l'operazione e impedire al referendum di avere luogo. In

²⁰⁷ La dottrina sottolinea come l'aver sottoposto al controllo dell'opposizione questa nuova forma di referendum tende anche a non contraddire la *ratio* sottesa all'intera riforma, cioè quella di aumentare i poteri del Parlamento: « *L'ambition affichée était de renforcer le Parlement, or il eût été contradictoire de l'affaiblir en faisant vivre, à cette occasion, l'idée selon laquelle il y a aussi bien que les Assemblées, voire mieux, pour susciter les lois, les préparer et finalement les adopter. Il était donc cohérent que les représentants élus de la nation soient laissés maîtres du déclenchement de l'entreprise et, surtout, qu'ils restent chargés d'élaborer la proposition de texte destinée à recueillir l'adhésion de nos compatriotes* », D. DE BECHILLON-M. GUILLAUME, *Le référendum d'initiative minoritaire*, in *Les Echos*, 9-IV-2009.

questo senso la riforma snatura largamente il progetto già formulato da Vedel nel 1993, secondo il quale per evitare il referendum il Parlamento avrebbe dovuto quanto meno approvare la proposta referendaria. Fra tutti i bemoilli apportati al modello referendario che in Italia si conosce questo sembra davvero il più insidioso e ci si chiede per quale motivo inserire modifiche costituzionali di tale portata per poi soffocarle con cautele tali da renderle inoperanti.

12. Considerazioni conclusive

In questo capitolo si è cercato di mettere in luce come in entrambi gli ordinamenti il referendum, al di là delle differenze che naturalmente contraddistinguono le esperienze dei due paesi considerati – e che, almeno nelle premesse teoriche che facevano presumere la costituzione di un tipo di referendum antiegemonico in Italia e di uno a sfondo plebiscitario-controllato in Francia –, sia venuto a caratterizzarsi come contropotere di riserva del sistema maggioritario. Si è visto infatti come il caso francese del 2005 e quelli italiani del 2006 e del 2011 possano essere accomunati da un comune esito volto a limitare il potere politico. Ciò è tanto più vero dopo il varo della riforma francese del 2008, nella quale pur con prudenza il costituente ha ampliato la portata dell'art. 11 nel senso predetto. Analizzate poi le comuni resistenze e le ambigue prese di posizioni delle opposizioni parlamentari, si è messo in luce come nel caso italiano il *quorum* e nel caso francese la complessa procedura applicativa *de iure condendo* costituiscono due diversi metodi messi in atto dal sistema parlamentare per attenuare la portata dell'istituto referendario. Dall'altro lato si è visto come l'istituto referendario interagisce con la giustizia costituzionale, la quale è deputata in entrambi gli ordinamenti ad avere un ruolo importante nella gestione e nella salvaguardia dell'istituto, in ragione della sua collocazione al di fuori di quel sistema rappresentativo che spesso versa in irreversibile conflitto d'interesse, almeno in Italia, con le ragioni del referendum.

Riprendendo la tradizionale distinzione fra referendum di stimolo e referendum di rottura²⁰⁸, si potrebbe dire che il secondo rappresenta quello che noi abbiamo fin ora identificato, come istituto di contropotere democratico. Tale declinazione del referendum sembra peraltro confermata dalle alterne vicende dell'istituto referendario, spesso ostaggio del timore dell'opposizione di farne uso a causa dell'imprevedibilità del suo esito. Si è visto come, al di là del merito della quesito sottoposto all'elettorato, spesso è proprio la maggiore

²⁰⁸ Per una completa disamina della distinzione si veda A. PIZZORUSSO, *Presupposti per una ricostruzione storica del referendum: i "referendum di stimolo" e i "referendum di rottura"*, in E. BETTINELLI- L. BONESCHI (a cura di), *Referendum, ordine pubblico*, cit., pp. 157 e ss.

o minore riconducibilità del referendum al potere (come sua censura o approvazione) che ne determina il successo o il fallimento e che viene ad attribuire un significato elettorale spesso non troppo nascosto all'esito della consultazione. La forza politica del referendum, al di là di quella giuridica che si è visto essere quanto mai indeterminata ed incerta, è indubbiamente notevole ed è spesso proprio in coincidenza di alcune importanti consultazioni referendarie che si determinano quelli che potremmo definire "i cicli del potere", i quali, almeno nell'esperienza italiana, sembrano avere un andamento pressoché ventennale²⁰⁹. Se fino al 1993 i referendum italiani potevano dirsi fondamentalmente di stimolo e, in tal senso, forma quasi ordinaria di legislazione diretta, dopo l'avvento del sistema maggioritario non può dirsi che il referendum sia scomparso ma che forse è divenuto strumento eccezionale e antiegeemonico, subendo quindi una mutazione che ha seguito la forma di governo²¹⁰. Tale constatazione non significa certo che tale evoluzione sia desiderabile ai fini di un funzionamento della forma di Stato in senso democratico: il referendum di stimolo come partecipazione attiva della cittadinanza nella definizione dell'indirizzo politico potrebbe riconquistare un ruolo non secondario in tale direzione probabilmente solo se, come visto, l'opposizione parlamentare utilizzasse l'art. 75 Cost. quale forma di mobilitazione permanente del corpo elettorale in relazione a scelte importanti e alternative rispetto a quelle della maggioranza.

La stessa dinamica si è riscontrata in Francia: non è probabilmente casuale che solo le tre consultazioni convocate dal generale de Gaulle, come abbiamo visto, abbiano adempiuto una funzione legittimante del potere. Lo spirito del referendum cambia dunque fin dal 1962, immediatamente dopo l'istituzione dell'elezione del Capo dello Stato a suffragio universale, benché solo nel 1969 esso abbia rivelato in Francia la sua natura antimaggioritaria. Bipolarizzato il regime, si potrebbe dire, anche in Francia il referendum rivela più che mai la sua vera essenza di contropotere.

²⁰⁹ Al di là del caso del referendum elettorale del 1993, in occasione del quale lo spartiacque venne definito non solo fra il proporzionale e il maggioritario ma soprattutto tra una classe politica e l'altra, si ricordi il caso del divorzio, quello della preferenza unica e quello, più recente, dei referendum del 2011: *Come Craxi e Fanfani*, in *Europa*, 14-VI-2011, p. 1.

²¹⁰ I referendum del maggio 2011 confermano quest'ipotesi: l'avvento dell'era maggioritaria non esclude l'utilità o la necessità del referendum ma ne modifica la funzione. Così anche: A. BARBERA-A.MORRONE, *La Repubblica*, cit., 250. La tesi qui esposta riprende in parte quella che individua un *trade-off* tra voto referendario e voto elettorale, per cui in un sistema elettorale maggioritario il ricorso al referendum sarebbe meno frequente rispetto a quanto non avvenga in uno proporzionale, espressa in W. LINDER, *Démocratie directe: la panacée?*, in *Présent et avenir de la démocratie directe*, Ginevra, 1994, pp. 94 e ss.

III

IL CONTRO-GOVERNO DELL'OPPOSIZIONE COSTITUZIONALE

1. *L'inevitabile emersione di un contropotere in un Parlamento maggioritario*

Prima di addentrarsi nel merito delle problematiche conseguenti alla definizione dell'opposizione parlamentare quale contropotere è forse utile ripercorre e sviluppare le ragioni che ci inducono a considerarla come tale, nella relazione antagonistica che la contrappone alla maggioranza di Governo²¹¹. Da questo punto di vista la funzione oppositoria tradisce proprio la sua origine strettamente connessa ad una visione conflittuale del fenomeno politico, venendo quindi a configurarsi, nell'impostazione para-giurisdizionale che si è già visto essere un tratto comune di tutti i contropoteri²¹², come una sorta di "pubblico accusatore" della maggioranza e dell'Esecutivo²¹³. Attraverso

²¹¹ Anche in riferimento all'argomento trattato in questo capitolo si vuole sottolineare che la descrizione specifica e dettagliata dell'opposizione parlamentare in Italia ed in Francia esula certamente dagli interessi della ricerca, i cui tratti saranno qui richiamati solo se ritenuti utili ai fini dell'analisi che si conduce. Così, ad esempio, non si prenderanno in considerazione (per quanto riguarda l'Italia) le annose proposte di modifica dei regolamenti parlamentari destinate da più di dieci anni a costante fallimento. La difficoltà maggiore nel considerare e valutare l'azione delle minoranze parlamentari nella loro funzione di opposizione costituzionale è costituita in parte dalla rarità di contributi scientifici che affrontino tale problema nel contesto italiano, al di fuori di prospettive meramente teoriche. Mette efficacemente in luce tale situazione Y. SUREL, *L'opposition au Parlement. Quelques éléments de comparaison*, in *Revue internationale de politique comparée*, 2011, pp. 115 e ss. La maggior parte degli studi consacrati alla materia riguardano essenzialmente il non ben definito tema dello "statuto dell'opposizione" in chiave di possibili riforme istituzionali, senza che nulla possa ricavarsi sullo stato dell'arte e sul comportamento effettivo dell'opposizione nel nostro parlamentarismo. Lo studio del fenomeno non vuole quindi essere condotto dall'esterno, attraverso riferimenti puramente nomologici, ma mediante l'uso di dati che considerino l'effettività dei comportamenti. Un esempio di ciò che si intende è chiaramente desumibile da alcuni studi politologici che trattano la materia in oggetto: si veda, *ex multis*, J. BLONDEL - F. BATTEGAZZORRE, *Majoritarian and consensus parliamentary democracies: a convergence towards cooperative majoritarianism*, in *Quaderni di Scienza Politica*, 2002. Più specificamente sulla possibilità di configurare l'opposizione come contropotere si veda B. NABLI, *L'opposition parlementaire, un contre-pouvoir politique saisi par le droit*, in *Pouvoirs*, 2010, pp. 127 e ss.

²¹² Si veda il capitolo I, par. 2.

²¹³ Suggestive le osservazioni in tal senso di Carlos-Miguel Pimentel: "En endossant le rôle de l'accusation, l'opposition est parvenue à intégrer le conflit au sein même du régime, sans pour autant en menacer l'existence, d'approprier en quelque sorte la guerre civile. Aussi la figure du procès symbolique n'a permis d'intégrer pleinement l'opposition que parce qu'elle produisait à la fois du conflit et du consensus", C.M. PIMENTEL, *L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir*, in *Pouvoirs*, 2004, p. 46.

L'opposizione, potenzialmente ed idealmente, vengono rappresentate e coagulate nell'arena parlamentare tutte quelle contro-forze presenti nella società civile che si propongono come alternative a quelle di maggioranza²¹⁴. Da questo punto di vista è tuttavia necessario specificare che quando si parla di opposizione come contropotere ci si inserisce sempre e comunque nell'ambito di un'indagine di diritto costituzionale. In altre parole qui non interessa l'analisi dell'azione dell'opposizione politica in senso lato, quanto piuttosto la minoranza parlamentare in quanto esercente un'essenziale funzione di rilievo costituzionale²¹⁵. Partendo dunque dalla constatazione che l'esistenza e il riconoscimento di diritti e di attribuzioni proprie della minoranza parlamentare è secondo una *doxa* consolidata uno degli indizi più significativi della democraticità di un sistema politico, è nostra intenzione mettere in evidenza come proprio al di là della tradizionale funzione di critica politica che la minoranza esercita in Parlamento, la sua è, in particolari circostanze, una vera e propria azione a difesa della legalità costituzionale²¹⁶. Questa configurazione dell'opposizione deve essere considerata non solo dal punto di vista formale (ovvero come presenza fisica e reale in un contesto parlamentare di una rappresentanza dissidente) ma anche da un punto di vista sostanziale (in quanto la minoranza dissidente può legittimamente opporsi all'adozione di un determinato atto normativo non solo per ragioni di puro merito politico ma anche e soprattutto per ragioni di legittimità costituzionale). Tale seconda e meno studiata configurazione dell'opposizione è ben visibile in paesi che adottano un modello di giustizia costituzionale che consente all'opposizione di far valere davanti ad un giudice esterno delle ragioni di costituzionalità, come succede in Francia²¹⁷. Non è tuttavia necessario rifarsi necessariamente all'esempio della *saisine parlementaire* per capire come anche in Italia l'opposizione usi argomenti di diritto costituzionale nell'esercizio della propria funzione. Non è casuale da questo punto di vista che spesso gli argomenti usati davanti alla Corte dai giudici *a quibus* per motivare la fondatezza del sospetto di incostituzionalità siano spesso una sostanziale riproduzione di quelli spesi dalla minoranza in sede di dibattito parlamentare sul medesimo provvedimento.

Non si può tuttavia dire che in ogni sua manifestazione l'opposizione eserciti concretamente un ruolo di garanzia costituzionale (almeno nel secondo senso già

²¹⁴ In tal senso Rosanvallon, che osserva: “*l'organisation d'une opposition politique et parlementaire structurée a constitue une autre modalité historique essentielle d'exercice d'un pouvoir d'empêchement*”, P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, 2006, p. 158.

²¹⁵ Necessario tuttavia ribadire, come più volte si è fatto nel corso di questo lavoro, che anche la dimensione dell'opposizione, come quella di ogni contropotere, si muove sempre tra politica e diritto, come ben affermato da J. PASCAL, *Les oppositions*, in *Pouvoirs*, 2004, pp. 24 e ss.

²¹⁶ “*L'opposition constitutionnelle, c'est à dire l'opposition comme garantie constitutionnelle, est avant tout une fonction nécessaire à la préservation de la démocratie constitutionnelle. C'est d'abord une fonction de limitation et de contrôle du pouvoir*”, M.C. PONTTHOREAU, *L'opposition comme garantie constitutionnelle*, in *Revue de droit public*, 2002, p. 1135.

²¹⁷ Laddove invece tra opposizione e giustizia costituzionale esiste una sostanziale “incomunicabilità” (come in Italia) sarà necessario identificare altri e più incerti indici che ci aiutino a rintracciare tale funzione di opposizione costituzionale.

accennato) e nemmeno che ogni partito d'opposizione si ponga come organo di difesa costituzionale. Si tratta, in un regime democratico, di una situazione rara ma non impossibile e che investe chiaramente la situazione dei partiti cd. *anti-sistema* e che può dare vita ad un tipo (opposto rispetto al primo) di opposizione anticostituzionale²¹⁸.

Ciò che potrebbe forse mettere in dubbio la natura di contropotere della minoranza parlamentare è senza dubbio il fatto che essa non può esercitare nessun tipo di autentica "sanzione" nei confronti di un provvedimento governativo. Al più l'opposizione potrà cercare di ritardare l'approvazione dello stesso, senza però poter efficacemente influire come potere di freno quanto piuttosto di rallentamento, benché, come si vedrà, la logica che guida l'ostruzionismo parlamentare risiede proprio nel tentativo di riprodurre in sede di discussione una sorta di *veto* dell'opposizione sul provvedimento normativo all'esame dell'assemblea. In questo senso si può dire che l'opposizione in un parlamento maggioritario, in cui i ruoli di minoranza e maggioranza sono definiti con sufficiente chiarezza, è comunque un contropotere qualitativamente e qualitativamente diverso da quello riscontrabile in un parlamento dominato da logiche consensuali, nel quale la minoranza può confidare con più probabilità nella variazione degli equilibri politici e condizionare la politica governativa. In tale situazione il vero e proprio contropotere tuttavia non sarebbe costituito dall'opposizione *esterna* ma da quella *interna* alla maggioranza parlamentare, identificabile nei partiti minori facenti parte della coalizione vincente²¹⁹.

In questo senso è quindi possibile ripercorrere e sviluppare quanto già detto a proposito della minoranza parlamentare nel primo capitolo di questo lavoro²²⁰. La caratteristica forse più saliente dell'opposizione è che a differenza degli altri organi di garanzia, essa è l'unico contropotere idoneo a *sostituire* il potere, per il fatto di essere completamente alternativa ad esso. Solo nelle cosiddette democrazie bloccate (qual'era l'Italia della *conventio ad excludendum*) l'opposizione non ambisce ad uscire dal suo ruolo di contropotere subalterno per divenire forza governante, il che non aumenta ma diminuisce in modo consistente l'efficacia della propria azione. Ciò in quanto solo una minoranza che

²¹⁸ Si veda M. BON VALSASSINA, *Profilo dell'opposizione anticostituzionale dello stato contemporaneo*, Riv. Trim. dir. Pubbl., 1957, pp. 532 e ss. La nozione in parola corrisponderebbe ad un sistema politico basato su una lotta fra partiti fondata sui *principi fondamentali* (che cioè investono le basi stesse dello Stato democratico). Essa quindi si differenzerebbe (almeno teoricamente) dalla lotta basata su *principi secondari*, che investe un tipo di conflitto ideologico su visioni differenti della società, così M. DUVERGER, *I partiti politici*, Milano, 1970, p. 507.

²¹⁹ Tale distinzione è messa in luce da M. DUVERGER, *I partiti politici*, cit., pp. 504 e ss. In questo senso la divisione binaria opposizione - maggioranza sarebbe troppo semplificatrice. Bisognerebbe forse parlare più propriamente di una tripartizione: da un lato l'opposizione *esterna*, quella *interna* e il Governo. Se questa situazione è ben visibile anche nel parlamento maggioritario in Italia nella coalizione bipartitica formata da PdL e Lega, anche in Francia, benché solo uno sia il partito di Governo, la maggioranza, in particolare a partire dalla XIII legislatura, sempre più spesso si presenta come contropotere del blocco Governo-Presidente della Repubblica, come osservato da B. NABLI, *L'opposition parlementaire*, cit., p. 131. Il termine opposizione *esterna* tuttavia, oltre che nel senso definito dal Duverger, indica anche quella opposizione sociale che si situa al di fuori delle aule parlamentari e che è rappresentata, più o meno coerentemente, dall'opposizione legale presente nelle aule parlamentari. In questo senso la si considererà nel prosieguo.

²²⁰ Si richiama il cap. I par. 4.

ha delle reali opportunità di diventare maggioranza ha un vero e proprio stimolo ad elaborare una linea politica che sia realmente alternativa a quella del potere politico e costituire, in prospettiva, una reale minaccia per l'Esecutivo in carica.

Riprendendo la tassonomia delineata all'inizio di questo lavoro²²¹, la funzione oppositoria si estrinseca in un tipo di controllo *preventivo*, esercitato attraverso atti tipici quali mozioni, interpellanze, interrogazioni, ordini del giorno, presentazione di questioni pregiudiziali e sospensive, di emendamenti e progetti di legge²²². L'opposizione si caratterizza poi, in merito alla sua composizione, per essere un contropotere rappresentativo. Ciò denota quindi la stessa natura della sua azione, basata su un tipo di controllo politico e non tecnico dei provvedimenti che promanano dal Governo e dalla maggioranza parlamentare. Tale distinzione tra controlli tecnici e politici è tuttavia da diluire, se si considera il punto di vista specifico dal quale si vuole indagare l'opposizione in questo lavoro. Se infatti il criterio per valutare l'opposizione come contropotere è la sua azione in corrispondenza di atti governativi sospettati di incostituzionalità in tali frangenti la critica politica cede il passo (o, più plausibilmente, si somma) a quella che mira a fare valere l'incostituzionalità dell'atto contestato. L'opposizione è poi un contropotere necessariamente collegiale a composizione massima²²³, secondo in questo solo al referendum. A tale proposito emerge chiaramente che non necessariamente in ogni regime politico l'opposizione viene a presentarsi come un blocco unitario che si oppone alla maggioranza di Governo. A seconda che il sistema politico si caratterizzi come consensuale o maggioritario l'opposizione verrà a connotarsi o come un'entità dotata di una certa unità politica (ciò non solo in presenza di un regime bipartitico o di coalizioni *coerenti*) o, diversamente, come un insieme composto di identità diverse e non coordinate che, più che con il nome di opposizione dovrebbero essere identificate come *le opposizioni*, intendendo con ciò tutte le forze politiche che non hanno votato la fiducia all'Esecutivo²²⁴. L'ampiezza del concetto di opposizione tende a rompere anche in un altro senso la compattezza della distinzione maggioranza-minoranza, se si pensa che è possibile distinguere anche, come detto sopra (e la precisazione non è di scarso effetto), tra opposizione *esterna* (chiaramente rispetto alla maggioranza di governo, della quale si è trattato fin qui) ed *interna*. L'opposizione quindi, potremmo dire, è contropotere in quanto composta dai gruppi parlamentari che, per definizione, non partecipano al potere e ad esso si oppongono in vario modo e diversa intensità. Essa possiede inoltre una particolarità che l'assimila molto

²²¹ Si veda il capitolo I, par 3.

²²² La varietà e la numerosità degli atti che riguardano l'esercizio della funzione di opposizione è un elemento che la distingue dagli altri contropoteri e che rende arduo effettuare una valutazione sul complesso della sua attività.

²²³ Si veda la differenza tra contropotere a composizione minima e massima al cap. I, par. 6.

²²⁴ Tale distinzione tradizionale appare tuttavia insufficiente. Da questo punto di vista si può ben presentare il caso di una opposizione che non ha votato la fiducia al Governo ma che tuttavia ne sostiene l'azione con una certa frequenza. In tal caso pare che il confine tra maggioranza ed opposizione divenga alquanto labile e rende difficile una netta distinzione dei ruoli rispettivi.

strettamente alla nozione di contropotere, quella cioè di essere un concetto non propriamente giuridico e la cui definizione sarebbe decisamente sfuggente.

Poste tutte queste distinzioni, uno degli aspetti più rilevanti e problematici del tema che qui si tratta è senza dubbio l'assenza della nozione di opposizione nell'articolato costituzionale italiano, ciò che pone non pochi problemi se si vuole considerare l'opposizione come contropotere di rango costituzionale. Le ragioni di questa assenza sono da ricercare non semplicemente nel fatto che nessuna delle Costituzioni dell'immediato dopoguerra prendeva in considerazione tale nozione, probabilmente soprattutto perché l'idea di opposizione come entità unitaria in un regime consensuale come quello in cui la Carta italiana fu concepita era difficilmente immaginabile²²⁵. Ciò si lega conseguentemente ad un altro aspetto, altrettanto fondamentale: l'opposizione è sostanzialmente un contropotere disarmato, per il quale, come già accennato, non si potrebbe parlare in senso proprio di *veto player*. È di fatto un luogo comune dire che l'opposizione "controlla" l'azione del Governo e della maggioranza e che ciò costituirebbe una garanzia democratica essenziale ma di fatto la totale assenza in Costituzione di poteri azionabili direttamente dall'opposizione riduce tale considerazione ad una mera petizione di principio. Non si tratta di un argomento di poco conto: in un Parlamento maggioritario l'unico modo per rafforzare i diritti dei parlamentari e rendere le Assemblee legislative più vigili nei confronti degli Esecutivi non è certo quello di attribuire più poteri al Parlamento nel suo complesso ma a quella parte di esso che rappresenta proprio l'opposizione²²⁶. A tale punto si ritiene utile ripercorrere brevemente nei due ordinamenti le linee essenziali dell'emersione dell'opposizione come contropotere della maggioranza di Governo.

2. Segue: Riferimenti identitari dell'indagine sull'opposizione nei due Paesi

L'opposizione può venire a configurarsi in formazioni differenti di legislatura in legislatura, a seconda che i partiti che la costituiscono appartengano ad una medesima coalizione (e, anche in tal caso, a seconda che essi formino o meno un unico gruppo parlamentare) o, all'opposto, se configurino "più opposizioni" diversamente orientate da

²²⁵ Autorevole dottrina era giunta a sostenere che solo un sistema proporzionale e, dunque, un regime sostanzialmente consensuale potesse essere compatibile con la Costituzione del 1948. Così C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 854 e ss.

²²⁶ Sembra molto convincente ed estendibile alla situazione italiana il ragionamento di chi afferma che il Parlamento francese possiede già tutti i poteri che sarebbe auspicabile attribuirgli e che cambiare la loro configurazione in modo sostanziale porterebbe inevitabilmente «à renforcer les prérogatives de la majorité parlementaire que, de toute façon, pour l'essentiel, elle renoncera à utiliser pour ne pas porter atteinte à la perennité de l'action gouvernementale et au sacro-saint principe de discipline majoritaire», così X. VANDENDRIESSCHE, *Le Parlement entre déclin et modernité*, in *Pouvoirs*, 2001, p. 65.

un punto di vista ideologico e agenti secondo differenti logiche politiche. Ciò determina una fisiologica diversificazione dell'azione oppositoria nelle distinte legislature e anche all'interno dello stesso arco temporale (esistendo in Italia e in Francia più opposizioni contemporaneamente). Sotto questo ultimo aspetto, sia in Italia che in Francia, come nella maggior parte delle democrazie occidentali, il discrimine tra maggioranza ed opposizione si attesta fundamentalmente sul *clivage* destra/sinistra: la rappresentazione parlamentare dell'opposizione dipende quindi anche dal tipo di struttura partitica e dalla storia politica ed identitaria delle sue singole componenti.

Entrambi i due Paesi possono essere considerati sistemi politici tendenzialmente bipolari ma certo non bipartitici²²⁷: La frammentazione riguarda non solo la composizione delle maggioranze parlamentari ma anche quella delle rispettive opposizioni, benché il grado di divisione all'interno della minoranza sia decisamente meno accentuato in Francia rispetto a quanto avviene in Italia: non è solo un problema che riguarda il numero dei partiti ma anche il tipo di opposizione che i partiti di minoranza vengono a costituire²²⁸.

Pur senza volersi dilungare in questa analisi morfologica, si ritiene necessario fornire qualche sua coordinata normativa. Per capire come di fatto i due ordinamenti abbiano preso atto della necessità di riconoscere l'esistenza dell'opposizione nei rispettivi Parlamenti ed attribuirle dei diritti, è necessario confrontare le rispettive Costituzioni ed i regolamenti parlamentari.

In Italia, se si fa eccezione della menzione dell'opposizione parlamentare nei regolamenti parlamentari, essa non è apparentemente considerata come organo

²²⁷ Malgrado l'adozione di un sistema elettorale a base proporzionale e nonostante l'emersione in Italia di nuovi soggetti politici negli ultimi anni, come IdV (2006), FLI (2009) nonché l'assunzione di una posizione autonoma adottata dall'UDC a partire dal 2008. Si ritiene che il sistema italiano si regga ancora su una logica tendenzialmente bipolare. Così è se si considera che gli unici partiti che possono attualmente porsi come potenziali forze di governo autonome sono costituite dall'asse PDL-Lega e PD-Idv. Affermare che il sistema si presenta come bipolare non vuole tuttavia significare che esso funzioni realmente e coerentemente come tale, come si vedrà oltre.

²²⁸ Da questo ultimo punto di vista, nelle ultime tre legislature, mentre in Francia la minoranza si caratterizza per essere tradizionalmente opposizione di sinistra (nelle sue due componenti, più moderata, PS, e più estrema, PCF e Verdi), in Italia la situazione è più complessa. Nel nostro paese, nonostante il passaggio al *fait majoritaire* sia molto più recente, l'alternanza tra maggioranza ed opposizione è fenomeno molto più frequente di quanto non avvenga in Francia e ciò determina una benefica rivitalizzazione dell'opposizione come contropotere (in quanto l'opposizione funziona tanto bene come contropotere quanto maggiori sono le sue possibilità di ridiventare maggioranza). Nella prima parte dell'attuale legislatura poi le forze che non sostenevano il governo Berlusconi rappresentano non solo (come avviene in Francia) un elettorato di tipo progressista (PD e Idv) ma anche centrista-conservatore (FLI e UDC). Sorprendentemente la cosa si è riprodotta anche nella seconda parte della legislatura, avendo il governo Monti un'opposizione di destra (Lega) e una di sinistra (Idv). Per quanto riguarda la consistenza dell'opposizione in Francia essa è composta da almeno due partiti, PS e PCF come detto, mentre in Italia la composizione è decisamente più articolata, contando almeno quattro partiti (così a seguito delle elezioni del 2008). Più le componenti sono numerose e maggiore è la loro distanza ideologica, più accentuata sarà anche la difficoltà della minoranza di porsi come contropotere unitario di fronte all'esecutivo. Ciò al tempo stesso produrrà tuttavia una sorta di forte logica concorrenziale fra le singole parti della minoranza, che saranno incitate a differenziare la propria azione le une dalle altre, ciò che certo incoraggia la radicalizzazione del conflitto politico.

costituzionalmente rilevante. Pare tuttavia che tale riconoscimento, e l'esistenza stessa di un'opposizione, sia da considerarsi quale elemento indispensabile perché possa parlarsi di Stato di diritto costituzionale. La natura implicita del valore costituzionale dell'opposizione sarebbe infatti da ricondursi al riconoscimento del principio pluralistico insito nell'art. 49 Cost., che sancisce la necessaria e fisiologica concorrenzialità tra i cittadini che partecipano alla vita politica mediante i partiti politici mentre, in sede parlamentare, la funzione della minoranza potrebbe essere desunta dal combinato disposto degli artt. 64 e 94 Cost. Il primo perché fissa la regola di maggioranza come fondamento delle deliberazioni parlamentari e il secondo in quanto legherebbe alla mozione di fiducia la definizione dei ruoli di maggioranza ed opposizione, rendendo così possibile alla luce di questa logica la regola della maggioranza, intesa non come espressione di contingenti accordi parlamentari quanto piuttosto quale stabile spartiacque fra maggioranza e minoranza²²⁹. Gli autori che hanno ricostruito lo Statuto *diffuso* dell'opposizione parlamentare italiana nelle maglie del testo costituzionale ne rintracciano i salienti nelle maggioranze speciali previste dalla Costituzione per l'adozione di particolari atti parlamentari. Sebbene la dottrina non lo metta in luce, pare tuttavia che il fondamento costituzionale dell'opposizione parlamentare stia essenzialmente in quell'art. 1 Cost che sancisce l'idea di sovranità limitata. Gli stessi limiti procedurali legati alle riserve di legge aggravate per procedimento e le maggioranze qualificate per l'elezione degli organi di garanzia resterebbero lettera morta se le Camere fossero dominate da un'unica *unanimità maggioritaria*: i limiti procedurali funzionano ed esistono solo se postuliamo l'esistenza di una minoranza parlamentare espressione di una sovranità *alternativa*.

La presenza dell'opposizione in Costituzione è quindi celata dietro quegli stessi *limiti* che la Costituzione fissa per l'elezione del Presidente della Repubblica, dei membri del CSM e della Corte Costituzionale, nonché le maggioranze aggravate per l'adozione delle leggi costituzionali, di amnistia ed indulto. Si conferma così quanto già accennato in precedenza²³⁰, come cioè il concetto di limite procedurale sia strettamente connesso a quello dell'opposizione come contropotere parlamentare: l'uno non può esistere senza l'altro. Lo statuto non scritto dell'opposizione si riverbera poi nei regolamenti parlamentari che fanno esplicito riferimento ad essa, seppur in modo incidentale e poco decisivo. Volutamente non si parla di *opposizione*, concetto poco adatto a definire la situazione

²²⁹ In tal senso e, in generale, per una precisa disamina della configurazione costituzionale dell'opposizione parlamentare si veda M. E. GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, Milano, 2000, pp. 94 e ss. La lettura a cui si accede, che riconosce una logica alternatività tra maggioranza ed opposizione, pare coerente con l'assetto dell'attuale Parlamento maggioritario e si radica nelle tesi di C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 30-31. La posizione contraria del Lavagna, che postulava come già osservato la natura consensuale della forma di governo accolta in Costituzione appare ormai superata. A seconda del sistema elettorale sarebbero compatibili con la Costituzione sia un modello proporzionalistico-consensuale che uno maggioritario-oppositivo.

²³⁰ Si veda capitolo I, par. 3 sulla differenza e insieme la prossimità di concetti quali limite costituzionale e di contropotere.

italiana, ma di *opposizioni* o *gruppi di opposizione*, intendendo con ciò una minoranza non monolitica, frammentata in più componenti partitiche, ben diversa dal modello Westminster e piuttosto simile semmai all'esempio francese. Si parla di opposizioni, infatti, all'art. 16-*bis* del regolamento della Camera, che stabilisce la composizione paritaria del comitato per la legislazione e pure all'art. 24, in materia di programmazione di lavori parlamentari. Una parte importante dei poteri delle opposizioni è poi consolidato nella disciplina della funzione di controllo (mozioni ed interpellanze disciplinate agli articoli 128-138-*bis* RC e 145-156-*bis* RS), così come modificata nel 1997 con l'introduzione del *question time*.

Se l'esempio italiano quindi, malgrado le numerose trattazioni in materia²³¹, rimane sostanzialmente privo di riferimenti positivi²³², quello francese si è recentemente arricchito di elementi di un certo interesse²³³. La riforma costituzionale del 2008, preceduta ed incoraggiata da una significativa modifica dei regolamenti parlamentari avvenuta due anni prima, ha esplicitamente introdotto e nominato l'opposizione all'art. 48, c. 5 Const., che riconosce ad essa il diritto di fissare l'ordine del giorno di una seduta ogni mese e soprattutto all'art. 51-1 Const., che demanda ai regolamenti parlamentari la previsione di specifici diritti da attribuire alla minoranza, fondando così almeno simbolicamente l'accesso dell'opposizione all'apice della gerarchia delle norme²³⁴. Le due disposizioni trovano il loro

²³¹ Per un esame dell'atipico statuto dell'opposizione in Italia si vedano, per la loro completezza G.G. CARBONI, *Alla ricerca di uno statuto per l'opposizione parlamentare*, Torino, 2004, M. CERASE, *Opposizione politica e regolamenti parlamentari*, Milano, 2005 e P. SCIOLA, *Lo statuto dell'opposizione parlamentare nell'ordinamento italiano*, Firenze, 2001.

²³² La circostanza che in Italia non esista di fatto uno statuto dell'opposizione non deve tuttavia indurre a pensare che le inefficienze legate all'azione dell'opposizione siano necessariamente da far risalire a tale lacuna. Come Guy Carcassonne notava a proposito del caso francese prima del 2008, si può dire che le deficienze nell'esercizio della funzione d'opposizione non siano da attribuire all'assenza di un corpo consolidato di norme che attribuiscono diritti alla minoranza. Tali poteri sono invero rinvenibili diffusamente nei regolamenti anche italiani e spesso l'invocazione dello statuto dell'opposizione costituisce un espediente tattico da parte della stessa minoranza come scudo e giustificazione della propria inefficacia. Si veda G. CARCASSONNE, *La place de l'opposition: le syndrome français*, in *Pouvoirs*, 1998, pp. 75 e ss.

²³³ Per quanto riguarda il caso francese si farà soprattutto riferimento a quella che è considerata la camera politica per eccellenza, l'Assemblée nationale, legata da un rapporto fiduciario con il governo e che detiene il potere di *dernier mot* su tutti i provvedimenti legislativi. In questo senso, nel bicameralismo imperfetto francese, si ritiene che di fatto solo l'Assemblée si presti ad un'utile comparazione con il caso italiano. Per la sua composizione il Sénat si rivela essere un organo molto particolare, a "maggioranza bloccata". Solo nel 2011 infatti il PS è riuscito per la prima volta nella storia della V Repubblica a raggiungere la maggioranza alla Camera alta. Fino ad allora il Senato era pacificamente considerato un contropotere quando l'Assemblée era a maggioranza socialista (non si dimentichino tuttavia gli scontri già citati nel secondo capitolo che avevano opposto il generale de Gaulle e il Presidente del Senato Monerville nel 1962). Ora è interessante notare come invece, più latamente, il Senato venga considerato in Francia come contropotere all'interno del sistema bicamerale imperfetto proprio per fondare la legittimità e l'utilità dell'esistenza di una seconda Camera. Si veda V. BOYER, *Le Sénat, contre-pouvoir au bloc majoritaire?*, in *Revue de droit public*, 2011, pp. 41-68.

²³⁴ Quello del riconoscimento dell'opposizione in Francia è un lungo percorso iniziato nel 1970 con l'introduzione della *saisine parlementaire* su iniziativa del Presidente Giscard d'Estaing. Già nel 1993 il *comité Vedel* aveva accennato alla possibilità di istituzionalizzare il ruolo della minoranza parlamentare. Fu tuttavia solo nel 2006 che, su iniziativa del Presidente dell'Assemblée Nationale, l'iniziativa assunse una certa

fondamento teorico nel nuovo art. 4 Const., secondo il quale la legge deve garantire la partecipazione di tutti i partiti e gruppi politici alla vita pubblica²³⁵. I primi commentatori della riforma non hanno tuttavia mancato di mettere in luce le ombre della novella, che non solo non ha fornito invero una nozione esaustiva di opposizione ma che ha sostanzialmente demandato ai regolamenti parlamentari la definizione dei diritti delle minoranze. Già nei lavori preparatori del *comité Ballardur* era stato proposto di evitare lo scoglio di una definizione positiva del concetto, sottolineando invece l'opportunità di tracciare una sorta di Carta dell'opposizione che potesse raccogliere una serie di poteri azionabili dai gruppi "non appartenenti alla maggioranza"²³⁶. Per capire quindi quale sia l'estensione dei nuovi diritti riconosciuti all'opposizione è necessario prendere in considerazione i regolamenti, così come modificati nel 2009. Se al Senato si è arrivati all'inizio del giugno 2009 all'adozione di una riforma decisamente consensuale, lo stesso non può dirsi di quella votata all'Assemblée dopo un aspro confronto fra maggioranza ed opposizione²³⁷.

concretezza. Attraverso una risoluzione parlamentare (approvata il 6 giugno 2006) si introduceva non solo la nozione di opposizione ma anche l'obbligo per tutti i gruppi parlamentari di proclamare la loro appartenenza, all'inizio di ogni legislatura all'opposizione o alla maggioranza (modifica art. 19 RAN). Non solo: la riforma prevedeva anche la modifica dell'art. 86 RAN che attribuisce ad un membro della minoranza l'onere di redigere, a sei mesi dall'entrata in vigore di una legge, un rapporto dettagliato sul suo impatto sul sistema normativo (una specie di VIR) allorché il *rapporteur* della legge medesima fosse stato un membro della maggioranza. Inoltre nuovi artt. 140 e 145 RAN prevedono ormai l'attuazione di un importante cambiamento concernente le Commissioni d'inchiesta e le missioni d'informazione: secondo la nuova dizione la carica di presidente o relatore deve essere affidata ad un membro dell'opposizione. Sottoposta alla *saisine* di prammatica del Conseil Constitutionnel, il giudice delle leggi ha sostanzialmente censurato la decisione dell'Assemblée di distinguere i gruppi parlamentari in maggioritari e d'opposizione, in quanto contraria al principio di uguaglianza. Sulla decisione in questione si vedano D. CHAMUSSY, *Le règlement de l'Assemblée nationale devant le Conseil constitutionnel : oui à l'amélioration du travail législatif ; non à la déclaration d'appartenance à la majorité ou à l'opposition*, in *Les petites affiches*, 6/9/2006, pp. 4-13 ; P. AVRIL, *L'improbable "statut de l'opposition" (à propos de la décision 537 DC du Conseil constitutionnel sur le règlement de l'Assemblée nationale)*, in *Les petites affiches*, 12-VII-2006, pp. 7-9.

²³⁵ La versione del nuovo art. 4 Const. è tuttavia meno coraggiosa di quella inizialmente prevista nel progetto di legge, secondo il quale "*des droits particuliers peuvent être reconnus par la loi aux partis et groupements politiques qui n'ont pas déclaré soutenir le Gouvernement*". Tuttavia anche la nuova versione dell'art. 4 Const. permetterebbe di « differenziare » la posizione dei partiti d'opposizione da quelli di Governo. In altre parole, se il Conseil Constitutionnel aveva fin'ora guardato con sospetto alla possibilità di introdurre norme idonee a stabilire una *discriminazione positiva* nei confronti dell'opposizione, con la riforma sarebbe ormai lecito introdurre disposizioni utili a potenziare la partecipazione della minoranza parlamentare all'attività del Parlamento.

²³⁶ La Francia, insieme alla Croazia e al Portogallo, sarebbe una delle rare democrazie che ha provveduto ad inserire in Costituzione, pur senza definirla, la nozione di opposizione, come nota A. VIDAL-NAQUET, *L'institutionnalisation de l'opposition. Quel statut pour quelle opposition?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, p. 157.

²³⁷ La differenza tra le due camere in merito alla modalità e alla facilità dell'approvazione della riforma risiede sicuramente nel fatto che il Senato non ha disposto l'adozione di quel nuovo tipo di procedura, il *temps législatif programmé* (TLP), assimilabile al contingentamento italiano, e di cui si vedranno poco oltre le caratteristiche fondamentali.

Secondo i nuovi regolamenti all'inizio di ogni legislatura ogni gruppo politico, al momento della costituzione, dichiara la propria appartenenza o all'opposizione o ad una componente minoritaria dell'assemblea, con la possibilità, durante tutto l'arco della legislatura, di modificare tale dichiarazione²³⁸. Tale dichiarazione, che pare essere facoltativa all'Assemblée (art. 19 RAN) ma necessaria al Senato (art. 5-*bis* RS), permette ai gruppi d'opposizione e minoritari di godere di specifici diritti rinvenibili nel seguito dell'articolato regolamentare. In particolare si prevede all'Assemblée che la presidenza della più importante commissione parlamentare, quella delle finanze, debba essere attribuita ad un membro dell'opposizione (art. 39 RAN) e che i vari gruppi d'opposizione possano disporre dell'ordine del giorno di una seduta ogni mese (art. 48 RAN). In pratica ciò significa che ogni gruppo, per ogni sessione parlamentare, dispone di almeno tre sedute (non necessariamente contigue) per porre in discussione le proprie proposte di legge²³⁹. Inoltre tali gruppi, durante la settimana mensile dedicata al controllo e alla valutazione della politica governativa, hanno diritto di vedere posti prioritariamente in discussione le proprie

²³⁸ La differenza tra gruppo d'opposizione e gruppo minoritario è presto detta: i gruppi d'opposizione sono quelli che non appoggiano l'azione del governo, laddove quelli minoritari possono essere o completamente indipendenti dalla maggioranza (formare una sorta di terzo polo) oppure sostenere la maggioranza di governo pur non costituendone la componente più consistente.

²³⁹ Grazie a tale disposizione, dall'approvazione della riforma del regolamento, l'opposizione ha potuto vedere poste in discussione e votate numerose proposte di legge. Ciò che appare rilevante a tale proposito nella nostra analisi sui contropoteri in diritto costituzionale è certamente il tenore e il contenuto dei progetti di legge in questione. La minoranza socialista in particolare ha proposto, nella precedente legislatura, dei testi di estrema rilevanza in materia di diritti di libertà, quasi a voler mostrare la radicale differenza tra la propria concezione degli stessi e quella invalsa nella maggioranza e nel Governo. Le proposte di legge in questione sottolineano nel merito anche un altro aspetto, che marca una differenza essenziale tra l'opposizione francese e quella italiana: la prima possiede una visione più o meno unitaria del disegno costituzionale e, di conseguenza, si fa promotrice di una politica costituzionale alquanto coerente in materia di diritti di libertà, laddove in Italia alcuni *clivages* (come tipicamente quello tra laici e cattolici) impedisce ancora all'opposizione di avere un vero e proprio terreno su temi d'urgente attualità. A testimonianza di questo antico e mai risolto problema si ricordi G. SPADOLINI, *Intervista sulla democrazia laica*, Bari, 1987 e, più recentemente l'intervento di P. SCOPPOLA, *Cattolici e democrazia*, in *La Repubblica*, 17-II-2006, p. 53. A titolo esemplificativo dei progetti di legge dell'opposizione francese in materie costituzionalmente sensibili si ricordi quella per l'introduzione del matrimonio omosessuale (attualmente all'analisi del Parlamento e fortemente voluta dal Presidente Hollande), quella sul fine vita, quella per l'abolizione del delitto di solidarietà nei confronti di un immigrato clandestino, quella per l'introduzione di un unico documento d'identità idoneo anche per i non cittadini, senza distinzione di nazionalità e quella per l'introduzione del diritto di voto e di eleggibilità per gli extra-comunitari nelle elezioni amministrative (proposte di legge tutte presentate e votate tra il 2010 e il 2011). La dottrina ha sottolineato la scarsa partecipazione della maggioranza alle sedute in cui i testi dell'opposizione vengono discussi e l'atteggiamento decisamente troppo frontale ed ostile anche di fronte a proposte che si connoterebbero per la loro natura consensuale e che vengono rigettate vanificando così un lavoro ingente e prezioso non solo del gruppo d'opposizione ma delle stesse commissioni parlamentari e delle assemblee. Questo "spreco" ha avuto una delle sue più evidenti manifestazioni nel caso della proposta di legge *fin de vie*, rigettata nel novembre 2010: si veda J. BENETTI, *Premier bilan de l'application du nouveau dispositif de l'article 48 de la Constitution : les avatars de la mise en oeuvre de l'ordre du jour partagé*, in *Constitutions*, 2010, pp. 45 e ss. L'autrice mette anche in rilievo come in realtà il Governo abbia avuto buon gioco, a seguito della riforma del regolamento, a ricorrere alla cd. "*superpriorité*", a valersi cioè del comma 3 dell'art 48 RAN, che gli consente di occupare le due settimane riservate all'ordine del giorno normalmente riservato ai parlamentari per la discussione della legge finanziaria e di quella di *financement de la sécurité sociale*.

proposte. A tale proposito, a mente degli artt. 133 e 134 RAN, i gruppi minoritari possono beneficiare di almeno la metà del tempo disponibile per il *question time*. Il nuovo art. 141 RAN consente al presidente di ogni gruppo non facente parte della maggioranza di chiedere, almeno una volta in ogni sessione (tranne in concomitanza dell'ultimo anno di ogni legislatura), la costituzione di una commissione d'inchiesta su qualche argomento di pubblico interesse. Tale richiesta, espressione del cosiddetto *droit de tirage*, non può essere rigettata dall'assemblea che con i tre quinti dei voti contrari e, una volta istituita la commissione, un membro dell'opposizione deve necessariamente esserne o il presidente o il relatore (art. 143 RAN)²⁴⁰. Appare dubbio se, in teoria, le commissioni d'inchiesta appartengano alla funzione di controllo parlamentare o meno. A tale proposito si rileva la maggiore differenza tra i due ordinamenti considerati: laddove in Italia, quasi paradossalmente, le commissioni in questione si rivelano essere più degli ausili al potere²⁴¹, in Francia, soprattutto grazie al già menzionato *droit de tirage*, è possibile configurare le commissioni d'inchiesta come un'ulteriore elemento che arricchisce la funzione di controllo. Durante la tredicesima legislatura sono state istituite quattro commissioni d'inchiesta, delle quali tre su richiesta dell'opposizione²⁴². Dal 2003 all'Assemblée si affiancano alle commissioni d'inchiesta anche le cosiddette *missions d'information*, ovvero commissioni speciali che si riuniscono su iniziativa della Conferenza dei presidenti per raccogliere materiale ed informazioni in merito ad argomenti d'attualità che faranno o fanno già l'oggetto di un progetto legislativo. Si tratta di un'importante fonte conoscitiva per i parlamentari che possono così spesso approfittare di un'approfondita conoscenza dei *dossiers* nel momento in cui il Governo sottopone alle camere il suo progetto normativo²⁴³.

²⁴⁰ Tale nuovo diritto di istituire commissioni d'inchiesta su richiesta della minoranza ha portato ad interessante inversione del rapporto tra commissioni richieste e commissioni effettivamente insediate: se nel 2007 e nel 2008 è stata richiesta l'istituzione rispettivamente di 22 e 34 commissioni d'inchiesta (una sola costituita), il numero delle proposte è rimasto pressoché invariato dopo la riforma dei regolamenti ma è aumentato il numero di commissioni create (sei tra il 2008 e il 2012). Il *trend* si conferma nell'attuale legislatura: già due sono le commissioni insediate dal giugno del 2012 (su dodici richieste).

²⁴¹ In tal senso tradizionalmente A. PACE, *Art. 82*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979, p. 311. «Anche a prescindere dalle dure critiche dell'allora opposizione circa l'utilizzo dell'inchiesta parlamentare di maggioranza, come strumento di sapore vendicativo rispetto alla condotta del precedente governo Prodi I124, le note vicende relative alle commissioni di inchiesta «Telekom Serbia» e «Mitrokhin» finiscono indubbiamente per mostrare i pesanti riflessi del maggioritario (se non di una distorta concezione dell'alternanza) sull'istituto in oggetto», così G. RIVISECCHI, *I poteri ispettivi e il controllo parlamentare: dal question time alle commissioni di inchiesta*, in E. GIANFRANCESCO-N. LUPO, *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, pp. 233-234.

²⁴² Come si è già visto la Quinta Repubblica ha cautamente introdotto la possibilità di prevedere delle commissioni di minoranza. Ciò è abbastanza logico se si considera che le commissioni in questione, come gli atti di sindacato ispettivo, non mettono necessariamente in discussione il rapporto Parlamento-Governo e consentono alla stessa maggioranza di prendere parte attiva ai lavori, indirizzando l'Esecutivo dall'esterno e senza però metterlo in pericolo.

²⁴³ Dall'inizio della XII legislatura si è stabilita la prassi di alternare in ciascuna *missione d'informazione* un presidente di maggioranza e uno di opposizione. Il numero di missioni effettuato fin'ora è considerevole, soprattutto per la rilevanza dei temi toccati. Nella XII legislatura si sono convocate 10 missioni, fra le quali

La recente riforma del regolamento parlamentari francesi non ha tuttavia solo conferito dei nuovi diritti all'opposizione ma ha anche circoscritto l'estensione di quelli già riconosciuti: si parla in modo particolare della previsione del *temps législatif programmé*, l'equivalente francese del contingentamento italiano²⁴⁴. Secondo l'art. 49 del nuovo regolamento dell'Assemblée (non avendo il Senato adottato una simile disciplina) la Conferenza dei presidenti può decidere di fissare un monte-ore determinato da dedicare alla discussione di un determinato provvedimento legislativo: allo scadere del termine fissato scatta l'effetto ghigliottina, in base al quale la discussione è interrotta e si passa direttamente alla votazione degli articoli e degli emendamenti, fase quest'ultima che non può comunque essere eliminata, residuando quindi ancora lo spazio per eventuali manovre dilatorie. L'adozione di tale misura ha dato luogo tra il gennaio e il giugno 2009 a un'opposizione senza precedenti da parte della minoranza parlamentare, che vedeva nella disposizione in oggetto un'arma temibile della maggioranza contro l'ostruzionismo²⁴⁵. In realtà, a tre anni dall'approvazione della riforma bisogna constatare che, diversamente da quanto avviene in Italia²⁴⁶, la sua applicazione è tutt'altro che generalizzata e che, anche quando il contingentamento è disposto, le opposizioni raramente arrivano ad esaurire il tempo loro attribuito dalla conferenza dei capigruppo²⁴⁷. Il problema vero per l'opposizione

quella sui segni religiosi ostensibili a scuola e quella sul fine vita. Nella XIII sette, delle quali una sul velo integrale.

²⁴⁴ Sul caso italiano si veda A. DI CAPUA, *Il tempo dei parlamentari. Fino a che punto si può comprimere la libertà di parola?*, in E. GIANFRANCESCO - N. LUPO, *Le regole del diritto parlamentare*, cit., pp. 239 e ss. Nel caso italiano non esisterebbe la previsione di un tempo minimo di discussione dei testi oggetto dell'esame parlamentare. Di fatto le uniche due modeste garanzie per l'opposizione sono contenute nell'art. 24 RC: quella che vieta alla Camera l'applicazione del contingentamento alle leggi di conversione di decreti-legge e quella che riserva all'opposizione un maggior tempo di parola in occasione della discussione di disegni di legge del Governo. Si ricordi anche, in materia di procedimento legislativo, l'art. 79, c. 12 RC, che prevede dal 1997 la figura dei relatori di minoranza. Si tratta di un ruolo estremamente sottovalutato dalle opposizioni: *"Emblematico del fallimento dell'istruttoria legislativa può considerarsi l'istituto delle relazioni di minoranza, che avrebbero dovuto costituire lo strumento attraverso cui i punti controversi dell'esame istruttorio svolto in Commissione in sede referente sarebbero stati portati all'attenzione dell'Assemblea. (...) I dati indicano infatti che nella XIII legislatura vi sono state, alla Camera, 80 relazioni di minoranza (relative a 47 progetti di legge), le quali nella XIV legislatura sono scese a 29 (riguardanti 19 progetti di legge) e a 5 nella XV"*. Così N. LUPO, *Il procedimento legislativo in Assemblea, nel rapporto (ancora irrisolto) con il Governo*, in AAVV, *Il Parlamento del bipolarismo. Un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere*, Napoli, 2007, pp. 135 e ss.

²⁴⁵ Esempio di questa ferma contrarietà della minoranza è stata la seduta del 20 gennaio 2009, durante la quale l'opposizione ha abbandonato i propri seggi per radunarsi sotto il banco della presidenza cantando *la Marseillaise* mentre il Presidente chiamava gli emendamenti, ormai non difesi da nessuno. Si veda il resoconto dell'avvenimento *Les leçons d'une crise au Palais-Bourbon, par Patrick Roger*, in *Le Monde*, 24-I-2009.

²⁴⁶ Si veda F. CASTALDI, *Norme ed usi in tema di contingentamento dei tempi di discussione presso la Camera dei Deputati*, in *Rass. Parl.*, 2005, p. 924.

²⁴⁷ Dal giugno 2009 al giugno 2010 ad esempio il TLP è stato utilizzato 17 volte. L'art. 49 del regolamento prevede infatti una durata minima della discussione (attualmente fissata a 30 ore, derogabili solo su richiesta dell'opposizione) e la possibilità per ogni gruppo d'opposizione, una volta per ogni sessione, di chiedere il cosiddetto tempo legislativo programmato eccezionale (almeno 50 ore di dibattito). L'opposizione poi si vede preferita alla maggioranza in sede di ripartizione del tempo di parola, potendo disporre della maggior parte del monte-ore disponibile (fino al 60%). Come si diceva raramente l'opposizione ha esaurito il tempo a sua disposizione: ciò è avvenuto per esempio per il progetto di legge sul lavoro domenicale, sullo statuto giuridico

si pongono quando il TLP viene rinforzato con l'abbinamento della cosiddetta *procedura accelerata*, che dalla riforma costituzionale del 2008 è venuta a sostituire la procedura d'urgenza (art. 45 Const.) cercando di mitigarne il rigore. In particolar modo il nuovo art. 45 Const. riconosce il diritto alla Conferenza dei presidenti delle due assemblee di opporsi all'urgenza richiesta dal Governo, che consente di abbreviare la *navette* grazie alla riunione di una commissione mista paritaria di deputati e senatori dopo una sola lettura da parte di entrambe le camere. Nella pratica tuttavia non vi è mai opposizione da parte della capigruppo, che segue una regola maggioritaria ferrea: in sostanza la nuova procedura accelerata non è altro che una pedestre riproduzione dell'urgenza e viene dichiarata per la maggior parte dei testi all'esame del Parlamento, determinando così uno svuotamento del nuovo art. 42 Const. che fissa un termine minimo di sei settimane per la prima lettura e quattro per la seconda lettura di ogni atto legislativo²⁴⁸.

3. *Opposizione maggioritaria e negoziazione dei valori*

Al di là delle norme positive che inquadrano con maggiore o minore completezza la posizione della minoranza parlamentare nei due Parlamenti, ciò che l'analisi giuridica lascia spesso alla valutazione della scienza politica è l'osservazione dell'azione oppositoria nel suo concreto svolgimento. Benché non esista invero un criterio che possa portare a distinguere tra una "buona" e una "cattiva" opposizione, sembra tuttavia necessario porre comunque alcuni distinguimenti²⁴⁹. Se infatti "la croce e la delizia"²⁵⁰ dell'opposizione sta proprio nella sua

della posta e su quello detto *Grenelle II*. I gruppi parlamentari sembrano generalmente più orientati a chiedere la parola sulla discussione generale piuttosto che su quella che riguarda articoli ed emendamenti. Probabilmente se la minoranza si concentrasse su questa seconda fase il dibattito ne guadagnerebbe in merito a tecnicità ed utilità.

²⁴⁸ Nel caso del progetto di legge sul *Grand Paris* le due conferenze dei capigruppo avevano ventilato la possibilità di esercitare il loro potere di veto, ciò che poi non è avvenuto. La dottrina non ha mancato di sottolineare come (al febbraio 2011) per il 77% dei testi legislativi approvati dal Parlamento francese il Governo avesse fatto richiesta della procedura accelerata contro il 71% della sessione 2008-2009 e il 43% della sessione 2007-2008. Ad abbreviare ulteriormente la situazione, come detto, vi è l'abbinamento della procedura d'urgenza al TLP: fino al giugno 2010 ciò è avvenuto in nove casi. Si veda J. PASCAL, *La procédure accélérée: un bilan de deux ans de mise en œuvre*, in *Les petites affiches*, 18-II-2011, p. 6 e ss. Le presidenze delle due Camere hanno a più riprese manifestato il loro sconforto nei confronti di quest'uso estensivo della procedura accelerata: si veda a tale proposito l'intervista di Bernard Accoyer à *Le Figaro*, *La procédure accélérée doit devenir l'exception*, 18-V-2010.

²⁴⁹ In tal senso la riflessione politologica è ricca di suggestioni. Si veda esemplarmente G. PASQUINO, *L'opposizione*, Bari, 1995.

²⁵⁰ Guy Carcassonne ha definito *bonheur de l'opposition* questa situazione nella quale i deputati di minoranza vengono a trovarsi e che indurrebbe la loro deresponsabilizzazione proprio in quanto sarebbe estremamente

sostanziale irresponsabilità e nel fatto che, in ogni modo, essa sia condannata all'impotenza, pare necessario individuare qualche elemento che ci porti a definire in linea di massima come l'opposizione dovrebbe agire per essere efficace. Per fare ciò si vogliono considerare due vettori fondamentali: la sua *coesione* e la sua *coerenza*. Il primo è strettamente collegato al problema della disciplina di voto e quindi alla sua compattezza. Tale ultimo aspetto è fondamentale: se tale unità viene meno (se quindi non di opposizione ma di opposizioni si tratta) la minoranza agirà molto meno efficacemente come contropotere. Il secondo problema è invece strettamente connesso alla convinzione con la quale la minoranza difende i valori costituzionali di cui si fa promotrice, come affermazione di un diritto di resistenza che può giungere fino all'esercizio di quel particolarissimo potere di veto che è l'*ostruzionismo*.

Per valutare la coerenza dell'opposizione si vuole considerare un valore empirico che, utilizzato dalla scienza politica, si rivela abbastanza utile per misurare la tenuta della stessa. Si tratta del cosiddetto *indice di Rice*, con il quale è possibile sondare con una buona approssimazione il grado di coesione interna dell'opposizione, sia essa mono o pluripartitica²⁵¹. Chi ha calcolato l'indice di Rice del Parlamento italiano ne ha ricavato dati piuttosto interessanti: il suo valore si attesterebbe su un valore dello 0,77, cifra che può parere piuttosto alta. Tuttavia in altri Parlamenti maggioritari, come quello francese e inglese, la media sarebbe decisamente più elevata, rispettivamente 0,97 e 0,99²⁵². Le cose si fanno ancora più interessanti se, con riferimento al caso italiano, distinguiamo tra opposizione di centro-destra ed opposizione di centro-sinistra. Nel primo caso l'indice aumenta 0,87, laddove nel secondo caso scende a 0,68. Siamo dunque davanti ad un comportamento profondamente diverso tra le due possibili opposizioni, che può essere ulteriormente rafforzato considerando i cosiddetti "*voti ribelli*", ovvero i casi in cui i parlamentari d'opposizione votano diversamente rispetto alle indicazioni offerte dal loro stesso partito. Nell'attuale XVI legislatura è stato osservato che fra tutti i parlamentari,

arduo individuare cosa un deputato di minoranza dovrebbe fare. Si veda G. CARCASSONNE, *Le bonheur de l'opposition*, in *Pouvoirs*, 2004, pp. 145 e ss.

²⁵¹ L'indice di Rice denota valori prossimi allo zero quando tutti i membri dell'opposizione votano in modo diverso, oppure valore uguale ad uno quando esiste perfetta coesione fra di essi. Esso varia quindi tra zero (coesione assente) ed uno (coesione perfetta).

²⁵² L'indice di Rice per l'opposizione nel Parlamento italiano e in quello inglese, calcolati sul decennio 1996-2006, sono tratti da E. DE GIORGI, *Modelli di opposizione: Italia e Gran Bretagna, due esperienze a confronto*, paper presentato al XXII convegno SISP, in www.sisp.it. Il dato francese è stato calcolato invece sui voti solenni tenutisi all'Assemblée Nationale nella XIII legislatura, 2007-2011. Se anche l'indice di Rice venisse calcolato con riferimento all'intero Parlamento italiano per valutare se le logiche che guidano l'adozione delle deliberazioni sono di tipo consociativo o consensuale il risultato non cambierebbe molto. Analizzando la XIII e XIV legislatura Capano e Giuliani hanno notato che l'indice in questione si attesta su valori che oscillano tra lo 0,75 e lo 0,8 i quali identificano "*un parlamento che vota in modo coeso nel suo complesso, indipendentemente dalle linee divisorie maggioranza-opposizione*". G. CAPANO - M. GIULIANI, *Il parlamento italiano fra logica di governo e logica istituzionale. (molto fumo per quale arrosto?)*, in J. BLONDEL - P. SEGATTI (a cura di), *Politica in Italia* 2003, Bologna, 2003, pp. 173-194

sono quelli appartenenti al gruppo PD ad avere una più spiccata propensione all'autonomia rispetto al proprio gruppo²⁵³.

Molti altri criteri possono essere usati per tracciare un quadro del comportamento dell'opposizione: un'opposizione che svolge il suo ruolo di controllo sul Governo e sulla sua maggioranza deve chiaramente essere costantemente presente nelle aule parlamentari²⁵⁴, eppure si è riscontrato che sono proprio i parlamentari dei gruppi di opposizione sono quelli che denotano i più alti tassi di assenza nelle sedute²⁵⁵. Se la funzione fondamentale dell'opposizione in un Parlamento maggioritario è proprio quella di controllo appare utile a rinforzare ulteriormente i dati raccolti fin'ora considerare gli atti che a tale azione oppositoria possono ricondursi.

4. Funzione di controllo: specchio del contropotere

La funzione di controllo parlamentare costituisce un frangente importante dell'analisi dell'opposizione come contropotere in quanto si è già visto²⁵⁶ come proprio la relazione tra controllato e controllore è quella che connota più genuinamente il rapporto tra

²⁵³ Tale dato è desumibile dall'indagine compiuta dall'associazione *Openpolis* e contenuto nel documento *Camere aperte 2011*, in <http://camereaperte2011.openpolis.it>, p. 20.

²⁵⁴ I casi in cui un provvedimento legislativo viene approvato proprio a causa dell'assenza fisica dell'opposizione in aula stante il ridotto numero dei deputati di maggioranza sono numerosi. Basterebbe ricordare il caso italiano dello scudo fiscale, per cui l'assenza in aula di 59 deputati della minoranza ha impedito l'approvazione della pregiudiziale di costituzionalità (267 contro 215 voti, laddove l'opposizione conta 290 deputati). Si veda *L'assenteismo finale toglie credibilità all'opposizione*, in *Il sole 24 ore*, 3-X-2009, nel quale viene messa in luce anche la sempre più evidente rivalità fra i partiti di minoranza nel rivendicare il ruolo di autentico oppositore del governo. Su tale punto si veda anche *Opposizione vuol dire Di Pietro?*, in *Europa*, 22-V-2008, nel quale si espongono i risultati di un sondaggio dal quale risulta che solo per il 29% del campione (contro il 36%) l'opposizione era rappresentata dal PD (15% Udc). Tale prospettiva sarebbe confermata da *Openpolis*, che nel suo rapporto annuale per il 2011 (citato nella nota precedente) sulla "produttività" dei parlamentari (calcolata in funzione degli atti presentati, dell'iter di questi ultimi e della partecipazione alle sedute secondo i criteri esplicitati nel rapporto stesso) indicava quella dell'Idv pari al doppio di quella del PD (per l'esattezza: 224 contro 137).

²⁵⁵ Sempre secondo il rapporto di *Openpolis* citato alla nota precedente mentre i parlamentari della maggioranza avevano un tasso di assenza che si aggira intorno al 9,5% sul totale delle sedute, quelli dell'opposizione il dato si attesta al 19%. Quello dell'assenteismo è un problema ancora più sentito in Francia, a causa della disciplina legislativa che ancora, a seguito della legge organica sulle incompatibilità elettorali, permette di cumulare un mandato locale con uno nazionale. Si calcola che circa l'85% dei parlamentari francese (secondo uno studio effettuato nel 2008 dal *New York Times*) eserciterebbe due mandati, contro al 20% di Italia e Germania. Si veda *French Cabinet Position Not Enough? Then Try Mayor*, *The New York Times*, 13-I-2008. Sul problema del cumulo dei mandati, considerato come una delle massime cause dell'abbassamento del ruolo del Parlamento francese si veda il già ricordato G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, 2007, p. 184.

²⁵⁶ Si veda il cap. I par. 1.

potere e contropotere²⁵⁷. Se la Costituzione italiana non nomina espressamente la funzione di controllo fra quelle tipicamente parlamentari (a parte il richiamo indiretto dell'art. 64, c. 4 in merito all'obbligo dei membri del Governo di assistere alle sedute se una camera lo richiede), quella francese, dal 2008, la annovera all'art. 24 Const. come attività squisitamente parlamentare al pari di quella legislativa e di valutazione delle politiche pubbliche. Non solo: l'art. 48, c. 4 Const. attribuisce all'esercizio della funzione di controllo ben una settimana al mese dell'agenda parlamentare.

Senza voler indugiare in una minuta trattazione degli istituti di diritto parlamentare nei quali il controllo si estrinseca è forse bene riassumerne i suoi tratti nei due Paesi. Le due immagini sono quasi perfettamente sovrapponibili, almeno dal punto di vista normativo. Se l'Italia conosce la procedura del *question time* dal 1997, in Francia questo è presente già dal 1974: inizialmente il Parlamento di Parigi dedicava alle interrogazioni a risposta immediata solo un'ora il mercoledì pomeriggio (dopo il Consiglio dei Ministri) ma dal 1995 a questa si è aggiunta un'ora anche nel pomeriggio di ogni martedì. Dal punto di vista pratico, mentre in Francia l'istituto ha avuto un notevole successo, in Italia, ad avviso unanime della dottrina, il rendimento è stato da sempre deludente, in particolare a partire dalla XIV legislatura in poi²⁵⁸. Anche quantitativamente i due Parlamenti mostrano una propensione molto diversa all'uso del *question time*: le interrogazioni all'Assemblée, nel medesimo periodo di tempo, sono praticamente doppie rispetto a quelle trattate dalla Camera dei Deputati (il che è forse dovuto proprio alla seduta aggiuntiva dedicata ad esso nel Parlamento francese)²⁵⁹. Per quanto riguarda interrogazioni ed interpellanze scritte, il Parlamento francese conosce solo la figura *questions écrites* e certo si può dire che l'unicità dello strumento giova alla chiarezza del suo utilizzo. Anche qui il dato è interessante, se si considera che il numero di interrogazioni (ed interpellanze) scritte presentate alla Camera italiana è notevolmente inferiore alle *questions* depositate presso l'ufficio di presidenza dell'Assemblée. Non solo: nonostante il numero ingente di richieste presentate al palais Bourbon la velocità di evasione è di un'efficacia pari al doppio di quella riscontrata nel

²⁵⁷ Sulla necessità di valutare la funzione di controllo piuttosto che la funzione legislativa dell'opposizione in un Parlamento maggioritario si veda P. NORTON, *La nature du contrôle parlementaire*, in *Pouvoirs*, 2010, pp. 17 e ss. Sul punto la dottrina italiana è numerosa: si veda F. SCIOLA, *Lo statuto dell'opposizione*, cit., p. 194.

²⁵⁸ Dal 2001 al 2006 in Presidente del Consiglio non è mai presentato alle sedute in questione e spesso anche i ministri competenti per materia si facevano sostituire dal ministro per i rapporti in il Parlamento, a grave detrimento della tecnicità e pertinenza del dibattito. Si veda G. RIVOSECCHI, *I poteri ispettivi e il controllo parlamentare dieci anni dalla riforma del regolamento della Camera dei deputati*, in AAVV, *Il Parlamento del bipolarismo*, cit., p. 213. Si veda anche R.S. DE VITIS, *Le informative urgenti nell'ambito del rapporto tra Parlamento e Governo: aspetti evolutivi*, in AAVV, *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma, 2010, pp. 91-113.

²⁵⁹ Nel periodo dal settembre 2009 al settembre 2010 all'Assemblée sono state discusse 929 *questions*, delle quali la metà esatta presentate dall'opposizione. Il trend si sta confermando anche nella XIV legislatura. Alla Camera dei deputati le interrogazioni fatte sono state, nel medesimo periodo, 570 (contando anche quelle svolte in commissione), con una netta prevalenza di quelle presentate dalle opposizioni (69%). Il trend che vede il *question time* sempre più come uno strumento utilizzato dall'opposizione si conferma sia in assemblea che in commissione.

Parlamento italiano²⁶⁰. Ciò che pare però assai positivo nella valutazione dell'opposizione italiana è che, malgrado in valore assoluto essa "solleciti" molto meno il Governo con questioni scritte rispetto alla sua omologa francese, almeno in proporzione essa è all'origine del 64% delle interpellanze e delle interrogazioni presentate, contro il 44% dell'opposizione francese.

Ci si rende conto che è di fatto impossibile tracciare un quadro esaustivo dell'efficacia della funzione di controllo e che, eventualmente, un tale studio impegnerebbe una ricerca intera, investendo non solo profili quantitativi ma, soprattutto qualitativi. Si vuole tuttavia cercare di identificare delle coordinate empiriche che consentano di orientarsi in questo argomento così complesso, benché non si pretenda di concludere se il controllo esercitato sia più o meno virtuoso nel merito²⁶¹. Consolidando i dati fin'ora presentati distintamente appare abbastanza evidente la sproporzione numerica tra i valori del controllo parlamentare francese ed italiano: 21.293 atti di sindacato ispettivo alla Camera e 93.252 all'Assemblée. La cifra italiana assomiglia molto a quella che la Repubblica francese conosceva agli inizi degli anni sessanta²⁶². Parrebbe emergere poi per l'Italia un quadro recente parzialmente diverso da quello esistente fino alla XIV legislatura, quando la maggioranza appariva decisamente più attiva dell'opposizione nell'esercizio della funzione di controllo, il che che confermerebbe il *trend* evidenziato dalla dottrina durante la XV

²⁶⁰ Nella sessione settembre 2009-settembre 2010 il numero di questioni all'Assemblée è di quasi sei volte superiore rispetto a quello riscontrato alla Camera italiana. Per quanto riguarda le risposte fornite dal Governo si consideri che nella sedicesima legislatura italiana solo il 44% delle richieste è stato evaso, contro l'86% dell'Assemblée nello stesso periodo di tempo (primi tre anni delle attuali legislature). Il dato italiano è aggravato poi dal fatto – normalmente non considerato dalla dottrina – che nonostante la maggior proporzione di atti di sindacato ispettivo presentati alla Camera dalle opposizioni questi sono anche quelli che (confrontati con gli atti che originano dalla maggioranza) ottengono il minor numero di risposte (41% contro 45%). Sarebbe quindi da riscontrare non solo una maggiore attività dell'Assemblée in confronto alla Camera ma anche una migliore collaborazione ed efficace organizzazione degli uffici ministeriali nel rispondere alle richieste dei parlamentari. Per migliorare ulteriormente tale resa dal 1995 è stata introdotto all'Assemblée il sistema della *segnalazione*, che consente di sollecitare i singoli ministri sulle *questions* non ancora evase. Tale sistema è stato recentemente ufficializzato nel regolamento dell'Assemblée (art. 135, c. 7 RAN). Si veda R. DOSIERE, *Le contrôle ordinaire*, in *Pouvoirs*, 2010, p. 41.

²⁶¹ Ciò secondo quanto efficacemente affermato da A. LE DIVELLEC, *Les effets du contrôle parlementaire*, in *Pouvoirs*, 2010, pp. 132 e ss.

²⁶² Si veda R. DOSIERE, *Le contrôle*, cit., p. 40. I dati in questione risultano decisamente influenzati dall'organizzazione del lavoro dei due Parlamenti. Se nel 2008 all'Assemblée si sono tenute 246 sedute alla Camera tale numero scende a 108, per una media di 4,7 sedute a settimana contro 3. Conseguentemente in tale lasso di tempo il lavoro parlamentare all'Assemblée ammonta a 920 ore, contro le 630 della Camera. Non deve quindi stupire che i tempi di esame dei provvedimenti (anche legislativi) sia notevolmente maggiore rispetto a quanto avvenga in Francia: in media circa 370 giorni per l'approvazione di un disegno di legge contro i 234 giorni di quelli presentati Assemblée (mentre i giorni salgono a 383 per quelli presentati al Sénat). L'esiguità dell'attività della Camera italiana non deve essere quindi imputata alla lentezza delle procedure quanto al tempo decisamente ristretto dedicato ai lavori parlamentari. I dati sono relativi alla sessione annuale del 2008: si veda *In Parlamento tempi lunghi per l'esame dei ddl*, in *Il sole 24 ore*, 21-XII-2008, p. 3.

legislatura²⁶³. Se fino al 2008 l'opposizione di centro-destra aveva infatti dimostrato un maggiore attivismo nell'uso degli strumenti di sindacato ispettivo, si potrebbe pensare che dall'attuale legislatura la minoranza di centro-sinistra e di centro abbia in parte modificato il proprio comportamento dimostrando un migliore adattamento alle logiche di un Parlamento maggioritario²⁶⁴. Per quanto riguarda il Parlamento francese i dati esaminati sembrano mostrare come invece in molti frangenti sia la stessa maggioranza parlamentare a farsi contropotere del Governo che essa stessa sostiene, facendosi motore attivo del sindacato ispettivo, orientando l'Esecutivo ed influenzandolo senza rischiare di metterlo seriamente in pericolo come invece avviene nell'esercizio della funzione legislativa.

5. *Tra veto e diritto di resistenza*

Un'indagine sull'opposizione si rivela essere uno dei migliori esempi di quella logica del conflitto che abbiamo visto essere una delle componenti fondamentali ed innegabili del diritto costituzionale e, in particolar modo, dei rapporti che intercorrono fra gli organi politici. È proprio infatti nell'opposizione che lo Stato democratico moderno ha inteso coagulare tutte le forme di dissenso dal potere, interiorizzandole per evitare che l'opposizione diventasse il motore della negazione dello Stato, ovvero la guerra civile come ritorno allo stato bellico di natura²⁶⁵. L'esistenza della minoranza parlamentare è non solo fondamentale per dare espressione a quei cittadini che non si sentono rappresentati dalla maggioranza ma anche, e quasi paradossalmente, per poter legittimare le decisioni di quest'ultima. Ciò implica anche una concorrenzialità di visioni interpretative della Costituzione da parte della maggioranza da un lato e della minoranza dall'altro, il che rivela pienamente la *"dimensione oppositiva dei diritti costituzionali"*²⁶⁶. Se quindi il più delle volte il confronto tra maggioranza ed opposizione investe profili prettamente politici, vi sono

²⁶³ Si veda N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in <http://amministrazioneincammino.luiss.it>, p. 20. Per un'analisi della situazione precedente alla XV legislatura si veda G.G. CARBONI, *Alla ricerca di uno statuto*, cit., p. 295.

²⁶⁴ "Mentre, cioè, nella XIV legislatura si è riscontrata la prevalenza di iniziative di maggioranza (52,9 per cento) su quelle di esponenti dell'opposizione (47,1 per cento), la XV legislatura ha visto prevalere gli atti di iniziativa di deputati di opposizione (53,8 per cento) su quelli di maggioranza (46,2 per cento), ricollocando così, per lo meno apparentemente, l'esercizio della funzione ispettiva nell'alveo presumibilmente più fisiologico al parlamentarismo maggioritario", così N. LUPO, *La funzione di controllo*, cit., p. 20. Sull'attivismo dell'opposizione di centro-destra nella XIII legislatura nell'esercizio degli atti di sindacato ispettivo si veda M. CERASE, *Opposizione politica*, cit., p. 171.

²⁶⁵ In tal senso, mutuando termini schmittiani in un contesto nazionale, si potrebbe dire che da originariamente *partigiana* l'opposizione sia diventata *justus hostis* all'interno del sistema parlamentare. Si veda, in un'ottica internazionalistica, C. SCHMITT, *La teoria del partigiano*, Milano, 2005.

²⁶⁶ L'espressione è di Buratti, che ha suggestivamente analizzato l'opposizione parlamentare come naturale manifestazione del diritto di resistenza. Si veda A. BURATTI, *Il diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, 2006, p. 222.

anche casi in cui tale confronto assume connotati processuali (come già accennato all'inizio di questo capitolo) che toccano direttamente profili giuridici ed interpretativi di livello costituzionale. Ciò avviene non solo, evidentemente, nel caso dei dibattiti che precedono le deliberazioni su leggi costituzionali, ma anche, come si vedrà, nei casi di leggi ordinarie che di fatto riempiono (o svuotano) di contenuto i diritti e le libertà contenute nella Carta fondamentale. Se allora il compito di tutti i soggetti dell'ordinamento è l'applicazione della Costituzione, in questo frangente l'opposizione non è da meno e lo scontro tra maggioranza e minoranza può essere quindi riguardato sotto tale profilo come il confronto tra due visioni alternative della Costituzione²⁶⁷. Per questo è necessario capire (o almeno intuire) come l'opposizione faccia uso della Costituzione nell'esercizio della sua funzione parlamentare. Ciò può essere fatto solo considerando come, in occasione della discussione e della votazione dei provvedimenti più sensibili, l'opposizione usi argomenti di diritto costituzionale per ostacolarne l'approvazione o per modificarli. Da questo punto di vista si può ipotizzare, anche in questo frangente, che la transizione da un regime consensuale ad uno maggioritario abbia notevolmente modificato questa funzione che possiamo definire di "opposizione costituzionale"²⁶⁸. Se infatti in un Parlamento dominato da logiche consensuali la transazione e il compromesso si rivelano comportamenti largamente dominanti nelle relazioni che sussistono tra forze politiche, nello schema maggioritario il rapporto tra partiti di governo e minoranze dovrebbe essere improntato ad una più netta definizione competitiva ed avversariale. Tradotto nella nostra indagine, ciò comporterebbe in un assetto partitico bipolare una più chiara distinzione delle politiche costituzionali che muovono l'azione delle coalizioni contrapposte e, di conseguenza, una più nitida distinzione tra le rispettive interpretazioni della Costituzione. In altre parole, in un Parlamento maggioritario, la "negoiazione dei valori" costituzionali²⁶⁹ sarebbe teoricamente ridotta al minimo o, comunque, dovrebbe essere minimo il rischio di compromessi parlamentari che sacrificino completamente determinati principi costituzionali a favore di altri²⁷⁰. Ciò è tanto più vero nelle non rare situazioni in cui l'atto

²⁶⁷ Tale conclusione segue la teoria di Modugno secondo la quale la legislazione ordinaria è sempre e comunque, pur indirettamente, svolgimento della Carta costituzionale. Prova ne sia il fatto che negli ordinamenti che conoscono il ricorso delle minoranze parlamentari alla giustizia costituzionale come la Francia il ricorso contro una legge della maggioranza è sistematico, non solo per i diritti e le libertà fondamentali ma anche in materia di diritti sociali e di allocazione delle risorse pubbliche.

²⁶⁸ Per una definizione classica della distinzione tra *sistema Westminster* e *sistemi consensuali*, conseguenti all'adozione di un sistema elettorale rispettivamente maggioritario o proporzionale, secondo la celebre *legge di Duverger*, si veda classicamente A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001.

²⁶⁹ L'espressione riproduce il titolo di un interessante saggio di Olgierd Kutty nel quale l'autore mette in evidenza la tendenza tipica dell'epoca contemporanea di fare dei valori una materia soggetta alla transazione. Si veda O. KUTTY, *La négociation des valeurs*, Bruxelles-Paris, 1998. Non si mette in dubbio la necessità di conciliare visioni diverse di determinati problemi ma si revoca in dubbio l'opportunità di sacrificare completamente al compromesso principi costituzionali non disponibili.

²⁷⁰ "Il n'y a d'opposition qu'inconditionnelle dès lors qu'il s'agit de substituer un système de gouvernement à un autre. Retoucher, aménager le pouvoir absolu, c'est déjà composer avec lui", F. MITTERRAND, *Le Coup d'État permanent*, 1965, p. 314.

legislativo in oggetto non denoti affatto un conflitto tra norme costituzionali ma determini la mera compressione di un principio costituzionale in nome di un'esigenza meramente politica. In questi casi la conclusione di un accordo parlamentare appare decisamente non auspicabile, se non fosse per introdurre significative limitazioni al sacrificio di quello stesso principio costituzionale. I casi in questione sono quelli che determinano un coinvolgimento dell'intero sistema dei contropoteri: allorché una legge incostituzionale viene approvata, l'opposizione (o almeno una sua parte) si mobilita chiamando in causa non solo la Corte costituzionale per invocarne un intervento ma anche (e più immediatamente) il Presidente della Repubblica e il referendum²⁷¹. In questo senso l'opposizione veicola, potremmo dire, l'energia del contropotere che si trasmette agli altri organi che svolgono tale funzione.

Con questo non si vuole certo dire che un'opposizione maggioritaria non può che ricorrere alla costante contrapposizione, a maggior ragione su materie di rango costituzionale. Eppure, se certo la condivisione delle scelte di politica costituzionale deve essere più ampia possibile, essa deve potersi fermare laddove sia compromessa da un errato bilanciamento degli interessi in gioco che sacrifichi dei principi di valore costituzionale. Si tratta di un punto importante, che mette in luce, grazie a tale dialettica procedurale maggioranza-opposizione, la somiglianza tra un bilanciamento giurisdizionale tra diritti costituzionali (quale quello che compie il giudice delle leggi) e il compromesso parlamentare sugli stessi. Nel primo caso una conciliazione tra principi costituzionali è inevitabile per la soluzione del conflitto, laddove nel secondo l'opposizione potrebbe continuare a sostenere coerentemente la sua interpretazione della Costituzione senza addivenire a transazioni, offrendo così alla Corte stessa elementi interessanti per la sua decisione²⁷². In altri termini e come già accennato sopra, oltre alla *coesione*, l'altro strumento per verificare l'azione di un'opposizione è la sua *coerenza*, la quale non può essere valutata nel complesso ma solo scendendo ad un'analisi fattuale di ogni provvedimento, a nulla servendo computare in quanti casi l'opposizione abbia votato con la maggioranza. La *coerenza*, anche giuridicamente, è un problema di qualità, non di quantità. Per questo si sceglierà un metodo casistico per valutare la maggiore o minore tenuta della minoranza sotto questo profilo.

Dal punto di vista dei mezzi che l'opposizione può mettere in gioco per esercitare la sua azione il riferimento può andare a tutti gli atti tipici del diritto parlamentare, come si vedrà. Tuttavia non è tanto il tipo di atto utilizzato di volta in volta ma la modalità e

²⁷¹ Sul rapporto tra opposizione e referendum si è già detto al capitolo II, par 2, mentre sull'influsso della minoranza nella decisione del Capo dello Stato di rinviare o meno una legge alle Camere si dirà nel capitolo IV.

²⁷² Se questo rapporto tra opposizione e giustizia costituzionale è più forte ed evidente in Paesi che, come la Francia, conoscono il ricorso delle minoranze parlamentari al giudice costituzionale, anche in Italia è possibile rintracciare dei collegamenti indiretti tra azione dell'opposizione e quella della Corte. Ciò in due sensi: dal giudice delle leggi che consulta i resoconti parlamentari per ricostruire la *volutas legislatoris* e anche dall'opposizione, che si appoggia alle interpretazioni del giudice costituzionale per difendere la propria lettura del dettato fondamentale.

l'intensità del suo uso che differenziano l'opposizione dalla maggioranza. Ad esempio, laddove non vi sia effettivamente margine per migliorare un testo di legge ordinaria della maggioranza che incide su diritti costituzionalmente garantiti, l'opposizione potrebbe usare legittimamente l'unica vera e propria forma di *veto sospensivo* che possiede, quella dell'*ostruzionismo*²⁷³. Non solo. A volte l'ostruzionismo può diventare efficacissimo strumento di veto assoluto: si pensi al caso non certo raro di un decreto-legge da convertire in tutta urgenza e che, invece, le manovre dilatorie dell'opposizione possono fare decadere irrimediabilmente. Al di là di qualsiasi valutazione in merito alla sua concreta utilità, l'ostruzionismo viene a caratterizzarsi come manifestazione estrema di contrarietà rispetto ad un provvedimento legislativo che se certo non può essere metodo ordinario di opposizione, in alcuni frangenti è il naturale risultato della polarizzazione dello scontro politico volto anche a sensibilizzare in modo plateale l'opinione pubblica sull'operato della maggioranza²⁷⁴.

Se le riforme al regolamento di Camera e Senato del 1997 (così come quella più recente dell'Assemblée nel 2009) hanno notevolmente ristretto i margini per ricorrere alle procedure ostruzionistiche²⁷⁵, non si può certo dire che le opposizioni non possano più

²⁷³ A parole il ragionamento è ben chiaro ai maggiori leader dell'opposizione italiana come Veltroni: "(...) è necessario impostare un'opposizione «a doppio binario». Capace di ridare ai democratici un ruolo propulsivo nelle istituzioni e nella società, riguadagnando consensi sia tra gli elettori di centro sia tra quelli (delusi) di sinistra. Sul piano parlamentare e programmatico questo significa adottare un mix di confronto-scontro con il governo: dialogando in positivo sulle riforme istituzionali e sulle principali emergenze del Paese, ma contrapponendosi (anche radicalmente) sulle questioni in cui le distanze con la maggioranza risultano inconciliabili. Un modo di fare opposizione tutt'altro che facile. Niente affatto soft", così Per Veltroni la strategia di Zapatero, in *La Stampa*, 21-V-2008, p. 34. Per una storia dell'ostruzionismo si veda A.P. TANDA, *Lineamenti di storia dell'ostruzionismo italiano*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento*, Torino, 1992 e, più brevemente il brillante articolo *Ostruzionismo, 50 anni di aula-spettacolo. Le resistenze di Almirante e le poesie del Pci*, in *La Repubblica*, 15-IX-2005, p. 1.

²⁷⁴ Sull'opportunità di ricorrere all'ostruzionismo contro leggi incostituzionali si veda T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 330. Più generalmente sulla tattica dilatoria messa in atto dall'opposizione (chiaramente senza ricorrere alla violenza fisica) si vedano P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1992 e C. DE CARO BONELLA, *Diritto parlamentare*, Rimini, 1992. Più generalmente sul fenomeno ostruzionistico si vedano G. ZAGREBELSKY, *Ostruzionismo parlamentare delle opposizione e della maggioranza*, in AAVV, *Il Parlamento nella Costituzione e nella prassi*, Milano, 1989, G. BERTOLINI, *Ostruzionismo parlamentare*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1981, pp. 476 e ss, e I. PERARDI, *Le pratiche ostruzionistiche nel Parlamento maggioritario*, in A. BARBERA.T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008. In questo senso quindi l'ostruzionismo deve essere considerato una legittima, benché estrema, forma di lotta politica. Ecco perché risulta particolarmente opinabile l'intervento del Quirinale volto a censurare il *filibustering* alla Camera in occasione della discussione sul processo breve: si veda *Ostruzionismo sul processo breve, scontro in Aula*, in *La Stampa*, 7-IV-2011, p. 16-17.

²⁷⁵ Del tempo legislativo programmato all'Assemblée di è già detto. Per quanto riguarda l'Italia, l'introduzione del contingentamento nel 1988 al Senato e successivamente nel 1990 alla Camera è stato, in uno con l'eliminazione della programmazione decisa all'unanimità (introducendo la maggioranza dei tre quarti della Conferenza dei Capigruppo o, in assenza, la programmazione decisa dal Presidente, ex art. 23 c.6) e all'incrinarsi del regime consensuale al seguito dell'abbandono (nel 1988) del voto segreto, lo strumento fondamentale di un nuovo corso parlamentare che si potrebbe definire "dell'antiostruzionismo tecnico". Anche il modello di contingentamento limitato alle fasi del procedimento legislativo e differito al momento della iscrizione del progetto di legge in un nuovo calendario venne superato alla Camera nel 1997 con la previsione della generalizzazione e dell'immediatezza dell'istituto. Nella XIV legislatura si è affermato dunque

esercitare manovre dilatorie volte a ritardare l'approvazione dei provvedimenti legislativi. L'ostruzionismo è dunque un fenomeno complesso che si sostanzia di una serie di tecniche che vengono tra loro efficacemente combinate per produrre l'effetto desiderato. Fra questi espedienti si possono annoverare la presentazione di un numero abnorme di emendamenti, la presentazione di questioni pregiudiziali, sospensive e di ordini del giorno nonché la richiesta di verifica del numero legale. Nonostante le notevoli limitazioni poste dalla serrata programmazione dei lavori parlamentari e della durata degli interventi nei due parlamenti, non si può dire che l'ostruzionismo sia definitivamente scomparso²⁷⁶. Si può tuttavia notare che si è radicalmente modificato²⁷⁷ e ciò non solo a causa delle riforme regolamentari ma anche a seguito dell'intervento sempre più diretto del capo dello Stato nelle dinamiche del procedimento legislativo²⁷⁸.

un modello di contingentamento che si applica non solo alla fase della discussione generale (automatica nel caso di richiesta di ampliamento della stessa) ma anche alla fase delle votazioni nel caso in cui l'esame di un progetto di legge non sia stato esaurito nei tempi precisati nel calendario e lo si debba inserire nel calendario successivo. In questo secondo caso, in particolare, il tempo di cui ciascun gruppo dispone in sede di esame e di votazione degli articoli è prefissato: di conseguenza se un determinato gruppo verrà ad esaurire il tempo a sua disposizione e non avrà poi modo di esprimersi sul complesso degli articoli o in occasione di dichiarazione di voto sui singoli articoli. Ancora incompiuta appare la riforma del 1997 rimanendo ancora vigente la disposizione transitoria ex art. 154 RC (la quale non trova rispondenza nel Regolamento del Senato, art. 56): essa prevede la temporanea inapplicabilità alla legge di conversione di un decreto-legge della disciplina del contingentamento (art. 24 c. 7-12).

²⁷⁶ In sede di conversione dei decreti legge ogni deputato può in fatti prendere la parola per un massimo di dieci minuti, tranne nel caso in cui il Governo ponga la fiducia. L'opposizione può poi chiedere che la votazione di ogni emendamento sia fatta mediante procedimento elettronico (con conseguente valutazione del numero legale). Sono poi possibili richiami al regolamento ed istanze di modifica dell'ordine del giorno. A questi casi sono da aggiungere il momento di approvazione del verbale della seduta precedente. Come è avvenuto nel caso della discussione della norma sul processo breve, i deputati possono infatti intervenire singolarmente a mente dell'art. 32, c. 3 RC per apportare precisazioni in merito alla trascrizione del proprio intervento. Si veda *Processo breve, muro del Pd "Ostruzionismo ad oltranza"*, in *Il Resto del Carlino*, 7-IV-2011, p. 14. Tutto ciò fa concludere ad Irene Perardi che *"Se l'opposizione ritiene che sia in gioco un principio irrinunciabile della democrazia liberale, per impedire che una legge ne faccia strame ben può ricorrere all'impiego di tutti gli strumenti consentiti dai regolamenti parlamentari per paralizzare del tutto i lavori della Camera anche per giorni"*, così I. PERARDI, *Le pratiche ostruzionistiche*, cit., p. 429.

²⁷⁷ Ormai, ad esempio, non è più possibile limitare l'ostruzionismo alla discussione di un solo provvedimento legislativo. Si veda P.F. D'ARCAIS, *Opposizione, ostruzionismo su tutto*, in *L'Unità*, 8-VIII-2002, p. 1. Tale principio è stato meglio compreso dal centro-destra che dal centro-sinistra: *Al Senato ostruzionismo di Polo e Lega. Ferme 80 leggi, anche quelle anti-pedofilia*, in *L'Unità*, 20-VII-2000, p. 2. In questo caso la Cdl per fare ostruzionismo ha impedito la prosecuzione dell'esame in sede deliberante di circa ottanta provvedimenti legislativi, determinando un notevole rallentamento dei lavori dell'aula.

²⁷⁸ Si vedrà nei casi esaminati a proposito dell'Italia come il Presidente della Repubblica abbia in vari modi scoraggiato l'esercizio della pratica ostruzionistica da parte dell'opposizione, venendo spesso ad atteggiarsi come il vero contropotere dell'Esecutivo nella fase di determinazione del contenuto degli atti normativi, riprendendo in questo la funzione che era propria dell'opposizione all'epoca del sistema proporzionale pre-1993. Già prima di diventare capo dello Stato Giorgio Napolitano aveva espresso la sua contrarietà all'ostruzionismo: *Napolitano all'Ulivo: un errore l'eccesso di ostruzionismo*, in *Il giornale*, 17-VIII-2002, p. 6. Il richiamo dell'attuale Presidente è tanto più significativo e discutibile se si pensa che esso si riferiva ad uno dei provvedimenti più criticati dell'ultimo decennio, la legge Cirami. La posizione di Napolitano è stata poi

Si è già detto come in Italia l'opposizione sembra atteggiarsi diversamente a seconda che essa sia incarnata dallo schieramento di centro-destra o di centro-sinistra. Anche con riguardo all'ostruzionismo il comportamento delle due componenti politiche si differenzia, ricorrendo quello di centro-destra più abbondantemente alla presentazione di emendamenti, mentre quello di centro-sinistra utilizzerebbe con più frequenza altri espedienti, come la richiesta di verifica del numero legale, le questioni pregiudiziali, sospensive e la presentazione di ordini del giorno. All'Assemblée Nationale la pratica ostruzionistica per eccellenza è certamente legata alla presentazione degli emendamenti in proporzioni assolutamente inimmaginabili nel Parlamento italiano²⁷⁹, mentre l'uso delle *motions de procédure* (quali quella di rinvio in commissione, quella d'irricevibilità finanziaria e quella di rigetto) è in realtà molto limitato. Se poi il Parlamento francese non conosce una vera e propria eccezione di costituzionalità (se non limitatamente ai casi di copertura finanziaria e del rispetto del dominio legge/regolamento), le pregiudiziali di costituzionalità costituiscono una vera e propria costante del fenomeno ostruzionistico italiano inteso come forma di difesa di diritti e libertà costituzionali, benché nella XVI legislatura il loro numero sia stato piuttosto ridotto²⁸⁰. Non solo: la stessa natura pregiudiziale della compatibilità costituzionale di un progetto di legge nel corso della procedura parlamentare sarebbe da accostare alla pregiudizialità della questione di costituzionalità all'interno del procedimento giurisdizionale ordinario. Si vede come anche il giudizio sul fatto diventa inevitabilmente anche una riapertura della discussione parlamentare sulla legge e, viceversa, come lo stesso procedimento legislativo riveli la sua natura paragiurisdizionale.

Tutto ciò considerato, l'azione dell'opposizione, nei due Paesi considerati, appare dominata da un'inafferrabilità e un'ambiguità che sono state evidenziate anche dal fallimentare tentativo di formare, all'inizio delle attuali legislature (2007 per la Francia, 2008 per l'Italia) due governi-ombra che rappresentassero le rispettive opposizioni. L'azione della minoranza come alternativa e non solo come mera contrapposizione rispetto all'Esecutivo, è essenziale affinché si possa parlare di essa come di un contropotere attivo²⁸¹. La natura puramente politica e rappresentativa dell'opposizione costituisce del resto un suo notevole elemento di ambiguità: essa è l'unico contropotere che può divenire potere e che quindi condivide con quest'ultimo la stessa sfera d'influenza. Si potrebbe dire

reiterata dallo stesso, nuovo capo dello Stato: *Botta e risposta Bertinotti-Prodi. Napolitano: sveltire i lavori delle camere*, in *la Repubblica*, 18-V-2007.

²⁷⁹ Sia consentito rinviare su questo confronto della dimensione del fenomeno emendativo in Italia ed in Francia a S. DONDI, *Il "letto di giustizia" del Governo in Parlamento*, in *Queste istituzioni*, 2010, pp. 29 e ss.

²⁸⁰ Nella XVI legislatura si recensiscono 88 casi, contro i 95 della XIII, le 168 della XIV e i sei della XV (due anni). Si tratta comunque di uno strumento usato particolarmente dall'opposizione di centro-sinistra.

²⁸¹ « *L'opposition n'est donc efficace que si elle ne se contente pas de dénoncer platement l'action du gouvernement en exercice. Mais si le caractère argumenté de sa critique lui permet d'exercer un véritable contre-pouvoir, en contraignant fortement la majorité, cela l'oblige elle-même en retour : elle doit à son tour convaincre qu'elle a raison* », P. RONSANVALLON, *La contre-démocratie*, cit., p. 160.

che deve esistere sempre “una qualche” opposizione ma che è altrettanto necessario per il funzionamento che non sia sempre “la stessa” opposizione.

6. *Un Governo ombra senza luci*

Sia in Italia che in Francia, rispettivamente all'inizio della XVI e XIII legislatura, il maggior partito d'opposizione ha tentato di realizzare quello che si definisce governo-ombra, o *cabinet-fantôme* ovvero, ancora, *contre-gouvernement*, espressione quest'ultima che denota una significativa assonanza con il termine di contropotere.

L'accostamento delle due esperienze è ancora più interessante se si pensa che sia Walter Veltroni che Jean-Marc Ayrault, rispettivamente nel 2008 e nel 2007 (entrambi pochi giorni dopo la nascita del Governo Berlusconi in Italia e del Governo Fillon in Francia) si situavano nella continuità di due precedenti storici: quello del Governo-ombra del PCI nel luglio del 1989, creato su iniziativa di Achille Occhetto, e quello del *contre-gouvernement* del 1966 della *Fédération de la gauche démocrate et socialiste* guidata da François Mitterrand²⁸². Soprattutto però quello che accomuna i tentativi italiani e francesi di imitare la tradizione inglese dello *shadow cabinet* è sicuramente il loro prematuro fallimento, in quanto in entrambi i Paesi il governo ombra non è riuscito a sopravvivere per più di un anno. Non è questa la sede per tratteggiare i lineamenti fondamentali e più classici del contro-governo ma si vogliono considerare lo sfortunato tentativo effettuato dal PD in Italia e dal PS in Francia per fare qualche ulteriore osservazione sull'opposizione parlamentare come contropotere²⁸³.

La determinazione di istituire un organo deputato a costituire il reale contraltare dell'Esecutivo vuole proprio indicare una volontà di mutuare un tipo di modello oppositorio autenticamente maggioritario di stampo anglosassone da parte delle opposizioni che qui si considerano. Ciò anche al di fuori di una vera e propria istituzionalizzazione e, soprattutto, in assenza di un qualsiasi riconoscimento all'interno dei

²⁸² Nell'esperienza francese è necessario ricordare anche il tentativo di creare un governo-ombra da parte di Michèle Alliot-Marie (UMP) nel febbraio 1999 e quello, coevo a quello socialista di Ayrault, dell'altro gruppo di opposizione, il MoDem, Bayou, creato nel settembre 2010. Sull'esempio storico del governo-ombra del PCI si veda M. CARDUCCI, *Un nuovo modello di organizzazione dell'opposizione parlamentare: il "Governo ombra" del PCI*, in *Politica del diritto*, 1990, pp. 619 e ss.

²⁸³ Sul modello del governo ombra si veda G. DE VERGOTTINI, *Lo "shadow cabinet": saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*, Milano, 1973, G. PASQUINO-O. MASSARI-A. MISSIROLI, *Opposizione, governo ombra, alternativa*, Bari, 1990 e P.L. PETRILLO, *Opposizione e governo ombra: dalle suggestioni britanniche alle (goffe) imitazioni italiane*, in T.E. FROSINI-C. BASSU-P.L. PETRILLO (a cura di), *Il presidenzialismo che avanza: come cambiano le forme di governo*, Roma, 2009, pp. 103 e ss, L. CIAURRO, *Governo ombra: ancora un istituto imitato, ma non importabile*, *Rassegna parlamentare*, 2009, pp. 407 e ss.

regolamenti parlamentari dello stesso contro-governo. Tuttavia la vera determinante per la creazione di un governo-ombra è sicuramente l'esistenza di un sistema perfettamente bipolare o, ancor più esattamente, formato da partiti connotati da una *leadership* autentica e dotata di un'indiscussa autorevolezza²⁸⁴. Vedremo ora perché nelle due recenti esperienze italiana e francese il "figurino britannico" non abbia potuto prendere piede: ciò ci aiuterà a confermare l'ipotesi di partenza in merito alla morfologia e al ruolo dell'opposizione nei due Paesi considerati.

Per quanto riguarda la Francia è stato il capogruppo del PS all'Assemblée Nationale ad aggregare una compagine di contro-governo ricalcata sui ruoli che i singoli componenti rivestivano all'interno del partito e formata da ben ventidue ministri-ombra, fra i quali tuttavia non veniva incluso nessun maggiorenne del partito (quali potevano essere François Holland, Ségolène Royal o Martine Aubry), e ad annunciarne la composizione il 27 giugno 2007²⁸⁵. Fu lo stesso Ayrault, capogruppo del PS all'Assemblée, a dover ben presto ritornare sulla dizione "governo-ombra" o "contro-governo", a seguito delle critiche insistenti provenienti dall'interno del partito²⁸⁶. Senza che la sua fine venisse ufficializzata, il governo ombra francese della XIII legislatura scomparve dalle cronache dopo pochi giorni, soprattutto a causa delle divisioni interne al partito che avevano impedito di profilare un'unica linea politica di contro-governo.

Il caso italiano è molto simile a quello francese: il governo-ombra del PD viene presentato il 9 maggio 2008 (quasi un anno dopo rispetto a quello del PS) da Walter Veltroni, recentemente sconfitto dalle ultime elezioni politiche per la XVI legislatura. Formato anch'esso di ventidue membri²⁸⁷, lo *shadow cabinet* italiano nasce nonostante le forti perplessità di molti influenti membri del partito²⁸⁸. Le divergenze fra il governo ombra e il gruppo parlamentare del PD divennero poi evidenti a seguito della serie di incontri bilaterali tra membri del governo e contro-ministri, che mettevano in luce una strategia oppositoria decisamente non in linea con la tradizione di un contro-governo

²⁸⁴ Così Q. CAMERLENGO, *Il governo ombra: ascesa e declino*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 401.

²⁸⁵ I "ministri-ombra" avevano una qualificazione di *vice-présidents*, due dei quali erano considerati vicari del primo ministro ombra. Il contro-governo contava poi due portavoce, André Vallini e Aurélie Filippetti.

²⁸⁶ In particolare Laurent Fabius aveva criticato la scelta di Ayrault di porsi come *leader* del partito ben prima delle primarie del PS, creando così una dipendenza anomala del partito dal gruppo parlamentare. Si veda *Le "contre-gouvernement" de l'opposition critique en interne*, in *Le nouvel observateur*, 28-VI-2007.

²⁸⁷ I ventidue membri che componevano il governo ombra vennero poi ad aumentare progressivamente fino a raggiungere il numero ragguardevole di 84 elementi, il che testimonia la difficoltà di coordinazione dell'esperimento. Si veda *E il Pd intanto vara il sotto governo ombra*, in *La Stampa*, 18-XI-2008, p. 10.

²⁸⁸ In particolare Vincenzo Visco, ripercorrendo l'esperienza del primo governo ombra del PCI, ha affermato che il difetto genetico del modello italiano nasce non solo dalle divisioni interne al partito ma anche dalla volontà dei singoli parlamentari di non sottomettersi alle direttive dei ministri ombra. Così in *Il governo ombra non ha un ruolo. Non funzionerà*, *L'Unità*, 9-V-2008, p. 5. Nella stessa direzione Furio Colombo, che sottolinea come il successo del centro-destra alle elezioni del 2008 fosse dovuto soprattutto alla forza della sua opposizione parlamentare nella precedente legislatura, così F. COLOMBO, *Il deputato ombra*, in *L'Unità*, 25-V-2008, p. 1. Ancora: *Marciamo divisi, inefficace il governo ombra* (intervista a Lusetti), in *Il mattino*, 24-XI-2008, p. 4.

maggioritario²⁸⁹. Più incline quindi alla concertazione, il nuovo governo-ombra non sembrava avere una vera autonomia dall'Esecutivo, mostrando un'incapacità ad esprimere controproposte alternative²⁹⁰. Il fatto che uno dei partiti di minoranza formi un governo-ombra laddove l'opposizione è rappresentata da partiti ideologicamente molto diversi significa anche, da parte del maggior partito di minoranza, rivendicare per sé stesso un ruolo di esclusivo interlocutore del governo che non può che infastidire gli altri partiti di opposizione, pregiudicando così potenzialmente qualsiasi azione comune dei gruppi che non si riconoscono nella maggioranza. Proprio quest'ultimo aspetto, apparentemente il meno importante, è stato tuttavia identificato come la causa della conclusione della recente esperienza italiana del governo-ombra, ufficializzata dalla nomina di Dario Franceschini alla segreteria del partito nel febbraio del 2009²⁹¹. Vi è di più: il governo-ombra viene sciolto proprio quando la maggioranza ne aveva proposto all'opposizione l'istituzionalizzazione²⁹². Probabilmente è proprio quest'ultima la migliore dimostrazione della configurazione scarsamente convincente del governo-ombra e, insieme, della dinamica decisamente poco avversariale degli equilibri parlamentari italiani. Tale sospetto viene sottolineato, come si vedrà a breve, dalle divisioni interne alla stessa opposizione e soprattutto al maggior partito dell'opposizione, che sulle proposte dei suoi stessi membri non riesce spesso ad esprimere

²⁸⁹ Già tre bilaterali con il governo-ombra, in *Il sole 24 ore*, 18-V-2008, p. 12. Tale rapporto sempre più stretto tra opposizione ed Esecutivo ha destato un deciso dissenso nel gruppo parlamentare PD, sfociato in un'aperta sconfessione dell'azione di mediazione compiuta dal governo ombra in sede parlamentare: questo aveva trattato col governo per l'invio di 500 militari a Caserta dopo la strage di immigrati a Castelvoturno, poi in aula il gruppo Pd al Senato ha presentato emendamento soppressivo, esprimendo quindi totale disaccordo sul merito: *Sgambetto al governo ombra*, in *Il riformista*, 7-XI-2008, p. 12.

²⁹⁰ Come ricorda la stampa nei primi sei mesi nessun esponente del governo ombra presentò alcun progetto di legge alle Camere e lo stesso Veltroni risultava assente all'82% delle sedute della Camera dei deputati. Si veda *Il governo ombra nel cono d'ombra*, in *Panorama*, 12-XII-2008, pp. 62 e ss. Anche dopo lo scioglimento del governo ombra le cose non sembravano essere molto cambiate, se si considera che l'attuale segretario del PD Bersani ha presentato alla Camera solo 10 progetti di legge (e 9 come cofirmatario). Conferma tale prospettiva la dottrina, che ha segnalato l'incapacità del governo ombra di utilizzare gli strumenti del diritto parlamentare (quali interrogazioni e interpellanze) ai fini di realizzare un'efficace opposizione: si veda P.L. PETRILLO, *Il governo ombra: vita (breve) e morte (annunciata)*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 405. In questo la differenza con l'esperienza francese è evidente se si pensa che il solo capogruppo all'Assemblée del PS si era fatto promotore di 26 *propositions de loi* e cofirmatario di 35 *propositions de loi*. Nadia Urbinati ha autorevolmente denunciato questo stato di cose: "Anche il governo ombra evoca un modo compromissorio di gestire il rapporto tra maggioranza e opposizione (...). C'è il federalismo della Lega che il Pd accetta come un dato di discussione, senza intraprendere un'analisi del federalismo nelle sue diverse forme e criticare duramente il federalismo inegualitario che si sta profilando", così N. URBINATI, *Sono l'ombra del Governo*, in *L'Espresso*, 25-IX-2008, p. 69. Altrettanto autorevolmente tali tesi sono state sostenute da S. RODOTÀ, *Le nuove idee per l'opposizione*, in *La Repubblica*, 12-V-2008, p. 1.

²⁹¹ Così P. ARMAROLI, *C'era una volta il governo ombra*, in *Il tempo*, 3-III-2009, p. 17.

²⁹² La proposta volta ad introdurre il contro-esecutivo nei regolamenti parlamentari era di Gaetano Quagliariello (comunicata alla presidenza del Senato il 1 luglio 2008) ed è stata ripercorsa dallo stesso proponente nell'articolo *Ora serve lo Statuto al governo ombra*, in *Il riformista*, 13-V-2008, p. 1. Fra i diritti che il progetto Quagliariello prevedeva l'elezione del Capo dell'opposizione a maggioranza fra i parlamentari di minoranza, la sua facoltà di intervenire sempre dopo il Presidente del Consiglio in Senato, il potere di chiedere l'istituzione di commissioni d'inchiesta, chiedere la diretta televisiva dei lavori parlamentari ed influire notevolmente nella programmazione parlamentare. Si veda *Regolamenti, il Pdl dà poteri al governo ombra. Il Pd rifiuta: una trappola*, in *Il Messaggero*, 10-VII-2008, p. 7.

un fronte unico rispetto alla maggioranza. Ciò è particolarmente vero per quei casi in cui, all'interno dell'opposizione, emergono evidenti divisioni in materie di indubbio rilievo costituzionale che, se certo mettono in luce l'importanza della libertà di coscienza dei parlamentari, evidenziano allo stesso tempo l'assenza di un *idem sentire* in materia di essenziali libertà costituzionali²⁹³.

7. L'opposizione a difesa della Costituzione? Alcuni casi (non troppo) esemplari

Si vuole ora indagare in che modo nei due Paesi considerati le rispettive opposizioni abbiano esercitato la loro azione in Parlamento in occasione della discussione di alcuni provvedimenti legislativi particolarmente critici in punto di incostituzionalità, per constatare se ed in che modo sia possibile parlare dell'opposizione come contropotere e se la stessa si ponga come forza effettivamente alternativa alla maggioranza o, piuttosto, incline al compromesso come tipicamente in un regime parlamentare non maggioritario. Si cercherà quindi di vedere, nell'analisi di alcuni casi esemplari come l'opposizione in Italia e in Francia si sia comportata davanti a due banchi di prova importanti quali possono essere leggi ordinarie incostituzionali. L'incostituzionalità nella nostra ipotesi non parte da un diffidente pregiudizio nei confronti del potere politico o da un giudizio di valore soggettivo, quanto dall'unico criterio con cui è possibile dichiararla, quello di una pronuncia di incostituzionalità sopravvenuta stabilita dal giudice delle leggi, non l'unico ma certo l'ultimo interprete della Costituzione. In questo senso il giudizio di costituzionalità risolve il conflitto politico tra maggioranza ed opposizione sull'interpretazione della Costituzione, permettendogli così di essere giuridicamente decidibile, trasformando la legge votata dalla maggioranza nel senso desiderato dall'opposizione attraverso una dichiarazione totale o parziale di incostituzionalità²⁹⁴.

²⁹³ Uno degli esempi più clamorosi di questa "maggioranza etica" è stato sicuramente il fatto che molti parlamentari del Pd abbiano votato contro l'approvazione del disegno di legge per l'introduzione del reato di discriminazione per omofobia presentato dall'on. Paola Concia. Si veda *La nuova maggioranza etica*, in *il Tempo*, 14-X-2009, p. 1. Non si dimentichi poi il caso forse più eclatante di questa divisione interna al maggior partito d'opposizione, quello della legge sul fine vita, strettamente legato alla vicenda Englaro: *Cercasi unità di posizione tra i dem sul caso Englaro*, in *Europa*, 23-VII-2008, p. 3. Tale divisione interna al Pd fu evidente al momento della votazione al Senato per decidere se sollevare il conflitto di attribuzioni nei confronti della magistratura, in occasione del quale l'intero gruppo democratico è uscito dall'aula per non manifestare le nette divisioni tra laici e cattolici presenti al suo interno: *Eluana, alta tensione nel PD sul conflitto di attribuzioni*, in *Il mattino*, 30-VII-2008, p. 11.

²⁹⁴ Il ruolo del giudice costituzionale come arbitro tra maggioranza ed opposizione è teorizzato nel brillante lavoro di F. BLANCHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, 2001, p. 168 e ss. Si vedrà nel

Per l'Italia l'ipotesi di partenza è quella della *leggera opposizione* lucidamente formulata pochi anni fa da Gianfranco Pasquino che, sottolineando l'opportunità di guardare oltre i confini nazionali per giungere a qualche certezza in merito, affermava: “*si potrebbe dire che esiste in Italia oggi una diffusa opposizione sociale, che si manifesta in varie forme, ma che manca un'opposizione politica. (...) In Parlamento, l'opposizione di centro-sinistra è ripiombata nel suo modus operandi pre-1993*”²⁹⁵.

8. Segue: Un susseguirsi di lodi

La vicenda pressoché decennale della serie di “lodi” volti ad accordare l'immunità *pro tempore* ai titolari delle più alte cariche dello Stato (prima *Maccanico*, poi *Schifani*, l. 140/2003 ed infine *Alfano*, l. 124/2008) ha rappresentato un banco di prova di grande importanza per valutare l'azione dell'opposizione a difesa dei più essenziali principi costituzionali. I tre lodi non sono comprensibili se non vengono contestualizzati nel momento storico e politico nel quale di volta in volta si inserivano.

1. Quello che rivela gli aspetti forse più interessanti per questo lavoro è sicuramente il primo, proposto dal senatore della Margherita Antonio Maccanico nel corso della seduta della commissione affari costituzionali del Senato il 12 settembre 2002, nel tentativo di evitare l'approvazione della legge Cirami sul legittimo sospetto (poi l. 248/2002)²⁹⁶. La risposta della maggioranza era stata sfavorevole: ci si rifiutava di scambiare la Cirami con la proposta (il lodo) Maccanico e il relatore Anedda aveva affermato che la proposta del senatore della Margherita era evidentemente incostituzionale²⁹⁷. La proposta di Maccanico, dopo l'approvazione della legge Cirami, sembrava destinata ad essere abbandonata. Solo

capitolo V quali siano le particolarità e le implicazioni di tale importante affermazione, certo tanto più vera nel sistema francese che in quello italiano.

²⁹⁵ G. PASQUINO, *Una leggera opposizione*, in *il Mulino*, 2002, pp. 470-472.

²⁹⁶ Dal resoconto della commissione affari costituzionali: “*Se il problema è mettere al riparo il Presidente del Consiglio da incursioni giudiziarie nel corso del suo mandato, riterrebbe opportuno seguire la via dell'improcedibilità in materia penale nei confronti di quelle persone che sono al vertice dell'ordinamento costituzionale del paese. Del resto, lo stesso problema si è posto anche in altri ordinamenti e la soluzione ricercata è conforme al principio della divisione dei poteri. In conclusione, auspica che si voglia riflettere sui passaggi evidenziati, che altrimenti rischiano di creare gravi spaccature all'interno del paese*”. In quella stessa seduta si aggiunge: “*Roberto Villetti (la Rosa nel pugno) nel condividere le affermazioni del deputato Maccanico, sottolinea che si può concordemente stabilire la improcedibilità in materia penale nei confronti del Presidente del Consiglio, ribadendo che si tratta solo di una sospensione, posto che nessuno può sottrarsi al meccanismo della giustizia. Ritiene un errore pensare di dare una spallata di tipo giudiziario al Governo per mettere fuori gioco Berlusconi, soprattutto a fronte del consenso elettorale che ha ottenuto*”.

²⁹⁷ *Maccanico propone l'immunità del premier, no del centrodestra*, in *Il tempo*, 13-IX-2002, p. 6.

pochi mesi dopo, verificata l'inefficacia della legge 248/2002 a disinnescare il conflitto tra magistratura e Presidente del Consiglio, il lodo veniva riproposto dallo stesso esponente dell'opposizione, che la rendeva personalmente nota alla stampa²⁹⁸. Il cosiddetto primo lodo viene così incorporato nella proposta di legge parlamentare per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione, di cui il primo firmatario era ancora un deputato dell'opposizione, Marco Boato. All'originario disegno di legge, presentato alla Camera il 30 maggio 2001, e da questa trasmessa al Senato il 10 aprile 2003²⁹⁹, viene quindi aggiunto, all'inizio del giugno 2003, allorché era già iniziata la trattazione del disegno di legge Boato in assemblea, l'emendamento 1.500 Schifani, D'Onofrio, Nania e Moro che riproduceva esattamente il contenuto dell'originario lodo Maccanico. L'emendamento in questione è accolto dall'opposizione in un modo che fa emergere una netta divisione al suo interno: non solo i suoi autorevoli esponenti si dichiarano favorevoli alla soluzione dell'immunità ma anche dal mondo della dottrina emergono posizioni favorevoli all'adozione del provvedimento tramite lo strumento della legge ordinaria³⁰⁰. La minoranza è tuttavia incapace di perseguire soluzioni alternative o di opporsi unitariamente al provvedimento che il 5 giugno viene approvato senza difficoltà dalla maggioranza³⁰¹. Dopo soli tredici giorni (e due sole sedute di un pomeriggio ciascuna) la Camera approva definitivamente la legge 140/2003: in tale sede l'opposizione presenta non più di 65 emendamenti sull'art. 1 e decide di abbandonare l'aula al momento del voto finale, rinunciando quindi a qualsiasi forma di ostruzionismo e

²⁹⁸ La prima notizia del lodo Maccanico sulla stampa italiana è del 31-I-2003: "Niente processi per i vertici istituzionali" (intervista ad Antonio Maccanico), in *Il sole 24 ore*, 31-I-2003, p. 10.

²⁹⁹ Il disegno di legge Boato rivelava già non pochi profili di dubbia costituzionalità, che vennero poi accertati con la sentenza della Corte costituzionale 390/2007 (si veda V. ZANON, *Il regime delle intercettazioni "indirette" o "occasionalmente" fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in www.federalismi.it, 2007). Il tema delle intercettazioni era di grande attualità nel periodo in cui era in discussione il lodo Schifani, se si pensa che già durante il governo Prodi il ministro Mastella aveva predisposto un disegno di legge particolarmente restrittivo, ripreso poi dal ministro Alfano all'inizio della XVI legislatura. L'imbarazzo dell'opposizione, che vede "ripescato" lo stesso testo sul quale già esistevano grossi dubbi di compatibilità costituzionale in merito alla libertà d'informazione è notevole: *Napolitano indica una via, intercettazioni bipartisan*, in *il riformista*, 11-VI-2008, p. 2.

³⁰⁰ La posizione dell'opposizione sull'opportunità di adottare il provvedimento con legge ordinaria o con legge costituzionale evolve rapidamente in meno di un mese. Nel maggio 2003 la prima ipotesi viene decisamente favorita: *Maccanico: la mia proposta? Ancora valida*, in *Il mattino*, 1-V-2003, p. 2. In difesa di tale soluzione anche alcuni ex giudici costituzionali come il presidente Giuliano Vassalli (*Vassalli: sì al lodo Maccanico, esclusi ministri e deputati*, *Il messaggero*, 8-V-2003, p. 2), il presidente Casavola (*Casavola, nessun rilievo dal punto di vista costituzionale*, in *L'avvenire*, 7-VI-2003, p. 9) ed il presidente Conso (*Conso: il lodo Maccanico non ferisce la Costituzione*, in *Il sole 24 ore*, 7-VI-2003, p. 10). Il clima cambia rapidamente, anche per effetto della posizione assunta dal Presidente Scalfaro, nettamente contrario all'ipotesi dell'immunità, da introdursi a tutto concedere attraverso il procedimento di revisione costituzionale. In tal senso evolve l'originaria posizione di Ds e Margherita, molto criticata dal resto della minoranza (Prc e Verdi): *Lodo Maccanico, l'Ulivo si divide sulla legge*, in *Il messaggero*, 29-V-2003, p. 3.

³⁰¹ Ottaviano Del Turco aveva proposto in commissione affari costituzionali di votare una legge-ponte a termine che coprisse il periodo di durata del semestre italiano di presidenza europea e precludesse ad una futura legge costituzionale con la quale disporre l'immunità. La "leggera opposizione" ha destato non poche perplessità nella stampa e nell'opinione pubblica: *Il lodo Maccanico passa al Senato senza ostruzionismo*, in *La stampa*, 5-VI-2003, p. 5.

continuando in parte a difendere l'incostituzionalità della legge³⁰². Non è tuttavia mancato chi, dall'interno della minoranza parlamentare, ha comunque additato questa situazione come foriera di un notevole scollamento tra l'opposizione interna e quella esterna, individuando altresì le ragioni fondamentali del comportamento remissivo di DS e Margherita: il desiderio del capo dello Stato che il lodo Schifani (ribattezzato da Cossiga proprio come “*lodo Ciampi*”) non venisse ostacolato nel suo *iter* parlamentare³⁰³. Ciò ha avuto ricadute anche sul seguito della legge ed aiuterebbe in parte a spiegare la decisione dell'Ulivo di non promuovere la raccolta delle firme già iniziata dall'Idv nei confronti della stessa legge 140/2003³⁰⁴.

Le posizioni dell'opposizione si chiarirono pochi mesi dopo, subito a seguito della decisione n. 24 del 20 gennaio 2004 con cui la Corte costituzionale aveva *folgorato* l'immunità prevista dall'art. 1, l. 140/2003 a favore del Presidente del Consiglio e dei Ministri, quando la minoranza giunge infine ad affermare (sostanzialmente leggendo fra le righe della decisione del giudice delle leggi) che l'immunità in questione non sarebbe introducibile nemmeno con legge costituzionale³⁰⁵. Interessante notare che proprio nella sentenza n. 24/2004 la Corte sembra sostanzialmente accogliere tutti i profili di incostituzionalità evidenziati nelle pregiudiziali n. 1 e 2 (Soda-Boato e Violante, sostanzialmente identiche) presentate il 17 giugno 2003 alla Camera (violazione del principio di uguaglianza *ex art.* 3 Cost., del diritto di difesa *ex art.* 24 Cost., della ragionevole

³⁰² Non è forse casuale che proprio in quei giorni l'opposizione fu più esterna che interna al Parlamento: *Il 18 giugno manifestazioni in undici città contro il lodo Maccanico*, in *La stampa*, 13-VI-2003, p. 6. *Norma inopportuna, non incostituzionale (intervista a Maccanico)*, in *L'avvenire*, 19-VI-2003, p. 7. Sulla decisione di abbandonare l'aula, che nel lessico parlamentare è segno, fin dal periodo che precedette l'avvento del centro-sinistra negli anni sessanta del secolo scorso, di imbarazzo sulla singola questione ma che non vuole precludere successivi accordi con la maggioranza, evitando così uno scontro troppo duro e compromettente, si veda *Con l'uscita di Udeur e Sdi al momento del voto del lodo Maccanico sono iniziate le manovre per il terzo polo fuori dall'aula*, in *Italia oggi*, 13-VI-2003, p. 1.

³⁰³ Vi è stato chi ha individuato nella protesta spontanea dei cittadini l'elemento essenziale per convincere la minoranza parlamentare del fatto che era necessario opporsi con più decisione al provvedimento in discussione alla Camera: “*Così la maggioranza ha votato velocemente per ordine del capo del governo e la minoranza ha votato velocemente per richiesta del capo dello Stato. (...) Il dibattito in aula era stato fiacco, come e forse ancor più che al Senato; senza essere preceduto da battaglie ostruzionistiche neanche in commissione, dove pure il regolamento consente interventi ben più incisivi che in aula. (...) Ebbene a metà pomeriggio è successo un fatto decisivo. Che i cittadini chiamati dai movimenti e dai girotondi romani si siano presentati davanti a Montecitorio*”. Così N. DALLA CHIESA, *Lodo Schifani, il voltafaccia di una politica incapace di un rapporto leale con i movimenti*, in *Europa*, 27-VI-2003, p. 10. Si vedrà nel capitolo IV quali siano stati i comportamenti che hanno permesso di riconoscere l'atteggiamento favorevole del Presidente della Repubblica rispetto all'approvazione del provvedimento in oggetto.

³⁰⁴ *Il referendum sul Lodo non convince l'Ulivo*, in *La stampa*, 27-VI-2003, p. 10. Si tratta di un comportamento coerente con la strategia referendaria dei maggiori partiti di opposizione già analizzata nel capitolo II, par.2. Il referendum sul lodo Schifani venne notevolmente osteggiato dal PD: *Di Pietro rinuncia al referendum*, in *la Repubblica*, 15-I-2004, p. 9. La richiesta preventiva di referendum (prima che la Corte si pronunci nel merito) assume quindi in questo caso una funzione schiettamente cautelativa, volta a “scattare” nel caso in cui la Corte decida per il mantenimento della legge.

³⁰⁵ Si veda *Lodo Schifani, il Polo verso una legge costituzionale*, in *La stampa*, 15-I-2004, p. 8.

durata del processo *ex art. 111 Cost.*)³⁰⁶. Sarà poi l'opposizione, ancora una volta, a riassumere quei medesimi argomenti pochi mesi dopo, quando la vicenda del lodo Schifani si trasformerà in quella del lodo Alfano. Sembra da un certo punto di vista che in questo caso la pronuncia della Corte abbia costituito un riferimento essenziale per determinare l'opposizione ad assumere in sede parlamentare, in occasione del nuovo lodo, una posizione decisamente più confacente al suo ruolo di contropotere costituzionale.

3. Il ddl 1442 (meglio conosciuto come lodo Alfano) recante l'introduzione della sospensione dei processi a carico delle quattro (non più cinque) più alte cariche dello Stato venne presentato alla Camera dei Deputati dal Governo il giorno 2 luglio 2008 come una versione del lodo Schifani, parzialmente corretta alla luce di alcune indicazioni già fornite dalla Corte Costituzionale. Fin dall'inizio il breve percorso parlamentare del nuovo disegno di legge denotò non poche distorsioni di tipo procedimentale: ci si riferisce innanzitutto allo stravolgimento della programmazione dei lavori parlamentari e alla riduzione della discussione a sole trentaquattro ore, con l'approvazione definitiva, il 22 luglio 2008³⁰⁷. Le opposizioni non avevano fatto mancare fin da subito le proprie rimostranze: segno di questa protesta è la lettera comune dei capigruppo Pd e Udc al Presidente della Camera volta a chiedere indarno una revisione dell'ordine del giorno³⁰⁸. Anche in commissione la minoranza sembrò adottare una strategia più convincente di quella adottata l'anno precedente³⁰⁹, presentando alla Camera 302 emendamenti³¹⁰, mentre questi furono solo 59

³⁰⁶ Qui si apprezza l'importanza della pregiudiziale di costituzionalità, atto parlamentare tipico che consente all'opposizione di manifestare ufficialmente non una generica contrarietà nei confronti di un determinato provvedimento legislativo ma un dissenso motivato dall'incostituzionalità dello stesso. Non è poi un segreto che la Corte costituzionale, quando deve procedere all'esame di un testo di legge, prende attentamente in considerazione i lavori parlamentari. In tal senso la pregiudiziale o comunque un'opposizione basata non su mere ragioni politiche ma giuridicamente argomentata può offrire un ausilio importante per il lavoro del giudice costituzionale, venendo quasi a iniziare una sorta di dialogo tra quest'ultimo e la minoranza parlamentare. In questo senso si potrebbe anche andare oltre e ipotizzare l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, III c. della l. 87/1953 laddove consente al Presidente del Consiglio di intervenire in giudizio in difesa della legge e non invece ai deputati che rappresentano l'opposizione parlamentare. Anche nel silenzio della legge tuttavia non è escluso che gli stessi parlamentari propongano di intervenire nel giudizio ai sensi dell'art. 4, c. 3 delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*. Sul tema si veda F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari al giudice costituzionale*, Padova, 2001.

³⁰⁷ La dottrina ha efficacemente messo in luce che l'esame alla Camera non ha superato le 23 ore (8 in commissione referente e 15 in assemblea) mentre quella del Senato è stata ancora più ristretta (5 ore in commissione, 6 in assemblea). Si veda per un'attenta analisi C. BERGONZINI, *A proposito dell'iter parlamentare della l. n. 124 del 2008*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Il Lodo ritrovato. Una quastio ed un referendum sulla legge n. 124 del 2008* (collana Amicus Curiae), Torino, 2009, pp. 47-50.

³⁰⁸ *Debutta l'asse Veltroni-Casini: il governo espropria le Camere*, in *Il corriere della sera*, 3-III-2008, pp. 8-9.

³⁰⁹ Ad attenuare tale affermazione bisogna tuttavia ricordare che negli ultimi giorni di giugno la stampa aveva registrato non pochi tentennamenti all'interno dell'opposizione, per cui il PD si sarebbe dichiarato, ancora una volta favorevole al lodo: *Sul lodo Schifani è scontro a sinistra*, in *La stampa*, 25-VI-2008, pp. 4-5. A limitare la responsabilità di una tale incoerenza si ricordi tuttavia che proprio in quei giorni si era anche parlato di un possibile scambio parlamentare: il Pd avrebbe offerto disponibilità ad dialogo in cambio del ritiro del lodo Alfano: *Veltroni: via il blocca-processi e il clima può cambiare*, in *La Repubblica*, 2-VV-2008, p. 2. Tale atteggiamento

al Senato, e dove vennero però nominati ben due relatori di minoranza, Ceccanti per il PD e Li Gotti per l'Idv. Per quanto riguarda il Partito democratico, ancora una volta il distacco dalla posizione moderata dell'Udc (che si asterrà sul provvedimento, seguendo la stessa linea che il PD sembrava dovesse seguire fino a pochi giorni prima) e l'avvicinamento a quella dell'Idv fu motivata probabilmente dalla pressione di quella che si è già definita l'*opposizione esterna*³¹¹. Tale dualismo si rifletté anche in aula, alla Camera e al Senato, al momento della discussione delle quattro pregiudiziali di costituzionalità, due del partito democratico (Soro-Sereni alla Camera, Finocchiaro-Zanda al Senato) e due dell'Italia dei valori (Donadi-Di Pietro alla Camera e Belisario-Li Gotti al Senato)³¹². Il dibattito sulla legge Alfano più che declinarsi in termini politici fu una sorta di prolessi del giudizio costituzionale, nel quale le parti offrirono la propria interpretazione del *dictum* della sentenza n. 24/2004. Una volta approvata la legge e firmata dal capo dello Stato, le differenze fra le due maggiori componenti dell'opposizione si distinsero nettamente in

di disponibilità di parte dell'opposizione, incoraggiato ancora una volta dal capo dello Stato (*Ma Napolitano insiste: serve il lodo Schifani*, in *La stampa*, 26-VI-2008) risulta una fedele applicazione del principio del male minore, se si considera che entrambi i provvedimenti denunciavano gravi vizi di costituzionalità: C. F. GROSSO, *Di male minore in male minore...*, in *La stampa*, 25-VII-2008, p. 1, V. GREVI, *Il male minore*, in *Il corriere della sera*, 10-VII-2008, p. 1 (“nessuno scambio in termini di fungibilità è ammissibile tra l'uno e l'altro dei due progettati interventi legislativi, data l'enorme differenza nei rispettivi contenuti e nei conseguenti effetti”); *Blocca-processi e lodo Alfano: no di cento costituzionalisti*, in *Avvenire*, 4-VII-2008, p. 11, A. PACE, *Il blocca-processi è anticostituzionale*, in *Europa*, 20-VI-2008, p. 1, A. MANZELLA, *Il blocca-processi e la Costituzione*, in *la Repubblica*, 4-VII-2008, p. 30. L'atteggiamento dell'opposizione Pd è ancora meno comprensibile se si ricorda che, una volta approvato il lodo Alfano, questi abbia ancor più duramente osteggiato il pacchetto-sicurezza (ben 1200 emendamenti alla Camera) una volta che la norma blocca-processi era stata notevolmente attenuata nella sua portata (blocco solo se deciso dal magistrato e solo sui reati meno gravi). Si veda *Si della Camera al lodo Alfano. Ridotto il blocca-processi*, in *Avvenire*, 11-VII-2008, p. 11. Si potrebbe dire in questo senso che ogni provvedimento legislativo è qualcosa a sé e che, benché sia possibile al limite effettuare un giudizio di bilanciamento con riferimento ad uno stesso disegno di legge nel suo complesso, tale operazione è molto più discutibile se applicata a provvedimenti diversi. Esempio di questa negoziazione che non ha nulla in comune con il bilanciamento è l'intervista all'on. Mantini: *Se modificano il blocca-processi voteremo col Pdl*, in *Il manifesto*, 11-VII-2008, p. 5.

³¹⁰ A tale proposito è da sottolineare che l'unico emendamento approvato è stato quello del deputato Pd Mantini, introduttivo della non reiterabilità della sospensione in caso di contiguità fra due mandati riferiti alla carica. In tal senso certo il testo è parzialmente migliorato ma così facendo l'opposizione contribuisce al miglioramento di un testo che essa non condivide nel merito. In questo senso si concorda con le parole usate dall'on. Donadi alla Camera: “(...) Per tale ragione, ancor prima di entrare nel merito dell'emendamento, noi siamo contrari ad ogni proposta modificativa, perché rispetto a ciò che noi riteniamo uno strappo, rispetto a quanto noi riteniamo essere l'introduzione di una norma contraria ai principi della nostra Costituzione, non è che una eventuale, ipotetica diminuzione della gravità della violazione possa trovare il nostro consenso. Noi siamo contrari a questa misura normativa in ogni sua parte, in ogni sua componente, nel suo complesso, e non la riteniamo in alcun modo emendabile o migliorabile”.

³¹¹ Secondo l'Udc ciò denota per il Pd la sconfessione dell'opera di mediazione del capo dello Stato: *Il leader Udc sbotta: ma così Walter penalizza il Colle*, in *Il corriere della sera*, 9-VII-2008, p. 5.

³¹² Le pregiudiziali sono di fatto uguali, e sottolineano la sostanziale identità del testo all'esame dell'aula rispetto a quello già censurato dalla Corte, la cui pronuncia viene ampiamente citata nei due testi. La più corposa ed originale è senza dubbio quella dell'Idv al Senato che, sola, prospetta l'incostituzionalità del provvedimento anche laddove venisse adottato con legge costituzionale. Appare invece strano che l'opposizione non abbia in alcun punto denunciato (se non incidentalmente nella pregiudiziale Soro-Sereni) l'unico vizio nuovo del provvedimento, quello della violazione del giudicato costituzionale ex. art 136 e 137 Cost.

merito alla possibilità di chiedere il referendum sul lodo Alfano, come già successo per la legge 140/2003³¹³. In particolare vi fu una netta distinzione fra PD che, dopo l'approvazione di una legge considerata incostituzionale, invocò con fiducia e rispetto della sua autorità, l'intervento del giudice delle leggi, mentre l'Italia dei valori, pur non escludendo che qualche giudice potesse sollevare la questione di costituzionalità, in via cautelativa, preferì percorrere direttamente le vie referendarie.

Tra le due strade, non necessariamente alternative, la seconda appare più idonea ad assicurare una soluzione certa del conflitto tra maggioranza ed opposizione (non essendo affatto scontato che qualche giudice sollevi la questione o che la Corte la ritenga fondata), rispondendo così più pienamente alla logica maggioritaria e soprattutto all'esigenza di risolvere il *conflitto politico-costituzionale*. La posizione del PD, ugualmente legittima ma strategicamente meno rispondente alla concezione dell'opposizione come contropotere, rende il giudice delle leggi l'unico responsabile *a posteriori* della censura della legge. Invece la logica referendaria, se correttamente intesa nella dinamica istituitasi fino ad ora nella prassi (richiesta di referendum – censura/convalida della legge da parte della Corte – ammissione del quesito referendario – celebrazione del referendum) consente all'opposizione di non *deresponsabilizzarsi* davanti al giudice delle leggi, sostenendo le sue ragioni anche in sede di decisione sull'ammissibilità del quesito (ciò che può avere effetti rilevanti anche nel giudizio incidentale sulla stessa legge) per poi continuare legittimamente la sua battaglia politica anche dopo un'eventuale pronuncia di accoglimento parziale o di rigetto della questione di costituzionalità.

9. Segue: Un impedimento legittimo?

Se certo il caso della legge 51 del 7 aprile 2010 si presenta come qualcosa di profondamente diverso sul piano processual-penalistico, non è sostanzialmente improprio considerarla come la sostanziale prosecuzione della sequenza di lodi trattata in precedenza. La profonda contiguità con il caso di cui si è già detto è evidente se si pensa che l'*iter* parlamentare del legittimo impedimento, fin dall'inizio (dicembre 2009), ha ricalcato sostanzialmente quello del lodo Alfano: anche in questo caso la maggioranza aveva presentato alle Camere due diversi testi³¹⁴, quello sul legittimo impedimento e quello sul

³¹³ Anche in questo caso la contrarietà del Pd alla raccolta delle firme è stata decisa: *Parte il referendum di Di Pietro, Pd diviso*, in *La Repubblica*, 31-VII-2008, p. 7. Farà venire meno il referendum la pronuncia della Corte, che come è noto si è espressa il 7 ottobre 2009 (sent. 262/2009) per l'incostituzionalità del dc lodo Alfano.

³¹⁴ Il testo sul processo breve, S. 1880, *Misure per la tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi*, è presentato da Maurizio Gasparri alla Camera il 12 novembre 2009 mentre la legge sul legittimo impedimento (poi legge n. 51/2010) giunge alle Camere l'8 maggio 2008 da Giuseppe Consolo.

processo breve. In altre parole si cercava in questo modo di indurre l'opposizione a voler favorire il provvedimento meno dannoso per il sistema giudiziario nel suo complesso³¹⁵. Questa volta tuttavia l'opposizione si divise: il Pd sembrava aver capito che la negoziazione non era in alcun punto ipotizzabile e si allontanava dalla linea moderata dell'Udc³¹⁶. L'inizio dell'esame parlamentare del legittimo impedimento, una volta abbandonato il processo breve, si preannunciava difficile se si pensa che era in tale sede che il Governo aveva introdotto la disposizione più discussa, quella che avrebbe attribuito al Presidente del Consiglio il potere di certificare la legittimità del proprio impedimento: questo emendamento del Pdl aumentava decisamente la distanza tra maggioranza ed opposizioni³¹⁷. Alla Camera erano stati presentati 300 emendamenti e si delineava una netta divisione dell'opposizione: l'Udc votava con il Pdl a favore del provvedimento e tra le fila del Pd vi era chi parla del provvedimento come di una esplicita sfida della maggioranza alla Corte costituzionale³¹⁸. Al Senato erano stati presentati in commissione 400 emendamenti dall'opposizione, che in aula erano diventati 1790. Il tenore delle pregiudiziali di costituzionalità appariva interessante: alla Camera una del Pd e una dell'Idv. Quest'ultima richiamava esplicitamente la giurisprudenza della Corte sulle immunità delle più alte cariche dello Stato. Delle tre pregiudiziali presentate al Senato la prima (Li Gotti-Belisario) si distingueva invece per la sua struttura: più che una questione pregiudiziale si ha l'impressione che si trattasse di una vera e propria memoria giurisdizionale di ben dodici cartelle che assumeva le forme di una delibera parlamentare e nella quale si argomentava citando diffusamente la giurisprudenza costituzionale, individuando i parametri che sarebbero stati poi assunti effettivamente come tali anche nel successivo giudizio costituzionale sulla legge n. 51: l'art. 3 e il 138 Cost³¹⁹.

³¹⁵ *Pdl al bivio tra processo breve e legittimo impedimento, Pd e Udc disponibili al confronto a patto che si abbandoni la legge che manderebbe al macero migliaia di processi*, in *La Gazzetta del mezzogiorno*, 4-XII-2009, p. 2. Accogliendo le indicazioni dell'Udc quella sul legittimo impedimento avrebbe dovuto essere una legge-ponte e a termine (della durata di 18 mesi) prima dell'approvazione del lodo Alfano con legge costituzionale. La possibilità di trovare un nuovo testo che potesse destare l'interesse del Pd ed essere usato come "esca" era evidente. Con il passare dei giorni l'opposizione vacillava nella sua coerenza: *Accordo possibile su legittimo impedimento e bozza Violante*, in *Il fatto quotidiano*, 20-12-2009, p. 2. L'accantonamento del processo breve (come precedentemente quella del blocco-processi) una volta avvicinata parte dell'opposizione non è passato inosservato: *Retromarcia sul processo breve, arriva il legittimo impedimento*, in *Terra*, 23-I-2010, p. 1.

³¹⁶ *Legittimo impedimento: c'è l'accordo Udc-Pdl*, in *La stampa*, 17-XII-2009, p. 8.

³¹⁷ *Legittimo impedimento "autocertificato". Le opposizioni insorgono*, in *il Messaggero*, 29-I-2010, p. 5. Anche all'interno della maggioranza tuttavia sembrano profilarsi problemi di compattezza: *Ma sul legittimo impedimento il premier teme il voto segreto*, in *La Repubblica*, 1-II-2010, p. 7.

³¹⁸ Così Massimo D'Alema in *Legittimo impedimento: è muro contro muro*, in *La Repubblica*, 3-2-2011, p. 11.

³¹⁹ La stessa Corte costituzionale giungerà alla stessa conclusione nella sentenza 23/2011: *"Si tratta, pertanto, di una disposizione derogatoria del regime processuale comune, che introduce una prerogativa in favore del titolare della carica, in contrasto con gli artt. 3 e 138 Cost."* Di più: ricorrendo al medesimo argomento "sostanzialista" patrocinato dall'opposizione in aula, tendente ad assimilare il legittimo impedimento ai precedenti lodi, la Corte concluderà: *"Per tutte queste ragioni, l'art. 1, comma 4, della legge n. 51 del 2010 produce effetti equivalenti a quelli di una temporanea sospensione del processo ricollegata al fatto della titolarità della carica, cioè di una prerogativa disposta in favore del titolare"*.

Il governo aveva deciso di porre una doppia questione di fiducia al Senato per impedire l'ostruzionismo e ciò aveva determinato l'Udc a votare a sfavore con Pd e Idv³²⁰. L'approvazione della legge avveniva quindi il 10 marzo, dopo un solo giorno di discussione.

Anche nel caso della legge n. 51 si riproduceva la situazione già verificatasi per i lodi Schifani e Alfano: alla promulgazione del capo dello Stato seguiva una pressoché contestuale ordinanza di rimessione del tribunale di Milano alla Corte Costituzionale (13 aprile) e il deposito del quesito referendario per l'abrogazione della legge presso la Corte di Cassazione da parte dell'Italia dei valori (14 aprile).

Nel caso del legittimo impedimento l'opposizione sembra aver dimostrato di aver acquisito una fermezza nella difesa dei principi costituzionali decisamente maggiore rispetto a quella osservata nei lodi Schifani ed Alfano, benché in questi due casi il rischio per il principio di uguaglianza fosse decisamente più diretto ed esplicito, come la stessa sentenza della Corte sul legittimo impedimento sembra far presupporre. La legge è stata infatti sottoposta, come noto, al doppio consecutivo intervento della Corte Costituzionale, che è giunta a *"toglierle il veleno"* attraverso una sentenza di accoglimento parziale³²¹, e del referendum abrogativo che ha definitivamente eliminato la legge n. 51.

Quanto detto ci consente di individuare una delle caratteristiche più rilevanti nel rapporto tra Corte e Parlamento degli ultimi quindici anni (e quindi dall'inizio del sistema maggioritario), ovvero la sempre più evidente prossimità tra la fase del procedimento legislativo e quello del giudizio di costituzionalità. Ciò è certamente dovuto alla sempre maggiore conflittualità che investe, anche sotto un profilo di diritto costituzionale, i provvedimenti legislativi. In questo senso la soluzione di continuità tra scontro politico e scontro processuale è ridotto al minimo e il giudizio di costituzionalità spesso rappresenta una sorta di sublimazione giuridica del primo; lo stesso giudice *a quo* viene a configurarsi quasi come un filtro tra l'opposizione e la Corte costituzionale, venendo così a definire di fatto una sorta di succedaneo del ricorso delle opposizioni alla giustizia costituzionale. Nei dibattiti parlamentari cui si è fatto riferimento lo sforzo della maggioranza sembra essere più quella di dimostrare "all'esterno" la costituzionalità della propria scelta legislativa, quasi a voler convincere della legittimità del provvedimento più la Corte costituzionale che

³²⁰ In questa occasione il Pd ha presentato da solo ben 1400 emendamenti; Ceccanti afferma *"il nostro atteggiamento non può essere che di totale ostruzionismo"*, in *Fiducia sul legittimo impedimento*, in *Il sole 24 ore*, 9-III-2010, p. 19.

³²¹ Questa espressione è tipica della dottrina costituzionalistica francese, che la usa proprio per definire l'effetto delle riserve d'interpretazione del Conseil Constitutionnel. Sulla decisione in parola, che si analizzerà nel capitolo V, la dottrina ha annotato: *"A larga maggioranza, infatti, i giudici della Consulta hanno svuotato dall'interno il grande scudo in difesa del premier e dei suoi ministri: non è conforme a Costituzione che il legittimo impedimento venga "autocertificato" dal diretto interessato, non è conforme a Costituzione che il legittimo impedimento possa durare per sei mesi continuativi, rinnovabili all'infinito. Al contrario, le disposizioni speciali per gli uomini di governo devono essere interpretate in conformità al codice di procedura penale, che disciplina i casi di legittimo impedimento per i cittadini "comuni". E la valutazione della serietà dell'impedimento è rimessa al giudice del processo, e non a Palazzo Chigi"*, L. CUOCOLO, *La Corte boccia l'immunità*, in *Il secolo XIX*, 14-I-2011.

L'opposizione parlamentare. Ciò è evidente nella vicenda dei lodi e del legittimo impedimento: da un certo punto di vista si riproduce in Italia la situazione che la Francia ben conosce nel momento in cui una legge ancora non promulgata viene censurata dal Conseil Constitutionnel. Il giudice delle legge agisce in questo caso come autentico colegislatore che emenda la legge e indica al Parlamento come renderla costituzionalmente accettabile. Similmente nei casi visti fin'ora lo sforzo del legislatore è tutto teso a soddisfare la "proposta emendativa" della Corte, sebbene in Italia ciò significhi necessariamente intervenire con una nuova e diversa legge. La sostanza non cambia: permanendo l'interesse alla legge del legislatore, questi deve necessariamente andare nella direzione indicata dalla Corte in quanto, come visto, la giustizia costituzionale, così come il referendum, possiede un potere di censura inesauribile (non solo formalmente ma anche sostanzialmente, come il caso analizzato dimostra ampiamente).

La somiglianza negli effetti tra referendum e giudizio costituzionale sul provvedimento legislativo può essere estesa alla stessa decisione del Presidente della Repubblica di rinviare o meno la legge alle camere. In altre parole si vuol dire che quando il capo dello Stato decide di esercitare il potere *ex art. 74 Cost.*, anch'egli interviene sul contenuto della legge³²². Essendo il suo un veto sospensivo, egli non gode tuttavia di un vero e proprio potere di censura ma è chiaro che laddove il circuito dei contropoteri funzionasse correttamente il rinvio presidenziale sarebbe il vero campanello d'allarme per la legge prima di giungere al processo costituzionale³²³. Non casualmente i gruppi parlamentari che risultano più attivi in ambito referendario sono anche quelli che rivolgono gli inviti più pressanti al capo dello Stato, come si vedrà, perché eserciti il suo potere di rinvio³²⁴. Come si vede anche nella pratica il circuito dei contropoteri dimostra la sua inevitabile unitarietà.

³²² Si veda il prezioso lavoro di I.RICHIR, *Le président de la République et le Conseil Constitutionnel*, Paris, 1998 che sottolinea con accuratezza lo stretto legame che anche in Francia si crea tra giudice delle leggi e capo dello Stato nella delicata fase che precede la promulgazione della legge, laddove il Conseil Constitutionnel può agire sostanzialmente come terza camera che propone gli emendamenti idonei a rendere la legge compatibile con la Costituzione.

³²³ Mutuando i termini del procedimento legislativo comunitario potremmo dire, accennando solo incidentalmente quanto sarà detto al capitolo successivo, che il Presidente interviene con un potere di legislatore consultivo, laddove la Corte agirebbe sostanzialmente come codecisore. Vi sono anche casi in cui il Presidente diventa lui stesso colegislatore: ciò non solo in *positivo* (per quella che si identificherà come dottrina Ciampi) ma anche in *negativo* come nel caso del rifiuto dell'emanazione di un atto normativo. L'ultimo caso di questo tipo è stato il decreto-legge del governo Berlusconi sul caso Englaro: *Quel decreto non lo firmo. Il coraggio di Napolitano*, in *l'Unità*, 7-II-2009, pp. 6-7. I casi di rifiuto di emanazione di atti con forza di legge nella storia repubblicana sono stati (almeno ufficialmente) quattro. Oltre a quello citato si ricordino i precedenti di Pertini (24/6/80) sulla verifica delle sottoscrizioni per referendum abrogativo e 3/6/81 sulla disciplina delle prestazioni del servizio sanitario, Cossiga (3/7/89) sul decreto-legge in materia di profili professionali del personale Anas e Scalfaro (7/3/93) sul decreto-legge in materia finanziamento pubblico ai partiti.

³²⁴ Sia detto solo incidentalmente che stigmatizzare tali richiami delle opposizioni al capo dello Stato, adducendo la loro natura poco opportuna e idonea ad inquinare con giudizi politici il giudizio tecnico del Presidente, risulta una posizione decisamente insostenibile. Basti solo pensare che nell'ordinamento francese

10. Segue: Tra nuovi diritti fondamentali e diritti sociali costituzionali

Similmente a quanto avvenuto in Italia, anche in Francia negli ultimi anni il legislatore si è contraddistinto per un atteggiamento decisamente polemico nei confronti dell'ordine giudiziario: molti dei più importanti e recenti provvedimenti legislativi votati dal parlamento di Parigi recano indirettamente quest'impronta.

1. Fra questi il caso di *Hadopi*³²⁵, la legge n. 669/2009, che prende il nome dall'alta autorità che la stessa ha istituito, *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet*³²⁶. Il provvedimento in questione ha dato luogo ad un lungo ed interessante dibattito parlamentare tra le opposizioni e la maggioranza in punto di costituzionalità: in particolare per quanto riguarda la possibile (e pionieristica) configurazione dell'accesso ad *Internet* come diritto fondamentale collegato con la libertà di manifestazione del pensiero. Laddove ciò fosse vero ne deriverebbe che per limitare l'accesso ad *Internet*, come per qualsiasi altra restrizione di una libertà individuale, sarebbe necessario un provvedimento motivato di un'autorità giurisdizionale (nel testo della maggioranza l'intervento del giudice giungeva invece solo in seconda battuta, come possibilità del sanzionato di ricorrere ad esso per la revisione della decisione di *Hadopi*)³²⁷. I

il fatto che il Conseil Constitutionnel venga adito direttamente dalla minoranza parlamentare non ha mai costituito un elemento di sconveniente "inquinamento" politico della giustizia costituzionale.

³²⁵ Si vedrà poi come la regola della riserva di giurisdizione e della precostituzione del giudice naturale costituisce l'elemento centrale del dibattito che ha portato all'approvazione della legge relativa ai diritti e alla protezione delle persone sottoposte a cure psichiatriche, n. 803/2011. Come si vede qui è in gioco la tenuta di uno di quei *limiti* al potere che costituiscono (come già detto al capitolo I) il banco di prova fondamentale per i contropoteri.

³²⁶ La protezione del diritto d'autore ha subito in Francia importanti riforme negli ultimi dieci anni, in particolare per quanto riguarda la sua tutela informatica. Testo fondamentale, prima di *Hadopi*, è la cosiddetta *loi DADVSI (droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information)*, approvata il 30 giugno 2006 per recepire la direttiva europea del 2001 in materia di proprietà intellettuale. La *Dadvisi* prevedeva una risposta graduata alla violazione del diritto d'autore e dei *droits voisins* in *Internet* ma la sua applicazione, affidata all'autorità giudiziaria, è stata di difficoltosa e poco frequente. A distanza di solo un anno il legislatore è tornato a disciplinare la materia con la *loi Hadopi*, che introduceva appunto un'autorità indipendente deputata ad irrogare le sanzioni.

³²⁷ I dibattiti all'Assemblée sono ricchi di riferimenti in tal senso: "*Corinne Erhel: La mesure phare de la loi – la suspension de l'accès à Internet – est en contradiction totale avec les objectifs d'accès pour tous à Internet. Pour nous, celui-ci doit désormais être considéré comme un droit fondamental pour chacun (...). Patrick Bloche: « Tout d'abord, nous ne pouvons que nous inquiéter que la prise de sanction, telle la suspension d'un abonnement à Internet, soit confiée à une autorité indépendante. La compétence exclusive du juge pour toute mesure visant la protection ou la restriction de libertés individuelles est pourtant un principe rappelé à maintes reprises par le Conseil constitutionnel. Les mesures entraînant une restriction de la liberté individuelle de se connecter à Internet, outil de plus en plus indispensable à la vie quotidienne de chacun, sont suffisamment sensibles pour être*

deputati dell'opposizione non hanno mancato di far valere la loro posizione davanti al Conseil Constitutionnel, consolidando in un lungo ricorso i punti più controversi della legge, non mancando di fare riferimento anche alle recenti evoluzioni del diritto europeo in materia³²⁸. Si è trattato, come abitualmente accade, di una *saisine* annunciata: durante il corso dell'esame parlamentare delle leggi la stessa "minaccia" dell'opposizione, di adire la giustizia costituzionale in alcuni casi può costituire, nella strategia della minoranza, un elemento di *moral suasion* importante per cercare di modificare il testo in esame nel senso desiderato³²⁹. Non si può dire che l'atteggiamento con cui l'opposizione ricorre al Conseil sia di vera e propria fiducia: è ancora molto presente nell'attuale opposizione francese la convinzione che il Conseil Constitutionnel non abbia definitivamente abbandonato il suo atteggiamento permissivo nei confronti del legislatore³³⁰. Le *saisines* al giudice delle leggi, a giudizio di alcuni membri della minoranza, denotano spesso l'urgenza e la precipitazione con le quali vengono preparate, per lo più da costituzionalisti esterni all'agone parlamentare³³¹, dei quali sarebbe forse preferibile un coinvolgimento già nella fase della discussione parlamentare al fine di meglio orientare e qualificare il tono costituzionale del dibattito assembleare nonché per evitare una diversità di profili tra incostituzionalità rilevate in sede parlamentare e quelle esposte nel ricorso.

Non bisogna però credere che, per il Conseil Constitutionnel, accogliere una questione di costituzionalità voglia significare andare necessariamente nella direzione indicata dalla minoranza. Da un lato il giudice delle leggi, con una decisione rivoluzionaria (che ha in gran parte e sorprendentemente contraddetto il parere preventivo del Conseil d'Etat in merito alla compatibilità a Costituzione del provvedimento³³²) ha riconosciuto l'accesso ad *Internet* come un diritto individuale fondamentale e ha censurato la scelta del legislatore di sottrarre al sindacato preventivo del giudice ordinario l'interruzione della connessione informatica in chiave sanzionatoria, al verificarsi di violazioni del diritto d'autore da parte dell'internauta³³³. Al tempo stesso però proprio in virtù del principio di

prises par le juge et non par une autorité administrative'. Dal resoconto della seduta del 12 marzo 2006, www.assemblee-nationale.fr.

³²⁸ Nel maggio del 2009 il Parlamento europeo, sollecitato da una forte mobilitazione sociale, ha approvato l'emendamento 138/46 al pacchetto Telecom, che iscrive l'accesso ad *Internet* fra i diritti fondamentali. Per evitare tale riconoscimento il governo francese aveva addirittura tentato (con una strategia poi rivelatasi inutile) di far ritirare l'emendamento approfittando della sua semestralità di Presidenza. Questo è un esempio di come l'Unione Europea e il suo ordinamento, pur indirettamente, possono costituire contropoteri esterni fondamentali per sollecitare l'intervento dei contropoteri statali.

³²⁹ Anche nel caso Hadopi questo elemento non è mancato: "*Christian Paul: Je veux dire à M. le rapporteur et à Mme la ministre que ces questions de principe seront examinées à la loupe par le Conseil constitutionnel, que nous saisirons évidemment*". Dal resoconto della seduta del 12 marzo 2006, www.assemblee-nationale.fr.

³³⁰ Come si vedrà nell'ultimo capitolo, par. 6.

³³¹ Così nell'interpretazione di Jean-Jacques Urvoas, parlamentare PS, intervistato sul punto da chi scrive.

³³² *Avis favorable du Conseil d'Etat au projet de loi contre le piratage*, in *Le nouvel observateur*, 25-VI-2008.

³³³ Si veda N. LUCCHI, *La legge Création et Internet: la censure del Conseil constitutionnel*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 375 e ss.

uguaglianza il Conseil ha sostanzialmente attenuato la minuziosa diversificazione di sanzioni previste dal legislatore (la cosiddetta “risposta graduata”), determinando così un inaspettato inasprimento delle stesse, non desiderato nemmeno dalla stessa maggioranza parlamentare³³⁴. Il legislatore tuttavia non ha potuto ignorare la decisione del Conseil e il Presidente della Repubblica ha promulgato la legge amputata delle disposizioni dichiarate incostituzionali, comunicando che presto un nuovo progetto di legge sarebbe stato presentato per “sanare” la situazione prodottasi a seguito della censura. Ciò che è avvenuto con l’approvazione, il 15 settembre 2009, della *loi* detta *Hadopi 2*, nella quale si stabilisce che l’alta autorità deve necessariamente ricorrere al giudice laddove riscontri irregolarità nell’uso dello strumento informativo, in quanto solo l’ordine giudiziario può irrogare sanzioni che limitano la libertà di espressione del pensiero connesse all’uso dello strumento informatico.

2. La natura altamente politica del ricorso di costituzionalità al giudice francese delle leggi è rinvenibile facilmente nella considerazione che ogni anno, puntualmente, tutte le *lois de finances* sono oggetto dello scrutinio del Conseil Constitutionnel. Quest’attenzione (obbligata) del Palais Royal per provvedimenti che toccano non semplicemente la sfera delle libertà “classiche” ma anche quelle di stampo più propriamente economico sociale contenute in leggi a contenuto prettamente fiscale, è una dimensione del sindacato di costituzionalità ancora poco conosciuta alla Corte italiana (soprattutto in ragione della natura prevalentemente incidentale del sindacato) benché la sua rilevanza ed attualità appaia in tutta la sua estensione. Legare le ragioni politiche della contrarietà ad una disposizione fiscale a quelle di ordine costituzionale significa, da parte dell’opposizione parlamentare, comprendere la contiguità fra questi due profili e di farli valere davanti ad un giudice costituzionale che ha dovuto negli anni sviluppare una sempre maggiore sensibilità al tema dell’uguaglianza in materia contributiva. L’episodio della censura eclatante, nel dicembre 2009 della *taxe carbone* contenuta nella *loi de finances* per il 2010, in ragione dell’iniquità delle esenzioni che essa prevedeva, è stato in questo senso significativo. L’incostituzionalità della misura che, paradossalmente, giungeva a colpire con più rigore i produttori minori e meno inquinanti tramite un irrazionale regime di esenzioni, è stata sostenuta già in sede di dibattito parlamentare e poi confermata dalla *saisine* dell’opposizione³³⁵. Come ha infatti confermato il Conseil Constitutionnel nella sua decisione 2009-599 DC del 29 dicembre 2009: « *les régimes d'exemption totale institués par l'article 7 de la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges*

³³⁴ *Droits d'auteur: Donnedieu déçu, Le ministre de la Culture "déplora" le durcissement des sanctions contre le téléchargement illégal*, in *Le nouvel observateur*, 30-VII-2006.

³³⁵ Si fa riferimento in particolare alla terza seduta del 23 ottobre del 2009 all’Assemblée e in particolare al confronto in sede di dibattito tra Michel Bouvard (maggioranza UMP), Marc Le Fur e François de Rugy (opposizione) in merito anche all’interpretazione della giurisprudenza costituzionale in materia di *égalité devant l'impôt* (decisione TGAP 2000-441 DC).

publiques »³³⁶. Da un lato vi erano le ragioni del rispetto dell'ambiente e della lotta contro l'inquinamento (principi costituzionali sanciti anche nella Charte de l'environnement, ormai integrata al *bloc de constitutionnalité*) e dall'altra, appunto, il rispetto dell'uguaglianza in materia tributaria. Ciò in quanto ad avviso dei ricorrenti la tassa carbone veniva a colpire soprattutto i più modesti patrimoni lasciando sproporzionatamente illese le grandi proprietà. Il principio dell'uguaglianza in materia fiscale può come è logico giocare anche in senso contrario. Con la decisione 2012-654 DC il Conseil, adito dall'UMP contro la patrimoniale inserita nella *loi de finance rectificative* del 2012, voluta dal governo Ayrault (e facente parte integrante del programma del Presidente Hollande), ha infatti stabilito che l'aliquota eccezionale del 75% sui redditi che eccedono il milione di euro viola quello stesso principio. Ciò che appare interessante in questo caso è notare come uno stesso principio costituzionale possa essere fatto valere in senso opposto ma per le medesime ragioni di equilibrio, da contrapposte parti politiche. Non solo: il tema dell'uguaglianza in materia tributaria denota la sovrapposizione tra posizioni e visioni politiche in campo economico (e di immediato impatto sulla collettività) e diritto costituzionale. Quest'ultimo quindi non sarebbe confinato ad essere in Francia elemento decisivo di confronto e decisione in merito a principi generali ed astratti con poche ricadute reali sulla cittadinanza ma anche in corrispondenza di problemi che toccano il discrimine tradizionale e più pregnante tra destra e sinistra. Criticabile o meno, questa posizione coraggiosa del Conseil quale mediatore nel campo più strettamente politico dei diritti sociali risale già alle decisioni sulle nazionalizzazioni del 1982 (132 e 139-82 DC) che tanto impatto ebbero nella sua affermazione quale contropotere democratico³³⁷.

L'affermazione dell'opposizione come contropotere in Francia va quindi di pari passo con quella del giudice delle leggi: più è ampia la vittoria riportata dalla minoranza nel contenzioso più è decisa anche l'emersione del Conseil constitutionnel come contropotere dell'Esecutivo.

11. La non-saisine dell'opposizione francese

³³⁶ Il principio dell'*égalité devant l'impôt* è stato sancito dal Conseil Constitutionnel fin dalla decisione n. 51 del 1973, come attentamente osservato da O. FOUQUET, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011. Benché tale imponente giurisprudenza costituzionale non sia stata citata che incidentalmente nel corso dei lavori parlamentari, si conferma anche nel caso del dibattito della legge finanziaria del 2010 la strategia dell'opposizione basata sul richiamo alla Costituzione come *caveat* indirizzato al Governo e alla sua maggioranza, preliminare alla *saisine* della minoranza.

³³⁷ Si veda L. FAVOREAU (a cura di), *Nationalisations et Constitution*, Paris-Aix-en-Provence, 1982.

Non sempre l'atteggiamento della minoranza francese davanti alla giustizia costituzionale permette di riscontrare una coerente continuità tra opposizione all'approvazione di una determinata proposta di legge e ricorso al giudice delle leggi. In molti casi (e certo di non secondaria importanza) la minoranza ha cautamente evitato infatti di adire il giudice delle leggi su provvedimenti governativi di notevole impatto sulle libertà fondamentali. I casi più recenti di questa ambigua strategia parlamentare sono probabilmente quelli della legge sull'interdizione del *burqa* negli spazi pubblici (*loi* 2010-1192 dell'11 ottobre 2010) e quello sulla riforma del regime delle cure psichiatriche (*loi* 2011-803 del 5 luglio 2011).

3. Nel primo caso, quello legato all'interdizione del velo, tutto il dibattito, tanto in sede di commissione che in aula, si concentrava proprio su una diversa interpretazione della Costituzione e, in particolare, sul conflitto tra l'esigenza del rispetto della libertà individuale e l'*objectif de valeur constitutionnel* dell'ordine pubblico sociale³³⁸. In linea generale maggioranza ed opposizione concordavano in sede di discussione sulla necessità di proibire il *burqa* ma le posizioni differivano notevolmente in merito all'estensione da assegnare a tale divieto. Mentre per la maggioranza esso doveva essere generalizzato ed esteso a qualsiasi luogo pubblico o aperto al pubblico, per la minoranza l'esigenza di graduare e limitare la prescrizione derivava dall'esigenza di non comprimere completamente il diritto di libera manifestazione del pensiero e della fede religiosa. L'interpretazione dell'opposizione, già espressa prima che la legge sull'interdizione totale e generale venisse presentata dal Governo alle camere³³⁹, era stata poi corroborata anche dal parere del Conseil d'Etat che,

³³⁸ La disputa si appunta quindi sul senso da dare all'art. 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi". La legge sarebbe legittima solo nel caso in cui alla nozione di ordine pubblico si desse una estensione limitata all'aspetto materiale (come tipicamente ha fatto il giudice italiano delle leggi). Tuttavia la nozione di ordine pubblico sociale (o immateriale) costituisce di fatto una particolarità dell'ordinamento francese, che lo distingue nettamente da quello italiano. Benchè il Conseil Constitutionnel non avesse mai riconosciuto in maniera esplicita la nozione di ordine pubblico morale (prima della decisione 613 del 2010 resa sulla legge di cui si tratta) il Conseil d'Etat aveva invece adottato tale prospettiva fin dall'arrêt *Société Les Films Lutétia* del 1959 e soprattutto, più recentemente, nell'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* del 1995, in cui il principio di tutela dell'ordine pubblico sociale si fonde e si rafforza con quello del rispetto della dignità dell'uomo. La nozione di *objectif d'ordre constitutionnel* è stata elaborata a partire dai primi ottanta del secolo scorso dal Conseil per giustificare la limitazione di alcune libertà costituzionali in nome di *valori* (occorre definirli come tali) desunti dal blocco di costituzionalità, quali l'ordine pubblico, appunto, nonché il rispetto della vita privata, la chiarezza della legge e la lotta alla frode fiscale. Si tratta di un catalogo ricco ed eterogeneo che la dottrina costantemente aggiorna: si veda recentemente P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnel*, Paris, 2006.

³³⁹ Sul punto si vedano le chiare prese di posizione del PCF e del PS espresse in occasione della *Mission d'information* realizzata all'Assemblée Nationale sul tema del velo, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf>, pp. 223 e ss.

consultato dall'Esecutivo in proposito, aveva ribadito la potenziale incostituzionalità di un eventuale divieto incondizionato³⁴⁰.

Fino alla fine della discussione parlamentare sia il Partito comunista che quello socialista si erano proclamati contrari al progetto di legge del Governo ma all'atto della votazione i deputati delle due opposizioni hanno deciso di non far valere le loro riserve nei confronti del progetto di legge in questione, avversato fino a quel momento, decidendo di non partecipare al voto definitivo per l'approvazione³⁴¹. In questo caso l'abbandono dell'aula si pone come scelta idonea a mascherare una divisione interna all'opposizione più che come una consapevole contrarietà nei confronti del provvedimento posto in votazione. La rinuncia ad esercitare fino in fondo l'azione oppositoria si è confermata poi nella decisione della minoranza di non ricorrere al Conseil Constitutionnel, paradossalmente motivata dal rischio che questa potesse essere censurata. Nell'inazione dell'opposizione è stato poi il Presidente dell'Assemblée Nationale ad adire il giudice delle leggi (evento di assoluta rarità nella storia della Quinta Repubblica³⁴²): ecco che da arma demolitoria nelle mani dell'opposizione la *saisine* diventa strumento confermativo e legittimante la decisione della maggioranza parlamentare³⁴³. Anche qui, come succede nel referendum italiano, se lo strumento di contropotere è utilizzato dalla maggioranza esso si rivela essere un'arma che rafforza il potere.

4. Se nel caso del *burqa* la decisione del PS di non adire il giudice delle leggi può essere forse giustificata da ragioni politiche, in quello della legge che nel 2011 ha riformato il regime francese del trattamento sanitario obbligatorio tale rinuncia appare decisamente inspiegabile. In questo caso la minoranza si è opposta fino in fondo, in sede parlamentare, al provvedimento del Governo³⁴⁴. La rinuncia alla *saisine*, che era stata invocata da più parti ed, in particolare dalle associazioni in difesa dei diritti dei malati, è stata probabilmente motivata da due ragioni: la prima è che il testo approvato, malgrado numerosi profili di dubbia costituzionalità, era stato scritto sostanzialmente sotto dettatura dal Governo che aveva recepito il monito del Conseil Constitutionnel (décision 2011-174 QPC) in merito alla necessità di integrare nella procedura del trattamento sanitario obbligatorio il controllo

³⁴⁰ L'*Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* è stato rimesso dal Conseil d'Etat al Primo Ministro il 30 marzo 2010 e, facendo leva proprio su ragioni di costituzionalità e convenzionalità, l'alta autorità amministrativa sconsigliava apertamente al Governo di scegliere la soluzione dell'interdizione generalizzata.

³⁴¹ Si veda *Pragmatique, le PS se convertit au projet de loi interdisant la burqa*, in *Le Monde*, 7-VII-2010.

³⁴² I precedenti casi di *saisine* del Presidente dell'Assemblée sono del 1976 e del 1994. Facile immaginare come in tutti e tre i casi (compreso quello del 2010) il Conseil Constitutionnel abbia sostanzialmente convalidato l'interpretazione costituzionale offerta dal Presidente (non solo quale alta carica dello Stato ma altresì come *speaker* della maggioranza). Diversamente facendo avrebbe messo in discussione la posizione presidenziale.

³⁴³ *Voile intégral : Jean-François Copé annonce la saisine du Conseil constitutionnel*, in *Le Monde*, 7-VII-2011.

³⁴⁴ Nella più importante seduta di discussione sul testo in questione, tenutasi il 16 marzo 2011 all'Assemblée, il dibattito fra maggioranza ed opposizione ruotava essenzialmente proprio sull'interpretazione da dare alla decisione 2011-174 QPC.

del giudice delle libertà entro e non oltre quindici giorni dalla disposizione della misura. La seconda ragione (ufficialmente indicata dal PS) potrebbe risiedere nel fatto che l'esistenza della nuova *question prioritarie de constitutionnalité* solleva ormai l'opposizione dall'onere di provocare l'instaurarsi del giudizio costituzionale, delegando quindi ai giudici ordinari il compito di far valere l'eventuale incostituzionalità della legge. Ciò è puntualmente avvenuto con la decisione 2012-235 QPC, che ha ulteriormente delegato al governo la modifica del nuovo testo per quanto riguarda le garanzie previste per gli *irresponsables pénaux* e quelli ricoverati in centri deputati al trattamento delle malattie più gravi (UMD), ovvero i malati più pericolosi per la legge non sarebbero assistiti da sufficienti garanzie ad evitare eventuali arbitri nella previsione della misura³⁴⁵.

12. Una possibile sintesi sull'opposizione

Tra le molte caratteristiche che si sono individuate nell'analisi dell'opposizione parlamentare come contropotere nei due Paesi l'uso sempre più accentuato del diritto costituzionale come elemento di scontro nell'arena parlamentare costituisce un fattore centrale. Si è visto anche come in Italia (indirettamente) e in Francia (più esplicitamente) l'opposizione “dialoghi” con il giudice delle leggi, non solo anticipandone le censure, ma anche successivamente all'intervento del giudice delle leggi, al fine di ribadirne e farne valere le ragioni.

In Francia, nonostante lo sfrangiamento della minoranza in almeno due componenti (PS e PCF), la compattezza ideologica dell'opposizione è notevole e ciò consente (insieme alla lunga storia dei partiti in questione) una certa solidità della linea oppositoria che, se a volte eccede in rigidità, non manca anche di denotare qualche debolezza, soprattutto per quanto riguarda i provvedimenti che toccano i temi della sicurezza e dell'ordine pubblico.

In Italia si è notato come l'opposizione davanti a temi tanto sensibili come quelli citati (nonché quelli che toccano la sfera della laicità³⁴⁶) abbia dimostrato una certa

³⁴⁵ Si veda *Le Conseil constitutionnel impose des meilleures garanties pour les malade jugés dangereux*, in *Le Monde*, 21-IV-2012.

³⁴⁶ Il caso Englaro, che sarà trattato nel capitolo successivo per quanto concerne il comportamento del capo dello Stato, è stato senza dubbio significativo, come detto, insieme al noto caso dei DICO del ddl Bindi-Pollastrini, di poco precedente (che tuttavia ha posto più un problema per la coerenza della coalizione nel suo complesso che per il singolo maggior partito d'opposizione), per mostrare a giorno le divisioni della minoranza sui temi del fine vita. Ciò è stato palese sia in occasione del voto sul conflitto di attribuzioni votato dalla Camera il 31-VII-2008 per superare la pronuncia della Cassazione (quando il PD uscì dall'aula per evitare che apparisse la divisione tra laici e teodem) sia al momento della discussione del provvedimento

incoerenza nel difendere la sua interpretazione costituzionale. Ciò la espone alle nefaste conseguenze ben conosciute dalla giustizia costituzionale, quelle del *revirement* di giurisprudenza³⁴⁷. Ciò produce effetti non indifferenti sulla forza ed autorevolezza di contropotere della minoranza parlamentare, soprattutto agli occhi dell'opinione pubblica e dell'opposizione *esterna*. Questo denota una modalità di azione parlamentare che poco ha dei meccanismi avversariali tipici di un sistema maggioritario e che rivela piuttosto la permanenza dei retaggi del consensualismo legato al sistema proporzionale *pre-1993*. Non si dimentichi l'influenza notevole che indirettamente il capo dello Stato esercita su queste dinamiche, riducendo al minimo lo spazio di contestazione di un provvedimento in tutte le situazioni in cui il Presidente, dopo il passaggio al sistema maggioritario che imporrebbe una evidente e maggiore concorrenzialità fra parti politiche, ha assunto un ruolo di ambigua definizione e volto il più delle volte a favorire soluzioni compromissorie alle contrapposizioni politiche. La dottrina Ciampi della *moral suasion* è una sorta di trasposizione in ambito presidenziale di quella negoziazione legislativa che nel sistema proporzionale si svolgeva prevalentemente fra forze di maggioranza e quelle di opposizione. Vedremo ora le implicazioni di tali prassi presidenziali che mettono in discussione non solo il ruolo di contropotere del capo dello Stato ma anche della stessa opposizione.

d'urgenza in seno alla prima commissione affari costituzionali. Si veda riassuntivamente l'interessante anamnesi di Ignazio Marino: *Sul testamento biologico il Pd abbia una voce sola*, in *L'Unità*, 7-VIII-2008, p. 18.

³⁴⁷ L'applicazione della tesi del *revirement* allo studio dell'opposizione non appare troppo azzardato se si considera che la stessa teorizzazione del cambiamento di posizione come minaccia per l'autorità delle decisioni della giustizia costituzionale appare come uno dei capisaldi delle regole non scritte che regolano la quotidianità del giudice costituzionale e del suo inevitabile realismo giurisprudenziale. Si veda sul punto (mai organicamente studiato in Italia) l'originale T. DI MANNO, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Paris, 2006, pp. 135 e ss.

IV

I CONTROPOTERI NEL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO: PRESIDENTI DELLA REPUBBLICA E CONSEIL D'ETAT

1. Funzione di indirizzo costituzionale e garanzia dell'unità nazionale

La letteratura dedicata al capo dello Stato è sicuramente una delle più generose ed imponenti nell'ambito del diritto costituzionale italiano ma non è forse vero che tutto è stato detto sul Presidente della Repubblica, se si considera che certo la dogmatica ha uno spazio d'indagine limitato ma la prassi fornisce inesauribili elementi di riflessione per l'analisi e la realtà delle istituzioni. Motiva probabilmente tale interesse per la suprema magistratura repubblicana l'inafferrabilità del ruolo presidenziale che, malgrado l'enumerazione puntuale dei poteri ad essa attribuiti in Costituzione, più che ad un prevedibile esercizio delle funzioni, sembra essere profondamente determinato dallo *stile* della singola persona che di volta in volta ne ricopre l'ufficio, deputata ad incarnare quello che potrebbe definirsi come *elemento identitario* della democrazia.

Il fascino della figura presidenziale, arricchito dalla sua più o meno diretta derivazione da quella regale, discende anche da quell'annoso e suggestivo dibattito inaugurato da Hans Kelsen e Carl Schmitt in merito all'identificazione del *custode* del patto costituzionale, in altre parole: il sommo contropotere. Non ci addentreremo tanto oltre, anche se è evidente che ogni identificazione del capo dello Stato quale garante della democrazia costituzionale non può smarrire i fondamenti e le coordinate essenziali di questa celeberrima disputa che colora indirettamente in senso ideologico il dibattito sulla natura e sulla definizione del ruolo presidenziale. Nemmeno è necessario professare una preferenza per una figura presidenziale forte o debole: il *punctum crucis* del problema è definire se e come il Presidente debba essere garante dell'ordine costituzionale nella sua complessità³⁴⁸.

³⁴⁸ L'idea del Presidente quale custode del patto costituzionale è accolta sostanzialmente con unanimità dalla dottrina, che si divide piuttosto in merito all'intensità da dare a tale funzione, che oscilla da un minimo (il Presidente come potere costantemente neutro) ad un massimo (il capo dello Stato come detentore in ultima istanza dei poteri di riserva, nella lettura di Schmitt e Ballardore Pallieri). Lungi dal voler prendere

Per quanto riguarda questo lavoro non ci si concentrerà che su un unico versante dell'azione presidenziale, quello che riguarda il “contributo che il capo dello Stato offre” al compiersi del procedimento legislativo. Volutamente si usano le virgolette, proprio a sottolineare che non necessariamente, e non sempre opportunamente, il Presidente prende parte attiva nell'*iter legis*. Il suo coinvolgimento può variare molto a seconda delle circostanze e, soprattutto, a seconda dello stile presidenziale. Quello che si vuole proporre nel prosieguo è proprio una misurazione dell'intensità di tale partecipazione per valutarla alla luce della Carta costituzionale. Cardine del nostro ragionamento sarà sicuramente il potere di rinvio presidenziale delle leggi che, almeno secondo Costituzione, identifica l'atto tipico di questa inserzione del capo dello Stato nella procedura legislativa. Ciò implica chiaramente non solo un'analisi del rinvio presidenziale ma anche e soprattutto del “non rinvio”, allorché il capo dello Stato decide di non utilizzare il potere *ex art. 74 Cost.*

In questo senso non pare azzardato dire che tutto quanto si dirà nel seguito di questo lavoro è svolgimento dell'intuizione di Barile secondo cui il Presidente è titolare di quella *funzione di indirizzo costituzionale* della quale non sono mai state in realtà identificate le coordinate e le logiche implicazioni, che tuttavia appariranno tutt'altro che di fumosa ed inutile definizione. Se certo tale funzione presidenziale rimane sostanzialmente latente fino a quando il governo in carica esplica la propria funzione d'indirizzo di maggioranza (emergendo solo in fase di controllo puntuale degli atti dello stesso Governo) è nel momento in cui subentra la fase di crisi del gabinetto che il ruolo del Presidente della Repubblica emerge nella sua nettezza, risolvendo lo *stato d'eccezione* con la nomina dell'esecutivo subentrante³⁴⁹. In altre parole potremmo dire che se il Presidente è *potere* in presenza di situazioni eccezionali (quali sono quelle di crisi di Governo o nel caso in cui il

posizione sul punto (almeno per ora) si vuole professare una preferenza per quelle voci che in dottrina hanno privilegiato la funzione di controllo del capo dello Stato. Ci si riferisce tradizionalmente alle letture convergenti in tal senso di P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, p. 310, G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (note preliminari)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 1951, S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?*, in AAVV, *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984, pp. 24 e ss, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, pp. 97 e ss, G. MARANINI, introduzione a M. DUVERGER, *La repubblica tradita*, Milano, 1960, pp. 38 e, più recentemente, E. BETTINELLI, *I poteri del capo dello Stato nella stagione del “superpotere politico”*, in www.astrid-online.it.

³⁴⁹ Sul punto di veda V. ANGIOLINI, *Presidente della Repubblica e stati di crisi*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, p. 401. Da Esposito in poi il luogo comune della neutralità presidenziale dovrebbe oramai considerarsi superato. Ciò è tanto più vero proprio in costanza di crisi di governo. Come nota Silvestri, “*Il carattere della neutralità (...) deve non poca della sua fortuna ad un'ambiguità di fondo che l'ha contrassegnata fin dalle sue origini, (...) con la conseguenza di ingenerare spesso l'equivoco di un'estraneità alle contese politiche*”. Non è quindi possibile definire la posizione del Presidente come di “*indifferenza rispetto alle contese, assenza di opzioni personali. (...) Sembra astratto e semplicistico ipotizzare una equidistanza rispetto ai soggetti politici in disaccordo (...). L'equidistanza si risolve in una posizione agnostica e comporta la rinuncia ad ogni tentativo autonomo di indicare vie d'uscita dalla crisi*”. G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica dalla neutralità-garanzia al governo delle crisi*, in AAVV, *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica*, cit., pp. 457-459.

Governo in carica non sia immediatamente riconducibile al risultato elettorale), esso è invece ordinariamente *contropotere* dell'asse Governo-maggioranza parlamentare.

L'indirizzo costituzionale identifica innanzitutto (fuor di metafora) il modo in cui il Presidente interpreta il suo mandato e, soprattutto, il senso che esso conferisce alla sua funzione di controllo, la quale è essenzialmente anti-maggioritaria³⁵⁰. Per questo non si condivide appieno la differenziazione netta che la dottrina tradizionalmente compie tra la funzione presidenziale di controllo e quella di indirizzo politico³⁵¹. Al contrario: il Presidente esercita una forma di indirizzo politico proprio perché esercita una funzione di controllo. Ciò viene a configurare il capo dello Stato non solo vagamente come moderatore del sistema politico-istituzionale (cosa che vuol dire tutto e niente) ma, più decisamente, come *veto player*³⁵². La lettura che qui si accoglie del ruolo presidenziale vuole essere una sintesi delle intuizioni parzialmente dissonanti che la dottrina già citata ha avanzato sul tema. L'indefinibilità della figura presidenziale verrebbe proprio dal suo porsi alla cerniera tra la funzione del controllo giuridico di matrice galeottiana e quella dell'indirizzo politico lumeggiata da Barile, giungendo quindi a configurare la funzione del capo dello Stato come potenzialmente equidistante tra Corte Costituzionale e potere esecutivo, volto ordinariamente ad essere più prossimo al ruolo esercitato dalla Corte ma potendo eccezionalmente assumere un ruolo più improntato all'attivismo politico³⁵³.

Diversamente da quanto si suole ritenere la funzione attiva di controllo, lungi dall'essere esercizio dimidiato delle funzioni presidenziali, può essere configurata come una

³⁵⁰ Così secondo l'interpretazione di autorevole dottrina, che sottolinea come tale conclusione possa essere infirmata solo dalla tesi kelseniana che riduce la legittimità nella legalità e quest'ultima (opinabilmente) alla regola di maggioranza: A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, *Presidente della Repubblica e maggioranza di Governo*, AA.VV., *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica*, cit., pp. 73.

³⁵¹ Ripercorre questa tradizionale bipartizione A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi e autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente*, cit., p. 178. Considerando inscindibili i due aspetti del problema, non si comprende bene la posizione di chi, anche recentemente, è venuto ad indicare la necessità che il Presidente nell'epoca maggioritaria riduca il suo ruolo politico e accentui il suo ruolo di controllo: si veda M.C. GRISOLIA, *Alla ricerca di un nuovo ruolo del Capo dello Stato nel sistema maggioritario*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, pp. 579 e ss. Più convincente e lineare appare la ricostruzione offerta, ancora una volta da S. GALEOTTI, *Presidente della Repubblica e transizione costituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1996, p. 32 e ss. nonché C. CHIMENTI, *Il Presidente della Repubblica nel parlamentarismo maggioritario*, in *Nomos*, 2002, pp. 45 e ss.

³⁵² Ciò come correttamente messo in luce da A. PUGIOTTO, "*Veto player*" e dinamiche istituzionali nella vicenda del "lodo Maccanico", in *Quad. cost.*, 2004, pp. 264 e ss.

³⁵³ L'interpretazione che recentemente Omar Chessa ha offerto della collocazione del capo dello Stato nel sistema della forma di governo appare ineccepibile, non solo per quanto riguarda il riuscito tentativo dell'autore di riaffermare la legittimità del Presidente e di ribadire, anche nel sistema bipolare, la validità delle tesi di Barile, parlando dell'indirizzo politico costituzionale esplicitandosi nella funzione di veto politico: "*Tanto il Governo quanto il PdR sono privi d'investitura elettiva diretta ed ambedue mutuano "democraticità" nel Parlamento, unico organo che nella nostra forma di governo nazionale sia eletto direttamente dal corpo elettorale. (...) Solo presumendo che il capo dello Stato non disponga di minore forza di legittimazione democratica rispetto al Governo (e, in particolare, come vedremo rispetto al Presidente del Consiglio dei Ministri) è possibile riconoscergli un ruolo pienamente politico come organo d'indirizzo*", in O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, p. 53.

declinazione “forte” del ruolo presidenziale³⁵⁴. Semplificando molto si potrebbe dire che il capo dello Stato nella materia di cui si tratta, cioè in fatto di attività legislativa, può essere portato a improntare il suo atteggiamento privilegiando il suo ruolo di garante dell’unità nazionale (art. 83 Cost.) oppure quello di custode dell’ordine costituzionale (art. 91 Cost.). Nel primo senso il capo dello Stato si “ritirerebbe” nel *domaine réservée* della rappresentanza simbolica dell’identità statale, laddove nel secondo caso privilegerebbe un ruolo di controllo attivo di contropotere a tutela della legalità costituzionale³⁵⁵. Questo secondo idealtipo è quello che, fra i due stili presidenziali, corrisponde all’idea di contropotere che qui si vuole identificare.

Per quanto riguarda la Francia, il discorso sul capo dello Stato non potrà certo seguire la stessa traiettoria identificata nel caso italiano³⁵⁶. Se è vero che anche al Presidente francese è attribuito il potere di rinvio dall’art. 10 Const. (secondo il quale entro quindici giorni dalla trasmissione del testo di legge approvato dalle Camere il capo dello Stato può chiedere alle stesse una nuova deliberazione sul medesimo testo), è chiaro che – stante la strutturale diversità della figura presidenziale francese rispetto a quella italiana –, solo parzialmente il rinvio può essere configurato come potere di garanzia costituzionale nell’equilibrio della forma di governo delineata nella Quinta Repubblica. In Francia quindi la *faculté d’empêcher* del capo dello Stato sarebbe relegata ai periodi di *coabitazione*, esperienza ormai preclusa dall’instaurazione del quinquennato presidenziale con la riforma del 2000³⁵⁷, ma che sarebbe riproducibile sotto le vesti di una *coesistenza* (invero assai improbabile) tra un Presidente della Repubblica ed un primo ministro di opposto colore politico³⁵⁸. In questo senso va rintracciata l’ambiguità della figura presidenziale francese, considerata insieme come massimo organo di impulso politico e al tempo stesso garante degli equilibri istituzionali e custode della Costituzione secondo la precisa lettera del testo fondamentale

³⁵⁴ Ciò ci consente di prendere posizione su un altro *idola fori* legato tradizionalmente al ruolo del capo dello Stato: l’invocare l’imparzialità del Presidente maschera il più delle volte il tentativo di neutralizzarlo (anche quando apparentemente tale caratteristica è strumentalizzata per mettere il capo dello Stato al riparo da eventuali critiche) – operazione che, come si è visto, sussiste per ogni tipo di contropotere – “È un luogo fin troppo comune definire il capo dello Stato come *super partes*, ma la formula non merita la fortuna di cui sembra godere. Si tratta di una definizione di cui viene fatto un uso quasi esclusivamente polemico dalle opposte parti politiche: si elogia il Presidente come *super partes* quando sembra concordare con le nostre idee, lo si accusa di tradire il suo ruolo dimostrando di non essere *super partes* nel caso opposto. La formula perciò risulta poco vantaggiosa per definire giuridicamente il Presidente della Repubblica”, in G. LUCATELLO, *Atti formali ed attività informali nello svolgimento del ruolo della Presidenza della Repubblica*, in AAVV, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, p. 1008 e ss.

³⁵⁵ Quella del *domaine réservée* è la tesi che, nella forma di governo francese, definisce il ruolo del capo dello Stato nei periodi di *coabitazione* e comprenderebbe tutte quelle funzioni che, pur rientranti tradizionalmente nell’ambito del potere esecutivo, non spetterebbero al Primo Ministro.

³⁵⁶ Ci si muove in parte nella direzione indicata da M. CAVINO, *L’irresponsabilità del Capo dello Stato. Nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, 2008.

³⁵⁷ Si veda sul punto la diffusa analisi di J. C. ZARKA, *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle, majorité parlementaire sous la cinquième République (1986-1992)*, Paris, 1992, pp. 97 e ss.

³⁵⁸ Alla *coabitazione* succederebbe quindi il fenomeno della *coesistenza*, così come teorizzato da Guy Carcassonne, che tutt’ora però non si è verificato. Si veda G. CARCASSONNE, *Président et députés. 2007: la possibilité d’une coexistence*, in *Le Point*, 5-X-2006, p. 58.

(art. 5 Const.). Anche in Francia quindi si riproduce, come in Italia, una concorrenza tra presidenza della Repubblica e giustizia costituzionale nell'esercizio di questo ruolo di tutore dell'ordinamento costituzionale, che sarà opportuno valutare nel prosieguo³⁵⁹. La difficile definizione della figura presidenziale, al limite tra organo di garanzia e d'impulso, è poi ancora più complicata dagli equilibri che la storia della Quinta Repubblica ha messo in luce, per cui anche quando il Presidente della Repubblica e il Primo Ministro (e quindi l'Assemblée) sono del medesimo colore politico non necessariamente il primo determina unilateralmente la linea politica dell'esecutivo. Ai sensi dell'art. 20 Const. Il Primo Ministro infatti si vede riconosciuto il compito di determinare la politica del Governo, come in ogni altro regime parlamentare. Ciò avviene di fatto quando la funzione è ricoperta da una personalità particolarmente autonoma dal capo dello Stato ovvero (e più visibilmente) quando il Primo Ministro e il Presidente appartengono alla stessa coalizione ma a due partiti diversi (come fu per Chirac nel 1974 di fronte a Giscard d'Estaing *chef de la minorité de la majorité*), delineando così una sorta di "quasi-coabitazione"³⁶⁰. Anche a voler postulare la necessaria esistenza di un capo dello Stato politicamente dominante (come il più delle volte accade) non è certo detto quindi che questa situazione sia inevitabile né utile al rafforzamento della figura presidenziale³⁶¹.

Non si pensi poi che quella della coabitazione sia di fatto una situazione puramente francese. Anche nel nostro sistema, almeno a partire dal 1993 questa situazione, pur in un senso tutto particolare e che tiene conto della diversità tra i due ordinamenti, essa è configurabile. Da allora si versa in una situazione completamente diversa rispetto a quella del sistema proporzionale, quarantennio nel quale il Presidente per essere eletto doveva pur sempre raccogliere voti in quella che era l'unica possibile coalizione di governo. Si potrebbe dire che il caso di coabitazione in regime maggioritario sia stato la norma dal 1993 e non ha mancato di avere effetti di rilievo sugli equilibri politici³⁶².

³⁵⁹ Si veda il prezioso contributo di I. RICHIR, *Le président de la République et le Conseil Constitutionnel*, Paris, 1998.

³⁶⁰ La stessa posizione di irresponsabilità del Capo dello Stato, consacrata all'art. 68 Const. (classica di ogni regime parlamentare), è stata confermata da una *décision* del Conseil Constitutionnel del gennaio 1999 (98/408 DC): se il Presidente della Repubblica è irresponsabile non può "governare" in senso proprio. Ciò è tanto più vero nel corso della procedura legislativa, «*le Chef d'État n'intervenant juridiquement qu'en amont du processus parlementaire, lors de l'inscription des projets à l'ordre du jour du Conseil des Ministres et, en aval, par la promulgation de la loi. Le processus législatif proprement dit relève donc essentiellement du Gouvernement*», P. AVRIL, *Qui fait la loi*, in *Pouvoirs*, 2005, p. 92. La recente riforma costituzionale del 2008, che aveva inizialmente come obiettivo anche la modifica dell'art. 20 della Costituzione, per attenuare la responsabilità del Primo Ministro nella conduzione della politica del governo a profitto del capo dello Stato, ha poi abbandonato questa ipotesi presidenzialistica.

³⁶¹ «*Les sondages du passé révèlent que les Premiers ministres liés à un Président de la République deviennent facilement impopulaires. Au contraire les chefs de Gouvernement qui tiennent leur autorité que de la seule Assemblée Nationale ont conservé, jusqu'à présent, la faveur des Français*», P. AUVRET, *La qualification du régime: un régime parlementaire*, in *Revue du droit public*, 1998, p. 1522.

³⁶² Il Presidente Scalfaro venne infatti eletto da una maggioranza parlamentare nella quale non erano nemmeno rappresentati alcuni dei maggiori partiti vincitori delle elezioni del 1994. Il Presidente Ciampi, benché eletto con una larga maggioranza parlamentare, venne spesso accusato di essere di colore opposto rispetto a quello del Presidente del Consiglio nel quinquennio 2001-2006. Tale situazione divenne ancora più

Proprio in ragione di questa fisiologica diversità ordinamentale, che vede in Francia il Presidente partecipare al procedimento non tanto (*rectius*: non ordinariamente) in veste di controllore quanto di fatto in qualità di promotore dell'azione legislativa, si individuerà in un altro organo francese il vero e proprio interlocutore del Governo nella fase di istruttoria normativa, ossia il Conseil d'Etat. Per quanto informale possa essere questo accostamento tra il capo dello Stato italiano e l'alto consesso amministrativo oltremontano, esso viene a definire l'esplicazione di una comune funzione di controllo sugli atti legislativi, assegnata nei due ordinamenti a questi due organi costituzionali. E questo è ciò che ci importa.

2. *Gli atti dell'indirizzo politico costituzionale*

A sottolineare come la funzione di indirizzo costituzionale espressa dal Presidente non sia una semplice fumisteria dottrinale ma costituisca una verosimile descrizione del ruolo presidenziale, bisogna considerare i due momenti essenziali in cui il capo dello Stato esercita tale attività di controllo nei confronti dell'Esecutivo. Ci si riferisce all'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge del governo nonché alla promulgazione della legge e all'emanazione di decreti e regolamenti. Esula invece da questo studio un'analisi dell'altro potere fondamentale esercitato dal capo dello Stato: non tanto (o solo) quello di nomina dei membri del governo ma soprattutto quello di scioglimento delle Camere³⁶³. Non si dimentichi poi fra gli atti d'indirizzo costituzionale un altro frangente meno tipico ma altrettanto influente che è quello dei messaggi e delle esternazioni presidenziali, che costituiscono senza dubbio atti in cui la funzione presidenziale non si configura come meramente contenitiva nei confronti del potere ma più latamente impulsiva dello stesso³⁶⁴. Quanto si è detto è riassumibile nella convinzione che la ricognizione sugli

evidente durante il settennato Napolitano, capo dello Stato eletto da una maggioranza parlamentare certo non molto ampia (543 voti su 1009 componenti il Parlamento in seduta comune) e candidato dello schieramento di centro-sinistra.

³⁶³ A questo proposito sia detto solo incidentalmente come dopo il 1993 quella che si potrebbe definire la vulgata del diritto costituzionale ha invocato da più parti la necessaria auto-limitazione del potere di scioglimento. Al di là della contesa sulla natura duumvirlale o presidenziale dello stesso non si vede come a Costituzione invariata si sia potuto da più parti sostenere la sua atrofia, contraria alla lettera della Costituzione. Anche la prassi repubblicana ha confermato in tal senso e ripetutamente dopo l'avvento del fatto maggioritario come pure la minaccia dello scioglimento (e paradossalmente anche del non-scioglimento) possa essere importante fattore di veto e d'impulso del Presidente nei confronti delle Camere. Si ricordino i casi di Pertini citati da A. BALDASSARRE-C- MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985, p.245 e 265) nonché di Cossiga nel 1991 e di Scalfaro nel 1993.

³⁶⁴ Motzo elaborò la teoria sui poteri d'esternazione un anno prima che Barile delineasse quella dell'indirizzo costituzionale. In particolare il primo definì la funzione in questione come dovuta e coesistente al ruolo del capo dello Stato (e a tale interpretazione aderì lo stesso Barile): G. MOTZO, *Messaggio*, in *Enc. Dir.*, XXVI,

atti riassumibili nell'indirizzo politico costituzionale costituisca il modo più efficace per offrire una ricostruzione del Presidente quale contropotere³⁶⁵.

L'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi e la promulgazione sono gli atti tipici dell'attività d'indirizzo costituzionale con cui formalmente si apre e si chiude il procedimento legislativo. Per quanto riguarda il primo di questi due poteri non vi è molto da dire, se non che si tratta di un atto frequentemente considerato come dovuto³⁶⁶, il quale non ha mai suscitato un particolare interesse in dottrina. Tuttavia, configurare come pianamente necessitato l'atto dell'autorizzazione, non ha soddisfatto la migliore dottrina, attenta alla funzione presidenziale di controllo³⁶⁷. Se il potere di specie deve essere letto alla logica della funzione che spetta al capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale (ed in combinato disposto con il potere di promulgazione/rinvio) è necessario conservare ad esso la giusta dose di discrezionalità nell'esercizio. Opinare diversamente ci farebbe incorrere in non poche contraddizioni, prima fra tutte l'incongruenza di un comportamento presidenziale che prima autorizzi la presentazione di un disegno di legge (perché supposto dovuto) per poi esercitare sullo stesso – ipotizzando che non venga modificato in sede parlamentare – il potere di rinvio. Esisterebbe quindi una sorta di parallelo inevitabile fra i due poteri che delimitano l'*iter legis* o, per meglio dire, una necessaria coerenza fra i due atti che lo circoscrivono. La prassi si è tuttavia assestata in senso assolutamente non univoco e il problema dell'imprevedibilità dell'uso del potere medesimo si somma a quello dell'opacità con cui esso è esercitato³⁶⁸.

Milano, 1976, pp. 146 e ss. Aderisce a questa interpretazione M. DOGLIANI, *Il "potere di esternazione" del Presidente della Repubblica*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente*, pp. 225 e ss.

³⁶⁵ "Il Presidente va dunque considerato come uno dei vari organi costituzionali (...): dunque non se ne differenzia qualitativamente, neppure sotto il profilo della sua presunta neutralità: la Costituzione, nel momento stesso in cui conferisce al Presidente una delicata gamma di poteri, lo immette naturalmente nel (corsivo nostro) gioco delle forze politiche", M. MIDIRI, *La controfirma ministeriale*, Padova, 1988, p. 27.

³⁶⁶ L'originario progetto di Costituzione non prevedeva il potere di autorizzazione: fu solo a seguito delle rimostranze di Orlando (che lamentava l'eliminazione dell'iniziativa legislativa del Presidente) che esso venne introdotto. Detta prerogativa esisteva anche sotto la vigenza dello Statuto, in quanto la classica iniziativa legislativa regia si era trasformata di fatto in potere di autorizzazione, il quale rimaneva tuttavia meramente formale. Afferma Ruggieri: "Davanti a disegni ictu oculi incompatibili coi principi fondamentali della Carta (diciamo pure, a questi frontalmente ostili, ovvero sia – come altri preferisce dire –, più ancora che incostituzionali, anticostituzionali), il diniego di autorizzazione deve essere fermo e chiaro, senza tentennamento o cedimento alcuno", A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in www.astrid-online.it.

³⁶⁷ Il Galeotti, che alla luce della teoria dei controlli costituzionali, identifica la struttura analoga del potere di autorizzazione e di promulgazione, affermava che non solo il Presidente possa chiedere un riesame del testo sottopostogli ma anche rifiutare l'autorizzazione per ipotesi di grave incostituzionalità: si veda S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949, pp. 45 e ss. Simile impostazione (che si oppone all'idea dell'autorizzazione come atto dovuto, sostenuta tradizionalmente da Cereti e Crosa) è quella di A. PREDIERI, *Appunti sul potere del Presidente della Repubblica di autorizzare la presentazione dei disegni di legge governativi*, in *Studi sen.*, LXX, 1958, p. 303 e ss.

³⁶⁸ Nel più completo lavoro sull'argomento Guiglia mette in luce l'opportunità di notiziare in GU le autorizzazioni concesse dal Presidente: G. GUIGLIA, *L'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi*, Torino, 1991, p. 80. A tale proposito merita mettere in luce la diversità con cui i Presidenti hanno esercitato il

Decisamente più dirimente, rispetto al potere di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi, in quanto evocato con maggior frequenza dalla dottrina ed utilizzato nella pratica, è quel potere di rinvio che pur tuttavia è stato usato anch'esso nella storia repubblicana con una certa parsimonia e con variabili modalità dai Presidenti³⁶⁹, assumendo, come noto, una funzione senza dubbio diversa rispetto a quella inizialmente identificata dal costituente³⁷⁰.

Il potere di rinvio da un punto di vista strettamente giuridico (e al di là della prassi concreta del suo esercizio) accomuna strettamente le prerogative di cui gode il Presidente della Repubblica in Italia ed in Francia. Fu proprio all'opera della *Grande Costituente* che dobbiamo la prima definizione del primo prototipo moderno di veto reale sospensivo come drasticamente distinto dal modello della sanzione regia³⁷¹.

Nel complesso bisogna osservare che con il passaggio dal sistema proporzionale a quello maggioritario non si è registrato (almeno numericamente nei settennati Scalfaro e Ciampi) in Italia quell'affievolimento del potere di rinvio che ci si sarebbe potuti attendere³⁷². Sicuramente il Presidente della Repubblica non ha mancato di continuare ad

potere in questione. Se Einaudi lo valorizzava in via informale nel senso che il suo diniego valeva come coerente anticipazione del rinvio successivo, a partire da Segni il rifiuto assunse sempre più spesso una veste formale. I casi recensiti da Guiglia aumentano esponenzialmente durante il settennato Pertini, quando il potere di (non) autorizzazione diviene in realtà una richiesta di apportare cambiamenti ai disegni di legge per mezzo di una lettera formale indirizzata al Presidente del Consiglio.

³⁶⁹ Sul punto si vedano in particolare alcuni contributi monografici A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi e autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente*, pp. 171 e ss., P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi*, Milano, 2000, A. DE MARCO, *Il potere di rinvio alle Camere (un'interpretazione evolutiva)*, in *Il Filangieri*, 2005, pp. 183 e ss., S. CALZOLAIO, *Il rinvio delle leggi nella prassi*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 853 e ss., nonché soprattutto D. GALLIANI, *Il capo dello Stato e le leggi*, Milano, 2011 e R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, pp. 39 e ss.

³⁷⁰ Fu Einaudi, una volta eletto alla Presidenza, a dare al rinvio la configurazione di potere non solo formalmente presidenziale (secondo la tesi da lui stesso difesa in Costituente). Merita sottolineare che anche a proposito del rinvio delle leggi si riscontrarono in Assemblea costituente le stesse resistenze già emerse da parte del PCI e del PSI nei confronti degli strumenti di contropotere, come già visto a proposito del *referendum* (e come si vedrà anche in merito alla Corte Costituzionale). Si veda D. GALLIANI, *Il capo dello Stato*, p. 171.

³⁷¹ Il modello, poi abbandonato nelle costituzioni della restaurazione del 1814 e 1830, venne ripreso nella costituzione repubblicana del 1848. Il rinvio delle leggi venne poi riconfermato come potere presidenziale dalle leggi costituzionali del 1875 istitutive della III Repubblica (periodo durante il quale esso rimase inutilizzato, a significare il rilievo decisamente limitato del capo dello Stato in quegli anni). Solo con la IV Repubblica, dopo poco più di centocinquanta anni, il rinvio presidenziale ritornò ad essere potere effettivamente esercitato dal Presidente. Si veda D. GALLIANI, *Il capo dello Stato*, pp. 73 e ss.

³⁷² I rinvii presidenziali si mantengono infatti anche dopo il 1993 in una media simbolica di uno all'anno. Eccezioni notevoli sono certo quella di Cossiga (22 leggi rinviate in sette anni) e Napolitano (solo uno fin'ora). Per quanto riguarda la "stagione" maggioritaria Scalfaro ha esercitato il potere in questione a sei riprese, Ciampi in otto occasioni. Se si può quindi dire che, da un certo punto di vista, i rinvii esercitati da Ciampi rientrano nella media dei suoi predecessori, tuttavia le leggi nei confronti delle quali l'esercizio del potere di rinvio è stato invocato dall'opposizione e dalla dottrina è stato inusitadamente più frequente che in passato (e di conseguenza le leggi che avrebbero meritato un ripensamento erano ben più di quelle effettivamente rinviate). Riferirsi quindi alla sola valutazione numerica dei rinvii è fuorviante se, come si

usare tale potere: la continuità non è stata solo dal punto di vista quantitativo ma anche qualitativo, in quanto esso non è utilizzato per ogni legge per la quale potessero avanzarsi dubbi di costituzionalità e, *a fortiori*, per le leggi incostituzionali (cioè dichiarate tali in seconda battuta dal giudice delle leggi). Sostanzialmente, proprio nella non obbligatorietà del rinvio di una legge incostituzionale, si è detto da più parti, starebbe la fondamentale differenza tra il controllo esercitato dal capo dello Stato e quello della Corte Costituzionale³⁷³. Tale assunto sarebbe poi confortato dall'*effettività* del rinvio, che si è detto nella prassi repubblicana esser stato esercitato con estrema moderazione e in modo quanto mai episodico e casuistico. Trattandosi quindi di un potere presidenziale (e non di un obbligo a stretto rigore), bisogna tuttavia andare cauti: se il capo dello Stato non esercita il potere in considerazione davanti ad una legge ritenuta incostituzionale il suo comportamento è, a tutto concedere, giuridicamente lecito ma certo non mette il Presidente al riparo dalle critiche legittime che gli si possono muovere per il mancato esercizio dello stesso³⁷⁴. Configurare il rinvio in ogni caso (anche per vizio di costituzionalità) come mera facoltà viene a definire il potere del Presidente come libero e non (come più propriamente ci appare) discrezionale e giunge paradossalmente ad ampliare notevolmente la configurazione dello stesso in senso politico. Laddove invece, come più correttamente sembra, quello del Presidente è un ruolo che deve limitarsi allo stretto controllo, scevro di valutazioni politiche (strettamente implicate nella decisione, ad esempio, di non rinviare una legge incostituzionale), esso dovrà rinviare per ragioni di costituzionalità (ma non certo per motivi di mera opportunità). Quello che si è appena detto non risulta chiaramente e necessariamente dal testo costituzionale, ma è la diretta conseguenza della configurazione del capo dello Stato come contropotere costituzionale.

Al potere nominato e tipico di rinvio delle leggi la dottrina, confortata dalla giurisprudenza costituzionale, ha riconosciuto l'emergenza di un'altra prerogativa presidenziale, quella della possibilità riconosciuta al capo dello Stato di rifiutare l'emanazione dei decreti del Governo³⁷⁵.

vedrà, esistono leggi che per l'alta conflittualità del loro *iter* procedimentale e la dubbia costituzionalità del loro contenuto, hanno comunque passato indenni il vaglio presidenziale.

³⁷³ Così, secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina riferita da A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale*, cit., p. 178. L'argomentazione non è però pienamente convincente come si vedrà nel par. 4.

³⁷⁴ In dottrina vi è chi ha configurato il potere di rinvio come obbligo nel caso di leggi incostituzionali e come facoltativo per quanto riguarda le questioni di merito. Così autorevolmente L. PALADIN, *La funzione presidenziale di controllo*, in *Quad. cost.*, 1982, p. 317, G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 961 e P. BARILE, *I poteri del Presidente*, cit., p. 283.

³⁷⁵ "Ben più in là è andato un obiter dictum della sent. 406/1989 della Corte costituzionale, che viceversa riconosce al controllo del Presidente della Repubblica, in sede di emanazione degli atti del Governo aventi valore di legge, una "intensità almeno pari a quello spettante allo stesso Presidente sulle leggi", così R. BIN, *Sui poteri del Presidente della Repubblica nei confronti del Governo e della "sua" maggioranza*, in www.forumcostituzionale.it. Anche su questo punto la letteratura è vasta. Recentemente si veda G. SERGES, *Il rifiuto di emanazione del decreto-legge*, in www.astrid-online.it e M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in A. CERRI - P.

Visti per sommi capi quelli che sono gli atti di cui il Presidente si vale nella sua funzione di controllore dell'esercizio della funzione legislativa parlamentare si può osservare come si tratti di poteri che il capo dello Stato esercita (così come quello di nomina dei giudici costituzionali), secondo la dottrina più autorevole, *motu proprio*, senza una previa proposta governativa. In altre parole i poteri formalmente e sostanzialmente presidenziali sono quelli che descrivono il capo dello Stato nella sua essenziale funzione di contropotere.

Le due ultime presidenze italiane meritano di essere riguardate proprio sotto questo punto di vista e analizzate nella loro originalità proprio per il modo in cui hanno esercitato tale funzione di indirizzo politico costituzionale. Tra le tante variabili che possono essere messe in luce, quella delle leggi promulgate “con motivazione contraria”³⁷⁶ e/o a seguito dell'esercizio di un'attività di più o meno intensa di *moral suasion* da parte del capo dello Stato meritano sicuramente un'attenzione particolare.

3. Segue: Dalla dottrina Scalfaro alla dottrina Ciampi-Napolitano, tra rinvio delle leggi e moral suasion

Gli “uomini del Quirinale” che si sono succeduti alla Presidenza dall'avvento del *fait majoritaire* in Italia sono tre: Scalfaro, Ciampi e Napolitano. Dal punto di vista (particolare) del rapporto che essi hanno avuto nei confronti dell'asse Governo-Parlamento può essere messa in luce una decisa differenza che oppone il primo agli altri due³⁷⁷.

RIDOLA - P. HÄBERLE - D. SCHEFOLD (a cura di), *Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma, 2010, p. 139.

³⁷⁶ L'espressione perspicua è di Ruggeri, “*Si possono avanzare molte spiegazioni al riguardo, ma rimane il fatto che non si dispone di un'interpretazione "autentica" dell'inusitata iniziativa adottata. E così, per la prima volta nella storia della Repubblica, abbiamo finalmente quella "motivazione", ancorché informale, che da tempo la dottrina reclama per le leggi e (soprattutto) gli atti primari del Governo; solo che è qui una motivazione... contraria*”, in A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con "motivazione"... contraria?*, in www.forumcostituzionale.it. Diversamente dall'A., che esclude che l'introduzione con revisione costituzionale di una nuova figura di “promulgazione parziale” possa risolvere il problema per ragioni legate all'omogeneità dell'atto legislativo, bisogna supporre che il Presidente della Repubblica dovrebbe comunque essere certo provvisto di una lucidità sufficiente ad evitare di promulgare leggi incomplete ed incoerenti (e su questo punto l'esempio che si vedrà del caso francese è dirimente). La dottrina tuttavia ha più persuasivamente sottolineato (e con essa lo stesso Presidente Napolitano nella sua lettera del 22 maggio del 2010 in occasione della promulgazione – ancora una volta *critica* – della legge sugli incentivi) che l'introduzione di una “promulgazione parziale” forse ingenererebbe il problema di un Presidente libero di scegliere con troppa discrezionalità quali parti della legge promulgare (così R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit. pp. 63 e ss).

³⁷⁷ Sulla continuità tra la “teoria delle fonti” seguita dagli ultimi due presidenti si veda I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011, pp. 279 e ss.

La caratteristica più pregnante della Presidenza Scalfaro è riassumibile nell'icastica espressione del “*dogmatismo costituzionale*”³⁷⁸. Diversamente da quanto avvenne nel settennato Cossiga e di quanto si sarebbe poi verificato durante i settennati Ciampi e Napolitano, l'atteggiamento del Presidente nei confronti del Parlamento fu assai contenuto senza però abdicare alla funzione di tutore della Costituzione. Intendendo correttamente il rapporto tra ruolo del capo dello Stato e le leggi, Scalfaro evitò infatti con scupolo qualsiasi tipo d'intervento durante l'*iter legis*, per escludere una qualsiasi forma di “*condivisione di responsabilità politica di una legge della maggioranza*”, al fine di conservare l'ultima parola sulla legge in sede di (eventuale) promulgazione giungendo a definire esplicitamente il rinvio come “diritto-dovere” del capo dello Stato³⁷⁹.

Molto diverso l'*usus* inaugurato dalla presidenza Ciampi, che venne confermato dal Presidente Napolitano, volto da un lato a limitare ai profili della “manifesta incostituzionalità” le ipotesi di rinvio e ad anticipare l'intervento sulla legislazione ad un momento precedente rispetto a quello della promulgazione³⁸⁰: si tratta della così detta “dottrina Ciampi” della *moral suasion*³⁸¹, suscettibile di inserire in modo assai discutibile il

³⁷⁸ Così efficacemente C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario ed unità nazionale*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2003, p. 294. De Fiores compie un'attenta ricognizione dei momenti salienti di quella presidenza, mettendone in luce i tratti interventisti (ben distinti da quelli di Cossiga in quanto privi di “*un'impostazione surrettiziamente strumentale e dell'esasperazione dei toni*” che avevano caratterizzato il predecessore) e la tendenza virtuosa ad “*usare estensivamente il potere di rinvio, anche in ambiti tradizionalmente riservati alla Corte Costituzionale*” (p. 296).

³⁷⁹ La “dottrina Scalfaro” è così descritta da D. GALLIANI, *Il capo dello Stato*, p. 522-523, che rimanda a O.L. SCALFARO, *La mia Costituzione. Dalla Costituente ai tentativi di riforma*, Firenze, 2005, pp. 127-128.

³⁸⁰ Il Presidente Ciampi formulò tale tesi il 26 giugno 2003 in occasione della visita all'università berlinese Humboldt, sollecitato dalla domanda di una studentessa italiana in merito alla promulgazione della legge 20 giugno 2003, n. 140, cd. lodo Schifani. Ciò che stupisce è che fu poi l'ormai ex Presidente Ciampi in occasione della promulgazione del successivo lodo Alfano a sostenere che quella legge (sostanzialmente identica a quella che lui stesso promulgò senza ritardo) dovesse essere rinviata alle Camere: *Basta con le leggi ad personam. Berlusconi delegittima le istituzioni. L'ex capo dello Stato: “non si promulghi quel testo”*, in *la Repubblica*, 23-XI-2009, p. 1. Secondo la dottrina “*il parametro della “manifesta incostituzionalità” oltre a non trovare riscontri nella Carta Costituzionale ha l'effetto di ridurre in modo irragionevole il potere di controllo presidenziale. Inoltre, «Il criterio minimalista della “manifesta incostituzionalità” appare smentito dalle ragioni addotte nei precedenti rinvii presidenziali[...] ispirati fondamentalmente ad esigenze di “logica della legislazione”; tali, cioè, da indurre il Capo dello Stato a negare la promulgazione per ragioni di merito ordinamentale – più che costituzionale – marcatamente tecnico-formali*”, così A. PUGIOTTO, “*Veto player*”, pp. 270-271. Sulla prassi dei rinvii durante la presidenza Ciampi si veda A. CARDONE, *La presidenza Ciampi e il potere di rinvio delle leggi. Prime prove di pedagogia istituzionale?*, in *Democrazia e diritto*, 2004, pp. 181 e ss.

³⁸¹ La cd. *moral suasion* non è stata certo stata inventata negli ultimi anni: essa caratterizza da sempre potremmo dire le relazioni tra Presidente e Governo. Negli ultimi anni si può dire tuttavia che il suo uso abbia riscontrato una decisa intensificazione. Si veda: *Pertini alle lettere di Cossiga, la “moral suasion” del Colle*, in *Il corriere della sera*, 16-I-2002, p. 3. Bisogna inoltre sottolineare come la *moral suasion* sia una modalità d'azione che si estende ben al di là del controllo del Presidente sugli atti normativi, coinvolgendo ogni altra sfera d'azione dello stesso capo dello Stato. Un esempio in tal senso (e che testimonia anche della diversa forza che con essa il Presidente può esercitare sul Governo) è dato sicuramente dai ministri, nominati dal capo dello Stato. Se il Presidente Scalfaro sconsigliò (anticipando un rifiuto all'eventuale proposta) la nomina di Cesare Previti a ministro della giustizia nel 1994, Ciampi nel 2001 rifiutò quella di Maroni alla Giustizia ma non quella di Pietro Lunardi (malgrado l'evidente conflitto d'interesse in cui questi versava) a ministro delle infrastrutture.

capo dello Stato nella definizione dei testi governativi e determinata più o meno esplicitamente dalla convinzione che il rinvio sia un potere sostanzialmente inutile³⁸². Il problema è poi complicato da un ulteriore elemento, legato a quelle che sono state definite “promulgazioni irrituali”, esemplificate da quel tipo di “promulgazione dissenziente” già utilizzata dai presidenti Ciampi e Napolitano, che giunge a svuotare completamente di contenuto il rinvio presidenziale e mina profondamente l'autorità e la coerenza dell'azione presidenziale³⁸³. Per quanto riguarda la debolezza della tesi dell'incostituzionalità manifesta si pensi al caso di rinvio nell'attuale settennato in merito al collegato lavoro, precedente a quello relativo al cd. *pacchetto sicurezza*³⁸⁴. Certo qui non può trattarsi di un esempio lampante di macro-incostituzionalità, anche perché si tratta di un rinvio nemmeno puntualmente motivato in fatto di costituzionalità e che viene ad assumere piuttosto le dubbie forme della censura per merito politico³⁸⁵. Ciò complica moltissimo la “controllabilità” dell'azione del garante della Costituzione, che sembra aver utilizzato il potere per tentare di risolvere un

³⁸² In questo senso, assai opinabilmente il Pres. Napolitano: *Napolitano firma lo scudo fiscale: “Come non farlo?”*, in *La stampa*, 4-X-2009, p. 8. A contraddire tale orientamento la dottrina ha notato: “Sui 60 rinvii fino ad oggi effettuati sono solo 2 le ipotesi in cui il Parlamento ha riapprovato la legge rinviata senza alcuna modifica, dunque completamente ignorando i rilievi presidenziali; in 26 casi, l'ottemperanza parlamentare è stata completa, nel senso che tutte le correzioni suggerite dal Quirinale sono state puntualmente recepite; in 8 casi l'ottemperanza è stata parziale; infine nei 24 casi residui la legge rinviata si è in vario modo insabbiata, o per fine della legislatura, o per decadenza del decreto-legge che essa era diretta a convertire o per mancata ripresa o conclusione dell'esame”. Così G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e gli atti equiparati*, in AAVV, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo. Atti del Convegno di Roma, 26 novembre 2010*, Roma, 2011, pp. 127 e ss.

³⁸³ Sul punto si veda diffusamente F. CHIARELLI, *Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento legislativo. La Presidenza Napolitano tra moral suasion e “promulgazioni irrituali”*, in G. C. DE CESARE (a cura di), *Lezioni sul Parlamento nell'età del disincanto*, Roma, 2011. Normalmente la promulgazione dissenziente si concretizza in una lettera che il capo dello Stato indirizza al Presidente del Consiglio, nella quale esprime tutte le proprie perplessità in merito alla legge appena promulgata, sollecitando il governo ad un intervento correttivo in via successiva. La problematicità della prassi appare evidente anche dal punto di vista del destinatario della missiva presidenziale: il capo dello Stato indirizzando la lettera al capo del Governo avalla di fatto la realtà del sistema maggioritario in cui la legge è di fatto prodotto dell'Esecutivo. Ciò però non è senza conseguenze sostanziali in merito al fatto che (se anche la prassi della promulgazione dissenziente fosse corretta) la missiva debba assumere le forme di un messaggio rivolto alle Camere, autrici formali della legge secondo una lettura non controversa della Costituzione! Il primo caso di *promulgazione dissenziente* è stato quello della legge di conversione del D.L. n. 63/2002 (istitutiva della “Patrimonio” e “Infrastrutture” S.p.A.). Si veda A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con “motivazione”... contraria?*, e, dello stesso autore, *Ancora un caso di promulgazione con “motivazione”... contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza)*, in www.forumcostituzionale.it. Il rischio di delegittimazione di un Presidente che adotti la forma della promulgazione dissenziente ha avuto un eco recente anche in Francia, dove il Presidente Chirac nel 2006 ha chiesto al ministro del lavoro, contestualmente alla promulgazione della legge che creava il famoso e criticato *Contrat de premier embauche*, di giungere in via amministrativa ad una sostanziale disapplicazione della legge.

³⁸⁴ In rinvio del disegno di legge 3 marzo 2010, n. 1167B è del 31 marzo 2010.

³⁸⁵ Nel comunicato della Presidenza della Repubblica del 31 marzo 2010 il capo dello Stato, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza costituzionale in merito agli art. 24 e 25 Cost. (citati quasi incidentalmente), afferma: “Sulla base di tali indicazioni, non può non destare serie perplessità la previsione del comma 9 dell'art. 31, secondo cui la decisione di devolvere ad arbitri la definizione di eventuali controversie può essere assunta non solo in costanza di rapporto allorché insorga la controversia, ma anche nel momento della stipulazione del contratto, attraverso l'inserimento di apposita clausola compromissoria: la fase della costituzione del rapporto è infatti il momento nel quale massima è la condizione di debolezza della parte che offre la prestazione di lavoro”.

vizio di legittimità che sfugge non solo dalla “stretta costituzionalità”, ma dalla costituzionalità *tout court*.

Se in un sistema maggioritario l'esigenza dei contropoteri si fa particolarmente forte alla luce del rafforzamento del blocco di potere rappresentato da Governo e maggioranza, appare da quanto detto che il capo dello Stato, durante l'attuale Presidenza, l'ha notevolmente contratto. Pare soprattutto nel settennato Napolitano di leggere il *self restraint* presidenziale in materia di rinvio delle leggi come un atteggiamento assai ambiguo: il capo dello Stato sembra voler ostacolare nel minor modo possibile (almeno manifestamente, *ex post*, come si è detto) l'azione dell'esecutivo – riducendo forse il rinvio nelle strettoie di un'inafferrabile manifesta incostituzionalità – ma probabilmente non ci si è resi sufficientemente conto che questo “impegno” presidenziale ha comportato un'implicita drammatizzazione del potere *ex art. 74*, ulteriormente enfatizzato da quell'atipica situazione di coabitazione tra capo dello Stato e Presidente del Consiglio che si è descritta sopra. In altre parole: quel rinvio che i costituenti avevano identificato come opportuno momento di riflessione e ripensamento chiesto dal capo dello Stato è stato trasformato in via di prassi in vero e proprio strumento eccezionale la cui gravità è stata oltremodo sottolineata³⁸⁶.

Riassumendo brevemente quanto detto si vede come tutti gli atti (e non solo quello di rinvio, come frequentemente indicato dalla dottrina più recente in merito di *moral suasion*) in cui si traducono i poteri riconducibili all'indirizzo politico costituzionale (i quali si è già visto non sono tutti gli atti presidenziali ma solo quelli riconducibili alla funzione di controllo del Presidente sulla maggioranza di governo) sono stati utilizzati nella prassi più recente in modo *dimezzato*. Il capo dello Stato preferisce usare atti non tipici della sua funzione, solo indirettamente (e spesso problematicamente) riconducibili a Costituzione, che esprimono la stessa esigenza e sottendono la stessa funzione presidenziale (l'esternazione in luogo del messaggio, la *moral suasion* al posto del rifiuto di autorizzazione della presentazione dei disegni di legge e del rinvio di una legge alle Camere) ma che certo sfuggono all'esatta definizione positiva del capo dello Stato nonché alla trasparenza dell'esercizio della sua funzione. Quest'ultima è stata sempre più spesso esercitata negli ultimi anni in nome di una discrezione che solo la fiducia (presunta e necessitata) incondizionata nella bontà delle determinazioni presidenziali può sottrarla al timore di costituire una potenziale minaccia per il corretto svolgimento della vita istituzionale e democratica.

In generale, l'atteggiamento incomparabilmente più discreto e cauto con cui, dalla presidenza Ciampi in poi, il capo dello Stato è intervenuto a limitare lo svolgimento

³⁸⁶ Non è un caso che negli ultimi anni la letteratura sul rinvio presidenziale abbia avuto in Italia una fioritura incomparabile rispetto a quanto avvenuto all'inizio della storia repubblicana, come già osservato.

dell'indirizzo politico della maggioranza³⁸⁷ avanzando dubbie teorie costituzionali sull'esercizio del potere di rinvio, non è positivamente sostenibile; si potrebbe ipotizzare che il Presidente tema che il legittimo esercizio dei suoi poteri di custode dell'intera Costituzione possa andare a confliggere, nel sistema maggioritario spesso pronto a strumentalizzare le posizioni dei contropoteri, con il solo art. 87 c.1 Cost., che configura il Presidente come garante dell'unità nazionale e quindi, fuor di metafora, di quel minimo comune multiplo che unisce forze di maggioranza e di opposizione³⁸⁸. In tal senso andrebbe letto il tentativo del Presidente di valorizzare tale aspetto del suo ruolo, l'unico idoneo ad accrescere indubbiamente la popolarità del capo dello Stato stesso e a porlo al riparo da pericolosi tentativi di delegittimazione³⁸⁹, che vanno paradossalmente nella stessa direzione di chi vorrebbe schermare la figura presidenziale da qualsiasi critica con l'argomento della sua indipendenza³⁹⁰. In questo senso andrebbero letti i continui voti d'incoraggiamento al consensualismo politico parlamentare espressi dal Presidente anche su leggi molto problematiche dal punto di vista costituzionale, e che sono idonei ad incoraggiare dubbiamente quell'indifferenziazione tra maggioranza ed opposizione già criticamente analizzato nel capitolo precedente³⁹¹. Di più: pare che sempre più spesso l'evanescente criterio della terzietà della figura presidenziale si riassume non tanto nell'equidistanza dalle parti ma nell'allineamento rituale tra indirizzo politico di maggioranza ed indirizzo politico costituzionale³⁹². In altri termini si giungerebbe

³⁸⁷ Funzione quest'ultima esplicitamente messa in luce da V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi Crosa*, Milano, 1960, pp. 652 nonché da P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 280.

³⁸⁸ Individua tale dualismo irriducibile tra Presidente come tutore neutro dell'unità nazionale e come custode della Costituzione C. FUSARO, *E' ancora possibile rappresentare l'unità nazionale?*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁸⁹ Si veda *Patria, il progetto di Ciampi*, in *il Messaggero*, 21-VI-2007, p. 26. Il problema della delegittimazione del Presidente è stato una costante nella storia della Repubblica ma è venuto senza dubbio ad accentuarsi dal 1993 ad oggi. Basti ricordare gli *affaires Siste* durante la presidenza Scalfaro e quello *Telecom Serbia* con Ciampi. Si veda l'acuta analisi di M. BREDA, *La guerra del Quirinale: la difesa della democrazia ai tempi di Cossiga, Scalfaro e Ciampi*, Milano, 2006.

³⁹⁰ Scopo di entrambi gli atteggiamenti, che riducono a nulla la sua responsabilità politica, è ancora di fatto il tentativo di neutralizzare il Presidente come contropotere: G. U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica – art. 87*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1978, p. 186.

³⁹¹ Ben diversa l'interpretazione offerta dalla perigliosa (*et pour cause*) presidenza Scalfaro, riassumibile con le lucide parole di Carlo Chimenti, che pur facendo salvo il feticcio dell'imparzialità presidenziale aggiunge: "Ma il discorso è diverso quando la materia è coperta da indicazioni costituzionali più o meno univoche. In tal caso infatti il Presidente della repubblica, che è anche custode della Costituzione e dei suoi valori, ha il dovere non già di essere equidistante ma più vicino alla parte che gli pare maggiormente aderente a quanto deve essere da lui custodito. (...) In effetti il rappresentante dell'unità nazionale e custode della Costituzione non può essere chiamato a dire "qualcosa di sinistra" (e neppure di destra naturalmente); ma egli può ben essere chiamato, all'occorrenza, a dire "qualcosa di costituzionale", così C. CHIMENTI, *Il Presidente della Repubblica nel parlamentarismo maggioritario*, in *Nomos*, 2002, p. 50.

³⁹² Dirimenti le parole di Zagrebelsky su Oscar Luigi Scalfaro: "L' imparzialità di cui la Costituzione ha bisogno non è dunque un' equidistanza senza carattere, ma presuppone che si stabilisca quali sono le parti le cui pretese sono legittime e che da queste siano tenute separate quelle che non lo sono. Soprattutto nei momenti di turbolenze di tentativi di forzatura, il Capo dello Stato non può esimersi dal compito - un compito che nell' ordinaria vita costituzionale gli è risparmiato - di stabilire i confini tra il lecito e l' illecito costituzionale. Tra questi due poli non può esservi imparzialità. In una Costituzione pluralista e inclusiva com' è la nostra, il terreno dell' inclusione costituzionale è assai ampio ma non è certo illimitato. Una Costituzione che

all'insostenibile conclusione per la quale l'imparzialità del Presidente consisterebbe nell'offrire un'interpretazione costituzionale delle norme primarie identica (o comunque non troppo dissonante) a quella offerta dall'esecutivo. Non rendersi conto della politicità inevitabile del capo dello Stato e del suo ruolo, legata anche alla storia personale dello stesso e alle più radicate convinzioni, significa rinunciare a comprendere gli equilibri della forma di governo e gli altrimenti incomprensibili comportamenti presidenziali.

4. Segue: Dottrina Ciampi nel rapporto tra Presidenza della Repubblica e Corte Costituzionale: il caso dei lodi Schifani-Alfano

Il legame fra Presidente della Repubblica e Corte Costituzionale va ben oltre il collegamento evidente tra i due derivante dal potere presidenziale di nominare un terzo dei giudici della Consulta così come emerge dall'art. 135 Cost³⁹³. La dottrina da tempo si è confrontata sul punto, giungendo ad esiti divergenti, in particolare per quanto riguarda il tentativo (a nostro parere non così essenziale) di ricercare in base a quali elementi i due tipi di controllo esercitati dalle due alte istanze si differenzino. Per essere più perspicui: la dottrina ha spesso cercato, in modo più o meno dichiarato di individuare le modalità d'azione e le caratteristiche che distinguono il Presidente dalla Corte costituzionale soprattutto in merito al controllo che i due organi esercitano sulle leggi³⁹⁴. La ricerca di una tale differenziazione appare invero poco utile, considerando che tali organi non hanno

"costituzionalizzasse" tutto e il contrario di tutto sarebbe non una costituzione ma il caos", G. ZAGREBELSKY, La Costituzione come bandiera, in La Repubblica, 30-I-2012.

³⁹³ Il legame tra Corte e Presidente iniziò a divenire tangibile fin dal discorso d'insediamento alla presidenza di Giovanni Gronchi, che ebbe un ruolo senza dubbio determinante nell'attuazione della disposizione costituzionale istitutiva della Corte stessa. Come la migliore dottrina ha notato – opponendo giustamente il blocco delle *strutture di governo* e di quelle *di garanzia*, nella nostra stessa prospettiva – l'affiancamento della giustizia costituzionale al capo dello Stato ha notevolmente diffuso e stemperato la responsabilità del controllo sulle leggi che prima gravava esclusivamente sul Presidente. Si veda L. CARLASSARE, *Strutture di governo e strutture di garanzia nell'attuazione della Costituzione, Relazione al Convegno "La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino"* - Bergamo, 28-29 ottobre 2005, in www.astrid-online.it.

³⁹⁴ Fonda tale distinzione Roberto Romboli, con la sua nota divisione fra Corte come garante della *"Costituzione dei diritti"* e del Presidente come tutore della *"Costituzione dei poteri"*, in R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente*, cit., pp. 334-335. La ricostruzione in parola appare invero poco utile e si ritiene preferibile la visione unificante del Cheli, che parlando di funzione di controllo costituzionale (ed inserendosi così pienamente nella lettura del Barile) annota, al di là delle differenze procedurali che connotano l'azione presidenziale e quella giurisdizionale: *"la funzione di controllo costituzionale cui l'attività degli stessi organi può essere ricondotta resta pur sempre unitaria, in quanto diretta al medesimo fine della salvaguardia della Costituzione e alla garanzia della stabilità costituzionale"*, così E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di L. Elia*, vol. II, Milano, 1999.

pressoché nulla in comune al di là della loro funzione di garanzia. Non solo: essa è foriera di conseguenze indesiderabili, idonee a favorire più o meno direttamente la contrazione della responsabilità costituzionale del Presidente su leggi incostituzionali in sede di rinvio o, all'opposto in modo quasi paradossale, l'ampliamento eccessivo dei limiti del suo potere³⁹⁵. Solitamente si afferma che il Presidente si differenzi dalla Corte anche perché ad esso sarebbe impossibile effettuare uno *screening* di tutta la legislazione in sede di promulgazione. Tenendo per vera questa ipotesi, a tutto concedere, non si vede per quale motivo si dovrebbe escludere la doverosità del rinvio per i casi di macroscopica incostituzionalità. Creare un'area di discrezionalità politica in merito al rinvio (relativo all'*an* e/o al *quomodo*) per differenziarlo sostanzialmente dal controllo esercitato dalla Corte crea una superfetazione scientifica che non trova riscontro nelle esigenze dell'ermeneutica costituzionale. Potremmo dire infatti che sempre di controllo costituzionale si tratta, pur con una differenza: che quello presidenziale è essenzialmente controllo eventuale di costituzionalità *in astratto* (potendo quindi estendersi al merito costituzionale e a quanto concerne lo spirito della Costituzione) basato sull'auto-correzione del controllato (come tipicamente accade nei controlli amministrativi sulla gestione) mentre quello della Corte è necessario, *concreto*, puntuale (basato sulla corrispondenza sul chiesto e il pronunciato come tipicamente nei controlli di tipo formale)³⁹⁶.

Esempio chiaro dell'atteggiarsi del capo dello Stato nel senso di distinguere il proprio controllo (da un punto di vista non solo quantitativo ma anche qualitativo) da quello della Corte è sicuramente la vicenda poco felice del lodo Alfano (in costanza della presidenza Napolitano) che, per molti versi riprende coerentemente quella del precedente lodo Schifani (capo dello Stato allora era Ciampi)³⁹⁷. Si è già messa in luce la particolare situazione che si venne a creare in quell'occasione³⁹⁸: la pendenza concomitante della legge di conversione del decreto-legge 92 del 2008, contenente la norma cd. *blocca-processi*, e della legge 124/2008 (*lodo Alfano*) ha per molti versi giustificato, agli occhi di chi vede nel Presidente un controllore politico (in tal senso ben distinto dalla Corte), il mancato rinvio

³⁹⁵ Tale ultima conclusione è chiara se si considerano le motivazioni che portarono il Pres. Cossiga a rinviare il 15-IX-1990 la legge sull'obiezione di coscienza, derivando proprio dall'asserita differenza tra potere presidenziale e quello del sindacato costituzionale l'estensione del parametro del rinvio non solo al merito costituzionale ma anche a quello meramente politico.

³⁹⁶ L'obiezione per cui nel nostro sistema non esisterebbe un sistema di costituzionalità in astratto ha un rilievo meramente formalistico che perde di vista l'unica possibile e credibile definizione del controllo presidenziale sulle leggi. Si vedano le suggestioni espresse in A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, pp. 285 ss.

³⁹⁷ La precisa ricostruzione delle vicende che portarono all'approvazione del lodo Schifani, con riferimento al comportamento del capo dello Stato in merito al suo coinvolgimento nell'iter procedimentale legislativo sono analizzate in A. PUGIOTTO, *"Veto players" e dinamiche istituzionali nella vicenda del "lodo Maccanico"*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 258 e ss.

³⁹⁸ Si veda il capitolo III, par. 8.3.

della legge che prevedeva l'immunità per le più alte cariche dello Stato³⁹⁹. In altre parole il non rinvio della l. 124 del 2008 (e anzi la sua veloce promulgazione) poteva essere la condizione per evitare il "male maggiore", ovvero l'approvazione della blocca-processi. A tutto concedere appare comunque immotivato il contenuto sia del comunicato con cui il Presidente aveva autorizzato la presentazione del disegno di legge Alfano alle Camere del 2 luglio 2008, sia quello con cui si rendeva nota la promulgazione della legge (23 luglio 2008): in entrambi i casi il Presidente aveva evocato la giurisprudenza costituzionale (erroneamente, per quanto concerne il merito della questione, a giudicare dal contenuto dalla sent. 262/2009) per giustificare prima l'autorizzazione poi la promulgazione.

Non era certo la prima volta che il capo dello Stato "usava" la giurisprudenza costituzionale, anzi si può dire che i richiami alle pronunce del giudice delle leggi nei messaggi di rinvio, dall'avvento del fatto maggioritario, si siano fatti negli anni decisamente più ricorrenti e circostanziati⁴⁰⁰. Si tratta di un elemento importante, che sottolinea proprio la continuità delle funzioni esercitate dai due organi, Presidente e Corte. In particolare si ha l'impressione che il capo dello Stato tenda proprio ad "appoggiarsi" sulla giurisprudenza del giudice delle leggi per rafforzare la persuasività dei messaggi di rinvio, alimentando la sinergia del circuito dei contropoteri⁴⁰¹. Si tratta di un prassi virtuosa, che tuttavia può essere foriera di passi falsi, laddove il capo dello Stato dimostri scarsa prudenza e giunga a forzare l'interpretazione offerta dalla Corte, quasi a configurarne un *revirement*. Proprio il caso del lodo Alfano dimostra come il coinvolgimento della Corte possa essere quanto mai

³⁹⁹ Per una ricostruzione di queste dinamiche si veda anche D. CHINNI, *Quirinale e legge Alfano: riflessione sulle esternazioni presidenziali*, e M.C. GRISOLIA *La legittimità del "lodo Alfano" tra controllo del capo dello Stato e controllo della Corte costituzionale*, entrambi in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, 2009, p. 98 e ss. e 143 e ss. Il *trade-off* tra lodo Alfano e pacchetto sicurezza appare comunque problematico, considerando che il Presidente Napolitano (pur dopo l'espunzione del blocca-processi) non ha esitato a promulgare criticamente quello stesso pacchetto sicurezza che conteneva comunque (si veda il comunicato del Quirinale del 15 luglio 2009) altri profili non poco problematici che avrebbero di per sé motivato il rinvio (per tutti: il reato d'immigrazione clandestina).

Si veda F. CHIARELLI, *Il Presidente della Repubblica e i decreti legge sui "Pacchetti Sicurezza"*, in www.amministrazioneincammmino.luiss.it.

⁴⁰⁰ Fino al 1993 sono stati solo due i casi in cui il capo dello Stato ha evocato la giurisprudenza della Corte: Pertini nel messaggio del 19 gennaio 1983 in materia di vincoli di bilancio e Cossiga in quello del 1 febbraio 1992 in materia di obiezione di coscienza. Dal 1994 si riscontrano invece sei casi: il messaggio di rinvio di Scalfaro del 11-VIII-1994 in materia di riorganizzazione del sistema sanitario, quello di Ciampi in materia d'incompatibilità dei consiglieri regionali (5-XI-2002), di riforma del riassetto del sistema radio-televisivo (15-XII-2003), di riforma dell'ordinamento giudiziario (16-XII-2004), e in quello della legge cd. *Cirielli* (20-I-2006). Anche il rinvio di Napolitano sul cd. *collegato lavoro* (31-III-2010) fa abbondante riferimento alla giurisprudenza della Corte.

⁴⁰¹ In questa lettura si sostanzia la natura *consolare* dei rapporti che legano il Presidente alla Corte in un rapporto di stretta collaborazione nel quale un potere controlla l'altro nella suggestiva lettura di Spadaro: A. SPADARO, *Storia di un "consolato" di garanzia: il Presidente-garante e la Corte-custode a cinquant'anni dall'inizio dell'attività della Consulta*, in AAVV, *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 603 e ss. Si sottolinea tuttavia che non si tratta di un rapporto paritario: ai sensi dell'art. 134 Cost. il tutore della Costituzione che prevale sarebbe sempre e comunque la Corte Costituzionale.

rischioso, sia per quanto riguarda l'autonomia di giudizio della Corte, sia (*ex post*) per l'autorevolezza Presidente. L'arma della citazione può quindi trasformarsi da vettore di rafforzamento reciproco delle due istituzioni in un pericoloso volano, determinato da dubbie ragioni di opportunità politica che adombrano un atteggiamento "auto-giustificazionista" e deresponsabilizzante da parte della Presidenza. Con ciò non si vuol dire che Presidente e Corte non possano offrire due diverse interpretazioni della stessa norma ma laddove l'una contraddica l'altro è chiaro che la coerenza e compattezza di quello che abbiamo definito il circuito dei contropoteri non può che esserne scalfito⁴⁰².

La linea presidenziale espressa nei due comunicati precitati ha infatti creato un evidente imbarazzo per la Corte. La sentenza 262/2009 ha espressamente richiamato i due comunicati del Quirinale e ha dovuto escludere proprio per *fair play* costituzionale la sussistenza del vizio di violazione del giudicato costituzionale rispetto alla precedente sentenza 24 del 2004 sul lodo Maccanico-Schifani⁴⁰³. Di più: non bisogna nemmeno sottovalutare l'impatto ampiamente negativo che, forse non casualmente, la sentenza del 2009 ha avuto nei rapporti tra Presidente del consiglio e capo dello Stato⁴⁰⁴ nonché tra Corte costituzionale e governo⁴⁰⁵. In altre parole anche se il Presidente mantiene un "basso profilo" in sede di promulgazione, le incostituzionalità passate sotto silenzio in questa fase rischiano di diventare ancor più eclatanti in sede di giudizio incidentale, giungendo ad addossare alla Corte la responsabilità di una censura definitiva. Il pericolo sotteso a tali situazioni è quello che si produca una costante "traslazione in avanti" del disvelamento e della risoluzione dell'incostituzionalità, che sarebbe in tal modo ritardato e demandato all'organo di ultima istanza⁴⁰⁶.

Strumentale a questo differimento della risoluzione dell'incostituzionalità è certo una prassi di *moral suasion* troppo pervasiva che giunge a configurare il Presidente come un "co-legislatore interessato" e che non può essere che dannosa per l'equilibrio della forma di

⁴⁰² Conferma tale tesi anche l'autorevole opinione di Zagrebelsky sul recente caso del conflitto di attribuzioni tra il Presidente della Repubblica Napolitano e la procura palermitana: "Presidente e Corte, ciascuno per la sua parte, sono entrambi "custodi della Costituzione". Sarebbe un fatto devastante, al limite della crisi costituzionale, che la seconda desse torto al primo; che si verificasse una così acuta contraddizione proprio sui principi che sia l'uno che l'altra sono chiamati a difendere". G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, in *Repubblica*, 17-VIII-2012.

⁴⁰³ Si vedano le opportune considerazioni di A. PUGIOTTO, *La seconda volta*, in *Cassazione penale*, 2010, pp. 33 e ss.

⁴⁰⁴ Da più parti si è affermato (soprattutto dall'on. Berlusconi) che il capo dello Stato avrebbe sostanzialmente garantito l'immunità della legge Alfano all'esame della Consulta. Non rileva particolarmente che il fatto sia vero o meno, in quanto esso mette comunque in luce che in ogni caso la *moral suasion* esercitata dal Presidente Napolitano non mise comunque questi al riparo dalle accuse di parzialità giunte dopo la sentenza della Corte. Si veda *Lodo Alfano bocciato, Berlusconi accusa Napolitano*, in *Il messaggero*, 8-X-2009, pp. 2-3.

⁴⁰⁵ Il ragionamento dell'on. Berlusconi in occasione della bocciatura del lodo Alfano davanti alla Corte, che evocava il contrasto tra la (nemmeno dissenziente) promulgazione presidenziale e della sentenza della Corte, non era poi così stravagante. *L'ira di Berlusconi: affondo su Napolitano e Consulta*, in *Il mattino*, 8-X-2009, p. 4.

⁴⁰⁶ A questo rischio non si sottrae nemmeno la Corte, se si pensa alla sentenza 23/2011 in materia di legittimo impedimento che, come ogni sentenza interpretativa o di manifesta infondatezza, rimanda ai giudici ordinari la risoluzione dell'antinomia.

governo⁴⁰⁷. Non si vuole dire che *moral suasion* non deve mai e in nessun modo avere luogo (si tratta di una consuetudine invalsa anche prima della presidenza Ciampi) ma che debba arrestarsi al punto idoneo che consenta al capo dello Stato di mantenere la sua terzietà rispetto al singolo provvedimento in esame. In realtà non si vuole escludere che il Presidente sia un *co-legislatore*: se diamo a questo termine una accezione non partigiana, esso designa semplicemente colui che prende parte al procedimento legislativo. Invero non pare dubitabile che un rinvio presidenziale che ha l'effetto di inserirsi all'interno del procedimento legislativo e che anzi lo fa ripartire con precise indicazioni "emendative" non sia per nulla configurabile come intervento sostanziale di colegislazione. A differenza del caso dell'intervento della persuasione morale però qui si è di fronte ad un contropotere attivo che agisce come colegislatore ai sensi della Costituzione, alla luce delle forme procedurali prescritte. Il problema quindi non è il contributo del Presidente nella confezione del testo normativo, quanto le modalità e la trasparenza di tale apporto.

Il problema si pone anche in senso inverso, cioè dalla Corte al Presidente. In realtà la Corte non nomina mai la "giurisprudenza presidenziale" anche nei rari casi in cui s'imbatta in una legge già rinviata dal capo dello Stato. Ciò non solo per l'esiguità del numero delle leggi rinviate dal Presidente (se paragonate a quelle scrutinate dalla Corte) ma anche per il fatto che nella maggior parte dei casi le leggi rinviate sono o riapprovate con le modifiche chieste dal Presidente o abbandonate oppure, ancora, toccano vizi di costituzionalità⁴⁰⁸ (o di merito) che normalmente non possono giungere fino alla suprema Corte⁴⁰⁹. In conclusione solo in pochi casi la Corte ha potuto esprimersi su una legge già rinviata dal Presidente (mentre è pressoché ordinario, benché non fisiologico nella nostra lettura, che la Corte sia spesso giunta a decidere dell'incostituzionalità di una norma passata indenne al vaglio del capo dello Stato). Non sempre l'interpretazione della Corte è stata la medesima di quella presidenziale ma in tal caso il rischio di delegittimazione per il capo dello Stato esiste solo in corrispondenza di leggi particolarmente sensibili dal punto di vista politico⁴¹⁰. Non si dimentichino poi importanti pronunce nelle quali la Corte, pur senza mai

⁴⁰⁷ Già durante la presidenza Ciampi, in occasione della discussione parlamentare della legge Cirami, l'ex Presidente Scalfaro aveva messo in guardia il suo successore da un ricorso al metodo della persuasione, idoneo a creare un pericoloso precedente: *Scalfaro, il governo ha messo Ciampi ai limiti della Costituzione*, in *L'unità*, p. 11.

⁴⁰⁸ Si tratta delle leggi insuscettibili di essere applicate in un procedimento, quelle astrattamente o concretamente irrilevanti o che riguardino la copertura finanziaria oppure che toccano più specificamente la "Costituzione dei poteri": anche se non bisogna sottovalutare a questo ultimo proposito l'importanza del giudizio per conflitto di attribuzioni, in tali materie notoriamente il Presidente rimane l'unico custode della Costituzione e il suo scrutinio non può che essere particolarmente accurato.

⁴⁰⁹ Solo in questo senso si potrebbe affermare una necessitata complementarità fra Presidente e Corte, dovendo il capo dello Stato necessariamente rinviare quelle leggi insuscettibili di essere giustiziate dalla Corte.

⁴¹⁰ Si è visto a tal proposito il caso del lodo Alfano. Diverso fu il caso dell'ordinanza (d'infondatezza) 458/1998 che giunse a sconfessare profondamente l'interpretazione di Cossiga (rinvio dell'agosto 1991) in merito alla costituzionalità della figura del giudice di pace. Diverso (e decisamente più frequente) il caso contrario, ovvero di una legge non rinviata dal Presidente ma poi censurata dalla Corte: ciò è accaduto 43

citarlo corrobora l'interpretazione costituzionale già offerta dal Presidente sul medesimo testo⁴¹¹. Esemplare, in tale prospettiva, la sentenza 360 del 1996 in materia di reiterazione dei decreti-legge, che fece seguito ad un solenne monito rivolto dal Presidente Scalfaro al Governo nella medesima materia⁴¹².

Con un'efficace generalizzazione si potrebbe dire che, vigente il sistema proporzionale, il Presidente era spesso criticato per le leggi che rinviava (soprattutto nel caso della presidenza Cossiga)⁴¹³, mentre nel regime maggioritario, dalla Presidenza Ciampi in particolare e soprattutto durante quella di Napolitano, l'osservazione critica mossa al Presidente è esattamente di segno opposto. La conseguenza di ciò è rotonda: il tentativo di esasperare la differenza tra funzione di controllo giuridico esercitata dalla Corte e dal Presidente può condurre (e conduce di fatto) ad una deresponsabilizzazione del secondo sul fronte del rinvio.

Non solo: il rinvio deve essere riguardato anche sotto il profilo contenutistico, dalla prospettiva del tipo di messaggio che accompagna la decisione presidenziale. Benché la dottrina non abbia mai sottolineato quest'aspetto, a quanto sembra, esso è dirimente per delineare con più esattezza il tema in questione. Soprattutto a partire dalla presidenza Ciampi i messaggi che accompagnano il rinvio cambiano decisamente struttura: mentre nel sistema proposizionale il rifiuto di promulgazione assumeva la forma di una laconica comunicazione alle Camere, nella stagione del maggioritario i messaggi presidenziali diventano decisamente più corposi e particolareggiati. Si assiste in altre parole alla necessità del capo dello Stato di *motivare* in senso vero e proprio il rinvio, con un'argomentazione giuridica che assume quasi le forme di una pronuncia para-giurisdizionale. Anche in questo profilo di *strategia* argomentativa si avverte un sottile avvicinamento tra Presidente e Corte. Ancora: potremmo osservare che nella prassi suindicata delle leggi promulgate “con motivazione contraria” si celi proprio il malessere di un contropotere che tenta di uscire dalla tradizionale e stringente alternativa veto/assenso: in ciò non si può non vedere un'analogia con il cammino effettuato sia dalla Corte che dai comitati promotori dei referendum e che ha portato la prima, come già accennato, alla formulazione delle sentenze interpretative e il secondo ai quesiti di abrogazione parziale e manipolativi.

volte a Pertini, 54 volte a Cossiga, in 26 occasioni durante la presidenza Scalfaro e 8 con Ciampi (al gennaio 2004). Si veda *Il Quirinale: nessun dramma, in democrazia è fisiologico*, in *Il corriere della sera*, 14-I-2004, p. 6.

⁴¹¹ Così ad esempio la sent. 373/1995 della Corte costituzionale sulla legge di conversione (già rinviata) del decreto-legge n. 401/1994 recante disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle unità sanitarie locali e, soprattutto la serie di sentenze che tra il 2006 e il 2008 giunsero a modificare la cd. *ex Cirielli* già rinviata del Presidente Ciampi.

⁴¹² Si ricordi la lettera del 30 maggio 1996 nella quale il Presidente auspicava che “*prima del prossimo autunno, e cioè prima della sessione di bilancio, il problema possa essere avviato a definitiva soluzione. Se questo accadrà mi sarà evitato di dover esercitare con accentuato rigore i miei poteri di garanzia dinanzi alla reiterazione di decreti legge decaduti*”. Non è casuale che la sentenza della Consulta sia dell'ottobre di quello stesso anno.

⁴¹³ Unica eccezione a questa “regola” è probabilmente quella di Einaudi, che non rinviò nel 1953 la cd. legge-truffa in materia elettorale.

5. Ritorno al sistema dei contropoteri: Il Presidente come garante delle minoranze parlamentari e alter ego della Corte

Un punto decisamente importante per valutare la figura del Presidente della Repubblica alla luce dei rapporti più o meno formali che esso intrattiene con gli altri contropoteri è sicuramente il tipo di relazione che lo lega non solo alla Corte costituzionale ma anche alle opposizioni parlamentari⁴¹⁴.

Sotto quest'ultimo profilo si vuole proprio sottolineare come la dottrina più accorta fin dall'inizio degli anni duemila aveva messo efficacemente in luce lo spettro dal quale è necessario guardare questo tema, che ruota intorno (ancora una volta) al problematico nodo dell'alternativa rinvio/promulgazione della legge⁴¹⁵. Da questo punto di vista si può dire che l'opposizione si sia atteggiata in modo decisamente diversificato al suo interno: se da un lato PD e UDC sono stati costantemente solidali con l'interpretazione offerta dal Presidente Ciampi e poi soprattutto dal Presidente Napolitano all'art. 74 Cost., nella scelta di evitare un ricorso al potere di rinvio in occasione di leggi particolarmente problematiche in punto di costituzionalità, ben diverso è stato l'atteggiamento tenuto dall'IdV, che in non rari esempi è giunta ad estendere la polemica nei confronti del capo dello Stato fino alle soglie del reato di vilipendio⁴¹⁶. Si tratta di un punto molto delicato: certo il tentativo di forzare il capo dello Stato ad assumere una determinata decisione in merito all'alternativa rinvio/promulgazione è sbagliato quando nega in radice qualsiasi autonomia dello stesso nell'assumere la decisione in parola. Tuttavia è evidente che se l'opposizione ha precedentemente speso nel corso del dibattito parlamentare degli argomenti di diritto costituzionale contro l'adozione di un determinato provvedimento legislativo non appare coerente che essa verosimilmente non si attenda che la stessa posizione venga poi difesa anche dal capo dello Stato in sede di rinvio⁴¹⁷. Vi è anzi la sensazione che l'opposizione attenda piuttosto di vedere proclamata la censura della legge avversata ad opera della Corte

⁴¹⁴ Del rapporto tra Presidente e referendum si è già trattato nel capitolo II, par. 4.

⁴¹⁵ Così infatti C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario ed unità nazionale*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2003, pp.214 e ss.

⁴¹⁶ Si ricordi, sempre all'interno della vicenda legata al lodo Alfano: *Napolitano firma il lodo Alfano. Di Pietro attacca: "è immorale"*, in *La Repubblica*, 24-VII-2008, p. 5. Il problema si ripresenterà in occasione del pacchetto sicurezza, con la disciplina delle intercettazioni e, in modo ancor più evidente, con lo scudo fiscale. Sull'inaccettabile degenerazione della polemica: *"Napolitano mafioso": ora di Pietro è indagato*, in *Il giornale*, 4-II-2009, p. 5.

⁴¹⁷ A tale proposito risulta quanto meno opinabile la reazione del Presidente Napolitano che ha accusato di *"parlare a vanvera"* coloro che lo invitavano ad esercitare il potere di rinvio in luogo della promulgazione nel caso del ddl intercettazioni: *Napolitano: non firmare? Parlano a vanvera*, in *Il messaggero*, 11-VI-2010, p. 2.

in sede di giudizio incidentale anziché vederla rinviata alle Camere dal Presidente (o sottoposta a *referendum*, come già osservato). In altre parole tale approccio sembra ridurre ad uno (la Corte) il complesso circuito dei contropoteri e pare dimenticare che il rinvio presidenziale, laddove esercitato, potrebbe costituire un efficace *early warning* rivolto al Parlamento allo scopo evitare una pronuncia costituzionale di impatto decisamente più forte e grave sul sistema politico. Non è casuale come autorevole dottrina abbia messo in luce che il rinvio presidenziale sia in effetti più un segnale lanciato alle opposizioni che allo stesso Governo e la sua maggioranza, in quanto sarebbe la stessa minoranza a doversi “fare carico” in sede di ridiscussione delle ragioni della mancata promulgazione⁴¹⁸.

I rapporti tra Presidente ed opposizioni sono variabili anche in merito al tipo di frequenza con la quale i capi delle stesse minoranze parlamentari chiedono ed ottengono di essere ricevuti dal capo dello Stato. La possibilità che il dialogo tra Presidente ed opposizione in merito alla situazione politica ed istituzionale sia quanto più possibile continuo non può che essere benefico per la consapevolezza con cui il capo dello Stato esercita il proprio ruolo di moderatore all'interno del sistema politico. Tale aspetto non può essere sottovalutato se si vuole che egli possa avere sempre la possibilità di prestare ascolto alle istanze delle minoranze.

A confermare invece quanto già detto sopra a proposito della stretta intercomunicazione tra Presidenza e Corte⁴¹⁹, cui si faceva riferimento anche al paragrafo precedente, oltre ai mutui richiami giurisprudenziali delle due magistrature, stanno anche i non rari episodi in occasione dei quali il Presidente interviene in difesa dell'indipendenza della Corte costituzionale, per porla al sicuro da attacchi politici⁴²⁰ o, ancora, per evitare che l'inerzia delle forze politiche possa paralizzarne il funzionamento in sede di elezione dei giudici di competenza parlamentare. Dal canto suo la stessa Corte ha decisamente difeso le prerogative presidenziali in entrambe le occasioni in cui il capo dello Stato in carica ha sollevato un conflitto di attribuzione contro altro potere dello Stato e conclusosi con la sentenze 200/2006 e 1/2013⁴²¹. Al di là di tutte le argomentazioni che possono prodursi in merito alla titolarità presidenziale (o meno) del potere di grazia o al regime tutto particolare

⁴¹⁸ “(...) Per l'altro, la presenza in Parlamento delle opposizioni fa sì che il giuoco politico sia in qualche modo riaperto dal rinvio, che proprio dalle opposizioni, anzi, sollecita una risposta e una reazione, che esse possono dare con tutti gli strumenti messi a loro disposizione dalla normativa regolamentare. Il rinvio presidenziale, in altri termini, apre una fase di confronto, se non di vera e propria battaglia politica, che, in realtà, non vede contrapposti il Presidente e il Parlamento, bensì la maggioranza parlamentare e le opposizioni, ovvero la maggioranza parlamentare e l'opinione pubblica”. Così M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziali dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in AAVV, *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma, 2010, pp. 139 e ss.

⁴¹⁹ Tale relazione è sottolineata ulteriormente da autorevole dottrina: G. SILVESTRI, *Le garanzie della Repubblica*, Milano, 2009.

⁴²⁰ Recentemente si ricordi l'esternazione presidenziale in occasione della commemorazione della scomparsa di Giuliano Vassalli: *Napolitano irritato per gli attacchi alla Consulta ricorda Vassalli: prerogativa della Corte censurare le leggi*, in *Il messaggero*, 17-6-2010, p. 2.

⁴²¹ Non costituisce quindi un precedente il cosiddetto *caso Cossiga* essendo stato questo il frutto di un conflitto sollevato ad un ex Presidente, a cui il capo dello Stato in carica ha aderito solo successivamente.

in materia di intercettazioni indirette, si ritiene che certo nel *realismo* del giudice costituzionale abbia giocato in tutte e due le occasioni in modo determinante la necessità di non contraddire il capo dello Stato⁴²². Simile situazione (ma a parti invertite in quanto in tal caso il capo dello Stato era parte resistente nel conflitto di attribuzioni) sotto questo profilo era stata quella prodottasi a seguito del ricorso per conflitto di attribuzioni presentato dall'ex guardasigilli Mancuso contro il Presidente Scalfaro, il Presidente del Consiglio Dini, il Senato e la Camera dei Deputati⁴²³. Non si tratta di un mero scrupolo di un qualunque organo costituzionale a non ostacolare un'interpretazione costituzionale offerta dal Presidente (in quanto si sa che a tale proposito i contrasti fra capo dello Stato e Parlamento e/o Governo non sono mai mancati nella storia repubblicana): l'esigenza avvertita dalla Corte pare essere proprio quella di non contraddire colui che, si è detto, è percepito come il proprio "parafulmine" nella comune funzione del controllo e dell'indirizzo costituzionale che il Presidente indica e che la Corte fa rispettare. Tale prossimità (e non intercambiabilità) di ruoli deriva certo anche dal legame stretto che si crea tra Presidente e Corte in considerazione del diritto del primo a nominarne un terzo dei membri, dei quali raramente in punto di costituzionalità è possibile immaginare posizioni molto diverse da quelle presidenziali⁴²⁴. Tutte queste considerazioni non fanno che riconfermare ancora una volta l'ipotesi da cui siamo partiti, ovvero la stretta relazione che lega fra loro i contropoteri costituzionali e la logica che li porta ad influenzarsi reciprocamente.

6. La mancata promulgazione dei decreti-legge: il controllo oltre la lettera della Costituzione nel caso Englaro

⁴²² Ciò secondo una dinamica già individuata anche in Francia, *mutatis mutandis*, in materia referendaria. Per tale impostazione, che si mutua in questa analisi italiana, ci si rifà a D. RIBES, *Le réalisme du Conseil Constitutionnel*, in *Cahier du Conseil constitutionnel*, 2007, pp. 196 e ss nonché S. SALLES, *La présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations du Conseil constitutionnel*, in www.droitconstitutionnel.org.

⁴²³ Con sentenza 7/1996 la Corte, decidendo nel merito il primo ricorso per conflitto di attribuzioni avente come parte il Presidente della Repubblica (in quanto l'ordinanza 379/91 che chiudeva per ragioni di rito il cd. *caso Curcio* seguiva di fatto alla rinuncia al ricorso), aveva salvato il decreto presidenziale del 20 ottobre 1995 di nomina del nuovo ministro a seguito della sfiducia individuale votata nei confronti di Filippo Mancuso argomentando che "il Presidente della Repubblica, in tale fase, è chiamato, dunque, ad un ruolo attivo che, in mancanza di dimissioni, richiede l'esercizio di poteri che attengono alla garanzia costituzionale, in vista del ripristino del corretto funzionamento delle istituzioni".

⁴²⁴ Tale considerazione non diminuisce affatto la caratura e il prestigio delle nomine presidenziali, ma è fisiologico che il Presidente scelga giuristi spesso affini alle proprie vedute. Ciò è tanto più evidente quanto più orientata politicamente è la storia dei singoli giudici costituzionali, che non raramente (soprattutto nei primi anni della Repubblica) vantano un passato parlamentare. Negli ultimi anni tale (pur assolutamente lecita) tendenza sembra tuttavia attenuarsi, risalendo al 2000 la nomina di Giovanni Maria Flick (già ministro della giustizia nel primo governo Prodi) a giudice costituzionale. Sul punto si ricordino le polemiche suscitate dalla sentenza della Corte sul lodo Schifani: *E la destra accusa la Corte "scalfariana"*, in *il Corriere della sera*, 14-I-2004, p. 6.

Quanto si diceva poco sopra a proposito del fatto che laddove la Corte è intervenuta nella definizione o nella precisazione delle prerogative presidenziali (in ragione della lacunosità del dettato costituzionale) l'ha fatto espandendole si riconferma anche a proposito del potere del capo dello Stato di firmare o meno i decreti del Governo (sent. 406/1989 Corte costituzionale)⁴²⁵. Il fatto emblematico da cui si vuole partire per identificare tale potere è quello del rifiuto di emanare il cd. decreto-legge *salva Eluana*. Si tratta certamente di un caso esemplare in tema di contropoteri proprio in ragione della sua unicità per lo scontro istituzionale che ha originato⁴²⁶.

Quello del controllo presidenziale sui decreti-legge costituisce uno spettro particolarmente importante per mettere in luce il potere di veto del Presidente che, in tale caso, non è semplicemente sospensivo ma può essere configurato come assoluto. Ciò non solo nel momento dell'emanazione (rifiuto formale *ex ante*) ma anche, in una visione sostanzialistica del problema, anche nella fase di promulgazione della legge di conversione dei decreti-legge (rifiuto *ex post*)⁴²⁷. Pur nel silenzio della Costituzione sul punto (riecheggiando in ciò letteralmente il tenore del testo costituzionale francese del 1958⁴²⁸) la dottrina italiana è pressoché unanime nel ritenere che il capo dello Stato possa rifiutare di emanare un decreto-legge, come del resto l'effettività costituzionale (nel silenzio della Costituzione si potrebbe ben evocare la figura della consuetudine espositiana) abbondantemente dimostra⁴²⁹.

⁴²⁵ Esula da questa considerazione il già citato *caso Cossiga* (deciso definitivamente con la sentenza 290 del 2007 Corte Cost.), nel quale non si discuteva del potere di un Presidente in carica, né tanto meno di un potere tipicamente presidenziale, quanto più propriamente di un privilegio extra-funzionale non riconducibile alla funzione di garanzia esercitata dal capo dello Stato (e che anzi avrebbe infirmato il ruolo di contropotere che in questo lavoro si riconosce al Presidente).

⁴²⁶ Si tratta di un caso che sottolinea la coabitazione di fatto tra Presidente della Repubblica e Presidente del Consiglio, che può essere emblematicamente riportato al noto scontro fra Mitterrand e Chirac in occasione del rifiuto del Presidente francese di emanare nel 1986 le *ordonnances* in materia sociale del governo di centro-destra, come si vedrà al par. 8 di questo capitolo.

⁴²⁷ Dal 1987, con la ritardata promulgazione della legge che avrebbe dovuto convertire il decreto legge n. 882/1986 recante fiscalizzazione degli oneri sociali, proroga degli sgravi contributivi nel Mezzogiorno ed interventi per settori in crisi, si contano almeno nove casi di questa specie. Più generalmente sul controllo del Presidente sulla decretazione d'urgenza si veda recentemente A. CARIOLA, *I controlli sugli atti del Governo, con particolare riguardo ai decreti-legge*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale*, cit., pp. 87 e ss.

⁴²⁸ Anche nella Costituzione francese il testo nomina il potere di rinvio delle leggi ma non quello del rifiuto di emanazione delle *ordonnances*.

⁴²⁹ Così efficacemente G. SERGES, *Il rifiuto di emanazione del decreto legge*, www.astrid-online.it. In realtà, sulla scia della sentenza 406/1989, la dottrina non è concorde sul fatto che il rifiuto possa assumere le forme di un rinvio (per analogia con l'art. 74 Cost.) o di un veto *tout court*; così M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziali dei decreti-legge*, cit., p. 139 e ss. Per i precedenti si ricordino innanzitutto Pertini, sul decreto 24 giugno 1980, sulla verifica delle sottoscrizioni per referendum abrogativo e 3 giugno 1981 sulla disciplina delle prestazioni del servizio sanitario, nonché Cossiga (3 luglio 1989) su profili professionali del personale Anas e Scalfaro (7 marzo 1993) su finanziamento pubblico ai partiti. Si fa notare tangenzialmente che in ben due di questi casi di rifiuto di emanazione si tratta di intervento presidenziale volto a difendere lo strumento del referendum abrogativo, il che non è secondario per comprovare la funzione del Presidente come garante dei contropoteri

Il caso del decreto-legge sul caso Englaro, nella prospettiva che qui ci interessa, è riassunto in poche battute e si esaurisce nell'arco di una manciata di giorni. La stampa ne parla per la prima volta il 4 febbraio 2009: allora il provvedimento non raccoglie (pare) nemmeno l'assenso del Presidente del Consiglio. Due giorni dopo viene pubblicata sulla stampa, su iniziativa del Quirinale, la lettera personale indirizzata al Presidente del Consiglio nella quale il Presidente Napolitano esprimeva gravi ed insuperabili dubbi di costituzionalità sul decreto non ancora deliberato in Consiglio dei Ministri. Come noto il contenuto di tale lettera, prima di essere divulgato dagli uffici del Quirinale, venne reso noto da Berlusconi in conferenza stampa, a seguito del diniego presidenziale. Mai prima di allora il capo del Governo aveva ufficializzato con tanta evidenza il suo disaccordo con il Presidente della Repubblica⁴³⁰. Nessun ricorso vero e proprio alla *moral suasion* quindi nel caso del "decreto Englaro", anzi, pur non esimendosi dall'intervenire anticipatamente sull'attività normativa degli organi deputati, questa volta il Presidente lo fa proprio per anticipare ulteriormente la soglia del veto. Delle due l'una: o il controllo è anticipato alla fase di elaborazione dell'atto oppure è rimandato ad altro organo, mentre si cercherebbe di evitare attentamente (e misteriosamente) di esercitarlo puntualmente al momento giusto, quello della firma. Non è casuale infatti che anche in questo caso il conflitto istituzionale emerga proprio a seguito di quella lettera recapitata al Presidente del Consiglio prima della deliberazione del Consiglio dei Ministri. Altrettanto non è forse casuale che tale caso esemplare sia seguente a quello del lodo Alfano e riveli un *modus operandi* completamente diverso da parte del Presidente che, se forse non lo mette al riparo da critiche, almeno lo salva dall'ambiguità.

Se come abbiamo detto non è dubbio che il Presidente della Repubblica possa esercitare una forma di controllo (sospensivo o impeditivo) nei confronti di un atto governativo è meno sicuro che potesse farlo nel caso di specie o che piuttosto vi fossero più ragioni di farlo nel caso in esame che in quelli già sopra evocati in materia di rinvio. Le ragioni dell'incostituzionalità del decreto in parola erano tutt'altro che pacifiche, come è stato da più parti messo in luce⁴³¹. Quello che sorprende quindi nella vicenda Englaro è il

ancor prima che degli equilibri istituzionali. Più generalmente in relazione a tutti questi casi (ricordati peraltro nella lettera di Napolitano) il Governo, diversamente da ciò che è avvenuto nel caso Englaro, a seguito delle riserve espresse dal capo dello Stato, avrebbe desistito dal sottoporre i singoli decreti alla firma del Presidente, come sottolinea A. GHIRIBELLI, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il caso Englaro*, in www.giurcost.it. L'A. sottolinea come in un altro caso del gennaio 1986 il Presidente della Repubblica rifiutò l'emanazione di un decreto-legge in materia di emittenti radiotelevisive private proprio aderendo all'opinione del Presidente della Corte Paladin.

⁴³⁰ Ricostruisce la vicenda con l'usata dovizia di particolari M. BREDA, *Il Quirinale e la sorpresa della lettera svelata*, in *la Repubblica*, 7-II-2009, p. 1.

⁴³¹ Se Pizzorusso, Vassalli e Pace si espressero per l'incostituzionalità del decreto, di diverso avviso erano Capotosti, Marini, Mirabelli e (a quanto si apprende) Onida. Si veda *Giuristi divisi sul decreto. "Cosa storta". "No, saggio"*, in *Corriere della sera*, 7-II-2009, p. 5. Il Presidente nella sua missiva evocava principalmente tre rilievi d'incostituzionalità. Il secondo e più decisivo motivo di incostituzionalità risiede nella necessità di evitare che

fatto che il Presidente, normalmente così cauto nell'utilizzo del potere di rinvio, in tale occasione, abbia invece utilizzato senza remore e in prima battuta proprio il più decisivo rifiuto definitivo di emanazione. In questa occasione si può dire che proprio la concretezza del caso venisse ad annullare l'astrattezza del dubbio di costituzionalità e a creare un'anomala assimilazione tra giudizio della Corte e scrutinio presidenziale. In altre parole: il fatto "gridava" le ragioni dell'incostituzionalità che spesso sfuggono al controllo in astratto ed alimentava lo scontro con chi non condivideva le stesse ragioni. Infatti l'incostituzionalità né in astratto né in concreto è mai propriamente auto-evidente e deriva sempre da un'interpretazione, cioè sempre dalla decisione del contropotere. Di più: il frangente del controllo decretale come veto assoluto getta una luce ulteriore sull'accostamento già fatto tra controllo presidenziale e quello esercitato del giudice delle leggi e consentirebbero anche in questa materia di rintracciare quella complementarietà già individuata fra i due organi in sede legislativa. Anche le differenze che la dottrina ha spesso cercato di tratteggiare per individuare una netta demarcazione tra controllo presidenziale e quello della Corte in nome di una non necessaria diversificazione si fa sottile fino ad annullarsi⁴³². Le valutazioni del Presidente e della Corte possono tranquillamente sovrapporsi: anche fare riferimento al merito costituzionale come elemento qualificante e specifico del sindacato presidenziale non definisce affatto una reale divisione di campi, se si considera che nemmeno la Corte esercita un controllo di mera legittimità sugli atti ma anzi, con l'uso della ragionevolezza, ormai da anni ha costituito una giurisprudenza al limite con l'opportunità costituzionale.

7. Il garante della Costituzione francese: chef de l'Etat o Conseil Constitutionnel?

un provvedimento normativo andasse ed infrangere il giudicato delle pronunce della Cassazione sul caso Englaro nn. 21748/2007 e n. 27145/2008. La terza ragione è di ordine certo confinante con il merito costituzionale e perciò forse non dirimente (ossia evitare l'uso della decretazione d'urgenza per disporre in materia di diritti personalissimi). Come si vede solo il secondo profilo è determinante. E vale sottolinearlo per mettere in luce che in questo caso il Presidente agisce in veste di *veto player* vero e proprio per difendere un altro contropotere, costituito dall'ordine giudiziario. Va tuttavia sottolineato che sorprendentemente nella lettera il capo dello Stato non metta in atto la virtuosa sinergia di poteri che si è già diffusamente auspicata, in quanto evita (sorprendentemente) di evocare quella giurisprudenza della Corte che riconosce il suo potere di veto in materia di decretazione d'urgenza (sentenze 406/1989 e 29 del 1995).

⁴³² Non si concorda pienamente quindi con R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in www.astrid-online.it.

Si è già accennato al fatto che la figura presidenziale francese non può essere assimilata a quella del capo dello Stato italiano nel tema che qui ci occupa e ciò soprattutto in ragione delle differenze istituzionali che separano tradizionalmente i due presidenti. Ciò non solo in virtù del tipo di elezione, a suffragio universale o meno, ma anche di quei poteri ulteriori di cui il Presidente francese gode rispetto al suo omologo italiano. Si tratta in particolare degli articoli 11 e 16 della Costituzione del 1958: il primo esprime il legame stretto tra *referendum* e Presidente (che può indirlo, come già visto, in chiave di contropotere rispetto alla maggioranza parlamentare) mentre il secondo costituisce il Presidente come decisore in ultima istanza dello stato di eccezione e quindi, suggestivamente, quale detentore estremo della potestà pubblica⁴³³.

Tali distinguo devono tuttavia essere probabilmente ridimensionati: il primo, che fa leva sulla natura semi-presidenziale del regime, perché frutto di una lettura prevalentemente politologica del ruolo del Presidente francese e il secondo perché non tiene conto dei vincoli che limitano il capo dello Stato nell'uso dei suoi poteri specifici.

Per quanto riguarda il primo profilo non bisogna mai dimenticare che, malgrado la sua ambiguità, quella presidenziale non è solo una figura comunemente governante ma anche arbitrale. Anzi, quest'ultimo aspetto a ben vedere è l'unico che abbia esplicito riconoscimento costituzionale (art. 5 Const.) e che, al di là delle contingenze politiche, non deve essere punto smarrito nell'analisi dell'istituzione presidenziale. Anche il Presidente francese, come quello di Weimar, si vuole prima di tutto *neutrale*, il che contiene schmittianamente tutta la sua politicità. Ciò si riassume in quella nozione di *arbitrage* che Michel Debré considerava la radice essenziale del ruolo presidenziale e che fa "sopravvivere", nella lettura della storia della Quinta Repubblica, il Presidente alla coabitazione e che gli permette di usare lo strumento del *referendum* come strumento utile ad uscire dagli schematismi e dalle appartenenze politiche, secondo la tradizionale lettura di De Gaulle.

*"L'arbitrage ne se justifie que par la mission de protection de la Constitution"*⁴³⁴ : benché l'art. 5 Const. conviva difficilmente con la pratica quotidiana del regime francese esso apre in Costituzione il capo dedicato al Presidente della Repubblica e fonda la sua (almeno formale) identità di sovrano custode della Costituzione. Di più: esso definisce l'identità del Presidente come potenziale contropotere *sui generis* e quindi, ecco il punto essenziale, come

⁴³³ Il primo alinea dell'art. 16 Const. merita di essere ricordato per esteso: « *Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel* ».

⁴³⁴ Così I. RICHIR, *Le président de la République et le Conseil constitutionnel*, Paris, 1998, p. 204.

organo che interpreta autenticamente la Costituzione, condividendo tale ruolo con il Conseil constitutionnel⁴³⁵.

Quanto al secondo aspetto (cioè all'uso controllato delle prerogative presidenziali *ex art 11 e 16 Const.*), sia in occasione della procedura d'indizione del *referendum* che per l'esercizio dei poteri eccezionali *ex art. 16 Const.*, il Presidente non agisce in assoluta solitudine ma, non casualmente, agisce sotto il controllo del Conseil Constitutionnel. Il primo profilo è stato già indagato⁴³⁶ mentre il secondo merita qualche parola. Secondo l'art. 16 Const. il Presidente non solo può procedere all'assunzione dei pieni poteri solo a seguito della consultazione dei Presidenti delle Camere, del Primo Ministro e del Conseil, ma anche una volta instauratosi lo "stato di crisi" il giudice delle leggi deve essere consultato prima dell'assunzione di qualsiasi misura d'emergenza. Ancora: dalla revisione costituzionale del 2008 si prevede che dopo trenta giorni dalla decretazione dello stato d'eccezione i presidenti dei due rami del Parlamento o l'opposizione (sessanta deputati o senatori) possono adire il Conseil perché questi verifichi se le condizioni dell'emergenza ancora sussistano.

Sia concesso, dopo queste notazioni di cornice, riportare il discorso sul terreno dell'azione del capo dello Stato in materia di procedimento legislativo. Anche il Presidente francese, come si è già accennato, dispone del potere di rinvio delle leggi (art. 10 Const.), prerogativa che nacque proprio oltralpe all'esito della grande Rivoluzione. Tuttavia il capo dello Stato in Francia durante la storia della Quinta Repubblica ha utilizzato solo in tre occasioni tale potere⁴³⁷, e ci si potrebbe chiedere il motivo di tanta parsimonia. La risposta potrebbe essere (come normalmente è) legata a una visione troppo presidenzialista del regime ed essenzialmente politica del problema, ovvero che il Presidente si astenga dall'usare tale prerogativa perché le leggi votate dalla maggioranza parlamentare sono null'altro che una sua diretta emanazione. Eppure la risposta è insoddisfacente e non spiega perché anche in regime di coabitazione il potere in parola sia rimasto sostanzialmente inutilizzato. In realtà ci pare che la spiegazione sia soprattutto schiettamente giuridica: il Presidente non usa il rinvio perché in Francia il controllo di costituzionalità *a priori* precede la (eventuale) promulgazione della legge. Si potrebbe dire che ben poco resta da controllare in punto di costituzionalità una volta che il giudice delle leggi si è espresso sul punto. Al più

⁴³⁵ Si veda P. AUVRET, *La faculté d'empêcher du président de la République*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1986, pp. 141 e ss. Secondo Guillaume Drago: « *Le pouvoir d'interprétation du Président de la République trouve donc deux limites à son exercice. D'une part il ne peut concerner que les propres compétences du Président. D'autre part ce pouvoir d'interprétation doit se concilier avec les compétences du Conseil Constitutionnel, le Président étant soumis aux interprétations dégagées par le Conseil* ». G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil Constitutionnel*, Aix-en-Provence, 1991, p. 55.

⁴³⁶ Si rimanda al capitolo II, par. 9.

⁴³⁷ Il primo caso è del 13 luglio 1983 e costituiva la dovuta reazione contro una legge che conteneva disposizioni per l'organizzazione dell'*expo universelle*, proprio successivamente al ritiro della candidatura della Francia. Il secondo e il terzo caso sono invece molto più delicati: il primo dell'agosto 1985 a proposito della *loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (che diede luogo ad un'importante pronuncia del Conseil, 197-85 DC) e il secondo dell'aprile 2003 (*loi relative à l'élections des conseillers régionaux et des parlementaires européens*).

residuerrebbe lo spazio per una forma di controllo sul merito costituzionale (così come avverrebbe anche in Italia).

Il più recente uso del potere di rinvio (legge 327-2003, in materia di elezione dei consiglieri regionali e parlamentari europei) getta una luce tutta particolare sul legame stretto tra Presidente e Conseil Constitutionnel nella procedura legislativa e può aiutare a configurare il primo come uno dei potenziali vettori dell'esecutività delle decisioni del giudice delle leggi. Come già avvenuto nel caso della legge del 1985 sulla *Nouvelle Calédonie*, il rinvio presidenziale del 2003 fu motivato dalla necessità che, dopo la censura di alcuni articoli da parte del Conseil, la legge non venisse promulgata dal capo dello Stato amputata di alcune delle sue fondamentali disposizioni ma ritornasse alle Camere perché queste la modificassero nel senso indicato dal giudice delle leggi. Questa trasformazione non prevedibile della funzione del potere di rinvio è stata accettata dallo stesso Conseil che ha così esplicitamente riconosciuto in essa l'introduzione di una "*fase (legislativa) complementare derivante dal controllo di costituzionalità*"⁴³⁸, la cui effettività è resa possibile dall'intervento del Presidente. L'intervento presidenziale in questi casi è essenziale quindi per comprendere un diverso atteggiarsi della giustizia costituzionale: da censore esterno del legislatore il giudice delle leggi diventa un vero e proprio *contro-legislatore*, i cui emendamenti apportati al testo del Parlamento vengono fatti valere (o meno) dal Presidente in sede di rinvio.

Il rapporto del Presidente con il Conseil Constitutionnel viene in luce ancora in altri frangenti: il capo dello Stato è fra le autorità che possono chiedere una pronuncia del giudice delle leggi sulla compatibilità con la Costituzione di un trattato internazionale (art. 54 Const.) o di una disposizione legislativa (art. 61 Const.). Il Presidente non ha mai attivato il secondo "canale di comunicazione" ma non si ritiene possa parlarsi propriamente di disinteresse quanto di una doppia ragione politica: fin dal 1974 la *saisine* del Conseil è fatta sistematicamente dall'opposizione (come già visto), il che riduce notevolmente la necessità di una richiesta presidenziale. In quei rari casi in cui l'opposizione rimanga inerte, piuttosto che rischiare d'incorrere in una censura del Conseil (che porrebbe il Presidente in una difficile situazione quale capo della maggioranza) o, all'opposto, per evitare di inibire la

⁴³⁸ In questi termini nel testo della famosa decisione *Nouvelle Calédonie*, n. 85-197 DC del 23 agosto 1985, resa sulla nuova legge, così come approvata dopo il rinvio presidenziale. Per un'attenta ricostruzione del fenomeno si veda G. DRAGO, *L'exécution des décisions*, cit., pp. 59 e ss. La pronuncia in questione è considerata fondamentale anche perché stabilisce che una pronuncia di rigetto del Conseil non equivale ad una patente di costituzionalità della legge scrutinata, potendosi riservare il giudice delle leggi il potere di riesaminare l'intera legge non censurata o la legge nelle parti non già toccate da una pronuncia d'incostituzionalità parziale, in una successiva pronuncia che riguardi una nuova disposizione che tocchi la medesima materia. Facendo derivare da tale ragionamento una conclusione utile al nostro discorso, si potrebbe dire che anche una volta espressosi il Conseil *a priori*, il Presidente conserverebbe comunque intatto il suo potere di far rilevare l'incostituzionalità della legge con il rinvio.

serenità della decisione del giudice delle leggi, il Presidente lascia normalmente che siano i presidenti delle Camere a presentare il ricorso⁴³⁹.

Il secondo articolo evocato (54 Const.), consente invece al Presidente di chiedere al Conseil l'interpretazione autentica della Costituzione per procedere alla ratifica dei trattati. Si tratta di una materia di estrema importanza (soprattutto alla luce del quadro comunitario) che appartiene tradizionalmente al *domaine réservé* del capo dello Stato. In sei occasioni il Presidente ha fatto ricorso all'art. 54 Const.⁴⁴⁰ Benché raramente utilizzata, la *saisine* permette di “rompere la solitudine” del capo dello Stato come garante ed interprete della Costituzione, rimettendosi al giudizio in ultima istanza del Conseil, che in tal modo ha l'ultima parola.

Non si dimentichi poi un altro aspetto importante: il capo dello Stato nomina un terzo dei membri del Conseil (tre su nove) e gli ex presidenti della Repubblica sono membri vitalizi di diritto del Consiglio⁴⁴¹.

Un altro aspetto può mettere in luce i profili di questo dialogo di contropoteri: la risalente determinazione dei Presidenti ad accrescere i poteri del Conseil Constitutionnel, malgrado la diffidenza che il Parlamento ha sempre mostrato nei confronti di questa istituzione. Interessante notare che l'introduzione della *saisine parlementaire* nel 1974 sia stata possibile grazie alla forte determinazione di Giscard d'Estaing di rendere più compiuto il sistema di giustizia costituzionale francese. Allo stesso modo la revisione costituzionale del 2008, istitutiva dell'*exception d'inconstitutionnalité*, è stata frutto di un'iniziativa presidenziale che si radicava già nella lontana determinazione del Presidente Mitterrand di estendere così notevolmente il sindacato del Conseil⁴⁴². Come si è visto quindi esiste anche in Francia una sorta di complementarità tra i due guardiani della Costituzione, che permette di creare, nella pratica repubblicana, una sintesi fra le posizioni di Kelsen e Schmitt⁴⁴³.

Non sempre tuttavia il capo dello Stato adempie in pieno la sua azione di tutore della Costituzione ed è avvenuto anche recentemente che tale missione venisse offuscata dall'impulso di difendere in modo giuridicamente abnorme una legge del Parlamento

⁴³⁹ Un caso recente può certo essere quello relativo al *projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* dell'11 ottobre 2010.

⁴⁴⁰ Il 25 giugno 1992 (trattato di Maastricht), il 25 novembre 1993 (accordi internazionali in materia di diritto di asilo), il 25 gennaio 1999 (trattato di Amsterdam), l'8 luglio 1999 (trattato istitutivo della Corte penale internazionale), il 25 marzo 2003 (sulla decisione quadro del 13 giugno 2002 in materia di mandato d'arresto europeo) e infine il 29 ottobre 2004 sul testo della “Costituzione europea”.

⁴⁴¹ Questa osservazione aprirebbe un tema molto sensibile (complicato dalla mancata alternanza fra destra e sinistra al Governo negli ultimi trent'anni – salvo la breve parentesi della coabitazione dal 1997 al 2002 –) che sarà approfondito nell'ultimo capitolo, riguardante la composizione del Conseil. Si noti tuttavia per ora che nel 2010 per la prima volta il Presidente della Repubblica ha nominato consigliere costituzionale un uomo politico di diverso colore politico, Michel Charasse.

⁴⁴² Si veda R. BADINTER, *La longue marche vers la question préjudicielle de constitutionnalité*, in AAVV, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques?*, Paris, 2009, pp. 11 e ss.

⁴⁴³ Così Richir, che commentando l'inevitabilità di questa situazione afferma lucidamente: « *Impossible de confier la protection de la Constitution à un seul organe parce que le poids est trop lourd, la tâche trop importante, le champ à surveiller trop vaste* », I. RICHIR, *Le président de la République*, p. 361.

amputata da una censura del Conseil Constitutionnel pretendendone l'applicazione da parte della suprema magistratura ordinaria anche contro il *dictum* del giudice delle leggi⁴⁴⁴.

Un versante in cui l'azione del capo dello Stato non può essere considerata di contropotere è certo quello della relazione che (non) lo lega all'opposizione parlamentare. Anche qui, salvo che in regime di coabitazione (all'interno della quale si crea invece una strettissima alleanza tra capo dello Stato e minoranza)⁴⁴⁵ l'opposizione al Governo è prima di tutto un'opposizione al Presidente della Repubblica. Anche in Italia tuttavia non è mancato un caso simile (singolarmente eccezionale) ben più grave di quello francese appena citato, in cui fu evidente come ad una Corte come contropotere si opponeva apertamente un Presidente alleato al potere, con l'obiettivo di rovesciare le istituzioni costituzionali ed instaurare una democrazia plebiscitaria.

8. Il potere di veto assoluto: la mancata emanazione delle ordonnances del 1986

Come il Presidente italiano, anche quello francese, secondo l'art. 13 Const., “*signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres*”⁴⁴⁶. Anche nella Costituzione francese quindi la prescrizione è perentoria ma, a differenza di quanto già visto a proposito del capo dello Stato italiano, in Francia la possibilità per il Presidente di opporsi all'emanazione di una *ordonnance* è sorprendentemente molto più discusso ed anzi, la dottrina maggioritaria è

⁴⁴⁴ Il caso è scoppiato nel febbraio 2008 quando, a seguito della decisione *Rétention de sûreté* 2008-562, che escludeva la portata retroattiva della disciplina legislativa (di per se di dubbia costituzionalità, come si vedrà nel capitolo successivo), il Presidente della Repubblica ha fatto appello al primo Presidente della Cassazione Vincent Lamanda chiedendogli di disapplicare la pronuncia del giudice delle leggi per ovviare al problema della retroattività censurata dal Conseil. Si veda *Rétention de sûreté : levée de boucliers contre l'initiative de Nicolas Sarkozy*, in *Le Monde*, 23-II-2008.

⁴⁴⁵ In tale situazione il Presidente sarebbe “*détenteur de contre-pouvoirs constitutionnels dont l'usage dépend de la conjoncture et de son avenir politique*” secondo H. PORTELLI, *Arbitre ou chef de l'opposition?*, in *Pouvoirs*, 1999, pp. 69 e ss.

⁴⁴⁶ La nozione di *ordonnance* merita un chiarimento definitorio. Si tratta di un atto normativo governativo creato con la Costituzione del 1958 e simile in tutto ad un decreto legislativo (avente però alcuni elementi del decreto-legge). Nello specifico: dopo che il Parlamento ha votato una *loi d'habilitation* (avente la stessa struttura e funzione di una nostra legge delega) il governo provvede all'edizione di una o più *ordonnances*: queste devono essere recepite con legge di ratificazione (una sorta di legge di conversione) da presentarsi al Parlamento (e non necessariamente da approvare, *si*) nel limite di tempo stabilito nella legge di abilitazione. Prima di essere “convertite” le *ordonnances* hanno valore di atto amministrativo regolamentare. Prima della ratifica parlamentare le *ordonnances* sono sottoposte al sindacato del giudice amministrativo e successivamente a quello del Conseil Constitutionnel. Si veda diffusamente E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'Esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, pp. 463 e ss.

maggioritariamente contraria sul punto⁴⁴⁷. Si giunge all'insolita ed inattesa osservazione che su un elemento tanto sensibile per definire i poteri del capo dello Stato l'intervento del Presidente italiano è da considerarsi decisamente più rilevante nella delicata materia in questione. Al di là delle dispute dottrinali volte ad affermare o smentire la sussistenza di tale potere in capo al Presidente francese, ci sembra che ci si debba limitare a ciò, che il rifiuto di firmare le *ordonnances* è stato un fatto prima ancora che un riconosciuto potere giuridico⁴⁴⁸.

Le uniche occasioni nelle quali il Presidente ha deciso infatti di valersi di questo (pur dubbio) potere di veto si sono verificate nel 1986. Il primo caso si è verificato il 14 luglio, a proposito delle *ordonnances* in materia di privatizzazioni, il secondo il 2 ottobre in materia di legge elettorale (riguardo, in particolare, alla modificazione delle circoscrizioni elettorali) e l'ultima il 17 dicembre di quello stesso anno, relativamente alla riforma del governo in materia di orari di lavoro. Interessante sottolineare i motivi del rifiuto: nel primo caso il capo dello Stato sottolineava un vero e proprio problema sostanziale di costituzionalità, legato alle modalità della privatizzazione, definite in modo troppo impreciso sia nella legge di abilitazione che nelle *ordonnances* e, ciò che più ci interessa, esso riprendeva e si appoggiava alle riserve d'interpretazione contenute nella decisione resa dal Conseil sulla stessa legge delega ed estendendo esplicitamente al merito costituzionale il suo controllo sugli atti normativi del governo, effettuando così un controllo sul rispetto delle condizioni indicate dal giudice delle leggi per assicurare la legittimità delle *ordonnances* (atti amministrativi sottratti al controllo del Conseil Constitutionnel prima della ratifica parlamentare)⁴⁴⁹. Diverso invece il caso degli altri due atti governativi, dei quali il capo dello

⁴⁴⁷ Sul tema in parola si veda innanzitutto C. BOYER-MERENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, 1996. Invero, proprio in ragione della configurazione del Presidente francese quale contropotere d'eccezione, si è qui recisamente contrari a questa dottrina maggioritaria che esclude tale potere del Presidente francese. Nel senso da noi indicato: M. DUVERGER, *Le Président de la République n'est pas obligé de signer les ordonnances*, in *Le Monde*, 22-III-1986 e J. ROBERT, *Mitterrand peut refuser de signer*, in *Le Monde*, 18-IV-1986. In senso contrario (e facendo leva su argomenti puramente letteralistici legati all'uso del modo indicativo nel testo della costituzione con riferimento al fatto che il Presidente «*firma le ordonnances*»): Y. GAUDEMET, *Le Président est tenu de signer*, in *Le Monde*, 18-IV-1986.

⁴⁴⁸ Questa la convincente prospettiva realista di G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, 2007, p. 105. Altra dottrina, altrettanto correttamente, mette in luce la natura tutta politica del problema: nel silenzio del testo costituzionale i conflitti fra gli organi sono risolti nell'effettività della politica: D. GAXIE, *Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République*, in D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, Paris, 1989.

⁴⁴⁹ La decisione in parola, n. 86-207 DC del 26 giugno 1986 è di quelle che si chiamerebbero in Italia interpretative di rigetto. Il Presidente, non avendo riscontrato nelle successive *ordonnances* del Governo la soluzione di quegli stessi dubbi avrebbe quindi rifiutato di emanarle, ammettendo che: «*(...) Je pense comme le Conseil constitutionnel. Mais moi, j'ai une responsabilité supplémentaire: je suis non seulement chargé de veiller au respect de la Constitution mais, au regard d'un certain nombre de données qui sont écrites dans cette Constitution, je dois être le garant de l'indépendance nationale*». Dall'intervista rilasciata a *Le Monde* il 16 luglio 1986.

Stato faceva valere l'incompetenza governativa in ambiti (la materia elettorale e il diritto del lavoro) coperti da riserva di legge a suo parere assoluta e formale⁴⁵⁰.

Tutte le misure in questione sono state poi ripresentate dal Governo al Parlamento sotto forma legislativa. L'opposizione non ha sorprendentemente attivato la *saisine parlementaire* sulla legge in materia di privatizzazioni (86-912 del 6 agosto 1986) e non è quindi possibile sapere se le eccezioni di costituzionalità sollevate dal Presidente fossero condivise da giudice delle leggi. Per quanto riguarda invece la legge 87-39 del 27 gennaio 1987, il Conseil ha annullato integralmente l'articolo 39 (che recepiva in un solo emendamento l'intera riforma precedentemente contenuta nell'*ordonnance* non emanata poco più di un mese prima dal Presidente) dando luogo a quella famosa giurisprudenza sui "limiti inerenti" dell'emendamento detta *Amendement Seguin*⁴⁵¹.

9. Il Conseil d'Etat: la tecnocrazia e il controllo costituzionale

Se, come si è visto, in Francia il capo dello Stato non può ordinariamente assumere i contorni di *ordinario* organo di contropotere nello svolgimento della funzione legislativa, bisogna chiedersi quale sia dunque l'istituzione deputata (di fatto) al controllo di costituzionalità nella fase di formazione dell'atto normativo statale. La risposta è fornita dall'art. 39, II c. della Costituzione del 1958, secondo il quale "*les projets de loi sont délibérés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État*"⁴⁵². Il termine si riferisce quindi ai soli progetti di legge del Governo⁴⁵³ e rende obbligatoria l'acquisizione del parere Conseil d'Etat prima della definitiva approvazione del disegno di legge in Consiglio dei Ministri⁴⁵⁴. Si tratta di un

⁴⁵⁰ Anche qui vi erano state due precedenti pronunce del Conseil (contenenti forti riserve interpretative), la 86-208 DC del 2 luglio 1986 (in materia elettorale) e la 86-207 DC del 26 giugno 1986 (sulla riforma del diritto del lavoro). Le due pronunce non negavano affatto la possibilità del governo di procedere all'adozione delle *ordonnances*.

⁴⁵¹ Nella decisione del 23 gennaio 1987 (86-225 DC), così dubbia per il tipo di soluzione adottata, vi era forse da parte del Conseil il tentativo di confermare la decisione presidenziale sull'*ordonnance* facendo leva su una motivazione giuridica.

⁴⁵² Alla previsione dell'art. 39 Const. sono da aggiungersi anche quella dell'art. 38 Const., che prevede sempre il necessario parere del Conseil sulle *ordonnances* del Governo, e quella dell'art. 37 Const., che prevede identica procedura consultiva per i regolamenti ministeriali.

⁴⁵³ Bisogna tuttavia sottolineare che con la revisione costituzionale del 2008 « *dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose* ». Fino ad ora l'uso di tale procedura è stato limitato (due i casi verificatisi entro la fine del 2010: *loi simplification du droit* su iniziativa di Jean-Luc Warsmann e la proposta di legge *sur l'indemnisation des victimes de dommages corporels d'accidents de la circulation* di Guy Lefrand).

⁴⁵⁴ Il parere era invece solo facoltativo sotto l'impero della Costituzione del 1946, alla quale la nostra Carta italiana del 1948 si è discutibilmente conformata. Oltre ai casi della consultazione obbligatoria in Francia (così come in Italia) il Governo può poi adire il Conseil su qualsiasi questione di ordine giuridico ai sensi dell'art.

elemento particolarmente importante per capire la logica del controllo costituzionale in Francia. Altro aspetto fondamentale del tema che trattiamo, che non ha eguali in Italia (e in ciò si deve certo mettere in luce lo scarso investimento non solo della giurisprudenza amministrativa ma della stessa dottrina costituzionalistica italiana) è sicuramente il tipo di elaborazione costituzionalistica effettuata dal supermo giudice amministrativo francese fin dalla fine del XIX secolo e fortemente incoraggiata dalla migliore accademia⁴⁵⁵. Ciò ha portato il Conseil d'Etat ad “applicare” responsabilmente la Costituzione non solo nella fase, già individuata, del controllo legislativo ma anche in quella del contenzioso amministrativo⁴⁵⁶. Le due attività, consultiva e giurisdicente, in questo senso si integrano nella definizione del Conseil come giudice costituzionale. Ciò avviene in particolare in occasione del controllo (eventuale) sulle *ordonnances* non ratificate dal Parlamento: in quanto atti formalmente amministrativi ad esse non si applica la cosiddetta teoria della *loi-écran*, che esclude il controllo di costituzionalità sui regolamenti emanati sulla base di una legge di dubbia costituzionalità⁴⁵⁷.

Il Conseil d'Etat napoleonico è l'organo che è servito da modello per la creazione albertina del Consiglio di Stato, tuttavia si differenzia non poco dal suo omologo italiano sotto molteplici aspetti, primo fra tutti l'obbligatorietà (come accennato) ed effettività

112-2 del Codice della giustizia amministrativa. Si auspica decisamente per l'ordinamento italiano un allineamento al tipo di controllo effettuato obbligatoriamente in Francia dal Conseil sui progetti di legge, sulla scia di alcune suggestioni emerse già in Assemblea costituente, C. MIGNONE, *Profili di tecnica della legislazione nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato*, in C. MIGNONE (a cura di), *Crisi della legislazione*, Padova, 1997, pp. 39 e ss. Sulla “sottoutilizzazione” del Consiglio di Stato italiano come organo consultivo nonché sulla mancata occasione della previsione di un intervento necessario in sede di istruttoria legislativa si veda L. AMMANNATI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994, p. 390 e ss. Sul punto si veda anche recentemente D. NOCILLA, *Funzione consultiva del Consiglio di Stato e Costituzione*, in AAVV, *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, pp. 1482 e ss.

⁴⁵⁵ Da questo punto di vista la prima decisione fondamentale è stata sicuramente l'*arrêt* CE, 11 luglio 1956, *Amicales des annamites de Paris*, in materia di libertà di associazione, che eleva quest'ultima a principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica. La tesi espressa in tale decisione sarà poi ripresa pianamente dal Conseil Constitutionnel nella celeberrima decisione del 1971 con la quale il Conseil delineò per la prima volta i contorni del *bloc de constitutionnalité*. Il Conseil d'Etat si è poi recentemente caratterizzato quale creatore di principi del *bloc* al pari del Conseil Constitutionnel (così nell'*arrêt* *Koné* del 1996) e sempre più spesso applica direttamente le norme costituzionali in giudizio. Fra i giuristi quello che sicuramente apportò il maggior contributo all'identificazione dell'identità costituzionale del diritto amministrativo francese fu Georges Vedel: si veda G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, 1954, p. 21 Sul punto si veda il corposo lavoro di Francine Batailler che ha ricostruito la giurisprudenza del Conseil d'Etat in chiave costituzionalistica, dall'applicazione mediata della Costituzione attraverso il riferimento dai principi generali del diritto sino all'applicazione diretta del *bloc*: F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris, 1966, pp. 93 e ss.

⁴⁵⁶ Sul punto si veda autorevolmente B. GENEVOIS, *Le Conseil d'État et l'application de la Constitution*, in G. DRAGO (a cura di.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Paris, 2007, pp. 32 e ss.

⁴⁵⁷ La teoria della *loi-écran*, formulata per la prima volta nell'*arrêt* *Arrighi* del 5 novembre 1936 costituisce il confine tra i due Conseil, l'uno deputato al controllo della legalità delle leggi, l'altro degli atti regolamentari.

(come si vedrà) dei suoi pareri in materia legislativa e per l'eminente ruolo politico da esso rivestito nell'economia della forma di governo⁴⁵⁸.

La funzione del Conseil d'Etat quale contropotere è testimoniata da molte occasioni nella storia costituzionale francese più recente, a partire dall'opposizione da questo dimostrata all'affermazione del potere personale del generale de Gaulle, nel 1962, fino alle nazionalizzazioni del primo governo socialista nel 1981⁴⁵⁹. A ciò bisogna aggiungere che tradizionalmente ai supremi vertici politici dell'amministrazione sono spesso chiamati dei consiglieri di Stato (e al Palais Royal spesso rimangono in servizio soprattutto i membri di colore politico opposto rispetto a quello della maggioranza parlamentare)⁴⁶⁰.

Il controllo esercitato dal Conseil d'Etat sui progetti di legge è eminentemente giuridico e, di conseguenza, esteso alla costituzionalità dell'atto (non solo intesa in senso stretto ma estesa all'opportunità e al merito costituzionale). In tal senso il Conseil d'Etat può essere visto come una prolessi del Conseil Constitutionnel: non solo in termini storici (essendo il secondo generalmente ritenuto un'appendice sopravvenuta del Conseil d'Etat⁴⁶¹) ma anche di strategia di controllo. In altre parole: il Conseil d'Etat esamina la costituzionalità di un progetto di legge prima che questo sia presentato alle Camere. Il Governo è libero di tenere o meno conto dei rilievi mossi dal supermo giudice amministrativo ma deve certo considerare che l'opera del legislatore sarà successivamente vagliata "dall'altra ala" del Palais Royal, il Conseil Constitutionnel, il quale normalmente prende conoscenza di tutti i pareri del Conseil d'Etat (i quali non sono pubblici in Francia)⁴⁶² e all'interno del quale siedono spesso molti consiglieri di Stato⁴⁶³. Perché il controllo preventivo-dissuasivo del Conseil d'Etat quindi sia efficace (e perché quindi la "tenaglia costituzionale" funzioni) è necessario che si verifichi una stretta coerenza tra le due

⁴⁵⁸ Sulle differenze tra Conseil d'Etat francese e Consiglio italiano (e principalmente sulla maggiore autonomia decisionale del primo rispetto al secondo) si veda l'esautivo V. WRIGHT, *Conseil d'Etat e Consiglio di Stato: le radici storiche della loro diversità*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato*, cit. pp. 23 e ss. Sul ruolo decisamente politico esercitato dal Conseil nel senso indicato si veda D. LOCHAK, *Le Conseil d'Etat en politique*, in *Pouvoirs*, 2007, pp. 19 e ss. Raramente, anche quando richiesto, il parere del Consiglio di Stato italiano desta quell'eco mediatica che contraddistingue normalmente l'azione del contropotere. Caso recente che costituisce eccezione a questa regolarità è la doppia bocciatura del regolamento governativo in merito alla disciplina fiscale dell'Imu. Si veda *La Chiesa deve pagare l'Imu. "Rispettare i principi dell'Unione europea"*, in *la Repubblica*, 14-XI-2012.

⁴⁵⁹ Nel 1962 il Conseil d'Etat (seguito in ciò dal Conseil Constitutionnel) si oppose alla già ricordata proposta di revisione costituzionale voluta da De Gaulle attraverso l'impropria procedura dell'art. 11 Const. Di quello stesso periodo rimangono celebri poi gli *arrêts Canal* e *Broca*, resi entrambi il 19 ottobre 1962, volti ad affermare l'uno il controllo sulle *ordonnances* ai sensi dei principi generali del diritto, il secondo a confutare l'interpretazione presidenziale secondo cui il Governo della V Repubblica non sarebbe responsabile solo davanti al Parlamento ma anche davanti al capo dello Stato. Per un'analisi di questi casi, accomunati appunto dalla contrarietà ad un tipo di democrazia plebiscitaria si veda S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la Vème République*, Paris, 2011, pp. 359 e ss.

⁴⁶⁰ Così B. RIBADEU DUMAS, *Les carrières dans et hors le Conseil d'Etat*, in *Pouvoirs*, 2007, pp. 82 e ss.

⁴⁶¹ D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil Constitutionnel*, 2010, Paris, p. 209.

⁴⁶² Si veda M. ROUX, *La fonction consultative du Conseil d'Etat*, in *Rev. Adm.*, 1999, p. 21.

⁴⁶³ Lo stesso segretario generale del Conseil constitutionnel è per tradizione un membro del Conseil d'Etat.

giurisprudenze sulle singole questioni giuridiche. Questo in effetti è quello che normalmente avviene e si spiega così perché nella quasi totalità dei casi il Governo segua le indicazioni offerte dal giudice amministrativo.

Per vedere quanto penetrante e persuasivo sia il controllo esercitato dal Conseil d'Etat è bene ricordarne i momenti fondamentali, perché si ritiene che generalmente proprio il metodo di lavoro mostri la strategia (e l'efficacia) di un organo politico o giurisdizionale⁴⁶⁴.

In questo senso è abbastanza diffusa in Francia l'idea secondo la quale il Conseil d'Etat lungi dall'essere un mero controllore sia un autentico co-legislatore⁴⁶⁵. Davanti ad esso infatti si realizza, una volta trasmesso il *projet de loi* al Conseil per il tramite del Segretario generale del Governo, un vero e proprio procedimento contenzioso che ha come parte necessaria l'Esecutivo, in persona dei suoi commissari (normalmente funzionari o consiglieri del ministero competente per il progetto di legge in questione) e il relatore designato per l'istruzione del *dossier*. Il disegno di legge è esaminato minutamente, articolo per articolo in una serie di sedute a cui prendono parte normalmente tutti i commissari dei ministeri interessati⁴⁶⁶. In tale occasione il relatore propone non solo modifiche al testo ma può procedere ad una vera e propria riscrittura dello stesso (ciò è tanto più probabile quanto meno è netta e definita la posizione del Governo sulla disposizione oggetto di esame), motivando costantemente la sua diversa soluzione (la quale investe spesso profili di merito) e richiamando insistentemente la giurisprudenza costituzionale e CEDU. Al termine dello scrupoloso esame (formale e contenutistico) del progetto di legge, il consigliere incaricato formula il suo *rapport* per la sezione competente, illustrando il progetto di legge e le problematiche giuridiche che esso solleva, affiancando al testo del Governo il suo progetto alternativo. L'esame è non meno penetrante in seno alla sezione, se si pensa che il testo, dopo la presentazione del relatore e il contraddittorio tra i consiglieri e i commissari del governo, deve essere analizzato ancora una volta per singoli articoli. Il "*progetto della sezione*" (da approvare anch'esso con deliberazione) potrà essere lo

⁴⁶⁴ Ci si avvale per tale ricostruzione della personale modesta esperienza di uditore in occasione della discussione del progetto di legge relativo *aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge* (ora legge 2011-803) nonché dell'attenta analisi della dottrina: Y. MENY-M. GUERAUDIN, *Consultazione o co-decisione? L'evoluzione del ruolo consultivo del Conseil d'Etat*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato*, cit., pp. 406 e ss. Si veda poi l'interessante ricerca sociologica che Bruno Latour ha effettuato all'interno del Conseil d'Etat basandosi sull'importanza delle dinamiche che, all'interno dell'istituzione, si realizzano tra consiglieri e membri del governo in occasione dell'esame dei *projets de loi*: B. LATOUR, *La fabbrica del diritto. Etnografia del Consiglio di Stato*, Troina, 2007, pp. 65 e ss.

⁴⁶⁵ Così tradizionalmente Y. GAUDEMET, *La Constitution et la fonction législative du Conseil d'Etat*, in *Mélanges Jean Foyer*, Paris, 1997, p. 61. Si veda anche G. BRAIBANT, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'Etat*, in AAVV, *Mélanges Gérard Conac*, Paris, 2001, pp. 185-192

⁴⁶⁶ Vi è da sottolineare una notevole particolarità: solitamente i ministeri sono fra loro in vivo disaccordo in sede di discussione davanti al Conseil. Non si è mancato di individuare infatti (e assai sorprendentemente) che non esiste una vera e propria solidarietà governativa in tale sede: in materia di trattamento sanitario obbligatorio per i malati psichiatrici nel caso sopra menzionato, per esempio, è escluso che le ragioni del ministero dell'interno fossero condivise da quello della salute.

stesso proposto dal relatore o, più frequentemente, un'ennesima versione di quest'ultimo. Ancora non si è al termine dello scrutinio consigliere: la procedura riprende ancora una volta, nello stesso modo ma con maggior solennità, davanti all'*Assemblée générale du Conseil d'Etat*, particolarmente temuta dai più alti funzionari ministeriali, la quale "somiglia molto più ad un'assemblea deliberativa, dove i commissari del governo sono sottoposti al fuoco incrociato di censori senza pietà"⁴⁶⁷. L'Assemblea generale può respingere o rifiutare la proposta della sezione o, ancora, approvare una nuova controproposta.

Come si vede, lungi dall'essere un puro e semplice parere quello del Conseil d'Etat è un vero e proprio lavoro di riscrittura che non lascia al Governo che due alternative: o approvare in Consiglio dei Ministri il suo testo originario o, come normalmente avviene, adottare quello del Conseil, stante il rischio d'incorrere nella censura del Conseil Constitutionnel, tanto maggiore nel caso in cui l'Esecutivo tentasse di presentare un testo diverso alle assemblee parlamentari⁴⁶⁸. Sarebbe tuttavia sbagliato pensare che il controllo "pre-preventivo" del Conseil d'Etat annulli qualsiasi rischio di censura per la legge approvata. Ciò non solo perché nel corso dell'esame parlamentare i deputati e i senatori (sollecitati o meno dal Governo) o lo stesso esecutivo possono presentare emendamenti che modificano il testo rispetto alla versione validata dal Consiglio di Stato ma anche perché non sempre il Conseil constitutionnel segue l'orientamento del supremo giudice amministrativo⁴⁶⁹. Si tratta di casi rari ma che caratterizzano l'isomorfismo mimetico che lega i due inquilini del Palais Royal.

10. Conseil d'Etat e Conseil Constitutionnel tra politica e diritto

Come si diceva tra Conseil d'Etat e Conseil Constitutionnel possono certo esistere delle divergenze giurisprudenziali in punto di costituzionalità. Si tratta tuttavia di casi alquanto circoscritti, comprensibili se si considera la lettura riduttiva che il Conseil d'Etat ha fatto dell'art. 62 della Costituzione, che attribuisce rango di giudicato alle decisioni del Conseil constitutionnel. Proprio come avvenuto in Italia sin dall'inizio dell'attività della Corte, non si può dire che l'adeguamento delle supreme giurisdizione alle decisioni del

⁴⁶⁷ Così Y. MENY-M. GUERAUDIN, *Consultazione o co-decisione?*, cit., p. 409. Chi ha partecipato a una discussione in Assemblea generale vertente sull'analisi di un progetto di legge non può che essere colpito dall'altezza e dalla finezza giuridica del dibattito che ordinariamente si svolge tra i consiglieri in punto di costituzionalità.

⁴⁶⁸ Così come affermato anche dalla decisione del giudice delle leggi n. 2003-468 DC in materia di elezione dei consiglieri regionali.

⁴⁶⁹ Secondo Guy Carcassonne la maggior parte delle norme censurate dal Conseil non deriverebbero da emendamenti del governo o della maggioranza quanto (nel 60% dei casi) da disposizioni già presenti nel progetto sottoposto al Consiglio di Stato. Così G. CARCASSONNE, *Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi*, in AAVV, *Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, Paris, 1999, p. 87.

giudice delle leggi sia stato un fatto automatico in Francia. Per meglio dire: il Conseil d'Etat ha sempre mantenuto un atteggiamento ambiguo sul punto, strumentale a permettersi eventuali deviazioni giurisprudenziali rispetto alle interpretazioni costituzionali del giudice delle leggi⁴⁷⁰. E le prese di distanza originate da tali contrastanti giurisprudenze ci sono state. La più emblematica è certamente quella legata a due delicatissimi temi: il primo concernente l'efficacia diretta delle norme internazionali nell'ordinamento interno, che secondo la giurisprudenza costituzionale comporterebbero la disapplicazione delle disposizioni nazionali configgenti⁴⁷¹. Il secondo riguarda invece più specificamente il problema (connesso al precedente) dei *controlimiti* all'ingresso del diritto europeo in quello francese. Sul punto la giurisprudenza del Conseil d'Etat, che aderisce alla tesi tedesca della protezione equivalente, pare più restrittiva ed esigente di quella "più italiana" del Conseil Constitutionnel⁴⁷².

Sarebbe vano cercare di stabilire tuttavia una priorità dell'una o dell'altra giurisdizione in fatto di efficacia della tutela costituzionale apprestata, se non analizzando le singole posizioni dei due giudici per singoli filoni giurisprudenziali⁴⁷³. Impossibile ricorrere a generalizzazioni

Come tuttavia la dottrina ha notato il Conseil d'Etat ha sempre voluto dare l'impressione ai commentatori che la sua convergenza (che è un dato effettivo) rispetto alla giurisprudenza del Conseil Constitutionnel fosse sempre o quasi casuale, frutto non di un obbligo giuridico di conformarsi alle decisioni del giudice delle leggi ma piuttosto di una fortunata coincidenza di posizioni⁴⁷⁴. Così è possibile oggi spesso leggere molte decisioni del Consiglio di Stato francese come un "mosaico di citazioni nascoste" della giurisprudenza costituzionale⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ Con grande chiarezza il Conseil Constitutionnel ha preso posizione sull'autorità delle proprie decisioni con molta più fermezza di quanto abbia fatto fin'ora la Corte italiana, stabilendo fin dal 1962 che l'efficacia di giudicato si estende non solo al dispositivo ma anche ai motivi che ne costituiscono il fondamento. Si veda la decisione 62-18 L del 16 gennaio 1962.

⁴⁷¹ Il Conseil constitutionnel espresse tale principio con la celeberrima decisione del 1975 *Interruption volontaire de grossesse* per contrastare la cosiddetta *jurisprudence des semoles* (formulata nel marzo 1968 dal Conseil d'Etat). Sarebbe stato poi nel 1989 con l'*arrêt Nicolo* del 20-X-1989 che il giudice amministrativo avrebbe riconosciuto la diretta applicabilità del diritto comunitario e della CEDU.

⁴⁷² La dottrina della *protezione equivalente* è stata enunciata dal Conseil d'Etat nell'*arrêt Arcelor* dell'8 febbraio 2007 in reazione alla decisione del Conseil Constitutionnel 2006-540 DC sulla *Loi relative au droit d'auteur*, che faceva invece riferimento all'impermeabilità dei principi fondanti l'identità nazionale della Francia (tesi dei controlimiti autorevolmente difesa dal consigliere Bruno Genevois).

⁴⁷³ Nel capitolo successivo si partirà proprio da questa considerazione per analizzare il delicatissimo caso del rapporto tra libertà individuale e potere della polizia amministrativa, tema sul quale il Conseil constitutionnel sembra aver adottato a partire dal 2001 la posizione del Conseil d'Etat, decisamente meno garantista in fatto di *habeas corpus*.

⁴⁷⁴ Così perspicuamente S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'Etat*, cit., p. 557.

⁴⁷⁵ A partire dagli anni ottanta, come recensisce la dottrina, il Conseil d'Etat cominciò ad utilizzare (anche esplicitamente) la giurisprudenza costituzionale per accrescere l'autorevolezza e l'inattaccabilità delle proprie decisioni. Così S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'Etat*, cit., p. 544.

Oltre ai motivi già identificati che spiegano la prossimità delle due giurisdizioni (quali soprattutto la composizione “per derivazione” del Conseil Constitutionnel dal Conseil d’Etat in fatto di membri e di personale amministrativo), ciò che fa del giudice francese delle leggi una moderna e successiva filiazione del Consiglio di Stato è certo il fatto che quando il Conseil constitutionnel iniziò ad essere tutore delle libertà individuali (dalla *Décision liberté d’association* del 1971) il Conseil d’Etat aveva esattamente un secolo di vantaggio in tal senso⁴⁷⁶. Il giudice delle leggi non ha potuto fare tabula rasa della giurisprudenziale del Consiglio di Stato ed ogni decisione del Conseil constitutionnel ha dovuto confrontarsi con i precedenti, avendo sempre lo scrupolo di non stravolgerli. Questa derivazione funzionale del Conseil constitutionnel dal Conseil d’Etat, che si esplica anche nel metodo di lavoro e nella tipologia delle decisioni, ci aiuta a capire meglio di quanto non avvenga in Italia il fatto che la giustizia costituzionale dello stato di diritto del secondo dopoguerra è un’emanazione di quella amministrativa dello stato liberale. Alla luce di questa suggestione il doyen Vedel risolveva autorevolmente il controllo di costituzionalità in un rimedio contro l’*excès de pouvoir législatif*⁴⁷⁷. Da qui l’importanza di non smarrire mai lo stretto connubio tra le due giurisdizioni che, in Francia, hanno ancora un altro aspetto in comune: organi per metà politici e per metà giurisdizionali⁴⁷⁸. Creati inizialmente (e paradossalmente) a difesa delle prerogative del potere Esecutivo, hanno poi ampliato le loro competenze emancipandosi così dagli stessi testi istitutivi fino a diventare due contropoteri essenziali dell’ordinamento giuridico oltremontano⁴⁷⁹. In altre parole si tratta di due organi che hanno assunto la funzione di contropotere per un’evoluzione autonoma e che hanno accresciuto la loro influenza gradualmente, non solo grazie alle modifiche legislative ma anche all’estensione delle loro tecniche decisorie. Un percorso ben conosciuto anche dal giudice costituzionale italiano. Persuasivamente è stato detto, parafrasando Bertrand de Jouvenel: “*toute institution est mue par l’envie de croître*”⁴⁸⁰.

Il connubio fra Conseil d’Etat e Conseil Constitutionnel ha assunto recentemente un nuovo impulso, per effetto della riforma costituzionale del 2008 che ha istituito le

⁴⁷⁶ L’*arrêt Blanco*, del 1873 è unanimemente considerato come la prima decisione resa da un giudice in Europa a tutela dei diritti individuali del cittadino nei confronti dello Stato, nonché la pronuncia fondatrice del diritto amministrativo così come conosciuto anche in Italia.

⁴⁷⁷ G. VEDEL, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d’Etat à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, in AAVV, *Mélanges Chapus*, 1992, p. 648. La tesi diventa ancora più persuasiva se si pensa al controllo di ragionevolezza effettuato dal giudice costituzionale italiano che, malgrado le minute distinzioni offerte dalla dottrina, è pienamente giudice dell’eccesso di potere legislativo nella lettura di Vedel.

⁴⁷⁸ Normalmente viene messo criticamente in luce il fatto che il Conseil constitutionnel sia composto da non giuristi. In realtà la stranezza di questa situazione si riduce a ben poca cosa se si considera che gli stessi membri del Conseil d’Etat non sono in gran parte giuristi di formazione.

⁴⁷⁹ Come il Conseil d’Etat, creato da Napoleone nel 1798, ha in gran parte superato la sua iniziale sudditanza rispetto al potere esecutivo, così ha fatto il Conseil constitutionnel immediatamente dopo l’uscita del generale de Gaulle dalla scena politica francese alla fine degli anni sessanta del secolo scorso.

⁴⁸⁰ S. LEROYER, *L’apport du Conseil d’Etat*, cit., p. 556. Ancora, e forse ancora più persuasivamente: « *Plus une institution fonctionne, plus son champ d’intervention s’étend* », così C. EMERI, *Gouvernement des juges ou veto des sages ?*, in *Revue de droit public*, 1990, p. 349.

supreme magistrature ordinaria e amministrativa quali filtri della nuova procedura di controllo di costituzionalità per via d'eccezione (la cosiddetta QPC), che è giunta così ad istituzionalizzare il dialogo fra i due Conseil in materia di costituzionalità⁴⁸¹. Il profilo sicuramente più interessante, sotto questo aspetto, è sicuramente il bilancio che si può trarre, a quasi due anni dall'entrata in vigore della riforma, sul tipo di collaborazione istituitasi fra i due giudici, soprattutto in merito alla frequenza con cui il Conseil d'Etat rinvia le questioni all'esame del Conseil constitutionnel. Ebbene, dopo un'iniziale e decisa propensione ad adire il giudice delle leggi (in ciò seguendo una linea ben diversa da quella della Cassazione⁴⁸²), soprattutto nel corso del 2011 pare che il Conseil d'Etat abbia notevolmente rallentato il suo slancio iniziale.

Sulle 174 decisioni QPC rese fino alla fine del 2011 dal Conseil constitutionnel cinquanta originano da una rimessione decisa dal Conseil d'Etat. Di queste, solo in undici hanno dato luogo ad una dichiarazione (totale o parziale) di incostituzionalità. Anche da questo emerge come il fondato dubbio del Conseil d'Etat in merito alla costituzionalità di una disposizione non necessariamente trova riscontro nella giurisprudenza del giudice delle leggi⁴⁸³.

11. L'opposizione del Conseil d'Etat: il caso del parere sull'interdizione del velo integrale

La vicenda relativamente lunga che ha portato in Francia nell'ottobre 2010 a sancire l'interdizione dell'uso del velo integrale negli spazi pubblici (l. 1192-2010) ci consente di mettere in luce in modo significativo non solo il ruolo di “contropotere dissuasivo” che il Conseil d'Etat esercita nei confronti del governo e della maggioranza ma anche lo stretto rapporto che lo lega al giudice delle leggi⁴⁸⁴.

Vale la pena a tale proposito ricostruire brevemente la vicenda che portò all'edizione della legge. Si può dire che la misura vede la sua genesi nel giugno del 2009, nell'ispirazione del Presidente Sarkozy, che sottolineava come “il *burqa* non è il benvenuto in Francia” in un'occasione di assoluta solennità: la convocazione a Versailles del

⁴⁸¹ Sulla nuova procedura QPC si veda M. CAVINO, *L'eccezione d'incostituzionalità delle leggi*, in M. CAVINO-A. DI GIOVINE-E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010, pp. 123 e ss.

⁴⁸² Si veda N. MOLFESSIS, *La résistance immédiate de la Cour de Cassation à la QPC*, in *Pouvoirs*, 2011, pp. 83 e ss.

⁴⁸³ Si veda S.J. LIÉBER-D. BOTTEGHI-V. DAUMAS, *La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État*, in *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010 pp. 101 e ss.

⁴⁸⁴ Il caso si rivela interessante soprattutto perché in quel frangente l'*avis* del Conseil è stato reso pubblico dal Governo (evento questo assai raro), trattandosi non di un parere reso in sede consultiva dopo la messa a punto del *projet de loi* ma di uno studio di fattibilità della legge alla luce del dettato costituzionale e CEDU.

Parlamento in seduta comune (il *Congrès*) provocata per la prima volta nella storia della Quinta Repubblica, a seguito della riforma costituzionale del 2008⁴⁸⁵. Il dibattito, è importante sottolinearlo, si inseriva profondamente in quello (alquanto discutibile) dell'*identité nationale* promosso dallo stesso Sarkozy ed affidato all'allora ministro dell'immigrazione, Luc Besson. A seguito dell'auspicio presidenziale viene costituita a distanza di un mese, su iniziativa del deputato comunista André Gerin, una *mission d'information parlementaire* formata da 32 parlamentari, deputata allo studio delle possibili soluzioni regolamentari o legislative da dare al problema del velo integrale. La commissione rese il suo rapporto alla presidenza dell'Assemblée nel gennaio dell'anno successivo, senza giungere ad una vera e propria soluzione e mettendo in evidenza le spaccature interne a ciascun partito sulla soluzione da dare al problema⁴⁸⁶. Per tale ragione, in data 29 gennaio 2010, il Primo Ministro indirizzava al vice-Presidente del Conseil d'Etat una lettera nella quale si chiedeva al supremo giudice amministrativo di individuare la soluzione giuridicamente più accettabile per pervenire ad un divieto "*quanto più largo ed effettivo*" della pratica socio-religiosa in questione⁴⁸⁷. L'intenzione del Governo, subito dopo il voto di una risoluzione parlamentare che condannava l'uso del *burqa* (effettivamente adottata l'11 maggio 2010), era appunto quella di procedere alla confezione di una legge di proibizione indiscriminata che avesse sostanzialmente il *placet* del Conseil d'Etat e che potesse così esporsi con minor pericolo allo scrutinio del giudice delle leggi.

Le cose però non sono andate nel senso sperato dal Governo. Lungi dal conferire una patente di costituzionalità il parere del Conseil d'Etat, reso al Primo Ministro il 30 marzo 2010, ha mostrato la netta contrarietà del giudice amministrativo nei confronti di un'interdizione generalizzata nei confronti del *burqa* negli spazi pubblici⁴⁸⁸. Il parere ha creato una certa tensione con il capo dello Stato: il Presidente Sarkozy non ha mancato di far notare che la portata di questa decisione era equivalente a quella con cui nel 1962 lo stesso Conseil si era opposto alla già evocata riforma costituzionale di de Gaulle⁴⁸⁹. Ciò non

⁴⁸⁵ Si veda *Sarkozy* : «*La burqa n'est pas la bienvenue*», in *Le Figaro*, 25-VI-2009.

⁴⁸⁶ La missione parlamentare tuttavia indicava come preferibile l'interdizione parziale della dissimulazione del viso (limitata cioè ai luoghi in cui si esercitasse un servizio pubblico) e collegata non tanto al principio di dignità della donna o di laicità quanto alle esigenze della sicurezza pubblica. Già in quella sede lo stesso relatore mise in luce come un'eventuale legge di interdizione generale sarebbe stata certamente censurata dal Conseil Constitutionnel. Per questo, secondo lo stesso desiderio del Presidente della Repubblica, si sarebbe dovuto procedere alla formulazione di una risoluzione parlamentare che riconoscesse l'avversione per la pratica della dissimulazione del viso, seguita dalla consultazione del Conseil d'Etat e dalla redazione di una legge.

⁴⁸⁷ Significativo sottolineare che nella lettera si precisi come il *burqa* non sia da vietare per ragioni di sicurezza pubblica quanto a causa dell'offesa che esso reca alla dignità della donna e alla laicità dei valori repubblicani. La lettera del Presidente Fillon a Jean-Marc Sauvé è consultabile in: http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/interventions/Lettre_du_Premier_ministre_au_President_d_u_conseil_d_Etat.pdf.

⁴⁸⁸ L'*avis* reso dal Conseil d'Etat è leggibile in <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral.html>.

⁴⁸⁹ *Quand Sarkozy ironise sur l'avis du Conseil d'État*, in *Le Point*, 18-V-2010.

ha impedito al Governo di presentare comunque un progetto di legge che interdicesse in modo assoluto la pratica del *burqa* e del *niquab*, approvato poi dal Parlamento l'11 ottobre 2010. Proprio in tale dibattito assembleare si è reso palese il legame che può unire Conseil d'Etat ed opposizione nel caso in cui il parere del primo sia reso pubblico⁴⁹⁰. Come si è già detto al capitolo precedente la linea dell'opposizione parlamentare in aula fu esattamente la stessa decisa dal Conseil d'Etat⁴⁹¹: opposizione ad un divieto generale ed assoluto all'uso del *burqa* negli spazi pubblici.

12. Segue: *Reirement giurisprudenziale e contrasto con il giudice delle leggi*

Raramente come nel caso della vicenda del *burqa* è possibile osservare non solo l'intercambiabilità delle basi giuridico-costituzionali che possono motivare un preciso provvedimento legislativo ma anche come questa fungibilità di principi possa essere sintomo dell' "opportunisto giuridico" del legislatore. Si è già detto come, secondo l'opinione espressa dalla stessa missione parlamentare, il fondamento di una legge sul *burqa* potesse basarsi su due esigenze (alternative o cumulative fra loro): il principio di laicità e di dignità della donna da un lato e quello legato al rispetto dell'ordine pubblico dall'altro. Nessuna delle due basi giuridiche sembrerebbe essere sufficiente per il Conseil d'Etat a motivare un bando generalizzato del velo integrale. Quando il governo aveva deciso di adire in via consultiva il Conseil d'Etat aveva riposto troppa fiducia in una pronuncia assai criticata del supermo giudice amministrativo nel quale veniva discutibilmente affermato il principio (indisponibile dal singolo) della dignità della persona umana⁴⁹². Il principio della dignità era stato poi strettamente correlato in quella precedente decisione ad un non ben definito principio di ordine pubblico che, manifestamente, rischiava, se confermato, di introdurre nell'ordinamento l'opinabile connotazione dell'ordine pubblico ideologico (non materiale).

⁴⁹⁰ A parere di chi scrive la scelta di prevedere l'ordinaria segretezza degli *avis* così importanti del Conseil in questa fase (e diversamente da quanto non avvenga in Italia ove essi sono normalmente pubblici) deriva probabilmente proprio dal pericolo che essi possano essere "usati" dall'opposizione parlamentare in funzione anti-governativa.

⁴⁹¹ Si veda capitolo III, par. 11.

⁴⁹² La concatenazione delle decisioni è importante: la decisione del Conseil d'Etat *Morsang sur Orge* del 27 ottobre 1995, cosiddetta "*du lancer du nain*" segue (non casualmente) ad una decisione del Conseil constitutionnel del 24 luglio 1994 nella quale il principio della dignità umana era stato elevato a principio di valore costituzionale. Nella decisione del Conseil d'Etat si va oltre questa generica affermazione, sottolineando come il principio in questione inibirebbe all'individuo di praticare attività contrarie alla sua dignità di uomo. Si vede come, se il Conseil d'Etat non avesse mutato giurisprudenza, la sua decisione non avrebbe potuto che confortare un'interdizione generalizzata del velo integrale.

Il parere del Conseil d'Etat, davanti alla possibilità di giungere ad una definizione così lata di ordine pubblico arretrava dunque e ritornava sulla giurisprudenza passata, usando come sostegno per il *revirement* uno scudo importante: la giurisprudenza costituzionale e, ancor più, la giurisprudenza CEDU che, a parere del giudice amministrativo sembrava sbarrare ogni strada ad un divieto generalizzato del velo integrale fondato sull'ordine pubblico o sul principio della dignità umana⁴⁹³. Pare insomma di capire che il Conseil d'Etat smentisca se stesso pur senza ammetterlo, dopo aver fatto mostra dell'inevitabilità della soluzione, alla luce della lunga teoria di decisioni giurisprudenziali citate nel parere stesso, sembrando demandare ad altri la responsabilità del *decisum*. Certo al Conseil constitutionnel ma, soprattutto, alla CEDU e ciò per una ragione estremamente importante: in Francia il giudice che deve fare valere la contrarietà di una norma interna con una convenzionale non è il Conseil constitutionnel, ma il giudice ordinario (secondo la già citata decisione CE *Nicolo* del 1989). In questo senso, è il Conseil d'Etat a fare valere in Francia le ragioni della CEDU e del suo imponente repertorio giurisprudenziale, che si presenta sostanzialmente come un'estensione del tradizionale *bloc de constitutionnalité*. Il Conseil d'Etat inoltre si spinge assai avanti nel medesimo parere, prendendo posizione sull'interpretazione della giurisprudenza offerta dal Conseil constitutionnel nella materia discussa: come il nostro capo dello Stato, anch'esso si è esposto al rischio (per se e per lo stesso giudice delle leggi) di legare le mani all'ultimo custode della Costituzione.

La presa di distanze del Conseil constitutionnel non si è fatta attendere: quando ha dovuto giudicare della costituzionalità della legge 1192-2010 (che costituiva un'aperta sconfessione del Conseil d'Etat) non ha mancato di validare l'intera legge con la decisione 613 del 2010 DC. La pronuncia del Conseil constitutionnel è sorprendentemente breve e giunge a fare sostanzialmente quello che il supremo giudice amministrativo non aveva osato fare, cioè estendere la nozione di ordine pubblico oltre i suoi confini tradizionalmente materiali, forte di una concezione assolutamente rigida (tipicamente francese) del principio di uguaglianza, affidandosi ad una forma di giudizio di proporzionalità quanto mai evanescente. Ciò che desta stupore è che la decisione sia

⁴⁹³ Il Conseil d'Etat sottolinea come « (...) Il faut néanmoins souligner que cette conception de l'ordre public, qui a retenu l'attention de la mission de l'Assemblée nationale, n'a jamais été élaborée ni par la doctrine juridique, ni par les juges, et qu'elle ne semble pas rencontrer d'échos dans les systèmes juridiques de nos voisins européens. Elle serait donc soumise à des risques importants de censure constitutionnelle et d'aléas conventionnels. Les occurrences de l'ordre public dans la jurisprudence constitutionnelle renvoient en effet quasi-systématiquement aux composantes traditionnelles » (p. 28). Se però il Conseil constitutionnel non aveva mai preso prima un'esplicita posizione sui temi di cui si tratta, ben diverso è il discorso sulla giurisprudenza CEDU, che da un lato aveva sancito pochi anni prima la prevalenza della libertà di autodeterminarsi sul principio della dignità individuale (*arrêt KA et AD c. Belgio* del 17 febbraio 2005 in materia di pratiche sado-masochiste) e l'insussistenza dell'ordine pubblico come concetto slegato da un pericolo concreto per la collettività (23 febbraio 2010, *Abmet Arslan c. Turchia*). Un'interpretazione accurata del parere del Conseil è data da D. DE BECHILLON, *Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux*, in *Revue française de droit administratif*, 2010, p. 467.

passata sostanzialmente inosservata e non abbia sollevato particolari obiezioni da parte della dottrina maggioritaria.

L'argomento di cui trattiamo apre a questo punto sull'ultimo capitolo del nostro lavoro perché si ritiene che la decisione sulla legge che vieta la dissimulazione del viso negli spazi pubblici costituisca forse (ed inaspettatamente) il modo più emblematico per mettere in luce la relazione non sempre facile fra i due Conseil (aspetto che la dottrina che si è occupata della questione non ha in nessun modo messo in luce) e la conseguente l'insidiosità di un'aperta incoerenza tra le giurisprudenze del giudice amministrativo e quello costituzionale in una materia tanto delicata come quello del contrasto tra ordine pubblico (vero o presunto che sia) e libertà individuale. Ciò si traduce in un rischioso e brusco *revirement* di sistema (dal Conseil d'Etat al Conseil Constitutionnel) che nuoce alla coerenza e alla compattezza del circuito dei contropoteri provocato (se seguiamo la lettura del supremo giudice amministrativo) da un immotivato *revirement* del giudice delle leggi⁴⁹⁴. La medesima decisione ci permette poi di individuare ed anticipare gli elementi essenziali per analizzare l'attività del giudice costituzionale francese. In primo luogo l'insidiosità del *contrôle de proportionnalité* esercitato dal Conseil constitutionnel soprattutto a partire dai primi anni '00 (in ciò assimilabile al certo più corposo e consolidato controllo di ragionevolezza effettuato dalla Corte italiana) come scappatoia di fatto per insidiose *political questions*, nonché la strategia e metodologia decisionale usata dal giudice delle leggi e la sua funzione di contropotere⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Il *revirement* di giurisprudenza costituisce un fenomeno importante per capire non solo la solidità di un'istituzione ma è anche utile per valutare come il giudice stesso possa subire il condizionamento di altri organi giurisdizionali e/o politici. Da questo punto di vista un *revirement* normalmente nella giurisprudenza costituzionale francese è profondamente condizionato da quello che anche la dottrina chiama "*droit vivant contextuel*". Per fare un esempio di ciò Thierry Di Manno ricorda la celeberrima (vedremo nel capitolo successivo perché) decisione del Conseil constitutionnel del 1993 in materia di immigrazione: "*Le revirement du Conseil constitutionnel a alors principalement pour objet de supprimer une divergence de jurisprudence avec les juridictions ordinaires, dans l'intérêt bien compris de l'unité du droit*". T. DI MANNO, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, p. 137-138.

⁴⁹⁵ Per tutti questi aspetti si rimanda al capitolo successivo. Tuttavia, anticipando la conclusione dell'analisi che verrà effettuata, si vuole riportare l'opportuna conclusione di uno dei pochi contributi dottrinali che ha esaminato davvero sotto la lente del diritto costituzionale l'esemplificativa decisione sul *burqa*: "*n'est-ce pas pour exercer un contrepoids face à la majorité que la justice constitutionnelle a été mise en place? Admettre que le juge constitutionnel doit se plier à la volonté de la majorité, c'est nier l'intérêt du contrôle de constitutionnalité des lois dans une démocratie*". L'A. osserva anche come il controllo di proporzionalità del Conseil constitutionnel si sia originato da quello tradizionalmente usato dal Conseil d'Etat e mette in risalto proprio sul caso del *burqa* come il diverso esito a cui giungono i due giudici derivi proprio da una concezione troppo restrittiva del controllo di proporzionalità accolta dal Conseil constitutionnel rispetto a quella usata dal Conseil d'Etat: "*Le juge administratif y a d'ailleurs développé les différents degrés du contrôle juridictionnel, celui exercé à l'égard des pouvoirs de police en matière de restriction des libertés s'apparentant au contrôle dit « maximum ». Or, en l'espèce, le contrôle exercé est un contrôle minimum limité à l'erreur manifeste d'appréciation, et encore se limite-t-il à l'emploi d'une « formule incantatoire » qui ne permet pas au lecteur de la décision de saisir le raisonnement développé pour considérer qu'il n'y a pas d'erreur manifeste*". Così M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-burqa : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, pp. 548 e ss.

13. Segue: Chi difende le libertà? Una protezione a macchia di leopardo

Sia detto che, in materia di rapporti fra i due giudici, non è certo possibile elevare il Conseil d'Etat a difensore delle libertà individuali contro un Conseil constitutionnel sempre soccombente nei confronti del potere politico. Il caso recente della legge di riforma in materia di cure psichiatriche e trattamento sanitario obbligatorio è indicativo di come, ancora attraverso un *revirement* giurisprudenziale, il Conseil constitutionnel possa distanziarsi dal Conseil d'Etat (e quindi dalla sua stessa precedente giurisprudenza) ma per giungere invece ad estendere la protezione dei diritti di libertà.

Oltre ad ammettere che ancora fosse possibile ricorrere all'imposizione del trattamento sanitario obbligatorio senza il controllo di un medico psichiatra e senza la necessaria convalida del giudice ordinario (se non su irrealistica richiesta dell'interessato), la legge di riforma in questione mirava ad irrigidire ulteriormente la disciplina in materia di cure psichiatriche, introducendo forme di limitazione della libertà personale a domicilio non previste dalla legge vigente nonché una forte limitazione del regime delle "uscite di prova".

Il Conseil d'Etat, per quanto è possibile immaginare (trattandosi in questo caso di un parere riservato), si è espresso sostanzialmente per la costituzionalità del *projet de loi* che confermava i profili più discussi dell'*hospitalisation sans consentement* (pur apportando ad essa qualche temperamento) contenuto nella legge 527 del 1990⁴⁹⁶. Il Governo presentò poi puntualmente al Parlamento un progetto di legge che non considerava necessaria la validazione della misura da parte del giudice ordinario (presumibilmente come si diceva con il *placet* del Conseil d'Etat), mentre era in corso l'esame parlamentare della legge il Conseil constitutionnel ha avuto modo di esprimersi (con intelligente e strategico tempismo) sulla questione. Adito proprio in merito a questo punto all'interno della nuova procedura di QPC il giudice delle leggi ha censurato la legge del 1990 *in parte qua* non prevedeva il necessario intervento del magistrato ordinario nella procedura. La decisione 71 del 26 novembre 2010 interveniva così discretamente nell'*iter legis* (così come era avvenuto anche in materia di fermo di polizia nelle decisioni 14/22 del luglio 2010⁴⁹⁷) per indicare al

⁴⁹⁶ Merita forse a questo proposito ricordare brevemente che cosa prevede il regime francese del TSO. Per sommi capi: la cosiddetta *hospitalisation sans consentement* può presentarsi sotto due forme: *à la demande d'un tiers* o *d'office*. Nel primo caso la persona in questione può essere ospedalizzata forzatamente a seguito di una domanda presentata da un prossimo congiunto e sulla base di due certificati medici (non necessariamente firmati da uno psichiatra). Il secondo caso, officioso, è forse ancora più inquietante, se si pensa che basta un atto del prefetto, basato su un unico certificato medico per sottoporre a cure forzate i soggetti che (la formulazione è di una vaghezza quanto meno opinabile) "*nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public*" (art. L 3213-1 del *code de la santé publique*).

⁴⁹⁷ In tal caso il Conseil era intervenuto ancora prima che il progetto di legge venisse presentato al Conseil d'Etat, esigendo (diversamente da quanto previsto dal progetto di legge del Ministro della giustizia) l'introduzione effettiva della presenza del rappresentante legale del fermato all'interno della procedura fin

legislatore in che modo dovesse modificare la disciplina previgente perché la riforma potesse essere costituzionalmente legittima ed evitare così una più palese censura dopo la fase di approvazione della legge stessa.

Appare quindi come durante l'essenziale fase di confezione della legge ormai, grazie al nuovo giudizio incidentale, anche il Conseil constitutionnel ha la possibilità di inserirsi nel procedimento legislativo, esercitando una nuova forma di emendamento costituzionale che, insieme allo scrutinio del Conseil d'Etat ed aggiungendosi anche a quello del Presidente nella veste già delineata di esecutore della giurisprudenza costituzionale, non fa che accrescere le garanzie per la tutela dei diritti individuali nei confronti del potere pubblico.

14. Conclusioni: tra capo dello Stato e giudice delle leggi: “è necessario che il contropotere arresti (o spinga) il contropotere”

Il titolo di questo paragrafo conclusivo vuole essere la silloge di un'importante conclusione, che esprime la necessità (parafrasando la famosa sentenza di Montesquieu) che il contropotere limiti il contropotere. In altre parole, sia in Italia che in Francia si è visto come sia preferibile per ragioni di coerenza funzionale che gli organi di contropotere non si contraddicano vicendevolmente. Tuttavia la possibilità di una divergenza sull'interpretazione della Costituzione può essere un segno di essenziale importanza perché è indice della natura dialogica e differenziata del circuito dei contropoteri. Alla separazione dei poteri corrisponde la separazione dei contropoteri, che esprime il pluralismo ordinamentale e la natura democratica stessa delle due Repubbliche. Certo i contropoteri non dovrebbero contraddirsi *ordinariamente* ma è necessario che residui la possibilità di tale eventualità in quanto la situazione contraria denoterebbe piuttosto l'appiattimento di alcuni di essi sull'interpretazione autentica di uno di loro, com'è avvenuto in Francia durante la lunga presidenza de Gaulle.

Si potrebbe concludere quindi, per quanto riguarda la Francia che il capo dello Stato solo *eccezionalmente* riveste il ruolo e la funzione di contropotere: nella prassi della Quinta Repubblica ciò è avvenuto sostanzialmente solo in regime di coabitazione, situazione che, si ritiene comunemente (forse a torto), difficilmente potrebbe ripresentarsi dopo l'introduzione (dal 2000) del mandato quinquennale del capo dello Stato, che è divenuto così coincidente con quello dell'Assemblée Nationale. *Ordinariamente* invece, la funzione di

dall'inizio della misura di *garde à vue*. Sia consentito rinviare a S. DONDI, *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 843.

controllare e limitare l'esecutivo nella fase di elaborazione dei testi normativi sarebbe esercitata in Francia dal Conseil d'Etat.

Si vede quindi come esiste una somiglianza di *ratio* tra il controllo *a priori* esercitato dal Presidente italiano e dal Consiglio di Stato francese (malgrado le siderali differenze che separano i due organi): entrambi non hanno la possibilità di bloccare l'azione legislativa ma esercitano pur sempre una forma di controllo di tipo persuasivo basato non solo sulla stretta giuridicità ma anche sull'opportunità delle scelte normative, senza essere legati al meccanismo tipicamente giurisdizionale del chiesto-pronunciato.

Nel confronto orizzontale tra il controllo esercitato dal Conseil d'Etat in Francia e dal Presidente della Repubblica in Italia possiamo poi desumere la maggiore efficacia del primo ai fini di garanzia costituzionale, non solo per l'approfondimento del tipo di controllo esercitato dal supermo giudice amministrativo ma anche per il tipo di analisi giuridica effettuata, che costituisce un'adeguata anticipazione (anche in funzione deterrente e pedagogica) del giudizio di costituzionalità. Inoltre, per ragioni di realismo politico e giurisdizionale, appare chiaro come un collegio sia meno esposto alla critica ed alle accuse di parzialità che possono invece gravare e minacciare l'autorevolezza di un organo monocratico. Lo scrutinio esercitato dal Conseil d'Etat si fa dunque apprezzare non solo per la sua pervasività ma anche per i minori rischi di delegittimazione che, come visto, caratterizzano invece fortemente l'istituzione presidenziale in Italia. Le ragioni della preferenza per un contropotere para-giurisdizionale e della sua maggiore efficacia sono quelle che si considereranno a breve analizzando una giurisdizione *sui generis* come il giudice delle leggi.

V

IL GIUDICE DELLE LEGGI COME MODERNO MONARCA COSTITUZIONALE

1. *Il giudice costituzionale come contropotere rappresentativo*

Iniziando quest'ultimo capitolo dedicato alla giustizia costituzionale come contropotere giungiamo a chiudere il cerchio degli argini giuridici al potere maggioritario che costituisce l'oggetto di questo lavoro.

Posta al vertice di quella piramide di organi che hanno la funzione di “arrestare il potere”, la giustizia costituzionale è stata a più riprese evocata a proposito di tutti i contropoteri sin qui considerati nel suo rapporto con essi⁴⁹⁸. Si potrebbe pensare che quindi poco rimanga da avanzare in merito alla sua identità di contropotere. Tuttavia è forse possibile concentrare l'attenzione sul giudice delle leggi in modo parzialmente diverso da quanto normalmente avviene, cogliendo non solo la sua funzione profondamente inserita nella forma di governo ma anche nella sua identità di contro-governo⁴⁹⁹, cercando di delineare un confronto fra i due Paesi considerati.

Si deve innanzitutto precisare come ed in che senso la giustizia costituzionale possa essere considerata un contropotere. Soprattutto la dottrina francese ci assiste in tal senso, laddove invece quella italiana è sempre stata molto cauta nel definire e dare effetto al ruolo

⁴⁹⁸ Per tale ragione al fine di identificare le relazioni che legano il giudice delle leggi a tutti gli altri contropoteri si rinvia alla trattazione dei capitoli precedenti, nei quali il riferimento ad esso è stato costante e imprescindibile.

⁴⁹⁹ Mentre il secondo aspetto è stato raramente indagato dalla dottrina in senso organico, per quanto riguarda nel complesso il rapporto tra Corte ed altri organi costituzionali di indirizzo politico si vedano soprattutto, recentemente, F. DEL CANTO-E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale: giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro: atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010*, Torino, 2011, R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, V. TONDI DELLA MURA-M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica: atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005, A. RUGGERI-G. SILVESTRI, *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000.

di contropotere esercitato dal giudice delle leggi⁵⁰⁰, forse temendo la suscettibilità degli organi deputati allo svolgimento dell'indirizzo politico e lo stesso disvelamento di certi equilibri istituzionali (ed umani) che regolano le relazioni all'interno e all'esterno delle Corti, suscettibili di infirmare la legittimità sempre incerta del giudice delle leggi⁵⁰¹.

Diversamente dal veto presidenziale, tipicamente sospensivo, preso in considerazione nel precedente capitolo, la particolarità di quello giurisdizionale (similmente a quello referendario) è di tipo cassatorio e definitivo. Per meglio caratterizzarlo è forse utile fare riferimento a quella dottrina francese che ha accostato il contemporaneo giudice delle leggi al monarca costituzionale dello Stato liberale⁵⁰². L'immagine è immediata se si pensa al Conseil constitutionnel francese: quel potere di decidere se e come dare esecuzione alla legge che era collegato tradizionalmente all'antica *sanzione regia* ormai non appartiene più al Presidente di una Repubblica parlamentare ma è possibile individuarlo proprio nella decisione del giudice delle leggi di consentire la promulgazione della legge quale moderna riproduzione dell'antica prerogativa regale. Per l'Italia il discorso è chiaramente diverso ma è tuttavia possibile usare la medesima suggestione per osservare che il potere di porre nel nulla, sia pure *ex post* in un giudizio di costituzionalità, la volontà legislativa del Parlamento, è comunque espressione di un tipico di potere di sovranità.

Proseguendo in linea con quanto appena affermato e riprendendo una suggestione già anticipata⁵⁰³, sarebbe più corretto definire, almeno teoricamente, come legislatori (o co-legislatori) tutti quegli organi che partecipano alla formazione del processo legislativo. Si

⁵⁰⁰ “Le dinamiche politico-costituzionali, così come sviluppatesi in questi decenni hanno ripetutamente rivelato – per quanto si riscontri, ancora oggi, una certa ritrosia ad ammetterlo – che anche la nostra Corte costituzionale “fa” politica”. Così C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., p. 185. Sul punto si veda recentemente, in polemica con le tesi di Zagrebelsky, anche G. DE VERGOTTINI-T.E. FROSINI, *Sul mito della Corte costituzionale “in-politica”*, in www.forumcostituzionale.it. Per la Francia, dove il dibattito in questione è sempre stato molto nutrito, si vedano tradizionalmente C. EMERI, *Gouvernement des juges ou veto des sages ?*, in *Revue de droit public*, 1990, pp. 335 e ss, L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance d'un contre-pouvoir : le Conseil Constitutionnel*, Paris, 1987. Non è casuale che proprio in Francia nacque tradizionalmente la polemica contro il cd “governo dei giudici”, tema col quale si confrontò per primo e con note polemiche E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 1921.

⁵⁰¹ Risponde opportunamente a questo legittimo dubbio un *ancienne conseillère* francese, brillante sociologa che nel pubblicare il libro avente ad oggetto la sua esperienza al Conseil constitutionnel annota nell'introduzione: “Ce n'est pas parce que la République n'est pas toujours conforme à l'image idéalisée qu'elle donne d'elle-même que la référence républicaine n'entraîne pas des effets bien réels. (...) La République est construite chaque jour par des individus comme les autres. Des conseillers ont pu être, dans le passé inégalement respectables. (...) Mais la République à titre d'idée régulatrice de l'ensemble des comportements politiques, ne me paraît pas amoindrie lors qu'on montre le quotidien de son fonctionnement”. Ciò contribuisce inevitabilmente a rendere manifesto, nei limiti della prudenza, il funzionamento reale delle procedure alla democratizzazione del sistema nel suo complesso. Se è vero che l'assolutezza del segreto “protegge” il giudice costituzionale non si può non osservare che tale elemento, per quanto misteriosamente accattivante, gioca un ruolo non secondario nell'opacità con cui il giudice delle leggi è concepito e guardato all'esterno, dall'opinione pubblica. Si veda D. SCHAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, 2010, p. 36.

⁵⁰² Si fa riferimento al prezioso F. BLANCHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, 2001, pp. 159 e ss.

⁵⁰³ Si veda capitolo IV, par. 4.

tratta di una risalente posizione di teoria generale, la tesi dell'atto giuridico formulata da Eisenmann, secondo la quale l'autore dell'atto legislativo è colui che ad esso deve accordare il proprio consenso⁵⁰⁴.

La sovranità mediata del giudice deve essere spiegata e giustificata alla luce di un altro presupposto, che è quello della sua *rappresentatività*. Se infatti la giustizia costituzionale contribuisce con la sua attività alla formazione della volontà generale che crea il potere legislativo è perché essa esprime la volontà del popolo sovrano codificata in Costituzione, che impone permanentemente nel tempo la propria volontà costituente ai poteri costituiti⁵⁰⁵. Secondo tale tesi di derivazione schmittiana la rappresentanza non risiede solo nell'elezione. In altre parole il giudice delle leggi, in questa ricostruzione, è rappresentante del popolo costituente, distinto da quello *attuale* di coloro che in un dato momento storico possiedono il diritto di voto⁵⁰⁶. Il ragionamento di Dominique Rousseau è persuasivo: gli elettori non sono il popolo ma una frazione di questa entità ideale. L'elezione elettorale solo con una eccessiva volgarizzazione potrebbe essere ricondotta alla metafisica della sovranità popolare quale indiscutibile espressione di un potere incontrovertibile. Non solo: il giudice delle leggi è il volano tra la realtà del corpo elettorale e il concetto di *Nazione* che, in una concezione estesa, comprende coloro che erano, sono e saranno cittadini e consente la coerenza e la continuità del patto costituzionale. Rappresentante dunque del popolo costituente: ciò significa che è ben possibile che la giurisprudenza costituzionale urti le preferenze e le sensibilità politiche contingenti dello stesso corpo elettorale ma ciò è un'eventuale ed inevitabile conseguenza della fedeltà alla sua missione di garante di un popolo "trans-temporale"⁵⁰⁷. Quanto detto ci consente di configurare la giustizia costituzionale ed il referendum come due esatti antipodi eppure simmetrici ed egualmente essenziali⁵⁰⁸: la prima come contropotere tecnico a composizione minima rappresentante il popolo costituente, il secondo come contropotere democratico a composizione massima rappresentante del popolo costituito.

Non rimane che prendere atto del fatto che, sebbene non lo faccia proprio per assicurare la propria sopravvivenza, nello Stato democratico contemporaneo, la giustizia costituzionale ha assunto ormai un tipo di controllo tale sul legislatore che sarebbe ormai impossibile ricondurre la volontà generale alla sola *volutas legislatoris*⁵⁰⁹. Se infatti, secondo il Conseil constitutionnel (decisione 85-197 DC del 23 agosto 1985), la legge non esprime la volontà generale che nel caso in cui essa rispetti la Costituzione, bisogna allora dedurre che

⁵⁰⁴ In tal senso anche M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie continue*, in D. ROUSSEAU, *La démocratie continue*, Paris, 1995, p. 125.

⁵⁰⁵ P. BARILE, *La Corte Costituzionale come organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. Cost.*, 1957.

⁵⁰⁶ Si vedano sul punto F. BLANCHER, *Contrôle de constitutionnalité*, cit., pp. 175 e ss, M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, in AAVV, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, 2001, pp. 284-285.

⁵⁰⁷ Si vedano le brillanti suggestioni di F. BLANCHER, *Contrôle de constitutionnalité*, cit., pp. 189 e ss.

⁵⁰⁸ Seguendo in ciò un ragionamento già accennato al capitolo I, par. 6.

⁵⁰⁹ Con dovizia di particolari Jacques Krynen ha analizzato la lenta evoluzione del potere giudiziario a danno del potere legislativo. Si veda J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, 2012.

la volontà del legislatore è quella generale solo se all'unisono con quella costituente. Solo se, quindi, i rappresentanti del popolo attuale rispettano la volontà del popolo costituente⁵¹⁰. Si tratta di una vera rivoluzione copernicana giuridica, che segna la netta cesura con lo Stato liberale di cui troppo frequentemente si continuano ad usare i parametri e i modelli. L'ingresso della giustizia costituzionale nell'esperienza dello Stato contemporaneo è quel *colpo di Stato giuridico* che ha cambiato recisamente la stessa idea di rappresentanza⁵¹¹.

L'esistenza stessa di una Costituzione scritta sancisce definitivamente la dissociazione del corpo dei rappresentati da quello dei rappresentanti per mezzo della membrana del testo in cui il popolo si riconosce sovrano e che lo costituisce come tale. Prova ne sia che il diaframma che è frapposto tra il popolo e i rappresentanti elettivi (che il giudice delle leggi può far valere in favore del primo nei confronti dei secondi) è proprio quello dei *diritti fondamentali*, che non solo sono interpretati dal giudice stesso ma che spesso sono addirittura creati dallo stesso⁵¹². Proprio il fatto che il giudice costituzionale si sia riconosciuto tutore delle libertà fondamentali determina un cambiamento di paradigma in merito alla sua stessa natura⁵¹³. Il modello kelseniano del giudice puro delle leggi, non ostacolo ma sostegno del legislatore, tiene finché il giudice delle leggi mantiene una concezione puramente procedurale e formalista del suo ruolo⁵¹⁴.

Vero rappresentante del popolo quindi sarebbe la Costituzione (attraverso la "persona" della Corte) perché essa riconosce e sancisce l'entità e il ruolo del popolo nel sistema istituzionale. Di riflesso non si potrebbe che riconoscere alla giustizia costituzionale un ruolo rappresentativo, che viene a conferirle il ruolo di *terzo potere* a fianco del legislativo e dell'esecutivo⁵¹⁵. Ecco allora che la teoria della sovranità della Costituzione, affiancata a

⁵¹⁰ Così sostanzialmente parafrasando F. BLANCHER, *Contrôle de constitutionnalité*, cit., pp. 193.

⁵¹¹ L'efficace espressione è di Robert Badinter: si veda R. BADINTER, *Une longue marche: Du Conseil à la Cour constitutionnelle*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁵¹² Così in Italia dalla decisione 561/1987 della Corte costituzionale che accoglieva la tesi di Barbera sull'articolo 2 Cost. come catalogo aperto. Simile soluzione è stata adottata fin dall'inizio degli anni novanta dal Conseil constitutionnel (ad esempio la decisione 93-325 DC, sulla libertà di matrimonio dedotta dalla libertà individuale oppure, più chiaramente e recentemente, dalla decisione Hadopi già citata in merito al nuovo diritto alla connessione telematica).

⁵¹³ Ciò è tanto più vero se si pensa che quando la Corte o il Conseil "folgorano" una disposizione perché questa urta contro un diritto o una libertà fondamentale ciò non avviene perché il Parlamento abbia completamente pretermesso tali esigenze ma in quanto il giudice delle leggi (esercitando quindi un'opzione politica) ritiene che tali diritti siano meglio protetti in modo diverso o, ancora, debbano essere diversamente bilanciati fra loro. Così A. STONE SWEET, *La politique constitutionnelle*, in B. FRANÇOIS- R. DRAGO (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, 1999, pp. 137.

⁵¹⁴ Nel modello di Kelsen proprio il fatto che il giudice delle leggi non si occupasse di diritti fondamentali costituiva la garanzia che esso non si immedesimasse in un legislatore. Laddove questo principio viene meno anche la natura politica della giurisdizione costituzionale ne esce immensamente confermata. Così A. STONE SWEET, *La politique constitutionnelle*, cit., pp. 139.

⁵¹⁵ Più precisamente: "*Le Conseil ne représente pas le peuple souverain, il représente ce en quoi et par quoi le peuple se pense et se reconnaît souverain*", D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle: quelle « nécessité démocratique » ?*, in G. DRAGO (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence*, cit., pag. 374.

quella della sovranità popolare, viene a rivelare il ruolo rappresentativo autentico del giudice delle leggi.

Senza necessariamente dover ritornare all'antica *querelle* in merito alla natura politica o giurisdizionale della giustizia costituzionale⁵¹⁶, basti ricordare, a complemento di quanto appena detto, la nota e solitaria posizione di Calamandrei riguardo alla Corte come legislatore “non solo in negativo”⁵¹⁷. Questa tesi, a sessant'anni di distanza dalla sua formulazione ha acquisito ben più elementi di prova di quanti potesse averne quando fu formulata⁵¹⁸. O meglio: oggi la disputa stessa appare quasi oziosa, considerando che proprio l'esperienza del giudice delle leggi ha dimostrato come non si possa dissociare nella realtà quella che è la doppia natura della Corte.

2. Una lettura politico-strategica del contropotere giurisdizionale

Possiamo a questo punto affermare che quella che il giudice delle leggi costruisce con l'uso della giurisprudenza sia una vera e propria *politica costituzionale*, che da questo punto di vista viene strettamente associata all'indirizzo politico *sui generis* espresso dal capo dello Stato. In altri termini si vuole dire che in realtà Corte e Presidente costituiscono entrambi i vertici e i vettori di quell'indirizzo politico costituzionale di cui parlava Barile⁵¹⁹. Vi è una differenza banale e sostanziale tra i due contropoteri: laddove il Presidente è organo monocratico, la Corte è a composizione collegiale. Proprio nella sua composizione plurale il giudice delle leggi trova il suo più grande scudo contro le sempre possibili accuse di parzialità (dalle quali come visto invece non va esente il capo dello Stato in quanto bersaglio unico e ben individuabile): la responsabilità diffusa e non ben identificabile dei giudici costituzionali è permessa dalla collegialità con cui le decisioni sono assunte⁵²⁰. Addirittura si ha l'impressione che la Corte (come pure il Conseil constitutionnel) quale

⁵¹⁶ In merito si rimanda per l'Italia al prezioso contributo, ricco di una completa bibliografia, di R. ROMBOLI, *La natura della Corte Costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. VIGNUDELLI, *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 401 e ss. Per l'esperienza francese si veda tradizionalmente F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?*, in *Revue du droit public*, 1979, pp. 27 e ss.

⁵¹⁷ Si veda F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AAVV, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 39. In chiave diversa, non definitoria ma similmente sostanzialistica anche Martines parlava della Corte come soggetto palesemente politico: T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2010, pp. 517 e ss.

⁵¹⁸ Tale posizione è formulata in P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.

⁵¹⁹ Simile prospettiva è quella accolta da M. MIDIRI, *Corte, organi politici, giurisdizione*, in AAVV, *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, pp. 1303 e ss.

⁵²⁰ Insiste particolarmente sulla collegialità, fino a spingerci a queste riflessioni G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, p. 67 e ss.

organo composito e plurale, sia in realtà di fatto considerato come un'istituzione monocratica "spersonalizzata", e ciò per rendere quanto meno appariscenti possibile le singole posizioni dei giudici, ammortizzando così la responsabilità politica delle decisioni assunte. Benché assai artificiosa questa poco considerata *factio* dello Stato costituzionale è servente rispetto all'altrettanto leggendaria pretesa oggettività della norma giuridica costituzionale quale parametro del giudizio⁵²¹.

Quanto appena detto sopra non significa che il giudice delle leggi "trovi piacere" nell'inserirsi nell'attualità (anzi) e cerchi di accrescere biecamente il proprio potere "facendo politica" nell'accezione comune o che lo faccia proditoriamente. Neppure bisogna credere che "fare" politica significhi necessariamente (come spesso si sembra opinare) esprimere una scelta consapevole ed arditata in quanto tale atteggiamento si estrinseca anche nel contrario, nel diniego sostanziale di giustizia, nella rinuncia a risolvere un'incostituzionalità o un conflitto di poteri per timore della reazione del Potere. Parliamo a ragion veduta di diniego di giustizia se vogliamo prendere sul serio la concretezza del processo costituzionale, in quanto il suo esito, per la parte che ha sollecitato la rimessione della questione alla Corte, il rigetto o l'inammissibilità della questione hanno lo stesso effetto, cioè quello di frustrare l'interesse sottostante al bene della vita. In sostanza: anche non applicare la Costituzione per eccessivo *self restraint* configura pienamente un atto politico d'*incompetenza negativa*. Ciò avviene e basta, perché le ragioni della Costituzione non sono indipendenti da quelle della politica e inevitabilmente vi è una sovrapposizione delle une alle altre laddove si versi in materie costituzionalmente rilevanti.

La fonte legislativa – tramite quella che Martines definiva la *forza politica* del giudice delle leggi – diventa non il prodotto di una mera funzione parlamentare autoreferenziale ma piuttosto espressione di un pluralismo ordinamentale che vede la partecipazione di una sinergia di attori, tra i quali anche la giurisdizione costituzionale, la quale permette di far valere una forma di *democrazia continua*, non limitata al momento elettorale e che consente di integrare la volontà della maggioranza a quella delle minoranze, in armonia con la volontà del popolo costituente⁵²². Si tratta di una dinamica che si è già osservata trattando

⁵²¹ La collegialità in un regime maggioritario come quelli italiano e francese crea quasi naturalmente delle insofferenze da parte di giudici che mal sopportano di essere "ridotti al silenzio", cosa che in alcuni casi non è necessariamente indice di una posizione sbagliata quanto espressione del tentativo di sollecitare la Corte ad un cambiamento di giurisprudenza oppure la manifestazione del malessere di chi si ritrova spesso in minoranza. Per l'Italia si ricordi il noto caso che portò alle dimissioni (pretestuose o meno che fossero) del giudice Romano Vaccarella: *Il giudice Vaccarella conferma le sue dimissioni*, in *Il corriere della sera*, 5-V-2007. Si vedano i tre comunicati che la Corte pubblicò in quell'occasione (il primo del 2 maggio 2007 e i seguenti del 4 maggio). Soprattutto in Francia il tema in considerazione ha avuto un'eco notevole a seguito della pubblicazione dell'interessante libro di Pierre Joxe, l'unico giudice socialista rimasto nel Conseil constitutionnel per molti anni, che ha consolidato i suoi "problemi di coscienza" nel criticato ma prezioso P. JOXE, *Cas de conscience*, Paris, 2010.

⁵²² A tale proposito "Par son intervention la volonté générale tends à devenir la somme de la volonté majoritaire et des volontés minoritaires ou, plus exactement, de certaines de leurs propositions", D. ROUSSEAU, *La démocratie continue*, cit., pp. 22 e ss.

dell'opposizione parlamentare: se il giudice delle leggi censura una legge voluta dalla maggioranza parlamentare ed osteggiata dall'opposizione, indirettamente non fa altro che affermare positivamente la volontà della minoranza.

Ciò avviene in modo evidente in Francia, dove l'intervento del giudice delle leggi è più apertamente inserito nell'agone politico, in quanto provocato per lo più dalla stessa opposizione (e ciò non ha comunque comportato una perdita di legittimazione del giudice delle leggi). Anche in Italia tuttavia, a seguito soprattutto dello smaltimento dell'arretrato giurisprudenziale avvenuto nei primi anni novanta del novecento, la contiguità della fase di promulgazione e dell'instaurazione del giudizio incidentale ha decisamente incrementato l'attualità e la "temperatura politica" delle decisioni costituzionali. Sempre più spesso la maggioranza parlamentare che ha voluto una determinata legge è la stessa che assiste alla sua eventuale censura. Si è visto poi a proposito dell'opposizione parlamentare come gli argomenti spesi dalla minoranza in aula contro la legge sono spesso gli stessi fatti valere in sede di giudizio incidentale dai giudici *a quibus* e, di riflesso, dalla Corte stessa⁵²³. A complemento di quanto si è già detto in merito all'opposizione parlamentare che – acquisita consapevolezza del ruolo del giudice delle leggi – sempre più spesso nelle aule parlamentari ha virtuosamente convertito le discussioni parlamentari in un'anticipazione del giudizio della Corte, *giuridicizzando* quindi il conflitto politico, allo stesso modo la giurisdizione costituzionale è venuta sempre più assumendo connotati politici⁵²⁴. Diciamo ciò non nell'ottica abitualmente polemica ma con la consapevolezza del processo creativo del diritto che emana e ritorna sempre alla Costituzione, alla luce della necessaria interdipendenza delle due fasi di creazione e di controllo della norma giuridica.

Così non è poi tanto straordinario guardare al giudice delle leggi come un terzo potere arbitrale che dirime una disputa costituzionale dai riflessi profondamente politici con lo strumento di quella che abbiamo definito la *sanzione costituzionale*. Il ruolo di regolatore sostanziale del conflitto politico che il giudice delle leggi ha assunto anche in Italia in modo sempre più evidente è necessariamente correlato anche all'adeguamento del nostro paese al sistema maggioritario che vigeva già da molto tempo in Francia, nel quale l'opposizione ha poche possibilità reali di condizionare il procedimento legislativo e quindi di influenzare il contenuto concreto della legge, potendo solo sperare che le sue istanze possano almeno trovare accoglimento in altra sede, davanti al tribunale costituzionale. Ciò è tanto più vero in Italia dove, come la dottrina ha efficacemente notato, il *bipolarismo politico*

⁵²³ Si veda il capitolo III, par. 1.

⁵²⁴ Si segue quindi lo schema delineato da A. STONE SWEET, *La politique constitutionnelle*, pp. 117 e ss. L'autore nota come tale schema giunge realisticamente a ridurre lo scarto tra politica e diritto nella complessità delle relazioni che si instaurano tra poteri e contropoteri; ben consapevole delle ricadute che tale tesi ha sul principio della separazione dei poteri egli tuttavia non si sottrae alla conclusione che fa del giudice delle leggi una terza camera legislativa specializzata.

instauratosi fin dal 1994, è stato anche un *bipolarismo costituzionale*⁵²⁵, che è venuto schiudendo sempre più spesso il ruolo del giudice delle leggi anche in Italia come prolungamento e sintesi dello scontro politico parlamentare⁵²⁶.

L'influenza del giudice costituzionale sul processo legislativo è quindi doppio: *retrospettivo*, in quanto agisce sulla legge già promulgata, ed insieme *prospettivo*, in quanto condiziona *pro futuro* con la sua giurisprudenza le evoluzioni future della legislazione ordinaria, la quale non può non tenere conto delle pronunce costituzionali. Ciò in quanto le decisioni del giudice delle leggi, in virtù del rispetto del proprio precedente (elemento importante di *strategia* istituzionale), costituiscono un elemento prognostico indispensabile per valutare la fattibilità costituzionale di nuove soluzioni normative. Non solo: il rispetto del precedente (purché non si trasformi in una *tirannia* che impedisca auspicabili evoluzioni giuridico-sociali) è essenziale anche per assicurare l'indipendenza del giudice nel tempo, essendo segno della (fittizia) inevitabilità dell' "*obbligo costituzionale*" delle sue decisioni, che si impone di legislatura in legislatura a maggioranze di diverso colore politico⁵²⁷.

La dottrina in Francia ha indagato in modo molto esplicito come la giurisdizione costituzionale si sia inserita nella dialettica tra maggioranza ed opposizione, venendo a creare proprio quella comunicazione a doppio senso tra politica e diritto che fece dire a Louis Favoreu che il giudice delle leggi ha permesso nella democrazia contemporanea la *giuridicizzazione* dello scontro politico tramite il ruolo pacificatore e regolatore del processo costituzionale⁵²⁸. In particolare, al momento dell'alternanza del 1981 il Conseil ha evitato che il cambiamento politico epocale comportasse necessariamente il rovesciamento dell'ordinamento precedente, contribuendo così non poco all'omogeneizzazione della società francese. Da un lato contenendo la portata delle nazionalizzazioni del governo Mauroi nel solco del rispetto dei diritti di proprietà e dall'altro smentendo le paure di chi temeva l'ascesa al potere di partiti considerati anti-sistema, accrescendo così la tenuta stessa della democrazia transalpina.

L'inevitabile politicità della giurisdizione costituzionale ridonda inevitabilmente anche su un altro aspetto fondamentale, che potremmo definire del *realismo* del giudice delle leggi, ovvero l'inevitabile e invisibile necessità che la giustizia costituzionale eserciti la sua attività conciliando il rispetto della Costituzione con la situazione politica (elemento essenziale del "fatto" mai sufficientemente considerato dalla dottrina) nella quale essa stessa

⁵²⁵ Così A. RUGGERI, *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della formazione e politicizzazione dei giudizi di costituzionalità)*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., p. 696.

⁵²⁶ In questo senso esplicitamente E. GROSSO, *Corte costituzionale e revisione costituzionale*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., p. 179.

⁵²⁷ Così anche secondo il pensiero di Robert Badinter, discusso in J. ROBERT, *La garde de la République*, Paris, 2000, p. 121.

⁵²⁸ Si vedano in questo senso L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternance, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, 1988 e M. C. STECKEL, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, Paris, 2002.

s'inserisce⁵²⁹. Il realismo del giudice, che è causa ed insieme conseguenza dell'inserzione della Corte della forma di governo, viene a determinarsi in più direzioni. Il giudice delle leggi influenza ed è a sua volta influenzato da una serie di attori anche non necessariamente solo politici, quali possono essere le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa (esemplificate nella forma del *diritto vivente*), la dottrina e il contesto sociale nel quale ogni decisione si inserisce.

Strumento essenziale di questa mediazione realista è senza dubbio la *strategia* adottata dal giudice, che si sostanzia nelle tecniche decisorie, nell'argomentazione giuridica utilizzata volta ad assicurare l'effettività delle proprie decisioni⁵³⁰. Parlare di strategia del giudice delle leggi non implica certamente che lo stesso agisca in modo discutibilmente calcolatore negli equilibri interistituzionali ma che esistono degli elementi, sia interni che esterni alla Corte, che ne determinano i meccanismi di funzionamento⁵³¹. In quella speciale *teoria dei giochi* che descrive il funzionamento reale del regime politico il giudice delle leggi è normalmente chiamato ad essere l'arbitro del "gioco", anzi, ad essere uno dei giocatori che pure deve agire in modo diverso per far percepire la sua connaturale diversità dagli altri⁵³². Grazie a questo paradigma capiamo perché il giudice costituzionale abbia cercato di accrescere le sue competenze modulando la tipologia delle sue decisioni premurandosi tuttavia di farlo nel modo meno appariscente possibile.

Pare questa una conclusione logica se si vuole davvero prendere seriamente l'assunzione della giurisprudenza costituzionale come contropotere, essendo la Corte certamente un' "*isola della ragione*" ma inserita in un *arcipelago* di istituzioni che determinano il paesaggio politico descritto dalla Costituzione⁵³³. Di più: la pretesa *suitas* della Corte costituzionale rispetto agli altri organi costituzionali che la distinguerebbe dalla politica in quanto istituzione giurisdizionale prova troppo, in quanto non solo si radica in una sorta di sottinteso pregiudizio negativo nei confronti della "politica" ma anche perché non tiene effettivamente conto del fatto che la Corte stessa possa essere composta di volta in volta

⁵²⁹ Anche esponenti della dottrina positivista più tradizionale ammettono l'inevitabilità di questa soluzione quale conseguenza della tesi dell'interpretazione come attività non estranea dalla volontà dell'interprete: "*Il est incontestable que le Conseil constitutionnel comme toutes les juridictions suprême est en général comme tous les opérateurs du droit, subit des contraintes diverses provenant du système juridico-politique et qu'il est conduit à adopter des stratégies dans l'exercice de son pouvoir. On peut distinguer celles qui visent à accroître ce pouvoir et celles qui consistent à en faire un exercice modéré* ». M. TROPER, *Le réalisme et le juge constitutionnel*, in *Le cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, p. 150. Si veda anche D. RIBES, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, in *Le cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, pp. 132 e ss.

⁵³⁰ Si veda in questo senso J. MEUNIER, *Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris-Bruxelles, 1994.

⁵³¹ Di più: la stessa idea della giurisprudenza costituzionale come limite al potere implicherebbe necessariamente l'idea della strategia: J. MEUNIER, *Contraintes et stratégie en droit constitutionnel*, in M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS - C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, 2005, pp. 194 e ss.

⁵³² In questo senso si veda il brillante J. MEUNIER, *Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique*, in *Pouvoirs*, 2003, pp. 29 e ss.

⁵³³ In questo senso ci si allontana in parte dall'impostazione di autorevole dottrina che invece, pur riconoscendo esplicitamente la giustizia costituzionale come contropotere maggioritario, individua proprio nell'astrazione sostanziale della Corte rispetto alle altre istituzioni politiche (in ragione della sua natura eminentemente giuridica) la forza della sua legittimazione. Così G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, pp. 117 e ss.

da buoni come da cattivi giudici, che non necessariamente (e ciò non dovrebbe sorprendere) hanno come unico obiettivo l'applicazione rigorosa delle norme costituzionali⁵³⁴. Se il principio della presunta bontà del legislatore ha fatto il suo tempo, lo stesso si dovrebbe dire di quella del giudice costituzionale. Si ha l'impressione che dietro questa *angelizzazione* della Corte non vi sia che un tentativo (per molti versi opportuno) di edulcorare e non rendere troppo appariscente il potere potenzialmente immenso del giudice costituzionale. Il rischio è tuttavia che ciò comporti la sua neutralizzazione, con un'operazione di protezione simile a quella portata avanti negli ultimi anni nei confronti del capo dello Stato, non casualmente l'altro elaboratore dell'indirizzo politico costituzionale⁵³⁵.

Altrimenti detto, in coerenza con la base conflittuale delle relazioni tra istituzioni che un'analisi dei contropoteri postula, ci si vuole allontanare da un'idea forse troppo ideale di una Corte nella quale ogni divergenza si stempera grazie all'uso del diritto, per cogliere le implicazioni dell'assioma secondo cui l'interpretazione giuridica non è operazione conoscitiva-descrittiva ma più persuasivamente attività volitiva del giudice. In questo senso è opportuno parlare di strategie che permettono al conflitto costituzionale di ottundersi. Esse possono essere innanzitutto *interne*, cioè quelle usate all'interno della Corte per ricomporre i contrasti che inevitabilmente originano dal fatto che più norme derivino da una stessa disposizione costituzionale (così come dal fatto che più disposizioni possono essere in contrasto fra loro) ed *esterne*, che si riferiscono alle modalità usate dal giudice delle leggi per "comunicare" all'esterno ed aiutare l'ordinamento ad assorbire le proprie decisioni⁵³⁶. Da questo ultimo punto di vista la dottrina si è prevalentemente concentrata sul versante parlamentare delle ricadute delle sentenze della Corte, negligendo spesso il rapporto che la Corte deve necessariamente intrattenere con il Governo e contemporaneamente con l'opinione pubblica e i *mass media*⁵³⁷. Il contatto e la percezione del giudice delle leggi da parte dell'opinione pubblica è qualcosa di fondamentale nella stessa legittimazione della giustizia costituzionale che, diffondendo la sua immagine (vera o falsa che sia) di contropotere obiettivo lontano dal circuito della rappresentanza politica, può consolidare anche la sua legittimità nei confronti del Potere e "pararne" gli eventuali

⁵³⁴ Non è forse inutile sottolineare che la carica di giudice costituzionale, in Italia e in Francia, non è vitalizia e non si può certo impedire che, dopo l'espiazione del mandato il giudice emerito ritrovi un suo ruolo all'interno del sistema politico, come non raramente è avvenuto. Si vedano in proposito le acute osservazioni di G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., pp. 109 e ss. Sul tema, che verrà approfondito in seguito, si veda recentemente per quanto riguarda il sistema francese J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Paris, 2011.

⁵³⁵ Si veda su questo tema quanto già detto al capitolo IV, par. 1.

⁵³⁶ Ci si rifà a tale proposito all'originale lavoro di J. MEUNIER, *Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris-Bruxelles, 1994.

⁵³⁷ Da quest'ultimo punto di vista un'eccezione è certamente l'interessante M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., pp. 90 e ss.

colpi⁵³⁸. Soprattutto in momenti di crisi del sistema politico, quando la tensione fra opinione pubblica e sistema parlamentare è particolarmente forte, il giudice delle leggi deve certo stare attento a non alimentare il problema di legittimazione del sistema rappresentativo ma al contempo può valersi, per l'impatto delle sue decisioni, di un'opinione pubblica che esige risposte precise dal giudice delle leggi. In questi casi si dimentica spesso di sottolineare che proprio una decisione giuridicamente prudente può costituire per la legittimazione della Corte un volano più pericoloso di quello costituito da una decisione sgradita al Potere⁵³⁹. In altre parole il contropotere di ultima istanza non può ignorare che spesso le "attese del foro" non solo esistono ma sono diversificate. Di più, diversamente da quanto avviene per il giudice ordinario che dirime casi singoli, quello della Corte, al di là dell'enfaticizzazione della concretezza del giudizio, è sempre e comunque su norme generali ed astratte che toccano un'intera collettività.

Quello appena enunciato è un punto di analisi fondamentale per il problema della legittimazione delle decisioni costituzionali e della Corte stessa, che nell'epoca maggioritaria è messa sempre più spesso in discussione all'interno dell'arena politica⁵⁴⁰. Elemento di massima "emersione" di una strategia mai artificialmente pianificata ma basata su approssimazioni e consolidamento del repertorio giurisprudenziale (e quindi, di conseguenza, sull'uso oculato del *precedente* e del suo opposto, il *revirement*⁵⁴¹) è, come accennato, l'uso delle tecniche decisorie e dell'argomentazione usate dal giudice delle leggi di ogni paese⁵⁴²: il confronto metterà in luce come da questo punto di vista emerga una mutua convergenza tra Francia ed Italia.

⁵³⁸ Va in questa direzione l'attenzione crescente mostrata nei confronti dell'opinione pubblica dei presidenti delle due giurisdizioni considerate a partire dagli anni novanta attraverso l'uso quasi quotidiano dei comunicati stampa, incontri istituzionali e le non rare conferenze stampa. Ciò ha provocato un positivo interesse nei confronti del giudice delle leggi anche da parte dei *mass media* per i quali sempre più esso è divenuto "*une ressource d'objectivité, qui autorise de surcroît à occuper cette position en surplomb que permet la "noblesse" juridique des arguments utilisés, à mille lieux, selon toutes les apparences, des luttes politiques*". Così B. FRANCOIS, *La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion*, in *Pouvoirs*, 2003, p. 141.

⁵³⁹ Esempio recente di questa considerazione è certo la risposta generalmente risentita dell'opinione pubblica alla decisione 24 gennaio 2012, n. 13 sull'inammissibilità del referendum sulla legge elettorale del 2005.

⁵⁴⁰ Mario Fiorillo opportunamente a questo proposito ripercorre l'iter storico del rapporto sempre più difficile tra politica e Corte, osservando sinceramente: "*Un tempo si imputava alla Corte poca audacia o poca prudenza; oggi le si addebita quasi di esistere; e dinanzi alla virulenza reiterata di certi attacchi su organi di informazione a diffusione nazionale c'è da cominciare a chiedersi quale sia (o quale sia diventato) il suo livello di legittimazione presso l'opinione pubblica*", Così M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., p. 137.

⁵⁴¹ Il *revirement* si caratterizza come uno degli elementi forse meno studiati della strategia adottata dal giudice delle leggi in Italia. Che esso sia mascherato o evidente o, ancora, preparato, graduale o repentino (nel suo modo di manifestarsi), oppure dovuto a fattori interni (tipicamente collegati con l'influenza di un giudice particolare o del Presidente) od esterni, esso si caratterizza come l'elemento che più di altri rivela come il giudice costituzionale utilizzi materiale meta-normativo per creare la Costituzione attraverso una sorta di *stare decisis*. Si vedano le preziose analisi (il cui schema teorico è integralmente importabile nel sistema italiano) di P. MOUZET, *Sur les revirements du Conseil constitutionnel*, in *Revue de droit public*, 2002, pp. 1639 e ss e T. DI MANNO, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, pp. 135 e ss.

⁵⁴² Si veda a tale proposito J.M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, Paris, 1993.

Questo parallelismo nel realismo dei giudici costituzionali lo si individua in un altro punto molto sensibile: l'atteggiamento che il giudice delle leggi ha assunto (con percorsi diversi ma in parte convergenti) nei confronti delle alte istanze europee ed internazionali, soprattutto in riferimento alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si vedrà come soprattutto quest'ultima abbia esercitato un'influenza giuridicamente virtuosa sulle giurisdizioni costituzionali nazionali, giungendo ad anticipare ed incoraggiare notevoli cambiamenti di giurisprudenza che a livello nazionale il giudice delle leggi spesso non era riuscito discutibilmente ad affermare proprio per lo scrupolo di evitare di inserirsi in quelle che sono fumosamente definite *political questions*⁵⁴³. La presenza "esterna" della Cedu ha influito moltissimo nel rafforzamento del giudice delle leggi come contropotere negli ultimi anni: strano pensare che questo apporto sia giunto da un'istituzione che possiede una legittimazione "classicamente democratica" ancora minore rispetto a quella della Corte ma che, da parte sua, possiede la *forza politica* propria di un'istituzione lontana dai circuiti della rappresentanza politica e caratterizzata, nella sua pluralità di voci, dall'irriducibilità ad un preciso indirizzo politico di rilievo nazionale.

Si vedrà brevemente nel prosieguo quale sia la ricchezza di elementi che ci portano a definire la strategia del giudice costituzionale in questi due sensi e come sia possibile dunque identificare la sua funzione di contropotere al di là della classica, astratta e ormai tralattata configurazione di giurisdizione pura della competenza o anche di legislatore negativo.

I punti fin'ora evocati sono quindi i salienti dell'indagine che sarà effettuata nel seguito, al fine di identificare e confrontare l'azione della Corte costituzionale e del Conseil constitutionnel. Poste queste basi teoriche viene ora il momento di mettere alla prova dei fatti quanto fin'ora si è detto.

3. Giudice delle leggi contropotere in concreto: sguardo sulle relazioni tra potere e contropotere

Il modo migliore per valutare l'impatto della giustizia costituzionale quale contropotere effettivo del blocco maggioritario è valutabile empiricamente nelle relazioni che fin dall'inizio della sua istituzione il giudice delle leggi ha intrattenuto con il blocco del

⁵⁴³ In questo senso si vedrà come significativo sia da questo punto di vista la soluzione adottata nell'epilogo del noto caso Scordino davanti alla Cedu da parte della Corte costituzionale italiana in materia di indennità d'espropriazione e occupazione acquisitiva. Lo stesso si osserverà, per la Francia, in materia di fermo di polizia (par. 9).

potere governo-maggioranza e, più latamente nei confronti del Parlamento⁵⁴⁴. Raramente si fa notare che la Corte costituzionale italiana e il Conseil constitutionnel (malgrado la sfasatura temporale delle due Costituzioni, italiana del 1948 e francese del 1958) nascono sostanzialmente nello stesso momento: 1956 la prima, due anni dopo il secondo. Diverso tuttavia fu il cammino di autocoscienza che le due istituzioni avrebbero avuto nei rispettivi Paesi riguardo al rispettivo ruolo, arrivando molto prima quella italiana ad avere contezza dell'estensione e del peso delle sue responsabilità e dei suoi poteri.

In Italia la vocazione anti-maggioritaria della Corte venne intuita dal sistema politico fin dai tempi della Costituente ed è sorprendente non solo pensare quanto allora si temesse il potenziale potere di veto insito nella struttura primitiva e binaria del giudizio di costituzionalità ma anche quanto poco le maggiori forze di opposizione comprendessero allora l'importanza dell'esistenza del giudice delle leggi ai fini della loro stessa esistenza ed azione politica⁵⁴⁵. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana dimostrò che più che frenare l'evoluzione dell'ordinamento la Corte svolse in realtà una funzione d'impulso imprescindibile nei confronti del legislatore e che proprio per questo compì una vera e propria svolta adottando forme di decisione che esorbitavano decisamente dalla configurazione del tradizionale potere di veto. Si trattò di un processo evolutivo lento e progressivo, instauratosi a partire fin da quella prima decisione, la 1 del 1956 (mai sufficientemente ricordata nella sua portata) nel quale la Corte implicitamente si riconobbe contropotere sconfessando la teoria della non giustiziabilità delle norme programmatiche, dilatando quindi al massimo quello che anche in Italia può essere definito il *blocco di costituzionalità*.

In Francia il processo di auto-riconoscimento del giudice delle leggi quale contropotere fu molto più lento e frutto di un "*colpo di Stato giuridico*" che si fa risalire alla celeberrima decisione del 1971 in materia di libertà d'associazione⁵⁴⁶. Inizialmente

⁵⁴⁴ Ci si limiterà nel prosieguo ad accennare agli "scontri" seguenti alle pronunce di illegittimità costituzionale, evitando di fare riferimento ai conflitti di attribuzione tra potere giudiziario e Parlamento (soprattutto con riferimento all'art. 68 cost.), i cui riflessi però non devono essere persi di vista alla luce di una considerazione più generale della conflittualità ordinamentale. In materia di relazioni tra Corte e Parlamento la dottrina è molto numerosa. Si ricordano i contributi più significativi e più recenti: A. RUGGERI, *La Corte costituzionale ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.*, 2011, pp. 361 e ss., G. LOMBARDI, *I (latenti) conflitti fra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 889 e ss., M. MIDIRI, *Corte, organi politici, giurisdizione*, cit., pp. 1293 e ss., F. DEL CANTO, *I rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento: sguardo d'insieme su una coabitazione inevitabilmente difficile*, in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento II*, Pisa, 2008, pp. 239 e ss., C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), "*Effettività*" e "*seguito*", cit., pp. 215 e ss. E. GUARDUCCI, *Sul necessario potenziamento del seguito delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in AAVV, *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 431 ss.

⁵⁴⁵ Ancora una volta, come visto anche a proposito del referendum, fu la sinistra ad avversare nel modo più deciso la costituzione della Corte, definita da Togliatti quale "*organo che non si sa cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero a essere collocati al di sopra di tutte le assemblee e di tutto il sistema del parlamento e della democrazia, per essere giudici*". Si veda *Corte Costituzionale: "bizzarria" per Togliatti*, in *Il tempo*, 13-I-2011.

⁵⁴⁶ La legge censurata dalla decisione 71-44 DC mirava ad introdurre una sorta di autorizzazione giudiziaria sulle nuove associazioni e costituiva una reazione diretta alla fondazione dell'associazione *La cause du peuple*,

concepito dal generale de Gaulle come difensore delle prerogative del Governo nei confronti del Parlamento (quindi essenzialmente come sostegno del Potere), il Conseil non poté esprimere la sua potenziale natura di contropotere che all'indomani dell'uscita di scena del fondatore della Quinta Repubblica (1969), allorchando venne solennemente affermato che l'oggetto del controllo di costituzionalità si estende a tutti i diritti fondamentali riconosciuti nel preambolo della Costituzione del 1958, in quello del 1946 e nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

La configurazione del giudice delle leggi quale contropotere è emersa poi successivamente in modo esplicito nella storia delle due giurisdizioni costituzionali considerate, in frangenti nei quali lo scontro con il potere politico si è fatto palpabile e davanti al quale il Presidente del collegio ha dovuto cedere alla necessità non solo di difendere l'istituzione che presiedeva ma anche di ribadire con forza l'inevitabilità della vocazione antimaggioritaria del giudice delle leggi. In Francia l'occasione per rendere esplicita la natura di contropotere del Conseil avvenne infatti in occasione del durissimo scontro che si produsse nel 1993 tra il primo ministro Eduard Balladur e il presidente del Conseil Robert Badinter che – per respingere le accuse mosse al giudice delle leggi a seguito della censura parziale, il 13 agosto 1993, alla *loi Pasqua* in materia d'immigrazione che apportava un notevole ridimensionamento del diritto d'asilo riconosciuto ai rifugiati politici – scrisse su *Le Monde* un memorabile intervento dal titolo "*Le pouvoir et le contre-pouvoir*"⁵⁴⁷. Lo scontro venne chiuso con quello che Georges Vedel definì il "*lit de justice*", ovvero la decisione del Parlamento di adottare una legge costituzionale per scavalcare la decisione del giudice delle leggi.

In Italia, sebbene nella storia più recente il contrasto tra Corte e maggioranza parlamentare non si sia risolto con la revisione costituzionale (con le note eccezioni della riforma dell'art. 111 Cost. come reazione alla sentenza 361/1998 della Corte⁵⁴⁸ e della

riunita attorno a Jean-Paul Sartre. Dominique Schapper coglie perfettamente il parallelismo tra la decisione francese del 1971 e la prima sentenza della Corte costituzionale italiana, le quali hanno il merito storico di definire la giuridicità delle norme che disciplinano i diritti fondamentali. Si veda (anche per il contesto in cui fu resa la decisione) D. SCHAPPER, *Une sociologue* cit., pp. 72 e ss.

⁵⁴⁷ Si veda R. BADINTER, *Le pouvoir et le contre-pouvoir*, in *Le Monde*, 23-XI-1993. Si noti, ai fini dell'economia generale di questo studio, che il Conseil d'Etat in data 23 settembre 1993 aveva reso un parere al governo nel quale veniva confermata la bontà della decisione del Conseil constitutionnel ai sensi del quarto alinea del preambolo della Costituzione del 1946: "*Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République*". Secondo la decisione 93-325 DC quindi colui che domanda asilo politico sul suolo francese non può essere allontanato se non dopo che la sua domanda sia stata presa in considerazione. Sul quell'episodio e più in generale sulla presidenza di Robert Badinter si veda soprattutto D. ROSSEAU, *Sur le Conseil Constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, 1997, pp. 80 e ss.

⁵⁴⁸ Si veda sul punto l'analisi di E. GROSSO, *Corte costituzionale e revisione costituzionale*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., p. 167 e ss. nonché P. PEDERZOLI, *Corte costituzionale e Parlamento: il confronto sul giusto processo*, in C. GUARNERI-F. ZANNOTTI, *Giusto processo? Introduzione di diritti fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale?: Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, Padova, 2006, pp. 289 e ss.

modifica dell'art. 51 Cost. a seguito della pronuncia 422 del 1995) si può dire che negli ultimi anni i Presidenti della Corte abbiano comunque a più riprese fatto sentire la propria voce in opposizione alle accuse che la maggioranza di governo *pro tempore* muoveva in direzione dell'alto consesso⁵⁴⁹. Non è un caso che i periodi di più intensa polemica della maggioranza nei confronti della della Corte si siano verificati in corrispondenza di presidenze considerate particolarmente incisive⁵⁵⁰.

Lo scontro è spesso asseccato, da un certo punto di vista, dall'opposizione parlamentare, che anche in Italia sembra sempre più spesso configurare la giurisdizione costituzionale come il luogo in cui si ricompongono i *clivages* partitici in materia costituzionale: lo scontro è demandato al momento successivo alla promulgazione della legge, evitando così al capo dello Stato di farsene carico in sede di (eventuale) rinvio. In altri termini la responsabilità di una censura della maggioranza è in gran parte “scaricata” sulla Corte⁵⁵¹. Si tratta quindi, di nuovo, della necessità che l'azione sinergica di difesa della Costituzione sia efficientemente ricalibrata sulle spalle di quelli che sono riconosciuti come i due tutori del testo fondamentale. Il motivo di questa strategia dell'opposizione parlamentare lo deduciamo principalmente da quanto abbiamo già detto in merito alla particolarità essenziale del giudice delle leggi, organo collegiale in cui la volontà decidente (diversamente da quanto avviene per il Presidente della Repubblica) non è direttamente riconducibile all'opera di un singolo. Al di là degli scontri macroscopici ed *eccezionali*, la relazione conflittuale tra Corte e Parlamento è in *re ipsa* e in Italia si gioca *ordinariamente* sul noto scarso seguito delle pronunce costituzionali: un problema certo legato alla natura non preventiva del nostro sindacato di costituzionalità. Ciò che decisamente sorprende è che l'attenzione della dottrina prevalente si sia fin'ora concentrata a stigmatizzare unicamente la mancata collaborazione in questo frangente tra Camere e Corte. Ci pare necessario osservare che, in realtà, tale costante richiamo all'ottemperanza del giudicato costituzionale,

⁵⁴⁹ Si fa riferimento in particolare alla recente presidenza De Siervo e specialmente alle accuse che seguirono la censura della legge in materia di legittimo impedimento del Presidente del consiglio a comparire in giudizio. Si veda *De Siervo: Inammisibile denigrazione. Sia chiaro che non ci faremo intimidire*, in *Il gazzettino*, 10-IV-2011, p. 7. De Siervo non mancò poi di sottolineare polemicamente, in occasione di una *lectio magistralis* presso l'università di Pistoia, come la Carta costituzionale s'imponesse a tutte le autorità pubbliche, compreso il Presidente del Consiglio: *De Siervo: Troppe polemiche, il Parlamento fa errori a raffica*, 5-III-2011. Meno recentemente si ricordino le accuse fatte al presidente Saja in merito al ritardo con cui la Consulta procedette alla pubblicazione della sentenza sulla legge cd. Berlusconi in materia di frequenze televisive: “*Lo si era accusato di aver voluto lasciare il maggior tempo possibile al governo e alla maggioranza per trovare un accordo sulle nuove regole per le televisioni. E si era polemicamente ricordato che il compito della Corte è quello di dichiarare incostituzionali le leggi che sono tali, e non quello di adattarsi ai tempi politici e parlamentari.*”, così in *Saja respinge le accuse*, 1-VIII-1990, *La Repubblica*, p. 2.

⁵⁵⁰ Nell'era più recente si ricordi A. MANZELLA, *Finisce male l'era Baldassarre*, 9-IX-1995, p. 10, *Cosa c'è dietro gli attacchi a Zagrebelsky*, in *Europa*, 31-I-2004, p. 6, *Il pupillo di Scalfaro alla Corte costituzionale*, in *Liberio*, 28-I-2004, p. 8.

⁵⁵¹ Pur partendo da altre premesse questo è il senso della tesi di Ruggeri, secondo il quale “*l'uso complessivamente asfittico*” del potere di rinvio ha di fatto spuntato un'arma potenzialmente dotata di una sua non secondaria efficacia (specie di tipo riflesso) e che avrebbe potuto rendere non pochi servizi, particolarmente in quei campi di esperienza dove maggiori sono state le tensioni e frequenti i conflitti”, così A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento. Tra aperture del modello e fluidità dell'esperienza*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI, *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., p. 9.

oltre a poter costituire una costante attenzione (più specificamente) dell'opposizione parlamentare, dovrebbe dare luogo in un sistema maggioritario ad una maggior attenzione all'elaborazione e adeguamento dei testi normativi a monte, cioè da parte degli uffici dell'esecutivo⁵⁵². In ogni caso il problema del seguito legislativo delle sentenze della Corte può presentarsi sotto molteplici aspetti: non solo quello più vistoso della violazione (normalmente deliberata) del giudicato costituzionale⁵⁵³ ma anche sotto le specie meno appariscenti dell'inerzia legislativa davanti ai moniti o, più significativamente, alle censure del giudice delle leggi. Senza voler indugiare sul lato procedimentale del problema (che prevede sia alla Camera che al Senato un *iter* di analisi apposito delle decisioni rese dalla Corte⁵⁵⁴) si ritiene necessario notare che in realtà lo scarso seguito legislativo delle pronunce costituzionali è sicuramente addebitabile in gran parte ad una mancata organizzazione *ad hoc* all'interno delle assemblee. Non solo la relazione delle commissioni competenti conclusiva del procedimento di analisi delle sentenze costituzionali è puramente eventuale (laddove a rigore della lettera dell'art. 108 del Regolamento della Camera essa dovrebbe essere considerata come obbligatoria) ma nella maggior parte dei casi il procedimento non viene punto attivato⁵⁵⁵. Non esistono nemmeno in sede di commissione affari costituzionali (né di servizio studi) uffici dedicati a questa attività, né rapporti recenti di *law review* che abbiano lo scopo di monitorare il seguito delle pronunce costituzionali, aspetto quantitativo e qualitativo che, in complesso, è stato lasciato inesplorato dalla stessa dottrina che si è occupata del tema. Bisogna tuttavia considerare, per attenuare la responsabilità delle assemblee su questo tema, che l'attività consequenziale alle pronunce costituzionali si rivela effettivamente scoraggiante nella sua ampiezza e meriterebbe forse per questo la costituzione di un servizio interno specifico per essere affrontata con mezzi adeguati. Non solo: si ritiene che la stessa configurazione variegata e spesso poco intelligibile delle decisioni costituzionali costituisca un ostacolo non trascurabile per il seguito parlamentare

⁵⁵² Simile preoccupazione è stata espressa da A. RAFFAELLI, *La "diffusione" del controllo di costituzionalità: problemi e prospettive della comunicazione dell'ordinanza di rimessione alle Camere*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, p. 630. Ci pare questo un punto importante, sottovalutato anche dai testi normativi in vigore che regolano l'istruttoria governativa dei testi normativi, i quali prevedono, quali strumenti idonei a misurare la fattibilità dei singoli provvedimenti la relazione illustrativa e la relazione tecnico finanziaria (D.P.C.M. 10 novembre 1993), la relazione sull'analisi tecnico normativa (prevista dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 settembre 2008) e la relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione (disciplinata dal D.P.C.M. 11 settembre 2008, n. 170).

⁵⁵³ Sul punto si veda recentemente A. ANZON DEMMIG, *Il rispetto del "giudicato costituzionale": un richiamo severo della Corte al legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2011, pp. 4913 e ss.

⁵⁵⁴ Si tratta degli artt. 108 del regolamento della Camera e 139 di quello del Senato, i quali pur parzialmente diversi nella previsione, dispongono che siano le commissioni competenti per materia (insieme alla commissione affari costituzionali della Camera), sollecitate dal presidente d'assemblea, a istruire l'analisi delle decisioni costituzionali per valutare se esse rendano necessaria una modifica legislativa. In merito al procedimento si rinvia a F. DEL CANTO, *I rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento*, pp. 257 e ss.

⁵⁵⁵ Nella XV legislatura all'interno della commissione affari costituzionali della Camera era stato opportunamente creato un "*comitato sentenze*" formato da una ventina di deputati che aveva il compito di dedicarsi a questo lavoro di analisi. L'esperienza non produsse tuttavia vero e proprio materiale documentario e, malgrado tentativi di ricostituzione, non è stata poi riprodotta nella XVI legislatura.

delle stesse⁵⁵⁶. L'elaborazione di tecniche decisionali diverse da quella manichea accoglimento/rigetto ha reso infatti la recezione della giurisprudenza costituzionale più complessa non solo per i giudici ordinari ma anche per il legislatore, aggravando il problema di una “comunicazione” ontologicamente problematica fra i due. In questo senso ci pare di poter osservare che l'elaborazione di una *strategia esterna* (come la si è definita sopra) volta a rendere più ricca la tipologia e la metodologia delle decisioni non sia stata solo la conseguenza (come normalmente si afferma) dell'inerzia parlamentare ma anche la causa di questa⁵⁵⁷, che sarebbe più facilmente evitabile laddove il giudice costituzionale esercitasse in pienezza il suo potere cassatorio senza rinviare troppo cautamente il problema al legislatore (o ai giudici ordinari).

Il problema del rapporto con il legislatore si pone in termini ben diversi in Francia dove è ormai possibile dire che una vera e propria “*culture de la constitutionnalité*” si sia ormai imposta negli ambienti governativi⁵⁵⁸: ciò non perché le istituzioni francesi siano intrinsecamente più virtuose ma perché, come già visto, l'esecutivo di Parigi deve affrontare l'esame preventivo del Conseil d'Etat su ogni progetto di legge e, dopo l'approvazione, quello del Conseil constitutionnel. Da qui anche la sua indotta sensibilità alla costituzionalità dei provvedimenti sui quali rischia di farsi censurare con molta più evidenza e clamore di quanto avvenga in un successivo ed eventuale giudizio *a posteriori*. La natura stessa del doppio controllo giuridico preventivo costringe il governo ad un'opera di vera e propria *expertise* costituzionale che spesso induce il segretario generale del Governo, nel momento in cui la fattibilità normativa è all'esame dell'esecutivo, a contattare direttamente il segretario generale del Conseil constitutionnel per sottoporgli precise questioni di fattibilità giuridica che sono vagliate dal primo funzionario del Palais Royal a titolo puramente ufficioso e alla luce della giurisprudenza pregressa del Conseil⁵⁵⁹. Questa influenza del giudice delle leggi sui lavori parlamentari si estende ai profili anche formali e non solo sostanziali dei provvedimenti normativi: è noto che, diversamente dalla Corte italiana, il giudice francese esercita da almeno trent'anni una forma di sindacato penetrante

⁵⁵⁶ Come nota la dottrina francese a proposito del problema accennato: “*En confiant principalement aux juges ordinaires l'élimination des violations constitutionnelles, la Cour a ainsi transféré les critiques sur les juges. (...) Les techniques décisionnelles de la Cour se sont tellement complexifiées qu'une bonne partie de la doctrine admet ne plus identifier avec précision les frontières entre les différents types de décisions. Aujourd'hui, non seulement elle n'identifie plus avec précision les différents types de dispositifs, mais elle ne sait plus selon quelques critères la Cour se décide pour une décision additive de principe ou bien pour une décision d'admissibilité partielle ou encore pour une décision d'« inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée »*”, così M.C. PONTHEUREAU, *Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, p. 101 e ss.

⁵⁵⁷ I problemi diversi ed innumerevoli implicati da ognuno dei tipi di pronuncia adottati dalla Corte sono ben messi in luce da P. FALZEA, *Aspetti problematici del seguito legislativo delle sentenze della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI, *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., pp. 146 e ss.

⁵⁵⁸ G. CARCASSONNE, *Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi*, in AAVV, *Le Conseil constitutionnel à quarante ans*, Paris, 1999, p. 85.

⁵⁵⁹ Si veda O. SCHRAMECK, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale*, in B. FRANÇOIS-R. DRAGO (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence*, cit., pp. 107 e ss.

in materia di vizi del procedimento legislativo⁵⁶⁰. L'interesse tuttavia non è a senso unico (dal Governo al Conseil) ma anche *vice versa*: considerando che per ogni decisione il giudice delle leggi non dispone di più di un mese per pronunciarsi, esso è ormai abituato a terminare il lavoro di ogni *saisine* entro tre settimane, il che implica che il servizio di documentazione del Palais Royal segua costantemente i lavori parlamentari per valutarne insieme al Segretario generale la possibile conflittualità a livello costituzionale. I progetti di legge più delicati sono oggetto di uno studio approfondito e vedono assegnarsi un *pre-rapporteur* ancor prima che l'opposizione adisca il Conseil⁵⁶¹. Dal punto di vista funzionale poi la procedura che si innesta una volta che la legge è stata approvata e impugnata dall'opposizione si fa apprezzare per la sua notevole rapidità ed informalità. Forse è opportuno dilungarsi a descrivere questa fase perché rende ragione di quanto già detto, della continuazione dello scontro politico elevato a livello di rito processuale.

L'istruzione del *dossier* non può oltrepassare i quindici giorni, durante i quali il *rapporteur* aiutato dal Segretario generale indirizza al Governo un questionario con l'elenco delle questioni di diritto che il provvedimento solleva. Il Segretario generale del governo è poi convocato per una riunione presieduta dal giudice relatore a cui partecipano i membri del gabinetto ministeriale e quelli della direzione ministeriale competenti. A seguito della riunione il Governo può preparare una memoria di difesa che riassume i punti toccati nella riunione con il *rapporteur*. La memoria in questione è trasmessa ai membri dell'opposizione ricorrenti, i quali possono replicare ed anche (ma è raro che venga chiesto) essere ascoltati dal giudice relatore. Quest'ultimo provvede poi, almeno due giorni prima della deliberazione del Conseil, a far distribuire il suo progetto di decisione e, almeno un giorno prima, incontra singolarmente tutti gli altri consiglieri per avere il loro punto di vista sulla questione e raccogliere eventuali *emendamenti* che egli potrà o meno integrare al suo progetto. Nel caso in cui il relatore non sia certo di avere la maggioranza in sede di votazione provvede allora ad elaborare un secondo progetto di decisione, che va nel senso completamente opposto al primo. Il giorno della seduta dedicata alla decisione i giudici

⁵⁶⁰ Si fa chiaramente riferimento alla giurisprudenza (ormai in gran parte abbandonata) detta dell'*amendement Seguin*, sui "limiti inerenti" dell'emendamento (86-225 DC del 23-I-1987) e quella relativa alla *securité juridique* legata ai *cavaliers législatif et budgétaires* (disposizioni estranee all'oggetto del provvedimento) e al rispetto dell'equilibrio tra diritto di emendamento dei parlamentari e quello del governo (ultima decisione in materia è la 2006-535 DC). Si veda per un efficace parallelo fra Italia e Francia V. SOMMACCO, *Le droit d'amendement et le juge constitutionnel en France et en Italie*, Paris, 2002. A tale proposito merita ricordare la recente sentenza 22 del 2012 con cui la Corte costituzionale, trent'anni dopo il Conseil, è giunta a dichiarare l'illegittimità delle disposizioni non omogenee rispetto al contenuto di un decreto-legge. Si tratta certamente di una decisione storica che conforta il nostro ragionamento sulla strategia del giudice costituzionale se si considera che essa è stata resa possibile dal « precedente politico » della presidenza della Camera dell'aprile del 2009 relativa alla dichiarazione di inammissibilità del maxi-emendamento sul decreto-sviluppo.

⁵⁶¹ A tale proposito l'ex consigliere Olivier Dutheillet de Lamothe osserva: "*De ce point de vue le pre-rapporteur est un peu dans la situation d'un étudiant qui a passé les épreuves de l'écrit et qui attend les résultats de l'admissibilité pour savoir s'il va devoir subir les épreuves orales*". O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Comment les cours constitutionnelles prennent leurs décisions : aspect descriptif et normatif* : *Le Conseil Constitutionnel*, in www.conseil-constitutionnel.fr.

costituzionali e le parti possono liberamente discutere all'interno della camera di consiglio⁵⁶². Dopo che il relatore ha letto il suo progetto di decisione si apre la discussione generale. Successivamente il *rapporteur* riprende ogni *considérant* (punto di diritto) sul quale si apre la discussione e al quale è possibile apportare emendamenti. In caso di disaccordo si procede a votazione, seguita poi in fine dalla deliberazione sul complesso del testo.

Ciò che colpisce nella procedura appena descritta è il fatto che nell'analisi articolo per articolo con votazione su singole parti e poi voto finale si identifica null'altro che quello che, sia in Italia che in Francia, è l'essenza del procedimento legislativo⁵⁶³. Non solo: l'immagine dello scontro politico governato dal diritto diventa, soprattutto nella parte iniziale della procedura di un'evidenza palese e consente al governo stesso di implicarsi ed interessarsi alla costituzionalità del progetto di legge in questione⁵⁶⁴. Con autorevolezza e sincerità infatti l'*ancien conseiller* Dutheillet de Lamothe conclude la descrizione del rito sottolineando che «*le recours devant le Conseil Constitutionnel est devenu en France l'ultime phase d'un combat politique de l'opposition contre un texte du Gouvernement. (...) La décision met un terme au conflit politique qu'il a suscité*»⁵⁶⁵. Non si pensi che il problema si ponga in termini tanto diversi per la Corte italiana e, in generale, per tutte le forme di sindacato in concreto di costituzionalità. L'unica differenza risiede nel fatto che la Corte italiana può prevalersi del tempo per attenuare l'impatto delle sue decisioni (ciò che le permette di essere molto più discreta ma anche, paradossalmente, più incisiva nella sua funzione anti-maggioritaria). Ciò perché si è visto che il Conseil non è di fatto padrone del proprio ordine del giorno, avendo solo un mese per procedere alla validazione o meno della legge ed è quindi obbligato a rendere la sua decisione "a caldo", il che ne amplifica la portata ma spesso ne smorza inevitabilmente l'audacia.

⁵⁶² Si tratta della procedura del controllo di costituzionalità *a priori*. La nuova *QPC* ha introdotto in Francia un altro tipo di rito, sostanzialmente simile a quello italiano (salvo per il fatto che il governo anche in questa sede è difeso dai suoi stessi esperti giuridici), nel quale non vi è contraddittorio fra giudici e parti.

⁵⁶³ Non ci sfuggono le differenze fondamentali che la dottrina ha messo in luce sull'ontologica distinzione tra votare e deliberare (sul punto di veda il prezioso P. PASQUINO, *Voter et délibérer*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, pp. 35 e ss.), tuttavia bisogna considerare che la diversità dei punti di vista dei consiglieri/giudici (più accentuate per vicende politicamente controverse) il più delle volte dà luogo a quello che è stato definito "consenso apparente", che non è poi così diverso da un voto mascherato secondo P. URFALINO, *La décision par consensus apparent. Nature et propriétés*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, pp. 47 e ss.

⁵⁶⁴ A questo proposito bisogna sottolineare un'altra differenza tra ordinamenti che spiega il maggior coinvolgimento dell'amministrazione francese in tale processo rispetto a quanto avvenga in Italia. Davanti al Conseil constitutionnel non è un organo omologo all'avvocatura dello Stato ad assumere la difesa del governo, bensì i servizi giuridici stessi dei ministeri competenti. Ciò facilita notevolmente l'acquisizione di una maggiore sensibilità e consapevolezza da parte degli uffici governativi delle regole e della giurisprudenza costituzionali. Sulla figura del *commissaire du gouvernement* e del suo rapporto dialettico con il Conseil d'Etat (in fase contenziosa) si veda l'interessante B. GENEVOIS, *Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux*, in M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS - C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, 2005, pp. 91 e ss.

⁵⁶⁵ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Comment les cours constitutionnelles*, cit., p. 13.

4. Strategie esterne del giudice costituzionale italiano

Una qualsiasi riflessione sulla strategia rintracciabile nell'azione del giudice costituzionale ci pare possa rimandare alla constatazione che, parafrasando François Luchaire, esso ha in quale modo “*peur de soi même*” e dell'estensione potenzialmente infinita dei propri poteri⁵⁶⁶. In questo senso si può parlare efficacemente di strategia del giudice delle leggi, in quanto esso ha dovuto costruire la sua immagine nell'ordinamento da un lato autolimitandosi (per aggirare in tal modo i conflitti potenziali o attuali con il potere politico e giudiziario) e dall'altro estendendo invece le sue competenze per sopperire alle inadempienze del sistema istituzionale. Ciò anche perché, se la legittimità degli eletti deriva dalla sola origine stessa del loro potere, quella della Corte e del Conseil emana (o è smentita) quotidianamente dal modo in cui assumono le proprie decisioni. Potremmo dire che se ipoteticamente volessimo ordinare l'intensità del potere di veto esercitato dalla Corte italiana nei suoi diversi tipi di decisione, potremmo farlo su uno schema che va dal “grado zero” (ossia rigetto della questione di costituzionalità) al “grado uno”, ovvero quello della declaratoria di illegittimità *tout court*. Fra questi due estremi la Corte ha elaborato – e come già notato esiste in questo fenomeno qualcosa di molto simile a quanto avvenuto anche in corrispondenza del venire ad esistenza della tipologia dei referendum manipolativi⁵⁶⁷ – una serie di decisioni che consentono una sorta di *risposta graduata* al complesso problema dell'incostituzionalità. Se l'inammissibilità della questione (sotto la forma dell'ordinanza o della sentenza) può essere sostanzialmente equiparata a quello che abbiamo chiamato grado zero, diverso è il discorso delle sentenze interpretative e manipolative. Le prime, rimanendo nel circuito giurisdizionale ed intervenendo (o meno) sulla norma aggirano il problema di costituzionalità, come notorio, risolvendolo in un problema di interpretazione che tutt'al più può provocare (com'è successo in passato) dei conflitti con il potere giudiziario. Le seconde, decisamente più incidenti nella relazione con gli organi politici consentono di effettuare operazioni di micro-chirurgia normativa dal valore ambiguo dal punto di vista dell'interventismo giurisdizionale: se da un lato “salvano” la disposizione dall'altro la modificano. Anche la sottospecie delle additive di principio si rivela essere uno strumento non meno potente: dietro all'apparente inoffensività esse richiedono al giudice di fare applicazione diretta del principio pretermesso dal legislatore, demandando quindi in prima istanza al giudice ordinario la risoluzione del problema di costituzionalità. Da questo punto di vista le additive di principio hanno quindi qualcosa in comune con le pronunce di inammissibilità per omessa interpretazione adeguatrice, in quanto parte della strategia del giudice delle leggi consiste proprio nello “spostare in avanti (ed altrove)” la soluzione

⁵⁶⁶ F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, 1999, p. 41.

⁵⁶⁷ Si veda il cap. II, par. 1.

dell'antinomia, secondo un processo che in qualche modo ricorda quanto già visto a proposito dei recenti sviluppi della funzione presidenziale⁵⁶⁸. Il risultato è quindi il coinvolgimento del ruolo del giudice ordinario nel sistema dei contropoteri, che attraverso quello che è stato chiamato il processo di diffusione del controllo di costituzionalità, finisce per sopportare anch'esso il peso della responsabilità della neutralizzazione mascherata delle norme incostituzionali a causa di una larvata rinuncia della Corte ad esercitare un ruolo guida nella risoluzione delle incostituzionalità⁵⁶⁹. Un prospetto riepilogativo in merito alla tipologia delle decisioni adottate dal giudice delle leggi negli ultimi cinque anni nell'ambito del sindacato in via incidentale può forse aiutare a fare luce su quanto detto e sulle dimensioni effettive del fenomeno della risposta graduata all'incostituzionalità (tab. 1).

⁵⁶⁸ Si veda il capitolo IV par. 4. Uno sguardo francese sulla questione può aiutare a fare luce sulla situazione italiana, confrontata sotto questo punto di vista con quella tedesca: *“En confiant principalement aux juges ordinaires l'élimination des violations constitutionnelles, la Cour a ainsi transféré les critiques sur les juges qui ont désormais beaucoup de pouvoir dans la recherche des interprétations conformes (cette recherche pouvant les amener à aller à l'encontre du droit vivant). Ce qui éloigne l'expérience italienne de celle allemande”*, così M.C. PONTTHOREAU, *Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel*, cit., p. 101.

⁵⁶⁹ Non si potrebbe dirlo meglio, considerando il problema dal punto di vista della politicità della questione, di quanto fa il giudice Aharon Barak, presidente della Suprema Corte d'Israele: *“J'ai tendance à considérer la doctrine des questions non justiciables ou « questions politiques » avec grande circonspection. Je préfère, autant que possible, examiner un argument sur le fond, ou considérer de m'abstenir pour manque de droit d'agir, plutôt que de considérer une question non justiciable. (...) la Cour ne doit pas renoncer à son rôle dans une démocratie en raison du simple fait qu'elle n'est pas à l'aise ou craint des tensions avec les autres pouvoirs de l'État. Non seulement ces tensions ne suffisent pas pour justifier le rejet d'un recours, elles sont même parfois souhaitables. C'est grâce à cette tension que la liberté individuelle est assurée”*. Così A. BARACK, *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, p. 274. Sul punto, più precisamente sul rischio che la Corte perda la sua funzione di nomofilachia costituzionale, anche R. ROMBOLI, *Verso un “nuovo” utilizzo delle decisioni interpretative*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, pp. 591. Si veda l'ampio dibattito raccolto in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione : verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? : atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino, 2002.

DECISIONI CORTE COST.	2007	2008	2009	2010	2011
Sentenze/pronunce	172/ 464	104/ 333	162/ 342	210/ 376	166/342
Manipolative	33	27	26	32	25
Interpretative di rigetto	0	3	1	4	4
Illegittimità <i>tout court</i>	3	14	8	11	16
Non fondatezza (ordinanze e sentenze)	97	67	59	70	48
Inammissibilità (ordinanze e sentenze)	166	183	114	123	129

Tab. 1 (dati disponibili sul sito della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it)

I dati sopra esposti, sorprendentemente omogenei di anno in anno, mettono in chiara evidenza quanto già osservato: la Corte costituzionale usa con molta parsimonia lo strumento della dichiarazione di illegittimità costituzionale, cosa che in parte sembrerebbe infirmare il suo ruolo di contropotere⁵⁷⁰. Eppure il dato riguardante le pronunce manipolative non può che essere indicativo in senso contrario: circa il 20% delle sentenze contiene una qualche manipolazione (illegittimità parziale e addizioni sarebbero quantitativamente equivalenti mentre molto minori i casi di sostituzione), contro meno del 5% dei casi in cui il giudice costituzionale ricorre alla censura incondizionata della legge. La stessa preoccupazione già menzionata sopra in merito al rischio che l'uso estensivo dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità della questione (pronunce che nel 2007 erano giunte a dare forma a più del sessanta per cento delle pronunce costituzionali) sembra essere stata avvertita dal giudice delle leggi che nel corso del 2010 ha invertito (benché solo momentaneamente se si guarda al dato del 2011) il rapporto tra queste e le sentenze, benché in definitiva le pronunce d'inammissibilità rimangano ancora pari alla metà di quelle emesse ogni anno dalla Corte stessa. Il fenomeno dell'aumento delle pronunce di rito è strettamente collegato con il fenomeno della diminuzione evidente (quasi una sparizione) delle sentenze interpretative e l'uso fin troppo "improprio" dell'assorbimento delle censure di costituzionalità indicate dal giudice *a quo*⁵⁷¹. Tutti questi profili non possono essere considerati isolatamente nell'economia della strategia usata dalla Corte.

Vi è di più. Come si vedrà anche per il Conseil, non sempre la strategia utilizzata dal giudice italiano è individuabile dal dispositivo e non sempre quindi essa è collegata all'uso di un determinato tipo di sentenza. Si parla di ciò che avviene in ogni caso in cui sia questione di *bilanciamento* tra principi e norme costituzionali e, ancor più, nel caso in cui non si giudichi una legge per la sua puntuale difformità rispetto alla lettera della Costituzione ma al suo spirito, come avviene nel caso del sindacato sull'*arbitrarietà* della legge per verificarne la razionalità, la ragionevolezza o la giustizia⁵⁷². In questi casi, che secondo Cheli assorbono almeno la metà del contenzioso costituzionale, può a giusto titolo parlarsi di sindacato sull'eccesso di potere legislativo al limite con il sindacato di merito politico⁵⁷³, nel quale la

⁵⁷⁰ Ben diversa è la situazione che si realizza in sede di giudizio in via principale: l'assenza di un giudice *a quo* sembrerebbe far propendere la Corte per l'adozione di una decisione del tipo accoglimento/rigetto.

⁵⁷¹ Si veda C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost., "assorbimento improprio" delle censure di incostituzionalità e giudizio in via incidentale*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. GUAZZAROTTI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008. Atti del Seminario di Ferrara, 27 marzo 2009*, Torino, 2009, pp. 171 e ss.

⁵⁷² Si veda G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 147 e ss.

⁵⁷³ In questo senso A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2004, p. 104. Abbiamo visto già al capitolo IV, par. 10 come il *doyen* Vedel parlasse invece di eccesso di potere legislativo per definire qualsiasi tipo di vizio (formale e sostanziale) che ricada nel sindacato del giudice delle leggi. La diversità della dottrina italiana e francese sul punto ricalca tradizionalmente quella del diritto amministrativo: nel nostro Paese l'eccesso di potere è tipo di censura ben distinta da quella di legittimità, mentre (più propriamente) in Francia (laddove il vizio dell'*excès de pouvoir* è nato), il giudice amministrativo definisce con tale espressione

configurazione della Corte quale contropotere conosce la sua massima estensione proprio perché in tali frangenti l'interpretazione della norma costituzionale si stacca dalla lettera del testo e assume i contorni della dichiarazione di volontà del rappresentante del popolo costituente.

5. Segue: Strategie esterne al e del Conseil constitutionnel

Quando si parla di strategie esterne in ambito costituzionale francese bisogna prendere in considerazione quelle che si sono già individuate come azione dell'opposizione parlamentare nei confronti del Conseil e quelle, ben distinte, dello stesso giudice delle leggi nei confronti della maggioranza parlamentare. Se le prime più che ad uno scrupolo di compatibilità costituzionale tra legislazione e testo fondamentale sono sostanzialmente strumentali al gioco politico parlamentare⁵⁷⁴, le seconde sono dominate dall'avvertita necessità del giudice delle leggi di auto-legittimarsi e creare continuamente le condizioni della sua sopravvivenza nell'equilibrio della forma di governo.

Per quanto riguarda il secondo aspetto (che è quello che qui ci occupa), cioè le strategie dal Conseil verso il Parlamento, si può notare che anche il giudice francese ha con il tempo teso ad estendere i suoi strumenti di controllo nei confronti del legislatore, secondo un processo la cui assonanza con quanto osservato nel caso italiano è abbastanza evidente. Il problema non si pone solo in fatto di tipologia di sentenze ma anche chiaramente in merito alle tecniche argomentative usate per l'interpretazione. Sotto quest'ultimo aspetto la giurisprudenza sull'*erreur manifeste d'appréciation* e sulla *proportionnalité* della misura adottata dal legislatore costituiscono senza dubbio quanto vi è di più simile al nostro giudizio di ragionevolezza.

In base invece al primo profilo (la tipologia delle decisioni) merita ricordare anche qui brevemente quali siano le tecniche decisorie che il giudice francese ha affiancato alla tradizionale coppia rigetto/accoglimento della questione. Si parla fondamentalmente delle decisioni che contengono delle *réserves d'interprétation*, che possono configurarsi come delle

qualsiasi tipo di imperfezione in senso lato dell'atto amministrativo, e ciò almeno dall'*arrêt Prince Napoléon* del 19 febbraio 1875.

⁵⁷⁴ Da questo punto di vista l'evoluzione dei parlamentari francesi nei confronti del Conseil è cambiato moltissimo dal *Coup d'Etat permanent* (1964) di François Mitterrand che con toni simili a quelli di Togliatti in Assemblea costituente revocava in dubbio la stessa esistenza del giudice delle leggi. Da un'analisi effettuata vent'anni fa sul punto emergeva come infatti i deputati di centro-sinistra si fossero ormai convertiti all'idea del Conseil come protettore delle libertà fondamentali (laddove invece i loro colleghi gaullisti avevano sul punto ben maggiori riserve): anche qui la somiglianza con il caso italiano è evidente. Si veda J. PASCAL-J.P. ROY, *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Paris, 1997, pp. 87 e ss e, più recentemente, B. FRANCOIS, *La perception du Conseil constitutionnel*, cit., pp. 133 e ss.

vere e proprie sentenze manipolative che assumono però la sembianza di pronunce interpretative⁵⁷⁵. Considerando che in Francia il valore di giudicato delle decisioni costituzionali non è (almeno in teoria, come s'è visto a proposito della giurisprudenza del Conseil d'Etat) messa in discussione, l'interpretazione offerta dal giudice costituzionale che affermi la conformità della Costituzione a condizione che essa venga interpretata in un certo qual modo giunge al risultato non solo di eleggere la norma costituzionalmente compatibile ma anche di integrare spesso naturalmente la stessa disposizione⁵⁷⁶. Anche qui un prospetto riepilogativo delle decisioni può essere utile a comprendere le dimensioni e le proporzioni del tema (tab. 2).

Come si vede si è verificata negli ultimi due anni una vera e propria “esplosione” del contenzioso costituzionale a seguito dell'entrata a regime, nel marzo 2010, del nuovo giudizio di costituzionalità concreto *a posteriori*, che è giunto ad assumere così valori comparabili a quelli del contenzioso italiano⁵⁷⁷. Già prima di questa data le decisioni rese *a priori* dal Conseil dal 2009 erano raddoppiate rispetto agli anni precedenti, segno non solo di un notevole dinamismo legislativo ma anche di un'accresciuta conflittualità politica. Alcuni elementi vanno sottolineati a proposito dell'uso delle tecniche decisionali del giudice francese rispetto a quello italiano. Il primo usa molto più estensivamente lo strumento della riserva di interpretazione, che accede sia a sentenze di rigetto che di accoglimento. Stupisce poi vedere *ictu oculi* la sproporzione fra sentenze italiane di accoglimento (circa il 20% delle sentenze emesse dalla Corte) e le decisioni francesi dello stesso tipo (circa il 50% del totale). Anche dal punto di vista dell'uso dell'atto che chiude il giudizio si traggono considerazioni interessanti. Sebbene in Francia il giudice costituzionale non abbia a sua disposizione la scelta fra sentenze ed ordinanze e statuisca appunto con semplici decisioni (essendo il

⁵⁷⁵ Un'accuratissima analisi comparatistica sulle somiglianze fra la giurisprudenza italiana e quella francese sul punto è contenuta in T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Paris, 1997. Le *réserves d'interprétation*, tecnica decisoria utilizzata già nel 1959 ma soprattutto a partire dai primi anni ottanta del secolo scorso, possono essere di tre tipi: *neutralizzante*, *direttiva* e d'interpretazione *costruttiva*. Le prime sono delle interpretative di accoglimento che eliminano una norma incostituzionale derivante dalla disposizione, le seconde assomigliano alle interpretative di rigetto con monito ad un'autorità amministrativa o giudiziaria ad applicare la legge nel modo indicato nella motivazione così ad evitare una lettura incostituzionale della disposizione. Esse possono anche indirizzarsi al legislatore: in questo caso il mero monito è accompagnato (è fondamentale sottolinearlo) da un termine perentorio entro il quale la disposizione deve essere modificata per renderla costituzionalmente accettabile e che funziona quasi come una messa in mora del legislatore, ossia un rimedio contro il silenzio dello stesso, similmente a quanto avviene nel diritto amministrativo. Le ultime sono in realtà delle pronunce additive, che intervengono laddove la disposizione non sia sufficientemente precisa oppure essa disconosca delle esigenze legate alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali.

⁵⁷⁶ Sull'efficacia e sulla recettività delle giurisdizioni ordinarie ed amministrative si veda G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, 1999, Paris.

⁵⁷⁷ Bisogna tuttavia fare notare che se fino al 2010 il numero delle decisioni di costituzionalità è stato molto contenuto la ragione risiede nel fatto che prima della riforma del 2008 il Conseil conosceva solo delle leggi appena approvate dal Parlamento, prima della loro promulgazione. In media una legge su due era scrutinata dal giudice delle leggi che, in questo sindacato astratto, è tenuto a rendere decisioni decisamente più complesse in quanto riguardano non singole norme ma (sovente) l'intera legge.

Conseil un'autorità anfibia tra la giurisdizione e l'amministrazione indipendente), appare evidente come queste ultime, salvo casi rarissimi, siano atti che incidono sul fondo della questione, non preferendo il Conseil sbarazzarsi di una questione attraverso l'uso di pronunce di rito⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ In questo senso esistono due spiegazioni diverse e cumulative al fenomeno: da un lato il Conseil non abbonda mai nella motivazione delle sue decisioni, cosa che semplifica certamente il lavoro di elaborazione di ogni questione. Dall'altro, per quanto riguarda le QPC, il Conseil d'Etat e la Cour de cassation hanno il compito di filtrare le questioni che debbono giungere al Conseil constitutionnel. A tale proposito fino all'inizio del 2013 il tasso dei *dossier* rimessi al Conseil dalle due supreme magistrature era del 20%. Il 56% delle questioni è stato rimesso al Conseil dalla Cassazione (mentre fino al 2010 il dato segnava una sostanziale uguaglianza tra i ricorsi rimessi dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato).

<i>DECISIONS CONS.CONS.</i>	2007 DC	2008 DC	2009 DC	2010 DC e QPC	2011 DC e QPC	2012 DC e QPC
Pronunce DC + QCP	1 5	1 2	26	(24+64) 88	(22+110) 132	(19+74) 93
Illeg. <i>tout court</i>	=	=	=	(1+8) 9	(2+19) 21	(3+14) 17
Illeg. parziale	4	6	18	(10+13) 23	(13+25) 38	(5+8) 13
Conformità	1 1	6	8	(12+34) 46	(9+64) 73	(8+39) 47
Decisioni contenenti riserve	6	3	6	7	5	12
Irricev.	=	=	=	= +8	= +2	= +4

Tab. 2 (dati disponibili sul sito del Conseil constitutionnel, www.conseil-constitutionnel.fr)

Come si vede dai dati riportati sopra la *question prioritarie* di costituzionalità assorbe ormai i due terzi dell'attività del Conseil, svolgendo un'opera di "depurazione" retrospettiva dell'ordinamento⁵⁷⁹. In un certo senso il fatto che il giudice costituzionale in Francia non sia ancora giunto al termine della sua evoluzione è dimostrato dal progressivo ampliarsi delle sue competenze. Ancora è presto per prevedere quale sarà il destino del Conseil, ovvero se l'introduzione della QPC porterà ad un ridimensionamento del giudizio *a priori* oppure, al contrario, se le QPC andranno esaurendosi col passare del tempo⁵⁸⁰. In ogni caso a deciderlo (riaffermando o smentendo la loro funzione di organo propulsore del veto giurisdizionale) saranno i "contropoteri di secondo grado" ovvero quelli che hanno il potere di aprire il giudizio davanti al Conseil: le giurisdizioni supreme e l'opposizione.

Si potrebbe dire che l'opportunità del sindacato *astratto a priori* nel 2009 è stato arricchito di un fondamentale complemento *in concreto a posteriori* che consente al Conseil constitutionnel di mantenere, sia a monte che a valle il controllo sulla legislazione. Unica menda del nuovo sistema a regime è sicuramente il filtro eccessivamente rigoroso introdotto dalla legge organica per impedire l'inflazione del contenzioso. Il problema a cui si è già accennato, e che vede soprattutto nella Cassazione il principale freno dell'accesso al Conseil (similmente a quanto avvenuto in Italia nei primi anni di attività della Corte)⁵⁸¹, ha di fatto impedito che leggi particolarmente risapute per la loro intrinseca incostituzionalità venissero sottratte al controllo del giudice delle leggi⁵⁸².

Meno visibile e quantitativamente meno percepibile, in quanto legato non alla formula del dispositivo quanto, come già detto, all'argomentazione giuridica, è il ricorso del Conseil constitutionnel al controllo di proporzionalità, schema logico attraverso il quale viene per lo più esercitata una forma di censura limitata all'*erreur manifeste d'appréciation* del

⁵⁷⁹ Il fatto che già prima dell'introduzione della QPC esistesse in Francia un controllo della legge in astratto non limita l'utilità e la portata della nuova procedura se si considera che secondo la dottrina solo il 7% delle leggi approvate dal 1958 al 1974 e il 15% di quelle entrate in vigore tra il 1974 e l'inizio del 2000 sono state oggetto di una pronuncia costituzionale. Si veda D. SCHNAPPER, *Une sociologue*, cit., p. 112.

⁵⁸⁰ Questa possibilità potrebbe forse essere prevista sulla base della diminuzione delle decisioni QPC nel 2012 rispetto al 2011.

⁵⁸¹ Si veda quanto detto al capitolo IV, par. 10.

⁵⁸² Esempio classico di questo conservatorismo giurisprudenziale della Cassazione è senza dubbio la decisione 12008 del 7 maggio 2010 con la quale, appoggiandosi ad una motivazione laconica la Cassazione impediva alla *loi Gayssot*, prima e più conosciuta "legge della memoria", di cadere sotto il controllo di costituzionalità. Si tratta di una legge penale che configura come delitto qualsiasi intento razzista, xenofobo e antisemita. La decisione della Cassazione è stata indirettamente messa in discussione dal Conseil constitutionnel 2012-647 DC del 28 febbraio 2012, con la quale è stata interamente censurata la legge che sottoponeva a sanzione penale la negazione del genocidio armeno proprio in virtù del principio della libertà d'espressione e di comunicazione del pensiero. La dottrina notava già prima di tale decisione, a proposito della *loi Gayssot*: "*Les adversaires libéraux de la loi Gayssot font valoir à juste titre qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'établir la vérité historique, mais cet argument apporte en réalité à cette loi une justification supplémentaire, car elle évite précisément aux juges de jouer un rôle pour lequel ils ne sont pas qualifiés*" in M. TROPER, *La loi Gayssot et la Constitution*, in *Annales histoire sciences sociales*, 1999, p. 1251. Ancora: R. BADINTER, *Le Parlement n'est pas un tribunal*, in *le Monde*, 14-I-2012.

legislatore, che può essere ricondotto all'opinabile requisito dell'*evidente mancanza* dei requisiti del decreto-legge perché la Corte italiana proceda alla sua censura e che sanziona il cattivo uso della discrezionalità legislativa laddove ad essa non sia possibile riparare con una semplice riserva d'interpretazione. In alcuni casi – sebbene il Conseil non individui mai soluzioni alternative a quelle “sproporzionate” adottate dal legislatore – il controllo di fatto è più stringente, *entier*. Non è tuttavia chiaro in quali casi il Conseil eserciti il sindacato forte o debole in punto di proporzionalità, anche se è da dire che spesso il secondo tipo è discutibilmente adottato per scrutinare casi in cui si faccia questione di un conflitto tra alcuni dei più importanti diritti di libertà e, dall'altro, le esigenze della sicurezza pubblica⁵⁸³.

Mutuato dalla giurisprudenza tedesca e comunitaria il controllo di proporzionalità è un modello ternario costituito da tre elementi: *adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto* della misura adottata. La flessibilità con cui il controllo è esercitato dal Conseil constitutionnel (con un primo accenno già nella già citata decisione del 1981 sulle nazionalizzazioni poi a partire soprattutto dagli anni novanta del secolo scorso) ha subito una notevole inflessione a partire dagli anni duemila. Come non ha mancato di notare la dottrina che ha studiato più approfonditamente il tema, il parametro di proporzionalità usato dopo l'undici settembre 2001 in poi (ciò per fissare un convenzionale termine *a quo* che possa aiutare a comprendere questo atteggiamento “realistico” del giudice delle leggi) si è notevolmente attenuato⁵⁸⁴, giungendo in materia penale non solo ad allentare notevolmente il controllo esercitato sulla discrezionalità del legislatore che, in molti casi è parso in realtà più apparente che non reale, ma anche a distinguere sempre più nettamente fra “libertà personale” e “libertà individuale”. Solo quest'ultima, che comprende la sfera più intima dell'*habeas corpus*, sarebbe soggetta alla necessaria autorizzazione e controllo del giudice ai sensi dell'art. 66 della Costituzione, laddove le altre sue declinazioni, quali ad esempio la libertà di circolazione e l'uso dei dati personali, sarebbero sottratte alla tutela della giurisdizione ordinaria e affidate alla gestione della polizia amministrativa, sotto il controllo del giudice amministrativo.

⁵⁸³ Normalmente il controllo è più stringente per quanto riguarda la libertà d'impresa, quella di agire (art. IV della DDHC) e il principio di irretroattività della legge. Meno forte è lo scrutinio sul rispetto della libertà individuale, a causa della necessità di conciliarla irrimediabilmente con il valore della sicurezza pubblica, considerato *objectif de valeur constitutionnelle*. Su quest'ultima definizione, che nella sua ambigua e non definita natura si presta a non poche strumentalizzazioni idonee ad offuscare, per scrupoli apertamente politici, la protezione delle libertà e dei diritti fondamentali (con un meccanismo che può richiamare in un certo modo l'*appréçiable interesse* evocato dalla Corte italiana nella sentenza 24 del 2004) si veda P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006.

⁵⁸⁴ V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*, in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, pp. 141 e ss.

6. Quando il giudice costituzionale rinuncia ad essere contropotere in virtù di una concezione nominalistica e non sostanzialistica degli istituti: il caso della legislazione italiana sul condono edilizio e la decisione *Rétention de sûreté* del Conseil constitutionnel

In Italia, diversamente da quanto avvenuto in Francia grazie alla prima grande opera di Louis Favoreu, una trattazione sistematica ed empirica del tema del *diniego di giustizia* nella giurisprudenza del giudice costituzionale non è stata ancora tentata⁵⁸⁵. Gli attori politici (in ciò assecondati forse dalla stessa dottrina) si sono sempre molto più preoccupati del problema inverso, ovvero del fatto che il *contropotere* si trasformasse in *potere tout court*, che il giudice delle leggi, in altri termini, venisse a concretizzare quella temuta figura di “*eccesso di potere costituzionale*” che fa del giudice un legislatore⁵⁸⁶. Eppure vi sarebbero non poche ragioni di ritenere che nelle pronunce costituzionali il vizio d'*incompetenza negativa* sia altrettanto pericolosa dell'eventuale eccesso di attivismo giudiziario.

Lungi dal voler tentare una sistematizzazione del tema enunciato, si vuole tuttavia fornire qualche esempio in cui il giudice delle leggi rimane “*al di qua*” delle proprie competenze e che vada oltre la casistica classica del rifiuto di sindacare alcune fonti normative, ponendo così il problema del diniego di giustizia sul versante delle *fonti del diritto* e non su quello dei *diritti*⁵⁸⁷.

Gli esempi che si vogliono prendere in considerazione si situano proprio sul piano della garanzia dei principi fondamentali. Proprio in corrispondenza di queste questioni si ritiene che la natura di contropotere del giudice delle leggi sia venuta massimamente in gioco, in quanto occorre sempre chiedersi per quale motivo la Corte ed il Conseil assumono tale funzione nel sistema della forma di governo. Affermare che sia così perché vuole la Costituzione (o perché la Costituzione sia rispettata) sarebbe una petizione di principio. In realtà pare doversi ricondurre sempre e comunque l'opposizione potere-contropotere all'antitesi classica del diritto pubblico, quella fra Stato e cittadino.

Si aggiunga una precisazione importante: criticare (non solo in ambito dottrinale ma anche politico e ancor più sociale) con l'opportuna severità le decisioni del giudice

⁵⁸⁵ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1964.

⁵⁸⁶ La felice espressione « *excès de pouvoir constitutionnel* » è di Philippe Blancher. Si veda P. BLANCHER, *Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ?*, in *Pouvoirs*, 2003, pp. 19 e ss. A stretto rigore le riserve d'interpretazione in Francia, così come le sentenze interpretative e lo stesso uso della ragionevolezza in Italia (ai quali si aggiungano la giurisprudenza della Corte in materia di ammissibilità dei quesiti referendari), s'inseriscono in questa figura.

⁵⁸⁷ Per quanto riguarda l'Italia basterebbe ricordare la persistenza con cui la Corte rifiuta di sindacare (diversamente dal Conseil constitutionnel) gli *interna corporis* parlamentari e, di fatto, anche le leggi di delega ai sensi dell'art. 76 Cost. La stessa strada per la giustiziabilità delle condizioni di necessità ed urgenza dei decreti-legge lungi dall'essere oggi definita presta ancora il fianco a non poche manchevolezze. Per la Francia si ricordi invece la prudenza con cui il giudice delle leggi interviene in materia di leggi referendarie e nei confronti delle norme costituzionali.

costituzionale è legittimo e utile per la stessa progressione della giurisprudenza stessa, perché ad essa siano manifeste le molteplici “attese del foro” e quella progressione della coscienza sociale che deve essere punto di riferimento per la sua azione⁵⁸⁸. In fondo è lo stesso ragionamento che si è sviluppato a proposito dell’operato del capo dello Stato. L’essenziale è che ciò non avvenga con il larvato o espresso proposito di mettere in discussione non tanto le decisioni della Corte ma l’esistenza stessa della giurisdizione costituzionale. I piani possono e devono essere nettamente distinti.

Per dare qualche dimostrazione di quanto detto si crede che non si possa procedere che effettuando una scelta a campionatura delle decisioni che possono offrire in tal senso suggestioni interessanti. Per quanto riguarda l’ordinamento francese si ritiene che la decisione del 2008 sulla detenzione di sicurezza possa confarsi allo scopo.

La legge *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*, definitivamente approvata dal *Sénat* il 7 febbraio 2008 (ora trasfusa negli articoli 706-53-13 - 706-53-21 del codice di procedura penale) ha introdotto nel sistema penitenziario francese una nuova figura di misura estrema di prevenzione, immediatamente applicabile dall’entrata in vigore della legge con effetto retroattivo, volta a contenere il rischio della recidiva, prevedendo, a carico di chi si sia reso colpevole di delitti particolarmente gravi e abbia già scontato una pena non inferiore a quindici anni di reclusione⁵⁸⁹, la possibilità di essere sottoposto ad un’ulteriore forma di detenzione presso centri specifici “socio-medico-sanitari”. Il meccanismo è il seguente: al momento della condanna la Corte d’assise deve specificare che il soggetto da sottoporre eventualmente alla misura dovrà essere esaminato da una commissione pluridisciplinare entro un anno dalla fine della pena per valutarne in concreto la pericolosità, a seguito della valutazione del caso da parte di almeno di due psichiatri, sui quali sostanzialmente incombe la responsabilità di decidere o meno l’applicazione della misura. La disposizione della stessa (per la durata iniziale di dodici mesi, rinnovabile poi di anno in anno per un numero indefinito di volte alla scadenza) è quindi assolutamente indeterminata nel massimo ed è irrogabile solo laddove nessun altra misura di prevenzione meno invasiva per la libertà del soggetto sia configurabile⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Non c’è maggior concretezza di questa per configurare il giudizio incidentale come incentrato sul fatto e che dà luogo ad una forma di responsabilità diffusa della Corte nei confronti della comunità dei cittadini, similmente a quanto avviene per il Presidente della Repubblica.

⁵⁸⁹ I reati contemplati sono quelli di omicidio, tortura, stupro, violenze, sequestro a danno di minore o di persona maggiorenne (in questo caso in presenza di aggravanti).

⁵⁹⁰ Critico sul provvedimento, che costituirebbe l’ennesimo segno di involuzione del diritto penale francese, Dominique Rousseau: “*En apparence, tout va bien. On peut manifester, acheter des journaux, aller et venir, ... En réalité, force est de constater une régression générale des libertés publiques au profit d’une politique de sécurité. Cette régression est invisible, elle se fait par petites touches, loi par loi, un peu à la manière impressionniste : il faut prendre du recul pour apprécier le tableau*”, *L’Etat des libertés en France : les valeurs de 1789 s’éloignent, selon Dominique Rousseau*, in *Le Monde*, 7-VI-2012.

La disposizione in oggetto, fortemente avversata anche dall'ordine giudiziario (che nel processo costituzionale ha ritenuto di presentare una memoria tramite il proprio sindacato) ha suscitato una reazione politica e sociale senza precedenti nella storia costituzionale degli ultimi anni e chiaramente la *saisine* dell'opposizione non si è fatta attendere. Ciò che i ricorrenti revocavano in dubbio, essenzialmente, era che non di misura di prevenzione si trattasse ma che la *rétention de sûreté* non fosse altro che un complemento della pena già scontata, idonea a creare un vero e proprio ergastolo mascherato che, sfuggendo alla definizione legal-formalistica di pena, venisse così sottratta a tutti quei principi che circondano e assistono il diritto penale ai sensi degli artt. 8 e 9 della DDHC e, segnatamente, la presunzione d'innocenza, la determinatezza nel tempo, l'irretroattività e il *ne bis in idem*. In sostanza la doglianza potrebbe ridursi ad una sola questione: può il legislatore disporre che dopo aver scontato la pena il detenuto, sulla base di una valutazione meramente presuntiva (e che giunge del resto molto dopo la commissione del fatto), continui a rimanere privato della libertà personale a tempo indeterminato? Come ha rilevato una delle migliori coscienze giuridiche della Francia ed *ancien Président* del Conseil constitutionnel, delle due l'una: o si irroga una pena perché il soggetto ha commesso il fatto nel pieno delle sue facoltà mentali oppure lo si sottopone (da subito) alla reclusione in ospedale giudiziario. Le due strade seguono due sentieri completamente diversi per la rieducazione del condannato: la prima la pena, la seconda il trattamento sanitario⁵⁹¹. La riforma stravolge così l'impianto del codice di procedura penale del 1992, incentrato sulla pena e non sulle misure di prevenzione e di sicurezza, passando da una giustizia basata sul canone della colpevolezza ad una basata sulla pericolosità sociale del soggetto⁵⁹².

La risposta del Conseil constitutionnel a queste osservazioni è stata consegnata ad una decisione di rigetto assortita di riserve di interpretazione (n. 2008/562 DC) che di fatto "toglie il veleno" della misura stabilendo la sua inapplicabilità alle condanne già irrogate e rendendola così di fatto inoperante fino al 2023 (e provocando così la risentita reazione del Presidente della Repubblica, come già visto⁵⁹³). Il giudice poi per la prima volta nella sua giurisprudenza ha usato in questa decisione in tutta la sua estensione il canone di proporzionalità, esteso ora anche al profilo della *necessità* della misura – ciò che avverrà anche nella successiva e non meno delicata decisione *Hadopi* (2009/580 DC) –. La prudenza del giudice delle leggi fa leva sulla nota strategia, ben conosciuta anche dalla Corte

⁵⁹¹ « Or, au-delà des mots, nous franchissons, avec la rétention de sûreté, la ligne qui sépare la justice de liberté fondée sur la responsabilité de l'auteur d'une infraction, d'une justice de sûreté fondée sur la dangerosité appréciée par des experts psychiatriques d'un auteur virtuel d'infractions éventuelles. Il s'agit bien d'un changement profond de notre justice et je ne crois pas que ce soit un progrès », R. BADINTER, *intervento al Senato nel corso della seduta del 30 gennaio 2008*. Si veda anche R. BADINTER, *La prison après la peine*, in *Le Monde*, 27-XI-2007.

⁵⁹² Così C. LAZERGES, *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel*, in *Revue de science criminelle*, 2008, pp. 731 e ss.

⁵⁹³ Si veda il cap. IV, par. 7 nonché J. PASCAL, *Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût*, in *AJDA*, 2008, pp. 714 e ss.

italiana, volta a *neutralizzare* la disposizione senza censurarla frontalmente⁵⁹⁴. Tuttavia l'applicazione dello scrutinio di proporzionalità suscita non pochi dubbi in merito alla sua efficacia e alla sua idoneità ai fini della protezione delle libertà fondamentali, presentandosi come eccessivamente apodittico e formalistico⁵⁹⁵. Lo stesso Conseil sembra ammetterlo, incorrendo in una flagrante contraddizione. Benché scarti le censure sollevate dai ricorrenti il giudice afferma che la misura non possa essere retroattiva, estendendo ad essa in parte il regime normalmente previsto per le pene afflittive. Ciò significa implicitamente riconoscere che la misura configura un *quid pluris* rispetto alle normali misure di prevenzione del reato⁵⁹⁶.

Nel complesso la decisione sulla *rétenion de sûreté* ha quindi una portata innovativa e preoccupante, dovuta certo alla prudenza usata nei confronti del legislatore⁵⁹⁷, che non può essere messa in relazione con precedenti dello stesso Conseil⁵⁹⁸.

Non si può dire tuttavia che con la criticabile decisione del Conseil il circuito dei contropoteri si sia chiuso. A distanza di poco più di un anno la Corte europea di Strasburgo, inserendosi in un precedente filone giurisprudenziale sostanzialistico riguardo ai regimi di restrizione della libertà personale (ad esempio la decisione dell'8 giugno 1995 in materia di limitazioni), si è espresso sul caso della *rétenion de sûreté* vigente in Germania

⁵⁹⁴ Così anche secondo la dottrina, che non manca di rilevare l'imbarazzo evidente del Conseil nel testo della decisione C. LAZERGES, *La rétenion de sûreté*, cit., pp. 731 e ss.

⁵⁹⁵ In altre parole si potrebbe dire che la proporzionalità rischia di risolversi in uno strumento idoneo a convalidare le scelte legislative senza metterle davvero in discussione sotto il profilo dei principi e dei diritti fondamentali (cosa che sarebbe *prius* logico rispetto all'applicazione del canone della proporzionalità). Si veda V. GOESEL LE BIHAN, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?*, in www.institutvilley.com. Dubita della possibilità di configurare come proporzionata una misura di sicurezza potenzialmente vocata alla perpetuità per la sola ragione che la sua applicazione è procedimentalizzata e sottoposta al controllo giurisdizionale Y. MAYAUD, *La rétenion de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008*, in *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 1359 e ss.

⁵⁹⁶ Di questa opinione il gaullista Pierre Mazeaud, un altro ex presidente del Conseil: "*le Conseil constitutionnel valide la rétenion, en expliquant qu'il ne s'agit pas d'une mesure pénale. Mais en s'opposant à la rétroactivité, il suggère qu'on est quand même dans le pénal : ce n'est qu'en matière pénale que la non-rétroactivité est un principe constitutionnel ! Tout ceci est confus juridiquement*". Così P. MAZEAUD, *La rétenion ? Une mauvaise loi !*, in *Le nouvel observateur*, 28-II-2008. È vero che nella decisione 93-334 DC il Conseil aveva già preannunciato la possibilità di estendere le garanzie normalmente previste per le pene anche alle misure di sicurezza ma tale conclusione non convince perché rende troppo fluido il confine fra le due categorie penali e configura inoltre uno spazio di discrezionalità eccessiva per l'addizione consentita al giudice delle leggi. Critico con la prudenza del Conseil anche l'ex presidente Badinter che "*déplore par ailleurs que le Conseil ait admis la conformité de la rétenion de sûreté à la Constitution, même s'il l'a rendue "quasiment inapplicable". "Le Conseil a retiré une partie du venin de la loi. Mais il a accepté le principe de la détention pour dangerosité, hors toute commission d'infraction. Qui ne voit le brouillard dans lequel on va plonger la justice?"*, poursuit Robert Badinter, adversaire résolu du projet législatif". Si veda Robert Badinter: *«Les fondements de notre justice sont atteints»*, in *Libération*, 23-II-2008.

⁵⁹⁷ Così secondo B. DE LAMY, *La rétenion de sûreté : pénal or not pénal ?*, in *Revue de science criminelle*, 2009, pp. 166 e ss. Si veda anche polemicamente P. CASSIA, *La Constitution malmenée*, in *Esprit*, 2008, pp. 188 e ss.

⁵⁹⁸ Non può rinvenirsi a nostro modesto avviso un vero precedente nella decisione 2005-527 DC in materia di recidiva, in quanto quella che allora venne qualificata come misura di prevenzione era una pura e semplice sorveglianza elettronica del soggetto rimesso in libertà, dalla portata decisamente inferiore rispetto a quella della *rétenion*. Di più: nel 2005 il Conseil non aveva affatto escluso la retroattività della misura.

(legge significativamente adottata nel 1936). Il verdetto della CEDU (*M. c. Germania*, 5e Sect. 17 décembre 2009, 19359/04) iscrive pienamente la misura di prevenzione in oggetto fra le pene, estendendo così ad essa tutte le garanzie proprie della sanzione penale. La condanna della Germania è stata poi significativamente reiterata con una sentenza resa il 24 novembre 2011 (*O.H. c. Germania*, n° 4646/08). La possibilità che la CEDU possa giungere a porre nel nulla anche la *réétention* francese quindi è ora quanto mai evidente e non farebbe altro che attivare un processo di ripensamento giurisprudenziale simile a quello innescatosi nel 2010 in materia di *garde à vue*.

Viste le reticenze del giudice delle leggi francese in merito alla “riqualificazione” di un istituto giuridico, si crede che simili timori possano in parte essere individuati anche nella giurisprudenza costituzionale italiana. Non si tratta di casi tanto macroscopici ma neppure così indifferenti dal punto di vista sostanziale. Si pensi ad esempio al problema della qualificazione giuridica del tristemente noto *condono*, nelle sue due accezioni: edilizio (di cui l’art. 32 della legge 326 del 2003 costituisce a livello statale l’ultima manifestazione di una lunga serie di precedenti) e fiscale (15, comma 7, della legge 289 del 27 dicembre 2002). La vicenda è da tenere strettamente collegata anche con quella che portò il legislatore a prevedere nel 2009 l’impropriamente detto *scudo fiscale*⁵⁹⁹: la legge in questione venne significativamente promulgata dal capo dello Stato facendo riferimento proprio alla giurisprudenza costituzionale in materia (ordinanza 109 del 2009) che ribadiva la tradizionale e monolitica (quanto opinabile) posizione della Corte sul punto in merito alla natura del condono.

Ripercorrendo brevemente la storia dell’istituto si vede che è soprattutto all’inizio degli anni settanta che il ricorso a condoni di tipo fiscale o edilizio diventa ricorrente: da allora se ne contano almeno sette. Al di là dei singoli problemi di merito che la fattispecie solleva, il punto di diritto fondamentale è se le due figure possano essere ricondotte a quella dell’amnistia. La Corte ha avuto modo di esprimersi sul punto in innumerevoli occasioni: da ultimo con la già citata ordinanza 109 del 2009⁶⁰⁰.

La dottrina che si è occupata del fenomeno ha toccato profili costituzionali essenzialmente limitati al problema del riparto delle competenze tra Stato e Regioni⁶⁰¹, non dando forse sufficientemente spazio alla dimensione di principio del tema. Per questo si ritiene che quello dei condoni sia un esempio interessante per mettere in luce la funzione

⁵⁹⁹ Si dice “impropriamente” perché in altri paesi europei come la Francia con l’espressione “scudo fiscale” non si indica null’altro che un tetto massimo all’imposizione fiscale sui redditi ricadenti nell’aliquota più alta e non certo una scriminante quale risulta essere quello italiano.

⁶⁰⁰ Le sentenze in materia edilizia sono la 369 del 1988, la 427 del 1995, la 196 del 2004. In materia fiscale l’unico precedente è l’ordinanza 18 del 2006. Per una breve ricostruzione dei condoni si veda D. SORACE-A. TORRICELLI, *Dal condono selvaggio al condono sostenibile?*, in *Le Regioni*, 2004, pp. 1359 e ss.

⁶⁰¹ Si veda ad esempio C. RIBOLZI, *Il condono edilizio: aspetti costituzionali ed amministrativi*, Roma, 1986. Più sensibile al tema il recente A. BUZZEGOLI-A. SCARCELLA, *La tutela penale del territorio e del paesaggio: condono edilizio ed ambientale*, Milano, 2009.

del contropotere del giudice delle leggi. Raramente il diritto costituzionale prende in considerazione la legislazione fiscale (ed edilizia) come potenzialmente rilevante ai propri fini d'analisi. Pare invece che tali campi d'indagine siano da ritenersi ormai assolutamente centrali nell'analisi costituzionalistica, alla luce delle implicazioni che spiegano a livello socio-economico e dei principi fondamentali.

La risposta che la Corte ha dato negli anni al problema del condono non si è mai discostata dalla prima interpretazione offerta del fenomeno: esso non sarebbe configurabile come un'amnistia impropria (cioè che interviene prima della condanna) *“a causa della ‘complessa fattispecie estintiva’ del reato, che ‘viene ad essere [...] almeno di regola, costitutiva (di effetti amministrativi) ed estintiva (di effetti penali)’”, e nella quale la non punibilità si produce “soltanto a seguito delle manifestazioni di concrete volontà degli interessati e dell'autorità amministrativa”* (sent. 196/2004).

Tale conclusione appare stravagante non solo sotto il profilo interno ma anche comparatistico: nessun Paese pare conosca una figura equiparabile al condono che possa essere distinta dall'amnistia. Non esiste invero nemmeno nel lessico penalistico italiano una figura autonoma di condono, come ben dimostrano anche i resoconti dell'Assemblea costituente⁶⁰². A tale proposito dovrebbe fare riflettere l'insistenza con cui i giudici *a quibus* persistono, non appena una nuova legge condonativa entra in vigore, a sottoporre la questione alla Corte, così come la stessa argomentazione del giudice delle leggi, che affida l'essenziale distinzione fra amnistia ed indulto ad un labilissimo quanto opinabile distinguo, collegato alla complessità della fattispecie estintiva del reato e al *“ravvedimento operoso”* del soggetto e alla cooperazione dell'amministrazione. L'eccentricità di tale soluzione non manca di produrre conseguenze aberranti dal punto di vista della ragionevolezza: con la mera disponibilità del soggetto a collaborare con l'amministrazione per sanare l'abuso (edilizio o fiscale) si determina non tanto la riduzione in pristino dell'opera (o la restituzione integrale del *debitum*) quanto, paradossalmente, la salvezza del manufatto (o della ricchezza) condonato che costituisce oggetto del reato e, tanto più, il suo permanere nella titolarità del soggetto agente, laddove invece nell'amnistia (provvedimento che per la sua rilevanza è sottoposto l'art. 79 Cost. ad un procedimento particolarmente aggravato) automaticamente si verifica la confisca delle cose intrinsecamente criminose (art. 240 c. 2, n. 2 c.p.). Non solo: a contraddire l'atipicità della fattispecie condonativa starebbero anche agli artt. 151, c. 4 del codice penale e 672, c. 5, del codice di procedura penale, che regolamentano l'amnistia *“condizionata”* ossia quella che spiega i suoi effetti proprio a seguito di un comportamento virtuoso tenuto dall'*agens*, venendo quindi a rompersi

⁶⁰² Si veda l'intervento dell'on. Alfonso Rubili a proposito dell'art. 79 Cost. che parla sempre di decreti di amnistia e condono (seduta del 12 settembre 1947). L'on. Mastrojanni usava addirittura indifferentemente i termini amnistia e condono, per distinguerli dalla fattispecie dell'indulto: *“In questo caso, se si dovesse far ricorso soltanto ad un'applicazione del condono, si dovrebbe snaturare la figura del condono con l'eliminare completamente la pena, il che è un assurdo”* (seduta del 29 gennaio 1947).

quell'automaticità che necessariamente la Corte tende a ricondurre all'entrata in vigore dell'amnistia⁶⁰³.

Sembrerebbe di trovarsi in presenza quindi di una fattispecie alla quale la Corte ha ormai attribuito uno *status* particolare quanto pericoloso. L'effetto della "strategia del precedente" ha condotto il giudice costituzionale a definire già da trent'anni un istituto dal punto di vista dogmatico, rendendogli quindi molto difficile poter ritornare sulla sua definizione. Questa "tirannia del precedente" indotta da un'affrettata ansia definitiva è esempio di una strategia bloccata che rende poco probabile il *revirement*. Il richiamo al precedente è spesso sintomo di una strategia conservatrice legata il più delle volte a confermare la prudenza del giudice delle leggi nei confronti del legislatore, laddove il *revirement*, nella sua rarità, costituisce spesso la manifestazione di una strategia vera e propria di contropotere⁶⁰⁴.

Solo se la Corte volesse assumere consapevolezza delle proporzioni che il fenomeno in oggetto ha avuto negli anni potrebbe ritornare, proprio sulla base della *forza del fatto* e delle sue conseguenze, sulla sua posizione ormai non in linea con quanto richiesto da esigenze ricollegabili in modo diretto all'art. 9 c. 2 e 53 c. 1 della Cost., che rappresentano i parametri veri e propri del problema in questione. Si fonderebbe così opportunamente sui principi fondamentali e non semplicemente su di un fatto procedurale il rispetto dei diritti e doveri fondamentali della cittadinanza⁶⁰⁵.

7. Segue: Il giudice costituzionale come ultimo contropotere: casi esemplari recenti

A fianco di più o meno esibiti esercizi di prudenza mostrati dal giudice delle leggi all'interno della sua funzione di censore costituzionale della legislazione ordinaria, esistono

⁶⁰³ La Corte per difendere la sua giurisprudenza giunge ad affermare che esistono nell'ordinamento altre figure che "scappano" al regime dell'amnistia ma che produrrebbero lo stesso effetto: "*le ipotesi di oblazione introdotte dalla legge n. 689 del 1981, o i casi in cui un fatto cessa (anche temporaneamente) di essere previsto dalla legge come reato*" (sent. 109/2009), smarrendo così completamente la stessa frontiera formale tra condono e oblazione (limitata alle contravvenzioni) nonché tra condono e legge penale *in bonam partem* che estingue il reato (determinato da ragioni di politica criminale non riconducibili a quelle del condono, in quanto in quest'ultimo caso non è in alcun modo eliminato il disvalore penale della condotta dell'agente).

⁶⁰⁴ Gli esempi di questo sono innumerevoli, basterebbe pensare ai casi legati alla materia del diritto di famiglia (in particolare si ricordi l'opportuna sincerità del *revirement* operato in materia di adulterio femminile nella sentenza 126/1968 rispetto alla 64 del 1961) per capire l'entità del tema.

⁶⁰⁵ Da questo punto di vista la decisione 2010/14-22 QPC con cui il Conseil constitutionnel è giunto nel 2010 a censurare il regime di fermo di polizia in ragione delle proporzioni che il fenomeno aveva avuto al di là di ogni considerazione di tipo legale-formalistico rappresenta un lucido esempio di politica giurisprudenziale non autoreferenziale.

anche casi recenti che mostrano invece l'evidente orientamento opposto. Non è possibile considerare formalisticamente tali episodi in quanto la “misurazione” del loro impatto e quindi la loro “significatività” ai fini di accertare il comportamento di contropotere non deriva altro che dal tipo di importanza che un determinato provvedimento legislativo riveste per il governo (e chiaramente anche per la maggioranza) che l’ha disposto. Certamente non ogni decisione costituzionale (che sia o meno di censura dell’operato del legislatore) costituisce un esempio valido per valutare la portata anti-maggioritaria della giustizia costituzionale, potendo essa incidere su profili minori della legislazione corrente⁶⁰⁶. L’elemento essenziale per distinguere tra decisione e decisione è dunque squisitamente euristico, lo si conviene, ma essenzialmente sostanziale (ricollegandoci così con le premesse già gettate nel capitolo primo di questo lavoro) e sarà da ricavare proprio nel riflesso che le singole pronunce hanno sul sistema socio-politico statale di riferimento. Ciò e chiaramente è collegato ad un altro elemento certo meno evanescente che è la rilevanza del provvedimento giustiziato all’interno dell’*indirizzo politico* della maggioranza parlamentare che l’ha disposto o, in altri termini, del *programma* del Governo cui essa fa riferimento⁶⁰⁷.

Per quanto riguarda l’ordinamento francese le due più recenti pronunce nelle quali la reazione immediata del giudice delle leggi è apparsa come evidentemente anti-maggioritaria sono sicuramente la censura della cosiddetta legge *Hadopi* (di cui si è già detto⁶⁰⁸) e della *taxe carbone*. A questo proposito si prosegue sull’indicazione già offerta: il diritto economico-fiscale, spesso lontano dalle cure del costituzionalismo, rappresenta forse uno dei settori più rilevanti dal punto di vista dello svolgimento concreto dei principi costituzionali.

La *contribution carbone* è un’ecotassa dovuta da quei soggetti che nell’esercizio dell’attività d’impresa liberano nell’atmosfera biossido di carbonio. L’imposta, adottata ormai da molti paesi dell’UE (fra i quali non rientra l’Italia), s’inserisce all’interno delle misure previste dal protocollo di Kyoto in vista della lotta all’inquinamento e al surriscaldamento climatico. Essa funziona sostanzialmente come una forma d’acquisto di determinate “quote di inquinamento”, secondo il modello classico dell’imposta pigouviana. La *taxe carbone* costituiva uno degli impegni che rientravano nel *patto ecologico* firmato da tutti

⁶⁰⁶ Si potrebbero definire queste ipotesi come questioni di *macro-costituzionalità*, nella lettura di Pasquino, in occasione delle quali l’uso della Costituzione per risolvere il dubbio interpretativo si fa più arduo e controverso, ingenerando così possibili conflitti fra i giudici all’interno della Corte, che devono essere attenuati con il ricorso strategico a determinate tecniche decisorie e/o retoriche. Si veda il brillante P. PASQUINO, *Contraintes juridiques? La Cour constitutionnelle italienne*, in M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS - C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, 2005, pp. 179 e ss.

⁶⁰⁷ Proprio per questo l’importanza del contropotere è decisamente aumentata da quando, dopo il 1994, il programma di governo è diventato specchio e riferimento dell’azione dell’esecutivo, atto a misurare la rilevanza di ogni provvedimento per l’esercizio del Potere. La portata “politica” di una decisione è riscontrabile anche visivamente considerando la lunghezza e la densità della motivazione che la supporta, volta ancora una volta a difendere la legittimità non solo del *decisum* ma della stessa giustizia costituzionale.

⁶⁰⁸ Si veda cap. III par. 10.

i candidati dell'elezione presidenziale del 2007, e in quello stesso anno è stata definita come uno degli assi fondamentali della politica governativa in ambito ambientale (fissata nella cosiddetta *Grenelle Environnement*)⁶⁰⁹. La tassa venne poi compresa nel pacchetto di misure fiscali prevista dalla *loi de finances* del 2010, approvata definitivamente dal Parlamento il 18 dicembre 2009. Come si poteva immaginare (in quanto ciò avviene sistematicamente per le leggi finanziarie) l'opposizione parlamentare ha sollevato la *saisine* davanti al giudice delle leggi.

La decisione 2009-599 DC del Conseil constitutionnel sull'art. 7 della *loi de finances* istitutivo della *taxe carbone* rappresenta un momento importante della storia della giustizia costituzionale in Francia perché, tramite un'argomentazione che va al di là della mera costituzionalità in astratto del provvedimento, scende in un'analisi dettagliata e documentata degli effetti che l'introduzione della misura avrebbe determinato (*considérants* 77-83). Il perno della decisione (e che porta alla declaratoria di incostituzionalità) è la violazione dell'uguaglianza in materia fiscale, disposta esplicitamente anche dalla *Charte de l'environnement* (art. 2), introdotta tramite legge costituzionale all'interno del *bloc de constitutionnalité* nel marzo 2005. Invero il Conseil riconosce l'opportunità della previsione della tassa in astratto, ricollegandola ad obiettivi pienamente compatibili con la Carta dell'ambiente ma la misura così come prevista dal legislatore dà luogo a così tante eccezioni da addossare in realtà (almeno nell'immediato) il peso del tributo sul 7% dei soggetti inquinanti che dovrebbero sopportare l'imposizione in oggetto⁶¹⁰. Solo le modalità operative delle esenzioni quindi sono state esplicitamente censurate dal Conseil ma ciò ha determinato secondo lo stesso giudice un'automatica e globale censura dell'imposta in sé stessa in quanto vuotata del suo fondamentale meccanismo operativo⁶¹¹. Questo è possibile al Conseil in virtù del suo potere di decidere l'*inseparabilità* delle disposizioni: se anche una sola di esse è invalidata il giudice può decidere che questa faccia cadere in blocco tutta la legge (o altre parti della stessa).

⁶⁰⁹ Già nel 2000 il Governo aveva deciso l'introduzione di un'imposta generale sulle attività inquinanti che era stata però censurata dal Conseil constitutionnel. Il Presidente Sarkozy, ritornando nel 2009 sul progetto, aveva annunciato, al termine dei lavori di un comitato di studio presieduto dall'ex primo ministro Michel Rocard, l'introduzione della *contribution climat-énergie* a partire dal primo gennaio 2010.

⁶¹⁰ Ciò è dovuto al numero esorbitante di eccezioni che il legislatore ha previsto e che il Conseil ricorda minutamente: "*cet article (7) et l'article 10 instituent toutefois des exonérations, réductions, remboursements partiels et taux spécifiques ; que sont totalement exonérées de contribution carbone les émissions des centrales thermiques produisant de l'électricité, les émissions des mille dix-huit sites industriels les plus polluants, tels que les raffineries, cimenteries, cokeries et verreries, les émissions des secteurs de l'industrie chimique utilisant de manière intensive de l'énergie, les émissions des produits destinés à un double usage, les émissions des produits énergétiques utilisés en autoconsommation d'électricité, les émissions du transport aérien et celles du transport public routier de voyageurs ; que sont taxées à taux réduit les émissions dues aux activités agricoles ou de pêche, au transport routier de marchandises et au transport maritime*".

⁶¹¹ Si veda P. BILLET, *L'invalidation de la « contribution carbone »*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 25-I-2010, pp. 2038 e ss.

Benché quindi il giudice delle leggi non abbia riscritto la disposizione in omaggio alla discrezionalità del legislatore l'impatto politico della disposizione è stato enorme⁶¹². Effettuando un controllo pieno sull'*adéquation* della misura disposta dal legislatore, senza valersi di *tertia comparationis*, il Conseil ha in realtà ha applicato il modello della ragionevolezza usata anche dal giudice italiano, spingendosi a censurare il dispositivo non solo sulla base di considerazioni giuridiche ma anche pratico-applicative della misura, effettuando un giudizio prognostico *ex ante* che in parte diminuisce lo scarto tra controllo astratto e concreto⁶¹³.

Per quanto riguarda la Corte italiana possiamo dire che un caso esemplare per mostrare il ruolo di contropotere del giudice delle leggi possa ben essere individuato nel già evocato lodo Alfano, minutamente analizzato nel terzo capitolo e qui evocato solo al fine di mettere a fuoco un profilo particolare.

La decisione della Corte si rivela essenziale per proseguire il nostro ragionamento perché (diversamente da quanto avvenuto nel caso del condono) il giudice costituzionale non si è fatto “irretire” dal legislatore da una qualificazione opportunamente mascherata della fattispecie in considerazione, che è stata opportunamente considerata non quale mera causa di improcedibilità ma come pura e semplice immunità penale *pro tempore*⁶¹⁴. La risposta della Corte a questa eccezione formale è stata ferma, in ciò superando decisamente quanto emerso dalla precedente sentenza 24 del 2004 sul lodo Schifani che, non avendo affrontato il profilo della fonte idonea a porre un regime processual-penalistico di deroga per le alte cariche dello Stato, non aveva di fatto apportato la soluzione dirimente al problema dell'immunità, in ambiguo omaggio a quello che la Corte stessa maldestramente aveva definito genericamente un “*apprézzabile interesse*” al sereno esercizio della carica.

Altrimenti detto la sentenza del 2009 deve scontare da un certo punto di vista quanto non detto dalla sentenza del 2004 e, in particolare, davanti alla reiterazione del

⁶¹² “*Ce sont les aménagements de la contribution carbone qui ont été censurés, non ses fondements. Pour une partie de la classe politique, le Conseil constitutionnel a peut-être juridiquement raison, mais politiquement et économiquement tort. (...) Contrairement à ce que pourrait penser le seul constat du dispositif, le Conseil constitutionnel a dévoilé une facette bien « verte ».* Les journalistes se sont plu à souligner l'échec présidentiel que symbolise cette décision, comme le fut à l'époque celle relative à la loi HADOPI. Mais il a censuré un outil dont il reconnaît, dans le même temps, la légitimité”. W. MASTOR, *La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 : chronique d'une mort - et d'une renaissance ? – annoncées*, in *AJDA*, 2010, pp. 277 e ss.

⁶¹³ « *Nous remarquerons que cet approfondissement de l'analyse du Conseil le conduit, plus que par le passé, à des appréciations délicates par rapport aux prérogatives du Parlement. Il ne se borne plus, en effet, à constater, ce qui est relativement objectif, que dans des conditions similaires, les dispositifs d'imposition sont semblables, et que la loi poursuit des objectifs d'intérêt général, prescription triviale interprétée largement et qui ne l'a jamais conduit à la censure semble-il* ». A. BARILARI, *La contribution carbone et le Conseil constitutionnel : une censure annoncée ?*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 18-I-2010, pp. 61 e ss.

⁶¹⁴ Così infatti secondo la lettura dell'avvocatura dello Stato, per la quale “*la materia, considerata di per sé, non è preclusa alla legge ordinaria*», come confermato dal fatto che altre fattispecie di sospensione sono disciplinate dal codice di procedura penale” (sentenza 262/2009 CC).

provvedimento già cassato, prendere finalmente posizione sul problema della violazione non solo dell'art. 3 e 24 Cost. ma anche su quello dell'art. 138 Cost. Quell'*assorbimento* (vero o presunto) del vizio ricollegabile a quest'ultimo parametro, contenuta nella sentenza 24/2004, ed usato allora dal giudice delle leggi come *strategia esterna* della Corte nei confronti del legislatore, si è rivelata in realtà alla prova dei fatti (ovvero della ripresentazione del medesimo lodo) un modo poco efficace e troppo artificioso per fare chiarezza nella materia oggetto del provvedimento. Una maggiore determinazione iniziale avrebbe certamente evitato alla Corte di doversi esprimere nuovamente sul medesimo testo (con i connessi imbarazzi scontati da essa stessa e dal capo dello Stato) e portato ad escludere che essa a distanza di cinque anni avesse di fatto cambiato idea sul tipo di fonte idonea a porre in essere l'immunità in parola.

Il *revirement* mascherato (o per meglio dire la notevole estensione di quanto già affermato nel 2004) della 262 del 2009 è stato molto sottile perché in parte disinnescava l'arma dell'apprezzabile interesse dandone una definizione restrittiva e procedendo al tempo stesso alla riqualificazione (come predetto) della figura processuale in oggetto⁶¹⁵.

La decisione sul lodo Alfano costituisce poi una delle dimostrazioni più evidenti degli ultimi anni di come, lungi dall'essere un'istituzione dominata necessariamente da logiche consensuali, anche in seno alla Corte possono determinarsi non poche fratture fra i singoli giudici, rendendo così, in ragione di più o meno dichiarate strategie interne, la deliberazione giurisdizionale molto simile ad una classica deliberazione legislativa⁶¹⁶. Proprio questo punto merita ora sviluppare un poco più approfonditamente.

8. Esistono strategie interne alla giurisdizione costituzionale?

Dopo avere passato in rassegna quelle che abbiamo definito come strategie esterne della giustizia costituzionale, ossia quelle che il giudice delle leggi mette in atto per effetto del suo inserirsi ed operare all'interno della forma di governo (in un'ottica non

⁶¹⁵ Il punto nevralgico della pronuncia è quindi il *considerando in diritto* 7.3.2.1: "Non viene in rilievo, dunque, l'aspetto psicologico, individuale e contingente, della soggettiva serenità del singolo titolare della carica statale, ma solo l'obiettiva protezione del regolare svolgimento delle attività connesse alla carica stessa. Dalle sopra citate affermazioni discende, altresì, l'ulteriore corollario che è inesatto sostenere che l'istituto della sospensione processuale e quello della prerogativa costituzionale sono tra loro incompatibili. Infatti, anche una sospensione processuale può essere prevista dall'ordinamento per soddisfare l'esigenza extraprocessuale di proteggere lo svolgimento della funzione propria di un organo costituzionale e, pertanto, può costituire lo strumento di una specifica prerogativa costituzionale".

⁶¹⁶ Tra le molte indiscrezioni che filtrarono sul segreto della camera di consiglio e, in particolare, sul duro scontro che investì proprio il profilo dell'assorbimento (o meno) della violazione dell'art. 138 Cost. nella precedente sentenza del 2004 si veda *Discussione dura e anche qualche battuta. Le ore della sfida tra giudici costituzionali*, in *il Corriere della sera*, 9-X-2009, p. 9.

necessariamente tradizionalmente avversariale, come potrebbe apparire dall'uso del termine *strategia*), è necessario accennare anche ai meccanismi che determinano l'azione dei giudici all'interno della Corte stessa, al modo in cui essi concepiscono la loro funzione e alle relazioni che presiedono i rapporti fra i membri stessi. Non si potrà offrire che qualche suggestione in proposito, alla luce di quanto è conoscibile di questo microcosmo che è la giurisdizione costituzionale, schermata in entrambi i Paesi dal segreto delle deliberazioni come storicamente è sempre avvenuto (non casualmente) per quelle istituzioni che conservavano il nucleo più essenziale della sovranità nazionale. Parafrasando Bagehot si potrebbe dire che *“la forza del giudice delle leggi è il mistero”*⁶¹⁷.

Che i singoli membri di Corte e Conseil possano avere delle strategie (più o meno consapevoli) non deve stupire, tanto più se si considera quello che frequentemente è stato, nella storia delle due giurisdizioni, il classico *cursus honorum* dei loro membri. La contaminazione tra diritto e politica che si è vista essere tipica della giustizia costituzionale è riscontrabile anche dal punto di vista sociologico se si considerano i profili biografici dei giudici costituzionali fin dall'alba delle rispettive giurisdizioni. Se ci concentriamo poi sulle figure dei presidenti l'evidenza è ancora maggiore.

Nel caso della Francia la constatazione è autoevidente (soprattutto per quanto riguarda appunto il Presidente, nominato direttamente dal capo dello Stato, il che non poco influisce nel tracciare una relazione privilegiata tra i due custodi della Costituzione) ma anche in Italia il fenomeno si riproduce, sebbene la politicità sia sempre stata alla Corte una caratteristica sempre secondaria rispetto alla competenza del nominato o dell'eletto. L'inevitabile (ed auspicabile sotto alcuni versi) sensibilità politica dei giudici costituzionali non è certo un indizio sufficiente per sospettarne la parzialità, considerando quell'*effet Becket* che secondo la dottrina francese porta un politico ad essere spesso naturalmente un buon giudice costituzionale⁶¹⁸.

Nonostante questa *legittima presunzione d'indipendenza* vi è da notare come sotto questo profilo la configurazione della Corte italiana sia cambiata in virtù di una

⁶¹⁷ In merito alle procedure, stante la segretezza della camera di consiglio e il dovere di riserva che grava come onore su tutti i componenti il collegio, le due giurisdizioni, italiana e francese, divergono su alcuni profili non secondari. Laddove il calendario delle udienze della Corte italiana è pubblico (e reso noto sul sito dell'istituzione) quello del Conseil constitutionnel è riservato, al fine di consentire allo stesso di gestire con più flessibilità il ruolo delle cause. Altra nota importante ai fini della trasparenza dei lavori è che entrambe le alte istanze rendono possibile l'accesso ad un pubblico ristretto in occasione della discussione dei ricorsi in via incidentale. Da questo punto di vista il Conseil constitutionnel da almeno due anni ha reso visibili sul proprio sito le registrazioni audiovisive di tutte le udienze pubbliche, ciò che facilita non poco la penetrabilità e la conoscenza della sua attività.

⁶¹⁸ L'espressione rimanda a Thomas Becket (1120-1174), prima grande difensore delle prerogative regie di Enrico II Plantageneto poi, una volta nominato arcivescovo di Canterbury, mutatosi in un grande avversario del potere statale su quello religioso (e per questo poi ucciso dai sicari del re). Così J. CHEVALLIER, *Le juge constitutionnel et l'effet Becket*, in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges Favoreu*, Paris, 2007, pp. 83 e ss. Si parla anche di *“dovere d'ingratitude”* dei giudici costituzionali nei confronti di chi li ha nominati o eletti, da parte della dottrina anglosassone, come ricorda G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, p. 53.

convenzione sostanzialmente tacita che si è stabilita a partire non casualmente con l'instaurarsi del fatto maggioritario. È infatti ormai dalla Presidenza Ferri del 1995 che un deputato o un senatore non assumono la massima carica all'interno della giurisdizione costituzionale⁶¹⁹. Indizio probabilmente di un tentativo di sterilizzare sempre di più la natura politica della Corte da parte degli organi politici in quanto non si deve dimenticare che se forse l'impoliticità di un giudice costituzionale può essere un indizio importante della sua competenza, la sua eventuale spiccata sensibilità e pratica politica può essere un segno di maggior coraggio nell'opporsi ad una concezione troppo formalistica e timida del ruolo della giurisprudenza costituzionale⁶²⁰. Dall'altro lato tuttavia, dalla fine dei partiti tradizionali che avevano prima del 1993 istituito una convenzione tacita ed invariabile in merito alle "quote" riservate in merito all'elezione dei giudici parlamentari⁶²¹, secondo quella che potrebbe essere chiamata la nuova convenzione maggioritaria in materia sembrerebbe che, ad ogni rinnovo del collegio, alla maggioranza *pro tempore* sarebbe assicurata la presenza di tre dei cinque giudici parlamentari. Tutto quindi può cambiare di legislatura in legislatura, non essendo più in base ad un criterio fisso che sono attribuite le nomine: ciò ha aperto la strada all'alternanza anche in seno alla Corte e, in questo senso, è ben possibile che discorsi sull'inclinazione politica della stessa prendano più consistenza che all'epoca del sistema proporzionale bloccato⁶²².

Le dinamiche interne alla Corte, ovvero quello che si creano nel mistero della camera di consiglio, sono quindi notoriamente (ed opportunamente) coperte dal segreto ma non si può dire che il loro interesse sia secondario per l'identificazione della strategia del giudice costituzionale. Innanzitutto per un motivo molto semplice: la prima ragione della

⁶¹⁹ Molti, come si diceva, sono stati fino al 1995 i presidenti che avevano in precedenza (o successivamente) ricoperto cariche politiche a livello parlamentare. Così Cappi (1962), Ambrosini (1962-1967), Branca (1969-1971, in seguito eletto deputato), Rossi (1975-1979), Amadei (1979), Elia (1981-1985, poi senatore), Corasaniti (1991-1992, poi, immediatamente dopo lo spirare del mandato, deputato) e Ferri (1995). Coloro i quali non avevano ricoperto un incarico parlamentare avevano comunque già ricoperto o avrebbero in seguito esercitato influenti cariche di rango governativo (quali Saja, Caianiello, Sandulli, Baldassarre, La Pergola, Azzariti, Bonifacio e Conso). Sull'importanza della figura presidenziale per tracciare la storia della Corte si vedano le interessanti suggestioni di S. RODOTÀ, *La svolta politica della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1970, pp. 37 e ss, A. MASSERA, *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1973, pp. 837 e ss. Per una lettura politologica della funzione esercitata dal giudice delle leggi, opponendo al potere di *voto* la forza del potere di *veto*, si veda P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008.

⁶²⁰ Ciò è tanto più vero in Francia dove il Conseil è normalmente dominato da membri "politici", in maggioranza rispetto ai "giuristi". Come ricorda Schnapper la decisione fondamentale del 1971 sulla libertà di associazione venne assunta per fondamentale determinazione dei "politici" contro le remore dei "giuristi" ad estendere tanto le competenze del Conseil. Si veda D. SCHNAPPER, *Une sociologue*, cit., p. 171.

⁶²¹ Si veda A. PUGIOTTO, *"Se non così, come? E se non ora, quando?" : sulla persistente mancata elezione parlamentare di un giudice costituzionale*, in L. DESANTI, P. FERRETTI- A.D. MANFREDINI, *Per il settantesimo compleanno di Pierpaolo Zamorani : scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà*, Milano, 2009., pp. 339 e ss.

⁶²² Si vedano le considerazioni di Bin in relazione alla natura sempre più premiale e quasi fiduciaria della nomina a giudice costituzionale, similmente a quanto avviene in Francia (quasi conseguenza di un sistema maggioritario potremmo quindi azzardare), in R. BIN, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 4015 e ss.

riservatezza delle discussioni è essa stessa una forma di strategia, che risiede essenzialmente nella necessità di preservare la configurazione dell'istituzione quale “organo collegiale di diritto ma monocratico di fatto”, per limitare al minimo i rischi di una eccessiva esposizione dei giudici, spersonalizzare le scelte della Corte nel suo complesso (cosa a cui mira anche notoriamente la discussa brevità delle singole presidenze) e, non ultimo, servire a confortare la *factio iuris* dell'*inevitabilità giuridica* delle singole soluzioni adottate dalla Corte, la quale sarebbe grandemente inficiata (in tale logica) dall'introduzione della famosa *dissenting opinion*.

La riservatezza mira evidentemente dunque a nutrire un'immagine idealistica della giustizia costituzionale che non può certo eliminare – benché si sia cercato autorevolmente di smentire o comunque diminuire la portata dello scontro in seno alla Corte stessa⁶²³ – la fisiologica conflittualità che si verifica all'interno della camera di consiglio. Anche qui non si può nascondere che si tratta di un profilo venuto a gran giorno durante la stagione maggioritaria. I fatti che hanno portato alla luce l'ispirazione decisamente non unanime delle pronunce più discusse della Corte non sono mancati, soprattutto nella storia più recente.

Senza necessariamente rievocare situazioni altamente problematiche che hanno portato alla dimissione di presidenti e giudici della Corte costituzionale quali De Nicola, Ferrari e Vaccarella⁶²⁴, recentemente grande eco hanno avuto alcuni comportamenti di giudici costituzionali che hanno apertamente manifestato la loro insofferenza per la posizione di minoranza in cui ripetutamente si venivano a trovare e che li aveva portati ad assumere atteggiamenti non certo eterodossi che non hanno mancato di avere conseguenze

⁶²³ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, pp. 50 e ss.

⁶²⁴ “La versione ufficiale collega l'uscita di scena di De Nicola alla sua pretesa - impossibile da applicare - che tutte le decisioni della Corte fossero prese all'unanimità. Nei fatti, invece, sembra che le dimissioni siano state dovute ad insanabili contrasti sorti all'interno della Corte circa il modo di concepire il ruolo del giudice costituzionale nei confronti del mondo politico, soprattutto in relazione alla eco che avevano avuto due decisioni «poco gradite» al Vaticano, con le quali erano state dichiarate incostituzionali le disposizioni del t.u. di pubblica sicurezza che imponevano l'obbligo del preavviso per le pratiche religiose non cattoliche in luoghi aperti al pubblico e l'autorizzazione del questore per l'affissione di manifesti e la distribuzione di stampati (sent. n. 45 del 1957 e n. 1 del 1956)”, così A. CELOTTO, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2004, p. 42. L'episodio che portò alle dimissioni di Ferrari costituì per la stampa dell'epoca il primo caso di scandalo alla Corte, e seguì alle pesanti accuse mosse da Ferrari nei confronti del suo vittorioso sfidante per la carica di presidente della Consulta. Secondo Ferrari “l'elezione del nuovo presidente della Corte Francesco Saja è stata pilotata dal clan dei siciliani, formato dallo stesso Saja, dal presidente uscente Antonio La Pergola, dal ministro Gullotti; ci sono state pesanti ingerenze del Pci; è stato realizzato un compromesso storico”, *Consulta, a sorpresa Ferrari si è dimesso*, in *La Repubblica*, 11-VI-1987, p. 6. Notava Giovanni Ferrara: “Com'è naturale, vi sono state sentenze criticate e non condivise da molti, però mai la Corte era apparsa come un luogo in cui fossero possibili discordie ed accuse personali e plateali, con tanto di uscite in pubblico e denunce televisive”, in *Scandalo all'alta Corte*, *La Repubblica*, 7-VI-1987, p. 6. Le dimissioni di Romano Vaccarella nel 2007 erano invece legate a presunte influenze del Governo sull'ammissibilità dei referendum elettorali in esame presso la Corte. Benché i risvolti della vicenda rimangano incerti la dottrina allora commentò il fatto confermando quanto già detto in merito alla forza della collegialità e del rapporto tra Corte e politica: V. ONIDA, *Corte costituzionale, quando la forza dipende dall'unione*, in *La Repubblica*, 3-V-2007, p. 1.

di un certo rilievo sia fuori che dentro la camera di consiglio⁶²⁵. Anche recentemente è avvenuto che il caso di una polemica nata fuori dalla Corte si sia poi riflesso sulla conflittualità interna alla giurisdizione costituzionale stessa⁶²⁶. I casi più evidenti e recenti in merito a quanto si è appena detto sono probabilmente le verosimili indiscrezioni trapelate in occasione di tre importanti pronunce, del 2004 sul lodo Schifani, nel 2009 sul lodo Alfano e nel 2011 sul legittimo impedimento a comparire in udienza per il Presidente del Consiglio dei ministri⁶²⁷.

Anche in Francia la natura para-giurisdizionale del Conseil, che già in sé è molto meno spiccata rispetto a quella della Corte italiana, stante la non frequente e non necessaria esperienza e formazione giuridica dei suoi membri di nomina squisitamente politica, è venuta in alcuni frangenti ad assumere contorni di organo deliberante in senso quasi parlamentare. Proprio recentemente il problema in questione si è reso evidente a seguito della pubblicazione da parte dell'*ancien conseiller* Pierre Joxe di un libro dal titolo significativo, *Cas de conscience*, nel quale l'unico membro di orientamento socialista ha messo

⁶²⁵ Si parla della famosa cena a cui parteciparono, a pochi mesi dalla decisione della Corte sul lodo Alfano, i giudici Paolo Napolitano e Luigi Mazzella, in compagnia di Berlusconi, il guardasigilli Angelino Alfano, il sottosegretario Gianni Letta, i presidenti delle commissioni Affari costituzionali della Camera Donato Bruno e del Senato Carlo Vizzini. Indicativo pensare che proprio il giorno precedente la Corte aveva fissato l'udienza per la discussione del cd. lodo Alfano. L'evento scatenò moltissime polemiche: si vedano *Giudici a cena con il premier, è bufera*, in *La Repubblica*, 27-VI-2009, p. 9. Esso fu seguito da una lettera in cui il giudice Mazzella ribadiva la correttezza del suo comportamento: *Scoppia il caso Consulta. Mazzella scrive: "Caro Silvio..."*, in *La Repubblica*, 2-VII-2009, p. 14. Si trattò di un chiaro caso in cui emerse la necessità di prendere seriamente in considerazione in tali situazioni limite l'astensione del giudice costituzionale nella causa: *"A questo punto, il minimo che si possa chiedere è che il giudice scelga di astenersi dal partecipare alle sedute in cui la Corte, in autunno, sarà chiamata a giudicare sulla costituzionalità delle norme che assicurano l'impunità alle più alte cariche dello Stato. Egli, per atti conclusivi, si è già espresso in merito, e, come sa benissimo, questo è inammissibile. Non è più questione di amicizia con il premier. È il principio della terzietà del giudice, che è stato violato con la sua lettera"*. Così A. SCHIAVONE, *Parzialità confessata*, in *La Repubblica*, 2-VII-2009, p. 1.

⁶²⁶ Tali dissidi filtrano spesso all'interno della stampa nazionale. Ciò avviene chiaramente per le questioni politicamente più sensibili, che non solo destano più interesse da parte dei *mass media* ma a proposito dei quali anche il rischio di contrasti interni è più evidente.

⁶²⁷ Sul lodo Maccanico (così significativamente definito dalla Corte nel comunicato ufficiale) si veda *Dieci contro cinque, fallisce la mediazione di Chieppa*, in *il Corriere della sera*, 14-I-2004, p. 6. La stessa maggioranza venne a confermarsi (con una minoranza costituita dai nuovi giudici del centro-destra più due eletti dalle supreme magistrature) in occasione della bocciatura del lodo Alfano, con la differenza che questa volta non si esitò ad affermare anche la violazione del 138 Cost. (parametro non evocato nel 2004 forse per il timore di sconfessare la promulgazione del capo dello Stato): *Il no dei cinque giudici nominati dal Quirinale*, in *il Corriere della sera*, 8-X-2009, p. 1. Identica situazione si è verificata anche per il caso della pronuncia sul legittimo impedimento, in occasione della quale pare che il presidente decise la votazione per parti separate dei punti del dispositivo, per evitare che si riproducesse sempre la medesima contrapposizione tra giudici in maggioranza ed in opposizione (Mazzella, Napolitano a cui si aggiunsero in almeno due occasioni i giudici Quaranta, Finocchiaro – entrambi eletti dalle supreme magistrature – e Saule). Anche in quell'occasione, sebbene il profilo di diritto fosse diverso dai casi dei lodi, i parametri invocati furono gli stessi del 2009, gli articoli 138 e 3 Cost., rifacendosi i giudici quasi ad una sorta di giudicato di fatto. In questo caso la soluzione adottata come noto fu l'interpretativa di rigetto, che consentiva una soluzione *neutralizzante* del caso giurisprudenziale limitandone di fatto l'impatto politico, interno ed esterno alla Corte (come ben testimoniano le limitate reazioni del mondo istituzionali, almeno se paragonate a quelle originate dalle sentenze del 2004 e del 2009). Si veda *Il legittimo impedimento non sarà più automatico*, in *il Corriere della sera*, 14-I-2011, pp. 2-3.

in luce la sofferenza della sua posizione costantemente minoritaria in seno all'alto consesso⁶²⁸. Pur senza tradire il segreto delle deliberazioni Joxe evoca principalmente tre casi di decisioni definite “*shoccanti* sul piano giuridico” che lo portarono quasi alle dimissioni: quella del 2004 sul fermo di polizia per i minori di sedici anni contenuta nella cosiddetta *loi Perben II*, quella del 2006 in materia di Contratto di primo impiego⁶²⁹ ed infine nel 2009 quella sulla nomina dei presidenti delle società pubbliche televisive⁶³⁰.

Da questo di vista la composizione del Conseil constitutionnel denota tuttavia la sua natura particolare: proprio in ragione della politicità delle nomine (spesso non accompagnate da una competenza adeguata) il giudice delle leggi francese è spesso accostato più ad un privilegiato *club* di notabili che ad una vera e propria giurisdizione. Non manca però nei più attenti osservatori la constatazione di una lenta ma certa evoluzione in senso giurisdizionale dell'istituzione, “*conseil de droit, cour de fait*”⁶³¹.

Per questo le posizioni che trapelano all'esterno del giudice delle leggi devono essere sempre valutate attentamente e non sottovalutate perché sono significative dell'indirizzo politico costituzionale adottato dal Conseil in un preciso momento storico e del suo posizionamento di fatto nei confronti della maggioranza politica.

Anche la struttura della motivazione giurisdizionale può indicare qualcosa di molto importante nel definire la strategia del giudice delle leggi⁶³². Corte e Conseil da questo punto di vista sono estremamente diversi: laddove l'*usus scribendi* del giudice italiano è notoriamente caratterizzato dalla lunghezza e dalla finalità pedagogico-educativa dei considerando in diritto (indirizzati spesso a sensibilizzare e convincere i giudici ordinari ma anche a persuadere forse con troppa finezza il legislatore), il Conseil adotta normalmente

⁶²⁸ Joxe parlò esplicitamente del fatto che laddove il Conseil tratti di una questione particolarmente delicata dal punto di vista politico il dibattito in camera di consiglio assomigliava molto più a quello di una commissione parlamentare che a quello di una giurisdizione. Si veda P. JOXE, *Cas de conscience*, cit., p. 182. Si veda anche Pierre Joxe *raconte ses désaccords avec les membres du Conseil constitutionnel*, in *Le Monde*, 3-II-2010.

⁶²⁹ A tale proposito esisteva già un precedente: la *dissenting opinion* espressa dal membro di diritto ed ex capo dello Stato Giscard d'Estaing pubblicata il 9 aprile 2006 sul *Journal du Dimanche*. La legge in questione, concedendo ampie aperture alla libertà di licenziamento nel settore privato, determinò in Francia uno scontro forse senza precedenti tra maggioranza e opinione pubblica. Non si può dire che la criticabile posizione del Conseil fosse dovuta alla necessaria prudenza davanti ad una *political question*, se si pensa che esattamente quattro anni prima esso aveva censurato per violazione del principio di libertà d'impresa la *loi de modernisation sociale* del governo Jospin volta a limitare proprio il diritto al licenziamento.

⁶³⁰ La legge in questione abrogava la precedente disciplina nella materia (che attribuiva ad una commissione indipendente la nomina del vertice della televisione pubblica) attribuendo al capo dello Stato la nomina del Presidente della TV di Stato, in ciò compiendo un deciso *revirement* rispetto alla giurisprudenza precedente particolarmente garantista in materia di libertà di stampa e di comunicazione (decisione 84-181 DC).

⁶³¹ Si veda D. SCHNAPPER, *Une sociologue*, cit., p. 108 e ss. Un esempio recente di questo processo evolutivo è anche la modifica nel 2008 dell'art. 56 della Costituzione francese, secondo il quale ormai prima di procedere alla nomina dei membri di loro spettanza i presidenti delle Assemblee legislative raccolgano il parere delle rispettive *commissions des lois constitutionnelles*.

⁶³² Sull'importanza della struttura della motivazione quale momento essenziale di auto-legittimazione democratica della giustizia costituzionale agli occhi dei consociati si veda A. ROMANO-TASSONE, *Sulla c.d. "funzione democratica" della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in A. RUGGERI, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, pp. 36 e ss.

delle motivazioni lapidarie⁶³³. Le due tecniche hanno i loro *pro* e i loro *contra*. La lunghezza dell'argomentazione serve chiaramente non solo per le dette ragioni *esterne* ma anche a fini *interni*, ad integrare, a volte in modo contraddittorio, le opinioni plausibilmente divergenti dei giudici. La *brevitas* del Conseil funge ad un diverso scopo strategico, legato al timore di "dire troppo" e di fornire ai futuri ricorrenti ragioni ed appigli argomentativi che incoraggino il contenzioso. Non solo: scegliendo la formula apodittica il Conseil vuole evitare probabilmente di creare dei precedenti troppo dettagliati che potrebbero in futuro legargli eccessivamente le mani. Si tratta di un punto importante, troppo spesso sottovalutato dalla Corte italiana. Esempio di ciò è la decisione sul *burqa*, nella quale il Conseil pur validando la legge ha comunque evitato accuratamente di menzionare espressamente quello che sarebbe un precedente di grande peso: la configurazione dell'ordine pubblico anche in senso ideologico⁶³⁴. Lo stesso bilanciamento giurisdizionale è necessariamente ed inevitabilmente il più delle volte, come già detto, un *bilanciamento politico* tra principi ontologicamente riconducibili a diversi orientamenti ideologici dei quali i giudici stessi (e non solo gli attori parlamentari) possono apprezzare in modo diverso l'intensità senza che ciò implichi la negazione della loro imparzialità.

Anche la strategia della fedeltà al precedente (pure quando sostanzialmente il giudice delle leggi più o meno evidentemente cambia di fatto la propria giurisprudenza su un tema particolare) è strumentale a corroborare l'idea della soluzione giurisprudenziale come *soluzione obbligata* ed unica del problema di costituzionalità per allontanare il sospetto di una linea politica giurisprudenziale innovativa. Tuttavia tale argomento cede con evidenza palese davanti a quelli che sono i *revirements* del giudice stesso, che spesso però la Corte o il Conseil ritengono di non avere la forza sufficiente per imporre. Tuttavia il dialogo fra corti nazionali e Cedu ha offerto negli ultimi anni un notevole appoggio alla Corte italiana ed al Conseil francese per determinarli a decidere alcune svolte giurisprudenziali di grande momento che in alcuni casi erano in previsione e attesi da anni.

9. Condizionamenti esterni ai fini strategici: l'influenza della Cedu nei casi dell'indennità di espropriazione e della garde à vue e l'incoraggiamento al revirement

⁶³³ Sul punto si veda N. ZANON, *La motivazione delle decisioni del Conseil constitutionnel*, in A. RUGGERI, *La motivazione delle decisioni*, cit., pp. 107 e ss.

⁶³⁴ Stesso atteggiamento ha avuto il giudice delle leggi nella già ricordata decisione *rétenion de sureté*, nella quale esso specifica che la nuova figura processuale non è una pena ma nemmeno afferma arditamente che si tratti di una misura di prevenzione.

Si è già visto come ordinariamente il *revirement* sia il segno di un'accresciuta consapevolezza del giudice delle leggi quale contropotere al servizio dell'affermazione dei diritti fondamentali. Le svolte giurisprudenziali tradizionalmente possono essere incoraggiate dalla dottrina o dall'intervento di un altro contropotere nazionale come si è già detto. Da qualche anno ormai tuttavia si assiste all'emergenza di un fenomeno nuovo, nel quale il cambio di giurisprudenza è incoraggiato da contropoteri che nel primo capitolo di questo lavoro sono stati definiti *esterni* e che qui rilevano solo perché la loro azione condiziona profondamente gli esiti giurisprudenziali delle Corti nazionali. Il primo tradizionale esempio in Italia sono chiaramente le regioni, che possono adire la Corte contro una legge statale invasiva delle proprie competenze⁶³⁵. Tuttavia è soprattutto l'influenza delle corti europee ad agire profondamente sulla giurisprudenza costituzionale italiana e francese, in modo più o meno diretto. In particolare si vuole qui mettere in luce il contributo determinante che la Corte europea di Strasburgo ha avuto affinché a livello nazionale le Corti potessero avere la "*forza politica*" (rievocando un'espressione di Martines) per affermare principi che avevano stentato ad imporsi per effetto della sola opera del giudice delle leggi. Due esempi possono aiutare a capire concretamente quanto affermato: quello dell'indennità di esproprio in Italia e quello del fermo di polizia in Francia.

Sul versante italiano l'esempio sicuramente più eclatante di come le garanzie della CEDU possono sommarsi virtuosamente a quelle previste dalla Carta fondamentale, consentendo così alla Corte costituzionale di attribuire un valore decisamente più garantista alla propria giurisprudenza è rappresentato dalle due sentenze 348 e 349 del 2007. La dottrina che si è occupata di questi due casi è stata innumerevole e si è concentrata soprattutto (e forse a ragione) sul tipo di rapporto che le due pronunce intervenivano a definire tra Costituzione e Carta EDU. L'aspetto del legame fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo è passato più in secondo piano.

Non si vuole qui ripercorrere la lunga ed annosa vicenda legata alla definizione dell'indennità di esproprio ma è necessario disporre di qualche coordinata temporale e di successione delle leggi nel tempo per giungere al punto che si desidera mettere in luce.

Il "braccio di ferro" tra legislatore e Corte in questa materia inizia fondamentalmente con la sentenza 5 del 1980, con la quale la Corte censurava per violazione del principio di uguaglianza e dell'art. 42 Cost. la legge 865/71 (così come modificata dalla l. 10/1977) in quanto commisurava l'indennità di esproprio al valore agricolo medio del fondo (fosse questo effettivamente rustico o urbano), introducendo così una decisa contrazione dello stesso rispetto al criterio del valore venale integrale del bene

⁶³⁵ Proprio perché si tratta di competenze e non di diritti fondamentali o di principi costituzionali l'interesse per il giudizio costituzionale in via principale è decisamente debole dal punto di vista di uno studio sul contropotere.

fissato fin dalla l. 2359 del 1865⁶³⁶. Meno di dieci anni dopo il legislatore (con la l. 865/80) interveniva di nuovo reintroducendo lo stesso medesimo criterio d'indennizzo: la reazione della Corte è opportunamente molto severa e non esita a censurare la violazione del giudicato⁶³⁷. Seguono, nel vuoto legislativo, dieci anni di silenzio che determinano la *riviviscenza* della modalità di calcolo già fissata dalla 2359/1865, al termine dei quali il legislatore interviene generalizzando la disciplina speciale prevista per la città di Napoli nella l. 2892/1885⁶³⁸. Questa volta la Corte, sulla base di un'argomentazione certo non lineare giungeva a salvare la normativa alla luce del fatto che il valore venale del bene rientrava nel calcolo per la determinazione dell'indennità (senza tuttavia considerare l'irrisorietà della stessa a confronto con il valore del bene) e soprattutto sul discutibile criterio della temporaneità della disciplina⁶³⁹. Pare da un certo unto di vista di intuire nella motivazione una certa insofferenza della Corte nei confronti del computo stabilito dal legislatore ma sembrerebbe di capire che il giudice delle leggi volesse evitare, con il rigetto della questione, di ritornare ancora una volta sullo stesso terreno di scontro con il Parlamento. A dispetto della sua temporaneità la disciplina sul calcolo dell'indennità veniva poi riprodotta identicamente nel testo unico 327 del 2001 in materia di espropri.

Sul lato giurisprudenziale interno non si assiste a nessuna evoluzione fra il 1993 e il 2007 ma in questo lasso di tempo l'esito di una serie di ricorsi presentati davanti alla Corte di Strasburgo non poteva che determinare la Corte italiana ad assumere una posizione contraria rispetto a quella assunta in precedenza⁶⁴⁰. Interessante notare due elementi essenziali: non solo nella sentenza 348 la Corte italiana si premurava di sottolineare (in modo alquanto maldestro) che l'esito di questo giudizio era già *in nuce* nella giurisprudenza del 1993 (che come detto si era rivelata un sostanziale diniego di giustizia per i soggetti

⁶³⁶ "(...) La mancata considerazione del carattere edificatorio dell'area espropriata, pure se posta all'esterno dei centri edificati, porterebbe all'attribuzione di un indennizzo non conforme al principio enunciato nell'art. 42, comma terzo, Cost., il quale esigerebbe che esso costituisca un sostitutivo, sia pure non equivalente, della perdita del bene, al cui valore effettivo dovrebbe essere riferito; b) rilevano ancora le ordinanze che le norme anzidette sarebbero in contrasto con l'art. 3, comma primo, Cost., in quanto il criterio adottato determinerebbe, per terreni in situazione eguale, indennizzi diversi a seconda delle zone agrarie in cui sono posti; inoltre, la previsione di maggiorazioni, per le aree comprese nei centri edificati rapportate al dato numerico della popolazione, determinerebbe, irrazionalmente, indennizzi diversi per terreni di pari valore in relazione ai prezzi di mercato" (sent. 5/1980 CC).

⁶³⁷ "Così disponendo, la legge n. 385 ha infatti restaurato gli stessi criteri di commisurazione dell'indennità di esproprio che questa Corte aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi, mediante la sentenza n. 5 del 1980: il che, peraltro, era noto al Parlamento, come risulta dai lavori preparatori e, prima ancora, dalla relazione al disegno governativo n. 732, comunicato alla Presidenza del Senato il 13 febbraio 1980", sent. 223/1983 CC.

⁶³⁸ Secondo la legge 359/92 l'indennità avrebbe dovuto essere parametrata come semisomma ridotta del 40% del valore venale del bene e del reddito dominicale rivalutato e moltiplicato per dieci. Il prezzo pagato al proprietario risulta quindi decisamente inferiore (meno della metà) rispetto al valore di mercato del bene.

⁶³⁹ La Corte affermava come fosse necessario considerare "la particolare congiuntura economica nella quale si inserisce la legge emanata avente carattere dichiaratamente temporaneo, in attesa di un'organica disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità" nella sent. 283/1993.

⁶⁴⁰ Ci si riferisce essenzialmente al primo di questi casi decisi dalla CEDU, ossia lo *Scordino contro Italia*, arrêt della Grande chambre del 29 marzo 2006.

espropriati)⁶⁴¹ ma sottolineava altresì (forse involontariamente) che decisivo per la soluzione dell'illegittimità non era di fatto l'articolo primo del primo protocollo addizionale della CEDU (che infatti non dice molto di più sulla commisurazione dell'indennità di quanto non faccia l'art. 42 della Costituzione) quanto l'interpretazione che di esso ne aveva dato il giudice europeo⁶⁴².

Pare quindi di assistere ad un fenomeno interessante che costituisce un risvolto inedito del *dialogo* fra giudici: la giurisprudenza CEDU sembra nel caso analizzato quasi un *ubi consistam* per la Corte al fine di rafforzare la propria legittimità e per giungere a soluzioni giurisprudenziali già accennate ma non portate alle loro logiche conseguenze. In altre parole: forte del sostegno di una giurisdizione non nazionale, i cui legami con il Potere (tipicamente ancorato ad una dimensione statutale) sono ridotti a poca cosa, la Corte italiana giunge a risultati prima insperati dal punto di vista della garanzia dei diritti.

Un caso forse ancora più macroscopico è quello dell'occupazione acquisitiva (o acquisizione sanante, nella versione del testo unico del 2001), che era stata salvata dalla Corte con la sentenza 148/1999 sulla base, ancora una volta, della *temporaneità* della disciplina e che poi è stata censurata parzialmente con la 349/2007, a seguito ad una serie di pronunce CEDU citate dal nostro giudice delle leggi⁶⁴³. La Corte italiana non si è accontentata (ecco qui il *quid pluris* rispetto alla 348/2007) di andare nel senso indicato dalla Corte di Strasburgo in quanto, tre anni dopo, è intervenuta la sentenza 293 del 2010 a cancellare definitivamente (ed inaspettatamente) l'istituto dell'acquisizione sanante. In altre parole la Corte ha dimostrato così di andare ben oltre quanto richiesto dalla Corte EDU ai fini del rispetto del diritto di proprietà. Ci si potrebbe chiedere perché giudice italiano (consapevolmente o meno) ha fatto “più” della Cedu. Forse la ragione sta appunto in una strategia esterna ricollegabile alla “*liberalizzazione giurisprudenziale*” che conduce inevitabilmente alla concorrenza tra Corti nella tutela dei diritti fondamentali, per porsi come *il* giudice dei diritti.

⁶⁴¹ L'argomentazione della Corte italiana è quanto meno stravagante, a distanza di quasi vent'anni dalla sentenza del 1993: “Sotto il primo profilo, si deve notare che il criterio dichiaratamente provvisorio previsto dalla norma censurata è divenuto oggi definitivo, ad opera dell'art. 37 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) – non censurato *ratione temporis* dal giudice rimettente –, che contiene una norma identica, conformemente, del resto, alla sua natura di atto normativo compilativo. È venuta meno, in tal modo, una delle condizioni che avevano indotto questa Corte a ritenere la norma censurata non incompatibile con la Costituzione. Né si può ritenere che una «sfavorevole congiuntura economica» possa andare avanti all'infinito”, sent. 348/2007 CC.

⁶⁴² “Il rimettente evidenzia come la stessa giurisprudenza CEDU non sia univoca con riferimento alla identificazione del valore venale dei beni quale unico criterio indennitario ammissibile alla luce dell'art. 1 del primo Protocollo. Infatti, mentre nella citata pronuncia del 29 marzo 2006 la Corte europea ha affermato che solo un indennizzo pari al valore del bene può essere ragionevolmente rapportato al sacrificio imposto”, sent. 348/2007.

⁶⁴³ I Sezione, sentenza 23 febbraio 2006, *Immobiliare Cerro s.a.s.*; IV sezione, sentenza 17 maggio 2005, *Scordino*; IV Sezione, sentenza 17 maggio 2006, *Pasculli*.

Un caso francese per alcuni versi comparabile a quello italiano dell'indennità di esproprio è costituito dalla censura con cui il Conseil constitutionnel ha folgorato nel 2010 l'*ancien régime* del fermo di polizia (2010-14/22 QCP).

Il Conseil constitutionnel interveniva per la terza volta sulla materia in questione, successivamente a due decisioni (1993-326 DC e 2004-492 DC) rese a priori ed in astratto su due leggi che modificavano il regime della *garde à vue*. Il sistema del fermo di polizia, alla luce di questo palinsesto legislativo aveva assunto una conformazione caotica, molto diversificata a seconda dell'infrazione contestata al singolo. Punti critici della normativa erano sicuramente l'impossibilità per il legale rappresentante di assistere *effettivamente* il proprio cliente sin dall'inizio del fermo, nonché di prendere conoscenza del fascicolo e di assistere agli interrogatori⁶⁴⁴. Nel 2004 la cosiddetta *loi Perben II*, fortemente voluta dall'allora ministro dell'Interno Sarkozy, aveva poi espunto la notificazione del diritto al silenzio, introdotta a favore del fermato appena tre anni prima dalla *loi Présomption d'innocence*⁶⁴⁵.

Entrambi i due precedenti avevano in realtà salvato le disposizioni in esame, con argomentazioni piuttosto formalistiche ed assertive, che facevano leva sul rispetto della discrezionalità del legislatore⁶⁴⁶. Nel 2010 il Conseil ha avuto la possibilità di ritornare sulla questione grazie alla nuova procedura QPC e, non casualmente, ha reso la sua decisione proprio mentre il governo stava per elaborare la riforma del fermo di polizia. L'intento del Conseil è stato chiaramente quello di anticipare il legislatore e suggerirgli la via da seguire per non incorrere successivamente in una palese censura – soprattutto se si considerano le indiscrezioni trapelate dal ministero della giustizia, secondo le quali l'esecutivo non avrebbe avuto una reale intenzione di modificare sostanzialmente il regime del fermo – . In questo caso, facendo proprio leva sul nuovo sindacato in via incidentale, il Conseil ha proseguito

⁶⁴⁴ A seguito della legge del 2004 la comparsa dell'avvocato nella procedura non era prevista prima della trentaseiesima ora di fermo. Per alcuni delitti il termine saliva a 48 ore o addirittura, per i casi di traffico di stupefacenti o terrorismo, ben settantadue ore. Anche la durata della *garde à vue* era decisamente elevata: normalmente di 24 ore prolungabili di altre 24. Essa tuttavia può spingersi fino a 96 ore per i casi di associazione a delinquere, traffico di stupefacenti, terrorismo e sfruttamento aggravato della prostituzione.

⁶⁴⁵ La loi Perben II "introduce mezzi di investigazione supplementari quali l'inchiesta preliminare, che permette di avviare indagini senza che la persona interessata ne sia informata, prevede un fermo di polizia prolungato a 96 ore con intervento dell'avvocato non più entro la prima ora di fermo, ma entro 48 ore, contempla un nuovo regime di perquisizioni e ispezioni, di intercettazioni telefoniche e della corrispondenza, prevede infiltrazioni da parte di agenti di polizia nelle organizzazioni criminali, permette le registrazioni ambientali all'insaputa dell'interessato, crea delle giurisdizioni specializzate per questi crimini, istituendo otto poli interregionali". Si veda criticamente I. CIOLLI, *La Loi Perben e i diritti di libertà*, in archivio.rivistaaic.it/cronache/archivio/loi_perben.

⁶⁴⁶ Lapidaria è la conclusione della 2004-492 che, una volta passata in rassegna la varia casistica in merito al momento dell'ingresso dell'avvocato nella procedura del fermo, chiosa pronunciando: "*Sous les réserves énoncées au considérant précédent, les dispositions critiquées ne portent une atteinte injustifiée ni à la liberté individuelle, ni aux droits de la défense, ni aux prérogatives de l'autorité judiciaire*". Meno apodittica ma comunque insoddisfacente la motivazione usata nel 1993: "*Considérant que la différence de traitement prévue par l'article 3-IV de la loi, s'agissant du délai d'intervention de l'avocat au regard des infractions énumérées par cet article qui ne met pas en cause le principe des droits de la défense mais seulement leurs modalités d'exercice, correspond à des différences de situation liées à la nature de ces infractions ; que cette différence de traitement ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée* ».

nella sua articolata strategia di contropotere d'impulso che si è già messa in luce a proposito del sindacato in astratto: anche nel giudizio *a posteriori* sulla legge esso fa in modo non solo di eliminare, quale potere di veto, i vizi già esistenti ma anche di condizionare le disposizioni *de iure condendo*.

La decisione 14/22 del 2010 QPC è molto diversa dalle due precitate, anzi sembra essere stata scritta da un altro giudice. La ragione è presto detta: sulla Francia incombeva già da tempo la minaccia di una condanna da parte della CEDU proprio per l'assenza *sostanziale* dell'assistenza legale al fermato nelle prime fasi della procedura⁶⁴⁷. Il Conseil non invoca minimamente la Carta EDU nella decisione (in quanto in Francia il controllo di *conventionnalité* è delegato ai giudici ordinari ai sensi della giurisprudenza *IVG* del 1975) eppure il coraggio della motivazione con cui il giudice delle leggi censura in blocco il precedente regime (in particolare l'assenza sostanziale dell'avvocato nelle more della procedura) non può essere compreso se non facendo riferimento allo scudo del giudice di Strasburgo⁶⁴⁸. Il *revirement* è evidente e si basa su interessanti elementi di ordine sociale che avevano determinato negli ultimi anni ad un ricorso spesso esuberante al fermo di polizia⁶⁴⁹. Non si mancherà di sottolineare come proprio la richiesta della CEDU che l'assistenza dell'avvocato nelle more della procedure sia effettiva introduce nel sindacato di costituzionalità una necessaria valutazione di merito del giudice delle leggi a quella tradizionale di legittimità.

Il fatto che il mutamento giurisprudenziale sia imputabile prima di tutto all'influenza del giudice di Strasburgo è percepibile anche nel seguito della vicenda. La nuova legge di riforma della *garde à vue* è stata infatti sottoposta al Conseil. Non dall'opposizione parlamentare (sorprendentemente)⁶⁵⁰ ma da un ricorso presentato in via incidentale a seguito della promulgazione della legge 392 dell'aprile 2011⁶⁵¹. Non si può dire che non si trattasse di una riforma perfettibile, come autorevoli commentatori hanno sottolineato, sotto aspetti quali le deroghe che la nuova disciplina manteneva alla presenza

⁶⁴⁷ La condanna, preannunciata da una serie di innumerevoli casi che, sul medesimo aspetto avevano condannato la Turchia (quali l'*arrêt Dayanan c. Turquie*, del 13 dicembre 2009 e l'*arrêt Salduz c. Turquie*, del 27 novembre 2008) arrivò poi alla fine del 2010, con *arrêt Brusco* del 14 ottobre 2010.

⁶⁴⁸ "Considérant que les requérants font valoir, en quatrième lieu, que la personne gardée à vue n'a droit qu'à un entretien initial de trente minutes avec un avocat et non à l'assistance de ce dernier ; que l'avocat n'a pas accès aux pièces de la procédure et n'assiste pas aux interrogatoires ; que la personne gardée à vue ne reçoit pas notification de son droit de garder le silence ; que, dès lors, le régime de la garde à vue méconnaîtrait les droits de la défense, les exigences d'une procédure juste et équitable, la présomption d'innocence et l'égalité devant la loi et la justice".

⁶⁴⁹ Il Conseil si è basato non solo sulla tradizionale giurisprudenza *Nouvelle Calédonie* del 1985 ma anche sul nuovo art. 23-3 dell'*ordonnance* 58-1067 del 7 novembre 1958 che ormai riconosce anche in via positiva la possibilità (prima non poco contestata) del Conseil di contraddirsi censurando all'interno di una QPC una disposizione già validata.

⁶⁵⁰ Sulla mancata *saisine* dell'opposizione in una materia tanto sensibile sia consentito rimandare alle osservazioni già fatte a proposito della legge sul *burqa* al cap. III, par. 11.

⁶⁵¹ Per un commento "a caldo" sulla legge si veda C. GHRENASSIA, *Le charme discret de la garde à vue: errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011*, in *Revue Lamy Droit des affaires*, ottobre 2011, pp. 75 e ss.

dell'avvocato nella procedura, così come in merito ai controlli e all'accesso ai *dossier* di polizia del fermato⁶⁵². Eppure il Conseil, con la decisione 2011-191/197 QPC, ha validato, pur con qualche riserva di limitata importanza, la riforma del fermo di polizia, pur incorrendo in una motivazione che sembra decisamente controcorrente rispetto a quella del 2010⁶⁵³.

La ragione di questo sostanziale (e in un certo senso) comprensibile passo indietro è forse da individuare nel fatto che sui punti sollevati dai ricorrenti non esistesse ancora una posizione definita da parte della CEDU. Nemmeno si può dire che il Conseil si sia allineato completamente, sul fermo di polizia, alla posizione della corte di Strasburgo. Di più: forse la probabilità che esso giungesse a distanza di pochi mesi a sconfessare nuovamente l'opera del legislatore dopo averla bene o male guidata era davvero scarsa⁶⁵⁴. Nulla esclude che il giudice delle leggi possa tornare in un secondo momento sui nodi non ancora sciolti e che ciò potrebbe portare alla scoperta graduale (altra forma di strategia esterna) di altri vizi di costituzionalità⁶⁵⁵.

Dagli esempi citati appare quanta e quale sia ormai l'influenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nello svolgimento concreto dell'azione dei contropoteri nazionali e quanto il riferimento esplicito o meno alla giurisdizione di Strasburgo sia rilevante ai fini delle strategie esterne del giudice delle leggi. Tale realtà di fatto che, nella sua portata, va ben al di là del mero rapporto fra fonti (modo in cui è stata prevalentemente trattata dalla dottrina italiana) non è passata inosservata e il Potere probabilmente non tarderà a reagire, come dimostra il progetto inglese di riforma dello statuto della CEDU che è stato

⁶⁵² *"Au-delà de cet aspect, paradoxe inouï, le projet de loi prévoit la possibilité, pour le ministère public, partie poursuivante, de différer la présence de l'avocat pendant douze heures, voire jusqu'à la vingt-quatrième heure avec l'accord du juge des libertés et de la détention"*. Robert Badinter aggiunge poi che la procedura del fermo avviene certo sotto la sorveglianza del pubblico ministero ma sottolinea che secondo la CEDU la magistratura requirente non possiede le caratteristiche essenziali dell'indipendenza (si ricordi da ultimo l'*affaire France Moulin c. France* risoltosi il 23 Novembre 2010 con una condanna per la Francia). Si veda l'intervento di Robert Badinter il 3 marzo 2011 al Sénat. Si aggiunga che rimane poi l'impossibilità per l'avvocato (e questo per qualsiasi tipo di infrazione contestata) di prendere visione e fare copia degli atti del fascicolo del fermato, cosa che si rivela forse troppo restrittiva e di eccessiva generalizzazione.

⁶⁵³ A nostro parere tale contraddittorietà è rilevata dal ventottesimo *considérant* che smorza notevolmente l'importanza del diritto di difesa in questa fase che può pur sempre aprire la fase della procedura penale: *"les dispositions contestées n'ont pas pour objet de permettre la discussion de la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve rassemblés par les enquêteurs, qui n'ont pas donné lieu à une décision de poursuite de l'autorité judiciaire et qui ont vocation, le cas échéant, à être discutés devant les juridictions d'instruction ou de jugement ; qu'elles n'ont pas davantage pour objet de permettre la discussion du bien-fondé de la mesure de garde à vue enfermée par la loi dans un délai de vingt-quatre heures renouvelable une fois ; que, par suite, les griefs tirés de ce que les dispositions contestées relatives à la garde à vue n'assureraient pas l'équilibre des droits des parties et le caractère contradictoire de cette phase de la procédure pénale sont inopérants"*.

⁶⁵⁴ Si veda J. LEROY, *La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue : une décision dérangeante*, in *Droit pénal*, 2012, pp. 22 e ss. In merito al rischio che il contropotere troppo direttamente diriga la mano del legislatore ai fini dell'efficacia del suo successivo controllo la mente italiana dovrebbe andare a quanto già detto al capitolo precedente in materia di *moral suasion* presidenziale.

⁶⁵⁵ Così condivisibilmente secondo F. FOURMENT, *Assistance effective d'un avocat en garde à vue: énième épisode d'une série loin d'en être à sa dernière saison*, in *Gazette du palais*, 13-14-I-2012, p. 46.

(infruttuosamente) discusso recentemente in sede di Consiglio europeo e che mirava a restringere notevolmente le competenze della Corte stessa⁶⁵⁶. La ragione della riforma era l'ampiezza del contenzioso che pende davanti alla Corte che, lungi dall'essere segno della sua crisi, è invece la prova che un contropotere efficace è spesso "vittima del suo successo" proprio perchè percepito significativamente, anche dall'opinione pubblica europea, come organo essenziale per l'evoluzione dello Stato di diritto anche per l'arditezza di certe sue pronunce⁶⁵⁷.

10. La prudenza, virtù classica del Principe

*"A des rares exceptions près, le contrôle exercé par le Conseil n'a pas conduit à la remise en cause de choix politiques majeurs. Il a influé sur les modalités de mise en œuvre de ces choix qui ont dû être mises en harmonie avec les exigences constitutionnelles"*⁶⁵⁸. Non c'è forse miglior modo di questo per definire (con il beneficio della generalizzazione che sconta una conclusione) la funzione che la giustizia costituzionale ha complessivamente rivestito in Francia ed anche in Italia: un contropotere rappresentante del popolo costituente che, se in alcune occasioni ha esercitato in modo appariscente la sua funzione di veto nei confronti del sistema, l'ha fatto prevalentemente *malgré soi*.

In Italia come in Francia le iniziali opposizioni (da sinistra) all'istituzione del giudice delle leggi erano legate al timore che esso introducesse un freno a determinate conquiste sociali tipiche delle ideologie novecentesche, laddove a questo stadio della loro storia la giustizia costituzionale (almeno per quanto riguarda l'Italia) ha dimostrato di essere esattamente l'opposto, ovvero un fondamentale motore del rinnovamento dell'ordinamento, facendo così oscillare l'opposizione al loro operato ormai più alla destra che alla sinistra degli emicicli parlamentari. Non che il contropotere, esercitando le sue funzioni in modo tale da configurare una forma di veto innovativa che spiega effetti attivi, si sia trasformato nel Potere: i due restano nettamente distinti, pur venendosi a sfumare la differenza basata sul connotato classico della dicotomia, ormai imperniata solo sul fatto che il Potere è azione prima laddove il contropotere è reazione consequenziale ad esso.

⁶⁵⁶ Si veda *Menace sur la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Le Monde*, 27-II-2012. Il *casus belli* è costituito da una pronuncia del 2005 con cui la CEDU ha condannato il Regno Unito (nonché l'Italia con la decisione *Scoppola* del 2011) perchè questo priva indiscriminatamente i detenuti dall'esercizio del diritto di voto.

⁶⁵⁷ Questa l'opinione del presidente del Conseil d'Etat: non casualmente ancora una volta un contropotere difende l'operato di un altro contropotere. Si veda *Jean-Marv Sauvé : "Le système européen des droits est notre bien commun"*, in *Le Monde*, 27-2-2012.

⁶⁵⁸ B. GENEVOIS, *L'influence du Conseil constitutionnel*, in *Pouvoirs*, 1989, p. 50.

Si è visto come tramite le strategie *esterne* il giudice delle leggi moduli l'impatto delle proprie decisioni e come in Francia il Conseil constitutionnel eserciti un'influenza notevole sul lavoro legislativo e ciò non solo per una più efficace collaborazione del Parlamento ma per effetto di un'azione che – ora non più solo *ex ante* ma anche *ex post* – orienta l'azione degli attori politici. Questa evoluzione, legata anche all'introduzione nel 2008 del controllo di costituzionalità in concreto, è un punto decisivo sul cui impatto sull'ordinamento francese ancora non si possono fare previsioni ma che potrebbe consentire un ulteriore rafforzamento delle conclusioni a cui si è giunti.

La forza del Conseil constitutionnel forse da questo punto di vista sta proprio nell'essere un'istituzione più difficilmente inquadrabile nello schema dell'organo giurisdizionale e per ciò molto più vicino alla politica. Si è ben consapevoli che questo può condurre ad una subordinazione del giudice delle leggi rispetto al Potere ma ciò da un certo punto di vista ha rafforzato la sua autorevolezza davanti a questo, anche per effetto come già si è detto, dell'azione esercitata dal Conseil d'Etat quale anticipazione del giudizio di costituzionalità. La Corte italiana dal canto suo vanta una tradizione ed un'elaborazione giurisprudenziale sconosciuta al suo omologo francese e proprio per questo, si è visto, rischia in molti frangenti di rimanere vittima della sua elaborata tecnicità, che mal si adatta ad essere compresa e messa a valore dal sistema politico. Ciononostante la Corte costituzionale ha senza dubbio nei momenti più difficili della sua storia (non ultimo il citato caso del lodo Alfano) saputo esercitare senza troppe esitazioni il suo ruolo, mantenendo una notevole compattezza al proprio interno, malgrado le fisiologiche divergenze fra i suoi membri che è dato di riscontrare anche dall'esterno e che fanno parte appunto di quelle che senza malizia si sono definite strategie *interne*, le quali possono rispondere a logiche non sempre necessariamente e puramente giuridiche.

Si è cercato poi di non dimenticare l'impatto più o meno diretto che il giudice di Strasburgo ha esercitato sulle rispettive giurisdizioni costituzionali nazionali non tanto sul piano del rapporto fra norme ma su quello più sostanzialistico della relazione fra le Corti, e si è visto come questo eserciti con sempre più evidenza un'influenza determinate all'affermazione del giudice nazionale quale contropotere reale dell'asse maggioranza-opposizione, aprendo probabilmente nuove porte alle Corti nazionali per mettersi in discussione in quanto tali. Ciò comporterà il ripensamento di altre consolidate ma opinabili posizioni giurisprudenziali, facendo valere sempre di più la sostanzialità del controllo di costituzionalità che sempre di più evolve verso una forma di giudizio di merito, ancora più esplicito e penetrante di quella che già ora è specificamente identificata come *ragionevolezza*, secondo un percorso che ha già da più di un secolo ha rivoluzionato la giurisdizione amministrativa, premessa storica e logica del giudice delle leggi.

CONCLUSIONI

UNA SINTESI NECESSARIAMENTE IN DIVENIRE SUL SISTEMA DEI CONTROPOTERI

1. I confini mobili tra Potere e Contropotere: la ricerca continua di un equilibrio

La ricostruzione del sistema dei contropoteri che si è compiuta in questo lavoro meriterebbe una conclusione che permettesse di mostrare l'organicità e la coerenza del tema indagato. L'intento non era quello di dimostrare come in uno dei due Paesi considerati il funzionamento degli organi di contropotere fosse più (o meno) efficace che nell'altro. Anzi, l'analisi ha dimostrato proprio come le debolezze che possono essere constatate in un ordinamento a proposito di un particolare organo di garanzia spesso sono compensate dalla migliore funzionalità di un altro contropotere che assume su di sé la responsabilità dell'azione di freno nei confronti del Potere. Di più. Non è nemmeno possibile, pur giunti al termine della nostra indagine, considerare quale sia il contropotere predominante o comunque quale "funzioni meglio" in ciascun Paese, in quanto la dinamicità dell'ordinamento (che è la dimensione temporale e reale dello svolgersi dei rapporti fra gli organi istituzionali) impedisce logicamente di effettuare un'istantanea affidabile dello *status quo*, di trarre bilanci e assegnare giudizi definitivi sulle prestazioni offerte dai singoli contropoteri "alla prova". Non solo: lo stesso contesto politico-sociale che i rispettivi ordinamenti devono regolare si rivela essenziale ai fini di definire realisticamente quale possa essere il margine di manovra dei contropoteri. L'azione di questi risulta infatti – in corrispondenza dell'attuale crisi economica di inusitata portata storica, volta quasi a definire un permanente *stato d'eccezione*⁶⁵⁹ – diminuita dalla necessità per

⁶⁵⁹ Si veda il cap. I, par. 1. Il riferimento alla congiuntura economico-finanziaria è costante nella giurisprudenza costituzionale del 2012 (e nelle relative difese erariali), soprattutto con riferimento alle condizioni di necessità ed urgenza dei decreti-legge. In particolare lo stato di crisi d'eccezione giunge a legittimare interventi del legislatore eccedenti le sue ordinarie competenze. *"L'eccezionalità della situazione*

il Potere di adottare misure emergenziali che non raramente rischiano di incidere pesantemente sulla tenuta del sistema dei diritti⁶⁶⁰. Avvalora questa considerazione una delle ipotesi di base del lavoro, secondo la quale l'esigenza dell'effettività dei contropoteri deriverebbe proprio da quello "stato di eccezione permanente" che si rivela essere una delle caratteristiche esistenziali dello Stato costituzionale nel nuovo millennio⁶⁶¹. Il lavoro ha anche voluto mostrare come la previsione formale dell'esistenza degli organi di garanzia costituzionale non sia affatto sufficiente ad inverare le condizioni di esistenza di un sistema istituzionalmente equilibrato, proprio perché si rivela essenziale constatare e controllare costantemente l'effettività del controllo esercitato dai medesimi. Solo di volta in volta sarà quindi possibile esprimere un giudizio sulla reale efficacia dei limiti al Potere. Un'analisi empirica sui contropoteri è essenziale se si vuole apprezzare la portata della sovranità sancita all'art. 1 della Costituzione, la quale sarebbe ricavabile solo al netto dei limiti che la costellano, argini che sono disseminati diffusamente in tutto l'articolato costituzionale e che è essenziale inventariare e ponderare se si vuole impostare una riflessione non totalitaria sulla sovranità stessa la quale, diversamente da quanto spesso si dice, non è affatto assoluta.

Il metodo principale che ha guidato il lavoro è stato per questo supportato da casi di studio esemplari che permettessero di constatare, volta per volta, come il sistema degli organi di garanzia si atteggiava e reagiva nei due ordinamenti, mettendone in luce episodicamente punti di forza e di debolezza. La preclusione per soluzioni assolute o comunque definitive e non esclude tuttavia che si possano rintracciare delle tendenze cicliche di fondo che ritmano la vita del regime politico e che aiutano a svelare il suo funzionamento. Per quanto i singoli capitoli facciano riferimento ai diversi contropoteri, per ognuno di essi si è cercato di riprodurre l'universo di relazioni che strettamente li avvincono gli uni agli altri, secondo logiche che se certo sono bidirezionali non sempre possiedono la stessa intensità.

Le premesse del lavoro sono compendiate dogmaticamente nel primo capitolo, nel quale si sono voluti condensare tutti i presupposti dell'analisi positiva ed empirica, cercando di offrire una prima sistematizzazione dogmatica del termine "contropotere", evocato spesso imprecisamente nella letteratura costituzionalistica e il quale manca tutt'ora di un tentativo di definizione. Si è cercato quindi di mostrare come, utilizzando gli strumenti del diritto costituzionale, fosse possibile esplorare un tema normalmente oggetto dell'indagine politologica salvaguardando le specificità della scienza giuridica.

economica che lo Stato deve affrontare è (...) suscettibile senza dubbio di consentire al legislatore anche il ricorso a strumenti eccezionali, nel difficile compito di contemperare gli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti i cittadini necessitano. Tuttavia è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale". Così Corte costituzionale 223/2012 e 311/2012.

⁶⁶⁰ Così come opportunamente sottolineato da Antonio Ruggeri in occasione del seminario del gruppo di Pisa tenutosi a Scilla il 21 settembre 2011.

⁶⁶¹ Si veda cap. I, par. 1.

L'attenzione è stata poi sempre rivolta alla necessità di procedere per sintesi successive, evitando scientemente di affrontare tutti i profili che un'indagine esaustiva su ogni singolo contropotere avrebbe richiesto e che avrebbe comportato la necessità di trasformare ogni capitolo in una tesi a sé. Alla dimensione del microscopio si è preferita quella del cannocchiale, non motivata dalla superficialità quanto dall'esigenza pressante e avvertita di non naufragare nell'immensa dottrina esistente e nei temi più diversi preferendo piuttosto tenere coerentemente l'attenzione fissata sul tema principale, alla sola luce del quale i singoli organi sono stati considerati.

2. Una nuova nozione: il contropotere.

L'*incipit* del lavoro è stato dedicato all'identificazione della categoria del contropotere in letteratura per tentare di ricavarne una definizione propria al diritto costituzionale⁶⁶². Benché non sussistano nella dottrina italiana tentativi che vadano esattamente in questa direzione, è stato ben possibile individuare gli essenziali contributi di quegli autori che, sensibili al tema delle garanzie costituzionali, hanno definito concetti imprescindibili a questo lavoro. Primi fra tutti Galeotti, con la teoria dei controlli costituzionali, Crisafulli e Paladin, grazie alla loro riflessione sui correttivi alla forma di governo e Barile, con la teoria dell'indirizzo politico costituzionale, i quali sono stati i riferimenti fondamentali dell'analisi⁶⁶³. Ancora prima si sono cercate le basi della riflessione costituzionalistica attenta allo svolgimento fattivo dei rapporti di forza fra istituzioni politiche, in una dimensione pragmatica ed agonistica della scienza giuridica⁶⁶⁴. Ciò a dimostrare come sia stata avvertita la necessità di ancorare nella tradizione costituzionalistica il tema inedito che costituisce oggetto d'indagine. Essenziale poi la dimostrazione dell'utilità della comparazione, idonea ad offrire un *benchmark* necessario alle valutazioni che si sono svolte. Benché forse non fosse necessario offrire una giustificazione di tale a scelta (quasi che la comparazione contaminasse per ciò solo la correttezza dell'analisi costituzionalistica) si è voluto specificare che il riferimento al sistema francese si rifà alla vicenda di un paese che, con cinquant'anni di anticipo rispetto all'Italia (e pur con modalità diverse), è repentinamente passato da una democrazia (drammaticamente)

⁶⁶² Distinguendo quindi innanzitutto tra contropoteri istituzionali (quelli che ci interessano) da quelli più propriamente sociali che pure spesso possiedono un riconoscimento costituzionale (quali mass media, associazioni, confessioni religiose...).

⁶⁶³ Cap. I, par. 3.

⁶⁶⁴ In questo senso i riferimenti a Duguit, Duverger, Arcoleo, Maranini, Mosca e al metodo storico sono stati essenziali. Si veda il cap. I, par. 2.

consensuale ad una (spesso altrettanto drammaticamente) maggioritaria⁶⁶⁵. L'intento è stato proprio quello di constatare quale fosse il cammino intrapreso da questi due Paesi per rincorrere il mito della *governabilità*.

Elemento essenziale di metodo è stato poi la natura sistematica dell'analisi, per la quale una valutazione dell'azione complessiva e sinergica degli attori di un determinato contesto (i contropoteri nel nostro caso) è necessaria per misurarne l'efficacia e l'impatto sul macrosistema (la forma di governo), partendo dall'assunto secondo il quale l'effetto prodotto dal sistema nel suo complesso è diverso da quella che è la somma dei suoi singoli componenti.

Prima di analizzare partitamente i singoli organi considerati sotto la prospettiva del contropotere si è proceduto inoltre a proporre una classificazione dei contropoteri, secondo le caratteristiche proprie di ogni organo⁶⁶⁶. La categorizzazione più importante, che è stata usata anche come "uscita di sicurezza" dell'analisi, è stata quella fra contropoteri interni ed esterni, che ci ha portato ad escludere quelli esterni (soprattutto regioni e Unione europea) dall'indagine per vederne solo i riflessi prodotti sugli stessi contropoteri interni, ossia quelli che direttamente e legittimamente intervengono a limitare o controllare il dispiegarsi dell'indirizzo politico della maggioranza. Il discrimine che ci ha permesso di dividere fra prima e seconda parte fa riferimento alla divisione tra contropoteri *democratici* (referendum e opposizione) ed *istituzionali* (componenti essenziali dello Stato-persona). Si è poi distinto fra i tanti termini che si usano indifferentemente per definire gli organi del controllo costituzionale, discriminando tra *limite* (che in se può essere puramente procedurale) e *contropotere* (che è necessariamente un organo), nonché tra contropoteri (intesi come singoli organi) e il contropotere (cioè il sistema degli organi di garanzia del loro complesso).

L'analisi ha messo in luce un certo parallelismo fra i due ordinamenti, al di là delle fin troppo sottolineate divergenze a livello di forma di governo: per entrambi vale lo schema che si è definito della "*tenaglia costituzionale*". In primo luogo nella fase del procedimento legislativo, per effetto dell'azione dell'opposizione parlamentare. Successivamente attraverso il controllo del Capo dello Stato, nel momento in cui la legge è perfetta ma non ancora efficace, tramite lo strumento del rinvio presidenziale, ed infine da parte del giudice delle leggi, dopo la promulgazione, nella fase (eventuale) del controllo di costituzionalità sul prodotto legislativo di maggioranza. Anche per la Francia è quindi possibile applicare lo stesso spettro d'analisi, pur considerando certo la posizione peculiare del Presidente della Repubblica (che gode pur sempre dello stesso potere di rinvio riconosciuto al Capo dello Stato italiano e del quale non è possibile teorizzare una

⁶⁶⁵ Si veda il capitolo I, parr. 7-8.

⁶⁶⁶ Quali sono ad esempio la natura preventiva o successiva del controllo, la forza del suo potere (veto assoluto, sospensivo o meramente dilatorio), la natura più democratica (rappresentativa o meno) o più tecnica dell'organo.

necessaria e costante identificazione con la politica strettamente governativa) e ben sapendo che il controllo a posteriori del Conseil constitutionnel è appena gli inizi. La fisiologica diversità di regime ha condotto l'analisi della funzione di contropotere nella fase dell'elaborazione legislativa a considerare per la Francia anche l'azione di controllo giuridico esercitata dal Conseil d'Etat sulle proposte di atti legislativi del governo.

Per verificare quando, come e con quali risultati sia scattata questa “tenaglia costituzionale” si è condotto un analitico monitoraggio di alcuni atti legislativi di maggioranza particolarmente problematici e contestati⁶⁶⁷. Si tratta quindi di norme primarie ma, coerentemente con l'assunto che collega l'opportunità di questo lavoro alla necessità di identificare un sistema di contropoteri all'interno di un regime sempre più decisamente maggioritario, la loro origine e la loro ispirazione è chiaramente governativa. In tal senso identifichiamo nel blocco Governo-maggioranza la personificazione del Potere.

3. Il referendum, un contropotere “stagionale”

Il referendum è apparso nella sua completa particolarità rispetto agli altri contropoteri considerati. Innanzitutto perché se ne sono prese consapevolmente in considerazione le due forme, quella ordinaria e quella costituzionale che, malgrado le differenze, si prestano entrambe a fungere da freno rispetto alle decisioni del Parlamento (chiaramente intendendo quindi il referendum costituzionale come potenzialmente oppositivo). Entrambi i due referendum possono essere contropoteri *in potenza*, a seconda della situazione politica nella quale si inseriscono. La specialità del referendum deriva anche dalla “composizione” di questo contropotere, formato dal comitato promotore e dal corpo referendario, ciò che lo rende il contropotere democratico per eccellenza, quello nel quale la sovranità popolare si esprime, facendo apparire il potere primo (quello del popolo) quale

⁶⁶⁷ Per l'Italia il Testo unico 327 del 2001 in materia di espropriazioni di pubblica utilità, la legge recante disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione e in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato n. 140/2003 del 22 giugno 2003, il referendum costituzionale del 2006 sulla legge costituzionale di riforma della seconda parte della Costituzione, la legge recante disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato, n. 124/2008, del 23 luglio 2008, il decreto-legge cd Salva Eluana (non emanato) e la legge recante disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza n. 51 del 7 aprile 2010. Per la Francia la *loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, n. 2008-174, del 25 febbraio 2008, la *loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* (cd. HADOPI) n. 2009-669, del 12 giugno 2009, la *loi des finances 2010* (limitatamente alla previsione della *taxe carbone*), la *loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, n. 2010-1192 dell'11 ottobre 2010, la *loi relative à la garde à vue*, n. 2011-392, del 14 aprile 2011, la *loi relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge*, n. 2011-803 del 5 luglio 2011.

contropotere ultimo di reazione contro un esercizio deviato del potere rappresentante (quello che è sinteticamente definito Potere nel lavoro di tesi).

Si sono messe in evidenza le relazioni che legano il referendum abrogativo agli altri contropoteri e soprattutto il difficile rapporto che esso intrattiene con le opposizioni che (come anche la storia della Costituente ha dimostrato) hanno spesso mostrato una certa diffidenza nei confronti questo strumento di democrazia diretta. Non solo perché esso fa fuoriuscire al di là del circuito della rappresentanza politica il controllo dell'indirizzo politico (tanto più nel caso dei referendum elettorali) ma anche perché il referendum si è rivelato negli anni un'arma a doppio taglio che può, da un lato, assolvere alla funzione di *extrema ratio* contro un provvedimento legislativo governativo ma che può, dall'altro, rivelarsi, in caso di fallimento, una clamorosa forma plebiscitaria che conferma la posizione minoritaria dell'opposizione nel Paese reale, rafforzando così il Potere⁶⁶⁸. Il referendum, rinunciando spesso l'opposizione "istituzionale" a farne uno strumento di azione politica e partecipazione democratica, è venuto così ad atteggiarsi negli anni più come contropotere esterno, gestito da opposizioni prevalentemente extra-parlamentari le quali hanno spesso trasportato sullo stesso l'incapacità di influire sul circuito del potere, modificandone quindi profondamente anche la natura. Proprio per evitarne possibili conseguenti strumentalizzazioni, la Corte costituzionale è intervenuta da almeno trent'anni ad imporre una rigida regolamentazione che può, a nostro parere, essere letta come il tentativo di salvare il referendum dal suo successo. Non lo si consideri un paradosso: proprio il ricorso estensivo al referendum ha concorso secondo i più a screditarne la significatività e l'utilità, agendo in senso preoccupante sulla partecipazione al voto. In questo processo, ancora una volta, l'opposizione ha avuto un ruolo importante, avvalorando spesso silenziosamente l'idea secondo la quale la partecipazione referendaria non fosse un momento importante di partecipazione democratica nel quale investire risorse e tempo. Il risultato è stato senza dubbio il crescere del fenomeno astensionistico, ultimamente e significativamente criticato anche dal capo dello Stato⁶⁶⁹. Allo stesso Presidente della Repubblica, "rappresentante del popolo referendario", bisogna poi riferirsi per ricordarne le esternazioni in costanza di campagna referendaria in difesa del pluralismo informativo nonché in due fasi rilevanti, precedente e successiva allo svolgersi della consultazione. Quanto alla prima, si è messo in luce come il capo dello Stato abbia correttamente agito in passato per evitare che una modifica legislativa non innovativa impedisse lo svolgersi del voto. In merito alla seconda – la situazione che segue il vittorioso esito di un referendum – il Presidente si è adoperato per evitare che il risultato della consultazione venisse posto nel nulla. In queste due direzioni si è mossa parallelamente, a conferma della necessità che i contropoteri agiscano

⁶⁶⁸ Si veda capitolo II, par. 2.

⁶⁶⁹ Capitolo II, par. 6.

di concerto, anche la Corte costituzionale, indicativamente con le sentenze 68/78 (come forma di tutela *ex ante* del referendum) e 22 del 2012 (come garanzia *ex post* del suo esito).

Il referendum costituzionale è stato fin'ora uno strumento troppo poco utilizzato perché possano desumersi dalle tendenze dominanti di fondo⁶⁷⁰. Tuttavia il caso del referendum del 2006 ha confermato la sua prevedibile forza d'urto, ponendo nel nulla l'intera riforma costituzionale approvata dal Parlamento nel 2005 sulla seconda parte della Costituzione.

Sebbene incidano su due fonti diverse, entrambi i referendum, abrogativo e costituzionale, sembrano accomunati dalla stessa natura, che può dare luogo alternativamente (e spesso imprevedibilmente) ad un'aperta sconfessione del Potere o ad una sua plebiscitaria conferma⁶⁷¹.

Questa considerazione ci ha permesso di constatare quanto poco in realtà differiscano la vera essenza del referendum italiano (tipicamente oppositivo) e di quello francese (in origine voluto come plebiscitario-controllato). Anche la Francia, dopo l'uso fattone da de Gaulle nei primi dieci anni della Quinta Repubblica, ha scoperto già dal 1968 come il referendum potesse imprevedibilmente giocare pro o contro il Potere. Da qui la sua rara utilizzazione nel sistema francese (limitata ormai a temi alquanto consensuali) e la rivelazione della sua funzione di "contropotere di riserva"⁶⁷². Questa constatazione potrebbe essere ulteriormente avvalorata dall'entrata in vigore della futura legge organica istitutiva di una nuova forma di *référéndum d'initiative partagée*, nelle cui fattezze *de iure condendo* si intravede (anche in Francia) la non troppo nascosta esigenza dell'opposizione di controllare questo inedito strumento e non lasciarlo nelle mani di una possibile opposizione extra-parlamentare.

3. Un'opposizione ancora poco costituzionale

Il secondo contropotere analizzato è l'opposizione parlamentare, inserita dopo il referendum in quanto entrambi espressioni di una forma di contropotere democratico (benché in modo decisamente minore rispetto al referendum)⁶⁷³. La difficoltà nel definire

⁶⁷⁰ Si veda il cap. II, par. 7.

⁶⁷¹ Nel primo senso vanno letti sicuramente i referendum abrogativi del 2011 e quello costituzionale del 2006. Nella seconda direzione invece possiamo ricordare a titolo di esempio il referendum sulla scala mobile nel 1981 e quello costituzionale del 2001.

⁶⁷² Cap. II, par. 9 e ss.

⁶⁷³ L'opposizione è stata considerata soprattutto dal punto di vista sostanziale, cercando di indagarne le modalità operative e l'efficacia all'interno degli equilibri istituzionali, esulando però dalle tradizionali trattazioni della materia che si concentrano sui progetti (tutti sostanzialmente falliti per l'Italia) di previsione

L'opposizione quale contropotere costituzionale deriva soprattutto da due elementi: dalla sua assenza formale nell'articolato della Carta e dal fatto che la minoranza non possieda alcuna vera e propria forza di veto da usare contro il potere⁶⁷⁴. In realtà sotto il primo aspetto si è messo in luce come siano state proprio le circostanze storiche (e la natura originariamente consensuale del regime italiano) ad escludere che in Costituzione si facesse menzione della stessa, sebbene da non pochi riferimenti (legati soprattutto alle maggioranze e minoranze qualificate in sede di votazioni parlamentari) sia rinvenibile la presenza necessaria dell'opposizione nel testo fondamentale. Dal secondo punto di vista si è sottolineato come in realtà il tipo di veto che l'opposizione è in grado di esercitare si può verificare sotto diverse specie, quali la non collaborazione ai lavori dell'assemblea, la non partecipazione a votazioni che richiederebbero maggioranze qualificate o, ancora, un'intensa campagna antigovernativa volta a sensibilizzare l'opinione pubblica. In altri termini, tutte quelle manovre più o meno dilatorie che assumono il nome di ostruzionismo, il quale può essere configurato come una forma di eccezionale diritto di resistenza da usarsi solo in circostanze straordinarie, quale può essere la violazione dei principi della Costituzione. In questo senso è utile spendere il concetto di "*opposizione costituzionale*" idonea a descrivere la minoranza che interviene in difesa del testo fondamentale reagendo ad una proposta illegittima della maggioranza.

Facendo riferimento all'opposizione richiamiamo un concetto mutevole di legislatura in legislatura⁶⁷⁵, tanto che è stato possibile trovare delle tendenze di fondo (ben diverse) tra l'atteggiarsi dell'opposizione di centro-sinistra e di centro-destra in Italia negli ultimi vent'anni⁶⁷⁶. A complicare il quadro si aggiunga il disinteresse totale con il quale la dottrina ha considerato fino ad ora l'azione dell'opposizione parlamentare, concentrandosi prevalentemente nell'analisi di riforme regolamentari ormai lontane il cui impatto sul sistema è stato, *bon gré mal gré*, pressoché nullo. Ben diversa è la situazione francese, dove la recente riforma costituzionale del 2008 ha finalmente costituzionalizzato la nozione di

positiva di uno Statuto dell'opposizione. Si è cercato di verificare non solo se il comportamento reale di quest'ultima risponda all'auspicata funzione di garanzia costituzionale ma anche se possono individuarsi delle *best practices* nell'esercizio della funzione di opposizione. Quest'ultima intesa come non necessariamente contrapposta all'indirizzo politico ma anche occasionalmente collaborativa e complementare, soprattutto in ciò che tocca la materia costituzionale.

⁶⁷⁴ Capitolo III, par. 2.

⁶⁷⁵ La difficoltà per quanto riguarda il caso italiano si è manifestata anche durante lo svolgimento di questo lavoro: la formazione del governo Monti nel 2011-2012 ha dato luogo ad una grande coalizione centrodestra-centrosinistra che ha sostanzialmente scompaginato anche formalmente i riferimenti tradizionali del Parlamento a vocazione maggioritaria. Si ritiene possa considerarsi questa una contingenza che non infirma i risultati dell'analisi, venendosi a connotare come situazione eccezionale e limitata nel tempo.

⁶⁷⁶ A tale proposito si possono rintracciare delle tendenze di fondo: l'opposizione di centro-destra si è rivelata molto più attiva (benché raramente su questioni che toccano il diritto costituzionale) di quella di centro-sinistra, facendo più largo uso degli strumenti di sindacato ispettivo e dell'attività emendativa. L'opposizione di centro-sinistra più che al miglioramento dei testi tende a valersi di strumenti dilatori quali ordini del giorno, richiesta del numero legale e presentazione di questioni pregiudiziali.

minoranza parlamentare, recepita poi adeguatamente nei regolamenti con la serie di diritti azionabili di cui si è detto⁶⁷⁷.

Si è tentato quindi di valutare l'efficacia della minoranza alla luce delle due variabili chiave utili a descrivere l'opposizione reale. Si tratta della sua *coesione* e della sua *coerenza*, categorie raramente usate in ambito giuridico. La prima mira a misurare i cosiddetti “voti ribelli”, ovvero sia la diversificazione delle posizioni in sede di voto dei diversi parlamentari tramite l'*indice di Rice*⁶⁷⁸. La coerenza, invece, è più difficile da misurare: per definirla è necessario ricorrere a una campionatura di casi, in quanto essa descrive la maggiore o minore continuità con la quale l'opposizione persegue le proprie strategie e la propria interpretazione costituzionale in sede di discussione e votazione parlamentare. Utilizzando la casistica si è visto come per l'Italia, soprattutto in corrispondenza della vicenda quasi decennale che aveva come perno la ricerca di un'uscita di sicurezza legislativa per la soluzione dei problemi giudiziari dell'allora Presidente del Consiglio, l'opposizione abbia tergiversato a più riprese nel difendere realmente e a fondo l'interpretazione costituzionale del principio di uguaglianza che poi ha motivato la definitiva censura della Corte costituzionale sul lodo Alfano. In altre parole, si è constatato come un Parlamento che da lungo tempo si dice maggioritario (e costituzionalmente bipolare) in realtà sia ancora dominato da inveterate logiche consensuali che si estendono pericolosamente ben al di là dell'ambito di ciò che, a parole, viene definito come “negoziabile”. Nella vicenda poco felice dei “lodi” si è messo in luce anche il ruolo opaco esercitato dal capo dello Stato, che avrebbe motivato o comunque condizionato il comportamento spesso poco comprensibile dell'opposizione nella fase di adozione dei provvedimenti. La variabile intensità dell'azione di opposizione non si è riscontrata solo nella fase propriamente legislativa dei lavori parlamentari ma anche nelle attività di controllo, sempre deficitarie e poco dirimenti nel nostro Parlamento.

Si è constatato quindi come la negoziazione dei valori costituzionali sia ancora una costante nel Parlamento “maggioritario” e come, tuttavia, l'azione pedagogica della giustizia costituzionale in alcuni frangenti possa essere determinante per indicare alla minoranza quale interpretazione costituzionale sia necessario perseguire e difendere in sede di dibattito. In altre parole si è rilevato come sempre più fitto sia il “dialogo” tra opposizione e giudice delle leggi, individuabile anche nell'evoluzione sempre più corposa delle pregiudiziali di costituzionalità che appaiono non raramente come vere e proprie

⁶⁷⁷ Si veda capitolo III, par. 2.

⁶⁷⁸ Il valore dell'indice di Rice in Italia si attesta su una media di 0,77, cifra che può parere piuttosto alta. Tuttavia in altri Parlamenti maggioritari, come quello francese e inglese, esso è decisamente più elevato, rispettivamente 0,97 e 0,99. L'indice per l'Italia è più elevato per l'opposizione di centro-destra (0,87) che per quella di centro sinistra (la quale fa precipitare l'indice a 0,68). In altri termini la coalizione di centro-destra esercita un'opposizione decisamente più compatta di quella della coalizione avversaria. Si veda il capitolo III, par. 3.

anticipazioni di memorie davanti alla Corte⁶⁷⁹. In questo senso si è considerato come ormai il processo costituzionale, sempre più prossimo alla conclusione della fase del dibattito sulla legge, possa essere considerato spesso la sede per riaprire e ricomporre in sede giurisdizionale lo scontro politico fra maggioranza ed opposizione. Ciò in quanto avviene non raramente in tale sede che le ragioni della minoranza vengano sostanzialmente fatte proprie dal giudice e quindi integrate nel provvedimento in modo tale da realizzare un equo bilanciamento fra principi difesi da opposte parti politiche⁶⁸⁰.

Benché l'opposizione francese sia decisamente più compatta e coerente di quelle italiane nel difendere le sue posizioni in sede parlamentare (ciò è sicuramente frutto di una ben più consolidata democrazia maggioritaria e della maggiore solidità delle coalizioni nel sistema transalpino), tuttavia esistono episodi di non scarso momento in cui la minoranza all'Assemblée si è rivelata decisamente poco coerente. Casi esemplari sono costituiti dalla legge che vieta di indossare il *burqa* e la legge di riforma delle cure per i malati psichiatrici. In entrambe le occasioni, dopo aver difeso una linea contraria a quella maggioritaria, l'opposizione ha rinunciato ad adire il Conseil constitutionnel⁶⁸¹. Un comportamento poco conseguente che ricorda, in un certo senso, quello dell'opposizione italiana che, dopo l'approvazione di leggi lungamente (ma forse non sempre realmente) avversate, rinuncia a percorrere la strada del referendum.

Il discorso sulle minoranze ci ha poi portato ad approfondire la funzione di controllo esercitata dall'opposizione nei confronti del Governo, manifestatasi anche recentemente nella configurazione del cosiddetto *governo ombra*, sia in Italia che in Francia⁶⁸². Questi, come altri elementi già descritti, hanno confermato una debolezza di fondo nel funzionamento dell'opposizione nei due Paesi, che non sempre si rivela coerente nello svolgimento della sua azione parlamentare, tanto più quando deve difendere una determinata interpretazione costituzionale⁶⁸³. Non si vuole dire che la minoranza dovrebbe sempre e necessariamente opporsi, quanto piuttosto che sulle questioni di maggior rilievo costituzionale essa debba mantenersi fedele alla lettura costituzionale dichiarata (tanto più se confermata dall'interpretazione della Corte) a pena di ricadere nel rischio di un

⁶⁷⁹ Capitolo III, parr. 8-9.

⁶⁸⁰ Si veda non solo capitolo III, par. 1 ma anche il capitolo V.

⁶⁸¹ Cap. III, par. 11.

⁶⁸² Si fa riferimento in Francia al *contre-gouvernement* di Ayrault del 2007 e in Italia a quello di Veltroni del 2008 (entrambi decisamente poco longevi) che riprendevano due esperienze precedenti, quella di François Mitterrand del 1966 e quello di Achille Occhetto del 1989.

⁶⁸³ I riferimenti e le considerazioni svolte nel lavoro in merito al tema della "leggera opposizione" troppo spesso eccessivamente compromissoria nel parlamento italiano si ritiene a caldo che abbiano avuto una qualche conferma nell'esito delle più recenti elezioni politiche italiane del febbraio 2013. Il lavoro è stato scritto prima di queste e l'indagine sull'opposizione risulta di conseguenza parzialmente già "datata" ma è tuttavia troppo presto per prevedere gli esiti di un possibile e forse nemmeno troppo incoraggiante nuovo corso politico in un parlamento sempre più frammentato.

immotivato e incomprensibile *revirement* politico o in una discrasia tra *strategia dichiarata* e *strategia emergente*.

4. Tra capo dello Stato e Conseil d'Etat

La riflessione sul capo dello Stato come “controllore” della fase di promulgazione/rinvio della legge si è estesa necessariamente alla valutazione dell'evoluzione del ruolo presidenziale in questo frangente, che negli ultimi anni ha subito una decisa modificazione. Tra gli atti dell'indirizzo politico costituzionale si sono identificati innanzitutto il potere di autorizzare il Governo a presentare i disegni di legge alle Camere, quello di rinvio ed infine quello (imposti in via di prassi avallata dalla Corte costituzionale) di rifiutare l'emanazione dei decreti-legge.

Dalla *dottrina Scalfaro*, che postulava il rinvio come potere-dovere del capo dello Stato in presenza di norme incostituzionali, alla dottrina Ciampi-Napolitano, che in effetti limita al minimo il ricorso al rinvio, da effettuarsi (almeno teoricamente) solo davanti a macroscopiche forme di illegittimità costituzionale, il ruolo del capo dello Stato ha subito un netto ridimensionamento⁶⁸⁴. Per meglio dire esso si è formalmente ridotto, ampliandosi però nella fase precedente alla votazione della legge nelle forme della *moral suasion* e giungendo in alcuni casi, laddove questa fosse inefficace, alla paradossale figura delle leggi promulgate con motivazione contraria. Tale involuzione del ruolo presidenziale ha determinato una drammatizzazione notevole del potere di rinvio che, lungi dall'essere correttamente concepito quale un segnale d'allarme al Parlamento, è ormai identificato impropriamente come un'ingerenza del Presidente nella gestione dell'indirizzo politico del Governo. Tale atteggiamento di *self-restraint* del Presidente – che, almeno nel settennato Napolitano, sembra non toccare invece sfere più sensibili dell'azione presidenziale, soprattutto in sede di esternazione – si riflette come si è visto sulla stessa opposizione parlamentare, limitandone l'azione in fase di discussione del progetto di legge, e anche sulla Corte, che può trovarsi ostacolata nell'esercitare la censura contro una legge che è stata promulgata con una non richiesta ed irrituale “patente” di costituzionalità dal Presidente. Di entrambi questi fenomeni è testimonianza, come si è visto, la vicenda dei lodi Schifani-Alfano⁶⁸⁵, che hanno appalesato la difficoltà con cui il ruolo presidenziale è venuto ad adattarsi al sistema maggioritario, in apparenza sempre al bivio tra dominante timore di non mostrarsi sufficientemente imparziale e necessità spesso recessiva di impersonare la figura

⁶⁸⁴ Si veda per la ricostruzione delle dinamiche nei tre settennati il prezioso D. GALLIANI, *Il capo dello Stato e le leggi*, Milano, 2011, pp. 522 e ss.

⁶⁸⁵ Capitolo IV, par 4.

del tutore della Costituzione. In altri termini, potremmo dire che il capo dello Stato sempre più spesso nel Parlamento maggioritario non sia ancora riuscito a trovare un suo *ubi consistam* tra funzione di indirizzo costituzionale e garanzia dell'unità nazionale, due aspetti che a torto si tende sempre più spesso ad opporre. Se infatti fino al 1993 il Presidente era criticato soprattutto per le leggi che rinviava alle Camere possiamo dire che oggi il problema sia esattamente opposto. Ciò spiega effetti non trascurabili anche sugli altri contropoteri. Infatti l'opposizione maggioritaria in Parlamento fa indefettibilmente della difesa del Presidente un punto di azione politica e ciò la porta non raramente e contraddittoriamente a non appoggiare le richieste di quelle minoranze che invece invocano l'esercizio del potere di rinvio in corrispondenza di provvedimenti legislativi incostituzionali. Il rischio, nell'atrofia del potere di rinvio (a cui si è osservato si accompagna anche quella del potere di messaggio), è quello di una sostanziale deresponsabilizzazione del Presidente in punto di costituzionalità, come se fosse sufficiente lasciare alla Corte l'accertamento dell'illegittimità laddove invece il rinvio potrebbe permettere un efficace e formale *caveat* preventivo diretto al Parlamento.

Punto invece di notevole importanza che si è messo in luce è l'uso sempre più diffuso che, dal settennato Scalfaro in poi, il capo dello Stato fa della giurisprudenza costituzionale nei messaggi di rinvio: ciò contribuisce in modo determinante ad alimentare il circuito dei contropoteri laddove il riferimento giurisprudenziale venga correttamente utilizzato.

La funzione presidenziale in Francia rende sostanzialmente superfluo il dilemma tra Presidente garante della Costituzione e Presidente imparziale, in quanto il capo dello Stato (malgrado la lettera dell'art. 5 della Costituzione del 1958) è tipicamente il principale vettore dell'indirizzo politico. Pur tuttavia, in alcuni straordinari frangenti anche il Presidente francese ha esercitato la sua funzione di veto (come nel caso significativo della mancata firma delle *ordonnances* del 1986). La promulgazione in Francia quindi è atto sostanzialmente rituale e ciò soprattutto a causa della natura a priori del sindacato di costituzionalità: se il Conseil rigetta la questione il Presidente non può di fatto che avallare tale scelta.

Proprio per tale ragione l'ordinamento francese ha individuato in un altro organo il controllore del Governo nella fase di elaborazione dei testi legislativi, il Conseil d'Etat. Il parallelismo che si è effettuato tra Presidente della Repubblica italiana e Conseil d'Etat non deve essere inteso come un'assimilazione. Si tratta di un accostamento che, per quanto azzardato, vuole descrivere come alla mancanza di un controllore l'ordinamento sopperisce naturalmente prevedendone un altro. Un parallelismo di funzioni che si esaurisce quindi nel ruolo che i due organi esercitano come freni preventivi al Governo nella fase di elaborazione dell'atto normativo. Il controllo esercitato dal Conseil d'Etat si fa apprezzare per la sua puntualità e qualità giuridica, che giunge, attraverso una procedura articolata e minuziosa, a svelare qualsiasi nervo scoperto dell'atto scrutinato, il quale viene

ordinariamente riscritto dall'alto consesso amministrativo⁶⁸⁶. Forte della sua composizione collegiale, nella quale le singole responsabilità dei consiglieri scompaiono dietro l'autorevolezza dell'Assemblea generale e del livello di competenza dei membri, l'azione di contropotere esercitata dal Conseil è di prima grandezza, anche perché le conclusioni a cui esso arriva sui provvedimenti in esame vengono quasi sempre fatte proprie in seconda battuta dal Conseil constitutionnel⁶⁸⁷. Ciò dà all'esame del giudice amministrativo un'autorevolezza e una persuasività che lo rende il primo e autentico organo di controllo costituzionale dell'ordinamento.

5. La sanzione del giudice costituzionale: ultimo contropotere

Il ruolo del giudice delle leggi non è quello di un vero e proprio contropotere di ultima istanza o vertice dei contropoteri (vista la circolarità del sistema dei contropoteri) quanto, piuttosto, l'incarnazione più intensa e pervasiva di quel potere di veto che è insito nell'idea di contropotere. In particolare, si è accostata la sentenza di rigetto all'antico potere della sanzione regia, con la quale il sovrano co-partecipava alla volontà legislativa delle Camere. Si è giustificato tale parallelo facendo riferimento alla natura necessariamente rappresentativa del giudice costituzionale che, al di là della legittimazione data dalla sua natura di organo tecnico specializzato, fonda la sua esistenza su quella che in uno Stato democratico costituzionale è la contrapposizione implicita tra popolo costituito e popolo costituente. In altri termini il giudice delle leggi è il potere rappresentativo di quel popolo costituente trans-temporale che si oppone al popolo attuale retto dalla regola della maggioranza⁶⁸⁸. In questo senso si è voluto considerare il giudice costituzionale come secondo vettore di quell'indirizzo politico costituzionale che caratterizza il ruolo del capo dello Stato. In altre parole, lo sguardo che si è diretto sul giudice delle leggi è stato improntato ad osservare il *realismo* utilizzato dallo stesso nell'esercizio della sua missione istituzionale⁶⁸⁹, non trascurando anche elementi che sfuggono al diritto costituzionale e che toccano profili della sociologia delle organizzazioni⁶⁹⁰. Ciò implica la necessità di riguardare

⁶⁸⁶ L'analisi tiene conto dell'esperienza diretta dell'autore che ha seguito l'analisi del progetto di legge relativo alla cura dei malati psichiatrici nel giugno 2011.

⁶⁸⁷ Rara eccezione a questa regolarità è il caso della legge 1192/2010, relativa alla previsione del divieto del burqa nei luoghi pubblici, esaminato al capitolo IV, par. 11.

⁶⁸⁸ Si segue in tal senso la ricostruzione di prezioso F. BLANCHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, 2001, pp. 159 e ss.

⁶⁸⁹ M. TROPER, *Le réalisme et le juge constitutionnel*, in *Le cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, p. 150. Si veda anche D. RIBES, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, in *Le cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, pp. 132 e ss.

⁶⁹⁰ In tal senso è stato fondamentale il riferimento a D. SCHAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, 2010, p. 36.

al giudice costituzionale quale attore inserito nel circuito dell'indirizzo politico e quindi, necessariamente, come autore di una *strategia* che gli consenta di svolgere il suo ruolo altamente politico senza tuttavia essere considerato parziale⁶⁹¹. Tale ultima condizione è poi resa possibile dalla stessa natura del giudice delle leggi, organo collegiale per eccellenza, in tanto in quanto la sua composizione plurale impedisce un'eccessiva connotazione e individualizzazione delle politiche giurisprudenziali, le quali paiono di fatto più l'espressione di un'unica e spersonalizzata elaborazione giuridica che il risultato di uno o più membri identificabili, contro i quali potrebbe indirizzarsi una critica politica puntuale dall'esterno.

In questo senso si è sottolineata l'importanza delle *strategie* interne ed esterne utilizzate dal giudice delle leggi. Le prime, meno visibili, sarebbero legate alla necessità di creare e mantenere appunto l'immagine compatta della giurisdizione costituzionale, al di là delle divisioni che possono sussistere all'interno del collegio. Gli strumenti che normalmente si usano a tale scopo sono essenzialmente la motivazione e la formula del dispositivo, che fungono da mezzi di compromesso fra le diverse anime della Corte. Questa pluralità di voci interna si spiega anche con i classici *clivages* politici che, dal 1993 in poi, sono intervenuti a caratterizzare sempre più spiccatamente i profili dei giudici costituzionali. Se fino ad allora anche la Corte possedeva una maggioranza "bloccata" essendo di fatto definiti convenzionalmente i rapporti di forza fra maggioranza ed opposizione da una regola fissa, ciò che ha caratterizzato la Corte nell'epoca del maggioritario è la teorica possibilità di alternanze anche al suo interno⁶⁹².

Anche le strategie esterne (ben più visibili di quelle *interne*) non sono da sottovalutare. Anzi, esse ci consentono di apprezzare una delle poche forme di comunicazione indiretta tra Corte, potere e gli altri contropoteri. Si è vista l'elaborazione giurisprudenziale che il giudice delle leggi ha sviluppato per consentire al sistema politico di accettare con meno traumi possibili la sua presenza nell'ordinamento e il suo inserimento negli equilibri istituzionali (fatto avvenuto, come noto, con un ritardo che è significativo del timore che il sistema partitico nutra nei confronti della Corte). Da tale punto di vista il solo pericoloso mezzo di deresponsabilizzazione della Corte davanti a questioni particolarmente spinose e politiche è l'uso troppo estensivo delle ordinanze o sentenze di inammissibilità. Il rischio è certamente quello del diniego di giustizia, non solo per il caso concreto collegato al processo costituzionale ma anche per l'eventuale incostituzionalità che la Corte rifiuta di affrontare. Anche l'uso del precedente è una modalità strategica che rischia di imbrigliare la Corte in soluzioni giurisprudenziali troppo prudenti che non

⁶⁹¹ Ci si rifà a tale proposito all'originale lavoro di J. MEUNIER, *Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris-Bruxelles, 1994.

⁶⁹² Diciamo teorica in quanto per ora, di fatto per ragioni legate alle scadenze dei mandati, i giudici eletti hanno conservato un'origine politica abbastanza univoca, il che ha contribuito (ma certo a torto) ad alimentare le molte polemiche rivolte soprattutto in occasione della censura del lodo Alfano contro la Corte stessa.

tengano in considerazione il fondamentale principio del *distinguish the precedent* e, soprattutto, l'evoluzione del contesto socio-politico legato ad un particolare tema. Si è visto anche come il precedente possa essere utile ad affermare la *factio* dell'inevitabilità della soluzione giurisprudenziale individuata dalla Corte, radicandola quindi in un passato insospettabile dal punto di vista politico, in ragione della sua distanza temporale dal momento della decisione presente, per porla così al sicuro da eventuali critiche provenienti dal mondo politico.

Da parte sua il Conseil constitutionnel condivide molte delle strategie interne ed esterne del giudice costituzionale italiano, benché sconti un'elaborazione giurisprudenziale per molti versi meno connotata dal tecnicismo tipico della Corte nostrana, dovuta anche al profilo spesso non tecnico-giuridico dei suoi membri. La maggiore sensibilità politica del Conseil (pur messo in discussione dalla recente riforma introduttiva della *question prioritaire de constitutionnalité*) gioca invece a suo favore nel sistema tipicamente francese di sindacato *a priori*, laddove il giudice deve farsi discreto arbitro tra maggioranza ed opposizione e fare non raramente della legge il prodotto di un compromesso processuale fra le parti politiche che, in sede di giudizio, continuano a confrontarsi sui principi e sulle posizioni già difesi in sede parlamentare.

Poco sopra si accennava al problema del diniego di giustizia. Per quanto il tema sia stato poco analizzato dalla dottrina italiana riteniamo si tratti di un aspetto dirimente per inquadrare quella che è l'azione del giudice costituzionale. La fattispecie tipica (oltre a quella individuata solo per l'Italia del ricorso alla categoria dell'inammissibilità) è quella che viene a prospettarsi quando la questione sottoposta al giudice delle leggi viene da questo definita ad inquadrata in termini ambigualmente diversi rispetto a quanto indicato dall'opposizione parlamentare in Francia o dal giudice *a quo* in Italia. Così avviene ad esempio quando, per evitare di censurare il testo dandone un'interpretazione sostanziale, il giudice costituzionale dà una definizione formalistica della fattispecie⁶⁹³.

Si è cercato poi di non dimenticare l'impatto più o meno diretto che il giudice di Strasburgo, quale contropotere esterno, ha esercitato sulle rispettive giurisdizioni costituzionali nazionali, non tanto sul piano del rapporto fra norme ma su quello più sostanzialistico della relazione fra le Corti. Si è visto come la CEDU eserciti con sempre più evidenza un'influenza determinate all'affermazione del giudice nazionale quale contropotere reale dell'asse Governo-maggioranza. Tale dinamica ha portato anche i giudici costituzionali a ripensare alcune consolidate ma opinabili posizioni giurisprudenziali, facendo valere sempre di più la sostanzialità del controllo di costituzionalità che evolve verso una forma di giudizio di merito, più esplicito e penetrante di quella che già ora è specificamente identificata come ragionevolezza, secondo un percorso che da più di un secolo ha rivoluzionato la giurisdizione amministrativa, premessa storica e logica a quella del giudice delle leggi.

⁶⁹³ Si è a tale proposito visto per l'Italia il caso del condono edilizio e fiscale (l. 326/2003 e 289/2002).

Questo è sostanzialmente il risultato dell'analisi della casistica prescelta (sentenze 348 e 349 del 2007 per la Corte italiana e 2010-14/22 QPC del Conseil constitutionnel) che ha messo in luce un risvolto inedito del dialogo fra giudici: la giurisprudenza CEDU sembra aver assunto quasi il ruolo di *assist* per il giudice delle leggi nazionale, essenziale per rafforzare la propria legittimità e giungere a soluzioni giurisprudenziali già accennate timidamente nella giurisprudenza pregressa ma non portate alle loro logiche conseguenze. In altre parole: forte del sostegno di una giurisdizione non nazionale, i cui legami con il Potere (tipicamente ancorato ad una dimensione statale) sono ridotti a poca cosa, la Corte italiana e il Conseil francese giungono a risultati prima insperati dal punto di vista della garanzia dei diritti⁶⁹⁴.

6. Quale valutazione complessiva del sistema dei contropoteri?

Ripresi per sommi capi i risultati dell'indagine svolta sui singoli organi di contropotere e sulle loro reciproche relazioni, non si può che riaffermare la relatività delle conclusioni alle quali si è giunti, dovendo il sistema essere giudicato quotidianamente alla luce dei diversi *stress* che esso deve affrontare su sollecitazione della politica e, quindi, del Potere. In ogni caso si è visto soprattutto come sia opportuno ragionare alla luce non solo (scientificamente) di una pluralità di discipline ma anche (istituzionalmente) di una logica di coordinamento fra più organi. Tale modalità di lettura dialogica dei rapporti fra organi consente di apprezzare due regole. Innanzitutto serve a confortare, grazie ad un accumulo di conferme, le conclusioni a cui ogni singolo organo giunge grazie all'attività di controllo svolta, rafforzandone così la legittimità. Dall'altro lato può anche consentire al contropotere che si esprime successivamente di correggere le conclusioni (eventualmente erronee) a cui gli altri sono giunti. In altre parole l'idea di sistema di organi esercenti una medesima funzione ma con modalità ed identità costitutive diverse conferma la classica teoria organizzativa delle *ridondanze strutturali*, idonea ad aumentare le capacità di riserva del sistema delle garanzie.

Se dovessimo poi tracciare un bilancio in merito all'efficacia dei singoli contropoteri nei due Paesi, potremmo forse osservare che il sistema italiano è caratterizzato dalla tendenza secondo la quale i contropoteri "*successivi*", ossia esterni alla forma di Governo,

⁶⁹⁴ In questo senso si può fare riferimento al tema delle leggi retroattive di interpretazione autentica, salvate dalla Corte costituzionale e invece censurate dalla CEDU (caso Agrati del 2011), nonché al tema delle misure di sicurezza, considerate dal giudice costituzionale italiano come misure processuali per le quali potrebbe applicarsi la retroattività, diversamente da quanto opinato dal giudice di Strasburgo che adotta un'interpretazione sostanzialistica delle stesse.

che non partecipano alla fase di elaborazione degli atti normativi, quali il referendum e la Corte costituzionale, si rivelano molto più efficaci degli altri due (nella fattispecie: il capo dello Stato e l'opposizione, spesso condizionati dalle logiche intrinseche al Potere) nell'esercizio della loro azione di freno. Il discorso vale anche in prospettiva comparata, in quanto in Francia sarebbero invece proprio le opposizioni e il Conseil d'Etat ad essere vettori di un'accentuata forza di resistenza nei confronti del potere mentre, per converso, l'uso limitatissimo del referendum da un lato e le prudenze giurisprudenziali del Conseil constitutionnel dall'altro, ci confermano come in Francia i contropoteri "precedenti" siano più efficaci. Il tipico centralismo tecnocratico alla francese caratterizza quindi anche il sistema dei contropoteri, in quanto il regime sembra possedere adeguati anticorpi al suo interno, segno di una struttura e un di circuito democratico ben più saldi ed affidabili di quanto risultino, fino ad oggi, in Italia.

BIBLIOGRAFIA

- M. ABELES, *Un ethnologue à l'Assemblée*, Paris, 2000.
- ALAIN, *Le citoyen contre les pouvoirs*, Paris, 1926.
- G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino, 2008.
- M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2007.
- L. AMMANNATI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994.
- V. ANGIOLINI, *Presidente della Repubblica e stati di crisi*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997.
- A. ANZON DEMMIG, *Il rispetto del "giudicato costituzionale" : un richiamo severo della Corte al legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2011.
- G. ARCOLEO, *Diritto e politica*, in *Uomini e tempi*, Milano, 1932.
- G. ARCOLEO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2005.
- P. AUVRET, *La faculté d'empêcher du président de la République*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1986.
- P. AUVRET, *La qualification du régime: un régime parlementaire*, in *Revue du droit public*, 1998.
- P. AVRIL. *Qui fait la loi*, in *Pouvoirs*, 2005.
- R. BADINTER, *La longue marche vers la question préjudicielle de constitutionnalité*, in AAVV, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques?*, Paris, 2009.
- R. BADINTER, *Le Parlement n'est pas un tribunal*, in *le Monde*, 14-I-2012.
- R. BADINTER, *Le pouvoir et le contrepouvoir*, in *Le Monde*, 23-XI-1993.
- R. BADINTER, *Une longue marche: Du Conseil à la Cour constitutionnelle*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.
- A. BALDASSARRE-C- MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985.
- A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, *Presidente della Repubblica e maggioranza di Governo*, AAVV, *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984.
- A. BARBERA-T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008.
- A. BARBERA-A. MORRONE, *La repubblica dei referendum*, Bologna, 2003.

- A. BARILARI, *La contribution carbone et le Conseil constitutionnel : une censure annoncée ?*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 18-I-2010.
- P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958.
- P. BARILE, *La Corte Costituzionale come organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. Cost.*, 1957.
- F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris, 1966.
- M. BAUDREZ, *Referendum italien et referendum français: elements de convergence*, in *Il giudizio di ammissibilità*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998.
- U. BECK, *Potere e contropotere nell'età globale*, Bari, 2010.
- J. BENETTI, *Premier bilan de l'application du nouveau dispositif de l'article 48 de la Constitution : les avatars de la mise en oeuvre de l'ordre du jour partagé*, in *Constitutions*, 2010.
- W. BENJAMIN, *Angelus Novus*, Torino, 2008.
- C. BERGONZINI, *A proposito dell'iter parlamentare della l. n. 124 del 2008*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Il Lodo ritrovato. Una quaestio ed un referendum sulla legge n. 124 del 2008* (collana Amicus Curiae), Torino, 2009.
- C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006.
- G. BERTOLINI, *Ostruzionismo parlamentare*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1981.
- E. BETTINELLI, *I poteri del capo dello Stato nella stagione del "superpotere politico"*, in www.astrid-online.it.
- E. BETTINELLI, *Una lezione da non dimenticare: garanzie costituzionali e "poteri pericolosi"*, in B. PEZZINI (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto costituzionale*, Milano, 2003.
- C. BIDEGARAY-C. EMERI, *Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir*, *Revue de Droit Public*, 1994.
- R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2008.
- M. BIGNAMI, *I pareri del Csm e la costituzionalità delle leggi*, in www.forumcostituzionale.it.
- P. BILLET, *L'invalidation de la « contribution carbone »*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 25-I-2010.
- R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2001.
- R. BIN, *L'ultima fortexxa. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.
- R. BIN, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009.

- R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006.
- P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963.
- F. BLACHER, *Controle de constitutionnalite et volonte generale*, Paris, 2001.
- P. BLANCHER, *Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ?*, in *Pouvoirs*, 2003.
- J.M. BLANQUER, *Les methodes du juge constitutionnel*, Paris, 1993.
- J. BLONDEL - F. BATTEGAZZORRE, *Majoritarian and consensus parliamentary democracies: a convergence towards cooperative majoritarianism*, in *Quaderni di Scienza Politica*, 2002.
- N. BOBBIO, *Stato, governo e società*, Torino, 1985.
- E. W. BOCKENFORDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985.
- M. BON VALSASSINA, *Profilo dell'opposizione anticostituzionale dello stato contemporaneo*, *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1957.
- L. BORSI, *Classe politica e costituzionalismo. Mosca, Arcoleo, Maranini*, Milano, 2000.
- P. BOURDIEU, *La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986.
- C. BOYER-MERENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, 1996.
- V. BOYER, *Le Sénat, contre-pouvoir au bloc majoritaire?*, in *Revue de droit public*, 2011.
- G. BRAIBANT, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'Etat*, in AAVV, *Mélanges Gérard Conac*, Paris, 2001.
- M. BREDI, *La guerra del Quirinale : la difesa della democrazia ai tempi di Cossiga, Scalfaro e Ciampi*, Milano, 2006.
- G. BRUNELLI, *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quad. cost.*, 2001.
- G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO, *Ritorno alle origini*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano, 2005.
- A. BURATTI, *Il diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, 2006.
- A. BUZZEGOLI-A. SCARCELLA, *La tutela penale del territorio e del paesaggio: condono edilizio ed ambientale*, Milano, 2009.
- P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.
- S. CALZOLAIO, *Il rinvio delle leggi nella prassi*, in *Quad. cost.*, 2006.

- Q. CAMERLENGO, *Il governo ombra: ascesa e declino*, in *Quad. cost.*, 2009.
- G. CAPANO - M. GIULIANI, *Il parlamento italiano fra logica di governo e logica istituzionale. (molto fumo per quale arrosto?)*, in J. BLONDEL - P. SEGATTI (a cura di), *Politica in Italia* 2003.
- G. CAPANO-M. GIULIANI, *Tra il prima e il dopo*, in G. CAPANO-M. GIULIANI, *Parlamento e processo legislativo in Italia: continuità e mutamento*, Bologna, 2000.
- G.G. CARBONI, *Alla ricerca di uno statuto per l'opposizione parlamentare*, Torino, 2004.
- G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, 2007.
- G. CARCASSONNE, *La place de l'opposition: le syndrome français*, in *Pouvoirs*, 1998.
- G. CARCASSONNE, *Le bonheur de l'opposition*, in *Pouvoirs*, 2004.
- G. CARCASSONNE, *Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi*, in AAVV, *Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, Paris, 1999.
- A. CARDONE, *La presidenza Ciampi e il potere di rinvio delle leggi. Prime prove di pedagogia istituzionale?*, in *Democrazia e diritto*, 2004.
- A. CARIOLA, *I controlli sugli atti del Governo, con particolare riguardo ai decreti-legge*, in A. RUGGERI (a cura di), *del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011.
- A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giustizia costituzionale*, Milano, 1994.
- L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.
- L. CARLASSARE, *Considerazioni sul principio democratico e referendum abrogativo*, in *Il giudizio di ammissibilità*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998.
- L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in www.astrid-online.it.
- L. CARLASSARE, *Strutture di governo e strutture di garanzia nell'attuazione della Costituzione, Relazione al Convegno "La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino" - Bergamo, 28-29 ottobre 2005*, in www.astrid-online.it.
- P. CARNEVALE, *Richiesta di referendum abrogativo, intervento legislativo sopravvenuto e "blocco" delle operazioni referendarie. Nuovi spunti di riflessione alla luce di un recente intervento del capo dello Stato e di taluni sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. It.*, IV, 1993.
- P. CARNEVALE, *Scioglimento anticipato e slittamento del referendum. Il conflitto di attribuzioni serve a qualcosa?*, in www.forumcostituzionale.it.
- R. CARRE DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1931.
- S. CASSESE, *L'immunità della burocrazia*, in *Politica del diritto*, 1971.

- P. CASSIA, *La Constitution malmenée*, in *Esprit*, 2008.
- F. CASTALDI, *Norme ed usi in tema di contingentamento dei tempi di discussione presso la Camera dei Deputati*, in *Rass. Parl.*, 2005.
- M. CAVINO, *L'eccezione d'incostituzionalità delle leggi*, in M. CAVINO-A. DI GIOVINE-E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010.
- M. CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato. Nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, 2008.
- L. CEDRONI, *Democrazia in nuce. Il governo misto da Platone a Bobbio*, Roma, 2011.
- A. CELOTTO, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2004.
- M. CERASE, *Opposizione politica e regolamenti parlamentari*, Milano, 2005.
- A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Dir.*, XV, Roma, 1994.
- D. CHAMUSSY, *Procédure parlementaire et qualité de la législation: la contribution du Conseil Constitutionnel à la sécurité juridique*, in CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité de droit*, Paris, 2006.
- E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1968.
- E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di L. Elia*, vol. II, Milano, 1999.
- E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'Esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959.
- O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010.
- J. CHEVALLIER, *Le juge constitutionnel et l'effet Becket*, in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges Favoreu*, Paris, 2007.
- F. CHIARELLI, *Il Presidente della Repubblica e i decreti legge sui "Pacchetti Sicurezza"*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.
- F. CHIARELLI, *Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento legislativo. La Presidenza Napolitano tra moral suasion e "promulgazioni irrituali"*, in G. C. DE CESARE (a cura di), *Lezioni sul Parlamento nell'età del disincanto*, Roma, 2011.
- J. CHICHE, *Abstention et blancs et nuls au référendum du 24 septembre 2000*, in *Revue française de science politique*, 2001.
- C. CHIMENTI, *Il Presidente della Repubblica nel parlamentarismo maggioritario*, in *Nomos*, 2002.

- D. CHINNI, *Quirinale e legge Alfano: riflessione sulle esternazioni presidenziali*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, 2009.
- L. CIAURRO, *Governo ombra : ancora un istituto imitato, ma non importabile*, *Rassegna parlamentare*, 2009.
- M. CLARICH, *Corte Costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, www.astrid-online.it.
- G. CONAC, *Le référendum: quel avenir?*, Paris, 1990.
- B. CONSTANT, *Principi di politica*, Soveria Mannelli, 2007.
- L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000.
- V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960.
- V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939.
- E. CUCCODORO, *Il diritto pubblico nella transizione costituzionale italiana*, Bologna, 1999.
- D. DE BECHILLON, *Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux*, in *Revue française de droit administratif*, 2010.
- C. DE CARO BONELLA, *Diritto parlamentare*, Rimini, 1992.
- C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI-R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica: atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005.
- C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario ed unità nazionale*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2003.
- E. DE GIORGI, *Modelli di opposizione: Italia e Gran Bretagna, due esperienze a confronto*, paper presentato al XXII convegno SISP, in www.sisp.it.
- B. DE LAMY, *La rétention de sûreté : pénal or not pénal ?*, in *Revue de science criminelle*, 2009.
- A. DE MARCO, *Il potere di rinvio alle Camere (un'interpretazione evolutiva)*, in *Il Filangieri*, 2005.
- P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnel*, Paris, 2006.
- G. DE VERGOTTINI, *Lo "shadow cabinet" : saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*, Milano, 1973.
- G. DE VERGOTTINI-T.E. FROSINI, *Sul mito della Corte costituzionale "in-politica"*, in www.forumcostituzionale.it.

- R.S. DE VITIS, *Le informative urgenti nell'ambito del rapporto tra Parlamento e Governo: aspetti evolutivi*, in AAVV, *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma, 2010.
- F. DEL CANTO-E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale : giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro : atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010*, Torino, 2011.
- F. DEL CANTO, *I rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento: sguardo d'insieme su una coabitazione inevitabilmente difficile*, in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento II*, Pisa, 2008.
- J.M. DENQUIN, *Referendum et plebiscite. Essai de théorie générale*, Paris, 1976.
- J. DERRIDA, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, Torino, 2003.
- A. DI CAPUA, *Il tempo del parlamentari. Fino a che punto si può comprimere la libertà di parola?*, in E. GIANFRANCESCO - N. LUPO, *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007.
- A. DI GIOVINE, *Referendum e Corte Costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2000.
- T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Paris, 1997.
- T. DI MANNO, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006.
- S. DIEMERT, *Le référendum d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009.
- M. DOGLIANI, *Il "potere di esternazione" del Presidente della Repubblica*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997.
- B. DOLEZ-A. LAURENT- L. MOREL, *Le référendum en France sous la Vème République. Les enseignements de la géographie électorale*, in *Revue internationale de politique comparée*, 2003.
- S. DONDI, *Il "letto di giustizia" del Governo in Parlamento*, in *Queste istituzioni*, 2010.
- S. DONDI, *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista*, in *Quad. cost.*, 2010.
- R. DOSIERE, *Le contrôle ordinaire*, in *Pouvoirs*, 2010.
- G. DRAGO (a cura di), *L'exécution des décisions du conseil constitutionnel: l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, 1991.
- L. DUGUIT, *Le trasformazioni dello Stato. Antologia di scritti*, Torino, 2003.
- J.P. DUPRAT, *Le référendum constitutionnel dans un système français dominé par une logique représentative*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006.
- O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Comment les cours constitutionnelles prennent leurs décisions : aspect descriptif et normatif : Le Conseil Constitutionnel*, in www.conseil-constitutionnel.fr.

- M. DUVERGER, *Droit constitutionnel, institutions politiques*, Paris, 1956.
- M. DUVERGER, *I partiti politici*, Milano, 1970.
- M. DUVERGER, *L'autre côté des choses*, Paris, 1977.
- M. DUVERGER, *L'expérience française du régime semi-présidentiel*, in M. DUVERGER, *Les régimes semi-présidentiels*, Paris, 1986.
- M. DUVERGER, *La Repubblica tradita*, Milano, 1960.
- M. DUVERGER, *Le Président de la République n'est pas obligé de signer les ordonnances*, in *Le Monde*, 22-III-1986.
- C. EMERI, *Gouvernement des juges ou veto des sages ?*, in *Revue de droit public*, 1990.
- P. FALZEA, *Aspetti problematici del seguito legislativo delle sentenze della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI, *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000.
- P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi*, Milano, 2000.
- M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-burqa : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2011.
- M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le référendum et la protection des droits fondamentaux*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2003.
- L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1964.
- L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternance, cobabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, 1988.
- L. FAVOREU, *Le problème du contrôle du référendum en France*, in *Il giudizio di ammissibilità*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998.
- R. FEOLA, *Il referendum nel sistema politico italiano*, Napoli, 2001.
- G. FERRARA, *Le ragioni del diritto costituzionale*, in www.costituzionalismi.it.
- G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Milano, 2001.
- G. FERRI, *Magistratura e potere politico: la vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio superiore della magistratura*, Padova, 2005.
- G. FERRI, *Riflessioni sul referendum costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2006.

- M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica : atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005.
- M. FIORILLO, *La Corte costituzionale nella transizione infinita*, in *Quad. cost.*, 2005.S. FOIS, *Il referendum come "contropotere" e garanzia nel sistema costituzionale italiano*, in E. BETTINELLI- L. BONESCHI (a cura di), *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, Milano, 1978.
- U. FORTI, *I controlli nell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. II Parte II, Milano 1915.
- M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, Roma, 1997.
- M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, Paris, 2004.
- O. FOUQUET, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011.
- F. FOURMENT, *Assistance effective d'un avocat en garde à vue: énième épisode d'une série loin d'en être à sa dernière saison*, in *Gazette du palais*, 13-14-I-2012.
- B. FRANCOIS, *La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion*, in *Pouvoirs*, 2003.
- L. FRANÇOIS-F. B. HUYGHE, *Contre-pouvoirs de la société d'autorité à la démocratie d'influence*, Paris, 2009.
- J. FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, 1983.
- C. FUSARO, *E' ancora possibile rappresentare l'unità nazionale?*, in www.forumcostituzionale.it.
- S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?*, in AAVV, *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984.
- S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949.
- S. GALEOTTI, *Presidente della Repubblica e transizione costituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1996.
- S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963.
- D. GALLIANI, *Il capo dello Stato e le leggi*, Milano, 2011.
- Y. GAUDEMET, *La Constitution et la fonction législative du Conseil d'Etat*, in *Mélanges Jean Foyer*, Paris, 1997.
- Y. GAUDEMET, *Le Président est tenu de signer*, in *Le Monde*, 18-IV-1986.
- D. GAXIE, *Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République*, in D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, Paris, 1989.

- B. GENEVOIS, *L'influence du Conseil constitutionnel*, in *Pouvoirs*, 1989.
- B. GENEVOIS, *Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux*, in M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS - C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, 2005.
- B. GENEVOIS, *Le Conseil Constitutionnel et le référendum*, in G. CONAC-D. MAUS (a cura di), *Le référendum, quel avenir?*, Paris, 1990, pp. 95 e ss.
- B. GENEVOIS, *Le Conseil d'État et l'application de la Constitution*, in G. DRAGO (a cura di), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Paris, 2007.
- M. E. GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, Milano, 2000.
- R. GHEVONTIOAN, *Actualité du droit électoral*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2001.
- R. GHEVONTIAN, *Conseil Constitutionnel-Conseil d'Etat: le dialogue des juges*, in *Revue française de droit administratif*, 2000.
- A. GHIRIBELLI, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il caso Englaro*, in www.giurcost.it.
- C. GHRENASSIA, *Le charme discret de la garde à vue: errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011*, in *Revue Lamy Droit des affaires*, ottobre 2011.
- L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2008.
- R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1980.
- T.F. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" del referendum e limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, Torino, 2007.
- V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*, in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007.
- V. GREVI, *Il male minore*, in *Il corriere della sera*, 10-VII-2008.
- M.C. GRISOLIA, *Alla ricerca di un nuovo ruolo del Capo dello Stato nel sistema maggioritario*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009.
- M.C. GRISOLIA *La legittimità del "lodo Alfano" tra controllo del capo dello Stato e controllo della Corte costituzionale*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, 2009.
- C. F. GROSSO, *Di male minore in male minore...*, in *La stampa*, 25-VII-2008.
- E. GROSSO, *Corte costituzionale e revisione costituzionale*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica : atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005.

- E. GUARDUCCI, *Sul necessario potenziamento del seguito delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in AAVV, *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005.
- G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (note preliminari)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 1951.
- G. GUIGLIA, *L'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi*, Torino, 1991.
- F. HAMON, *Le referendum: étude comparative*, Paris, 1995.
- L. HAMON, *Les juges de la loi : naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, 1987.
- A. HOLLEAUX, *Les pouvoirs multiples dans le Pouvoir*, in *Revue de droit prospectif*, 1978.
- F. HOURQUEBIE, *Le contre-pouvoir, enfin connu*, in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic. Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Paris, 2008.
- F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Cinquième République*, Bruxelles, 2005.
- J. HUMMEL, *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, 2010.
- P. JOXE, *Cas de conscience*, Paris, 2010.
- J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, 2012.
- O. KUTY, *La négociation des valeurs*, Bruxelles-Paris, 1998.
- E. LAMARQUE, *La translatio iudicii e gli effetti delle sentenze manipolative della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2007.
- E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 1921.
- B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, 2002.
- C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.
- C. LAZERGES, *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel*, in *Revue de science criminelle*, 2008.
- A. LE DIVELLEC, *Les effets du contrôle parlementaire*, in *Pouvoirs*, 2010.
- J. LEROY, *La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue : une décision dérangeante*, in *Droit pénal*, 2012.
- S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la Vème République*, Paris, 2011.
- L.R. LETTIERI, *I poteri dello Stato e la funzione di controllo*, Roma, 1948.

- S.J. LIÉBER-D. BOTTEGHI-V. DAUMAS, *La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État*, in *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010.
- W. LINDER, *Démocratie directe: la panacée?*, in *Présent et avenir de la démocratie directe*, Ginevra, 1994.
- D. LOCHAK, *Le Conseil d'Etat en politique*, in *Pouvoirs*, 2007.
- G. LOMBARDI, *I (latenti) conflitti fra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2008.
- R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo : controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003.
- G. LUCATELLO, *Atti formali ed attività informali nello svolgimento del ruolo della Presidenza della Repubblica*, in AAVV, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996.
- N. LUCCHI, *La legge Création et Internet: le censure del Conseil constitutionnel*, in *Quaderni costituzionali*, 2010.
- F. LUCHAIRE, *De la méthode en droit constitutionnel*, in *Revue du droit public*, 1981.
- F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, 1999.
- F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?*, in *Revue du droit public*, 1979.
- M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, vol. I, t. II, Bologna-Roma, 2005.
- M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.rivistaaic.it.
- M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in A. CERRI - P. RIDOLA - P. HÄBERLE - D. SCHEFOLD (a cura di), *Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma, 2010.
- M. LUCIANI, *La revisione costituzionale in Italia*, in L. FAVOREU - O. PFERSMANN (a cura di), *La revision de la Constitution – journées d'étude des 20 mars et 16 decembre 1992*, Aix-en-Provence, 1993.
- N. LUPO, *Il procedimento legislativo in Assemblea, nel rapporto (ancora irrisolto) con il Governo*, in AAVV, *Il Parlamento del bipolarismo. Un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere*, Napoli, 2007.
- N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in <http://amministrazioneincammino.luiss.it>.
- C. MAINARDIS, *Violazione dell'art. 138 Cost., "assorbimento improprio" delle censure di incostituzionalità e giudizio in via incidentale*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. GUAZZAROTTI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008. Atti del Seminario di Ferrara, 27 marzo 2009*, Torino, 2009.

- E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione : verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? : atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino, 2002.
- A. MANZELLA., *Il blocca-processi e la Costituzione*, in *la Repubblica*, 4-VII-2008.
- A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2001.
- G. MARANINI, *Dommatrice e storia. Risposta a Vezio Crisafulli*, in *Stato e diritto*, 1940.
- G. MARANINI, *Il tiranno senza volto*, Milano, 1963.
- T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, in *Opere*, I, Milano, 2000.
- A. MASSERA, *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1973.
- W. MASTOR, *La contribution carbone à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2009 : chronique d'une mort - et d'une renaissance ? – annoncées*, in *AJDA*, 2010.
- P. MAZEAUD, *La rétention ? Une mauvaise loi !*, in *Le nouvel observateur*, 28-II-2008.
- Y. MENY-M. GUERAUDIN, *Consultaione o co-decisione? L'evoluzione del ruolo consultivo del Conseil d'Etat*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994.
- A. C. MERCIER, *Le référendum d'initiative populaire: un trait méconnu du génie de Condorcet*, in *RFDC*, 2003.
- J. MEUNIER, *Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris-Bruxelles, 1994.
- J. MEUNIER, *Contraintes et stratégie en droit constitutionnel*, in M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS - C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, 2005.
- J. MEUNIER, *Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique*, in *Pouvoirs*, 2003.
- M. MIDIRI, *Corte, organi politici, giurisdizione*, in *AAVV, Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008.
- C. MIGNONE, *Profili di tecnica della legislazione nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato*, in C. MIGNONE (a cura di), *Crisi della legislazione*, Padova, 1997.
- S. MILACIC, *De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs: Montesquieu revigoré par le néolibéralisme*, in A. PARIENTE (a cura di), *La séparation des pouvoirs, théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, 2007.
- S. MILACIC, *Le contre-pouvoir, cet inconnu*, in *AAVV, Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Bordeaux, 2003.
- F. MITTERRAND, *Le Coup d'État permanent*, 1965.
- F. MODUGNO-P. CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e di giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sent. N. 16 del 1978*, in *Il*

- giudizio di ammissibilità, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998.
- F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI - F. MODUGNO - F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003.
- N. MOLFESSIS, *La résistance immédiate de la Cour de Cassation à la QPC*, in *Pouvoirs*, 2011.
- G. MONNERVILLE, *Le référendum est une forfaiture?*, in *Rev. Pol et parl.*, 1963.
- C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, Milano, 2004.
- C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, 1975, Bologna-Roma.
- C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998.
- G. MOTZO, *Messaggio*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976.
- P. MOUZET, *Sur les revirements du Conseil constitutionnel*, in *Revue de droit public*, 2002.
- C. MURGIA, *Referendum e sistema rappresentativo in Francia*, Milano, 1983.
- B. NABLI, *L'opposition parlementaire, un contre-pouvoir politique saisi par le droit*, in *Pouvoirs*, 2010.
- D. NOCILLA, *Funzione consultiva del Consiglio di Stato e Costituzione*, in AAVV, *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008.
- P. NORTON, *La nature du contrôle parlementaire*, in *Pouvoirs*, 2010.
- P. NUSS, *Référendum et initiative populaire en France : de l'illusion en général et de l'hypocrisie en particulier*, in *Revue de droit public*, 2000.
- V. ONIDA, *Corte costituzionale, quando la forza dipende dall'unione*, in *La Repubblica*, 3-V-2007.
- V.E. ORLANDO, *Criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Modena 1925.
- A. PACE, *Art. 82*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979.
- A. PACE, *I limiti del potere*, Napoli, 2008.
- A. PACE, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in www.costituzionalismo.it
- A. PACE, *Il blocco-processi è anticostituzionale*, in *Europa*, 20-VI-2008.
- L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998.
- L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico*, Milano, 1997.
- L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

- L. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità dei referendum*, in *Il giudizio di ammissibilità*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998.
- S. P. PANUNZIO, *Chi è il "custode" del risultato abrogativo del referendum?*, in *Giur. Cost.*, 1997.
- S. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Bari, 1992.
- J.L. PARODI, *Le triangle référendaire: le scrutin référendaire du 24 septembre 2000 est-il un référendum d'un type nouveau ?*, in *Revue française de science politique*, 2001.
- J. PASCAL, *La procédure accélérée: un bilan de deux ans de mise en œuvre*, in *Les petites affiches*, 18-II-2011.
- J. PASCAL-J.P. ROY, *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Paris, 1997.
- J. PASCAL, *Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût*, in *AJDA*, 2008.
- J. PASCAL, *Les oppositions*, in *Pouvoirs*, 2004.
- G. PASQUINO, *L'opposizione*, Bari, 1995.
- G. PASQUINO, *Una leggera opposizione*, in *il Mulino*, 2002.
- G. PASQUINO-O. MASSARI-A. MISSIROLI, *Opposizione, governo ombra, alternativa*, Bari, 1990.
- P. PASQUINO, *Contraintes juridiques? La Cour constitutionnelle italienne*, in M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS - C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, 2005.
- P. PASQUINO, *Voter et délibérer*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 2007.
- P. PEDERZOLI, *Corte costituzionale e Parlamento: il confronto sul giusto processo*, in C. GUARNERI-F. ZANNOTTI, *Giusto processo? Introduzione di diritti fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale?: Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, Padova, 2006.
- P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008.
- I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011.
- I. PERARDI, *Le pratiche ostruzionistiche nel Parlamento maggioritario*, in A. BARBERA-T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008.
- A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010.
- P.L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobbies nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011.
- P.L. PETRILLO, *Il governo ombra: vita (breve) e morte (annunciata)*, in *Quad. cost.*, 2009.

- P.L. PETRILLO, *Opposizione e governo ombra : dalle suggestioni britanniche alle (goffe) imitazioni italiane*, in T.E. FROSINI-C. BASSU-P.L. PETRILLO (a cura di), *Il presidenzialismo che avanza : come cambiano le forme di governo*, Roma, 2009.
- C.M. PIMENTEL, *L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir*, in *Pouvoirs*, 2004.
- C. PINELLI, *Sul referendum del 25-26 giugno 2006*, in *Dir. Pubbl.*, 2006.
- A. PIZZORUSSO, *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in *Pol. Dir.*, 1987.
- A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997.
- A. PIZZORUSSO, *Presupposti per una ricostruzione storica del referendum: i "referendum di stimolo" e i "referendum di rottura"*, in E. BETTINELLI- L. BONESCHI (a cura di), *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, Milano, 1978.
- M.C. PONTHEUREAU, *L'opposition comme garantie constitutionnelle*, in *Revue de droit public*, 2002.
- M.C. PONTHEUREAU, *Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008.
- H. PORTELLI, *Arbitre ou chef de l'opposition?*, in *Pouvoirs*, 1999.
- A. PREDIERI, *Appunti sul potere del Presidente della Repubblica di autorizzare la presentazione dei disegni di legge governativi*, in *Studi sen.*, LXX, 1958.
- A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: "comitati del no" e Governo a Corte*, in M. AINIS, (a cura di), *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano, 2005.
- A. PUGIOTTO, *La seconda volta*, www.forumcostituzionale.it.
- A. PUGIOTTO, *"Se non così, come? E se non ora, quando?" : sulla persistente mancata elezione parlamentare di un giudice costituzionale*, in L. DESANTI, P. FERRETTI- A.D. MANFREDINI, *Per il settantesimo compleanno di Pierpaolo Zamorani : scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà*, Milano, 2009.
- A. PUGIOTTO, *"Veto players" e dinamiche istituzionali nella vicenda del "lodo Maccanico"*, in *Quad. cost.*, 2004.
- A. RAFFAELLI, *La "diffusione" del controllo di costituzionalità: problemi e prospettive della comunicazione dell'ordinanza di rimessione alle Camere*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002.
- J. RANCIÈRE, *L'odio per la democrazia*, Napoli, 2005.
- A. RANNEY, *Référendum et démocratie*, in *Pouvoirs*, 1996.

- A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in M. D'AMICO - B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino 2009.
- G. U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica – art. 87*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1978.
- G.U. RESCIGNO, *Referendum ed istituzioni*, in *Pol. Dir.*, 1978.
- B. RIBADEU DUMAS, *Les carrières dans et hors le Conseil d'Etat*, in *Pouvoirs*, 2007.
- D. RIBES, *Le réalisme du Conseil Constitutionnel*, in *Cahier du Conseil constitutionnel*, 2007.
- C. RIBOLZI, *Il condono edilizio: aspetti costituzionali ed amministrativi*, Roma, 1986..
- I. RICHIR, *Le président de la République et le Conseil Constitutionnel*, Paris, 1998.
- P. RIDOLA, *Brevi note sul rapporto fra referendum e parlamentarismo alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998.
- G. RIVOSECCHI, *I poteri ispettivi e il controllo parlamentare: dal question time alle commissioni di inchiesta*, in E. GIANFRANCESCO-N. LUPO, *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007.
- J. ROBERT, *La garde de la République*, Paris, 2000.
- J. ROBERT, *Mitterrand peut refuser de signer*, in *Le Monde*, 18-IV-1986.
- S. RODOTÀ, *La svolta politica della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1970.
- S. RODOTÀ, *Le nuove idee per l'opposizione*, in *La Repubblica*, 12-V-2008.
- A. ROMANO-TASSONE, *Sulla c.d. "funzione democratica" della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in A. RUGGERI, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994.
- S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.
- R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in www.astrid-online.it.
- R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011.
- R. ROMBOLI, *La natura della Corte Costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. VIGNUDELLI, *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009.
- R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997.

- R. ROMBOLI, *Verso un "nuovo" utilizzo delle decisioni interpretative*, in *Quaderni costituzionali*, 2007.
- P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, 2006.
- D. ROUSSEAU (a cura di), *La démocratie continue*, Paris, 1995.
- D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ?*, in G. DRAGO (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, 1999.
- D. ROSSEAU, *Sur le Conseil Constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, 1997.
- M. ROUX, *La fonction consultative du Conseil d'Etat*, in *Rev. Adm*, 1999.
- A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento. Tra aperture del modello e fluidità dell'esperienza*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI, *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000.
- A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in www.astrid-online.it.
- A. RUGGERI, *La Corte costituzionale ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.*, 2011.
- A. RUGGERI, *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della formazione e politicità dei giudizi di costituzionalità)*, in V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI-R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica : atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005.
- A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi e autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997.
- A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con "motivazione"... contraria?*, e, dello stesso autore, *Ancora un caso di promulgazione con "motivazione"... contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza)*, in www.forumcostituzionale.it.
- A. RUGGERI-G. SILVESTRI, *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000.
- A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004.
- S. SALLES, *La présence de l'argument conséquentialiste dans les délibérations du Conseil constitutionnel*, in www.droitconstitutionnel.org.
- L. SALVI, *Premessa a uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957.
- G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e gli atti equiparati*, in AAVV, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo. Atti del Convegno di Roma, 26 novembre 2010*, Roma, 2011.
- O.L. SCÀLFARO, *La mia Costituzione. Dalla Costituente ai tentativi di riforma*, Firenze, 2005.
- C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981.

- O. SCHRAMECK, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale*, in B. FRANÇOIS- R. DRAGO (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, 1999.
- P. SCIOLA, *Lo statuto dell'opposizione parlamentare nell'ordinamento italiano*, Firenze, 2001.
- D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil Constitutionnel*, Paris, 2010.
- G. SERGES, *Il rifiuto di emanazione del decreto-legge*, in www.astrid-online.it
- E. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, in E. SIEYES, *Ecrits politiques*, Paris, 1994.
- G. SILVESTRI, *Il popolo sotto tutela: garanzia formale e criterio di ragionevolezza nella conformazione giurisprudenziale del diritto al referendum*, in *Il giudizio di ammissibilità*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998.
- G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica: dalla neutralità-garanzia al governo della crisi*, in AAVV, *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984.
- G. SILVESTRI, *Le garanzie della Repubblica*, Milano, 2009.
- G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005.
- V. SOMMACCO, *Le droit d'amendement et le juge constitutionnel en France et en Italie*, Paris, 2002.
- D. SORACE-A. TORRICELLI, *Dal condono selvaggio al condono sostenibile?*, in *Le Regioni*, 2005.
- F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. Soc.*, 1987.
- A. SPADARO, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris*, in AAVV, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale, Seminario di studio svoltosi a Messina, 23 febbraio 1996*, Padova, 1997.
- A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993.
- A. SPADARO, *Storia di un "consolato" di garanzia: il Presidente-garante e la Corte-custode a cinquant'anni dall'inizio dell'attività della Consulta*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- M. C. STECKEL, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, Paris, 2002.
- A. STONE SWEET , *Governing with judges*, Oxford, 2000.
- A. STONE SWEET, *La politique constitutionnelle*, in B. FRANÇOIS- R. DRAGO (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, 1999.

- A. STONE SWEET, *The birth of judicial politics in France. The Constitutional Council in comparative perspective*, Oxford, 1992.
- Y. SUREL, *L'opposition au Parlement. Quelques éléments de comparaison*, in *Revue internationale de politique comparée*, 2011.
- P. TACCHI, *La partitocrazia contro il referendum o il referendum contro la partitocrazia?*, Milano, 1996.
- A.P. TANDA, *Lineamenti di storia dell'ostruzionismo italiano*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento*, Torino, 1992.
- J. THOMAS, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Paris, 2011.
- G. TIMSIT, *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, Paris, 1995.
- V. TONDI DELLA MURA- M. CARDUCCI- R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica : atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005.
- M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, in AAVV, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, 2001.
- M. TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie continue*, in D. ROUSSEAU, *La démocratie continue*, Paris, 1995.
- M. TROPER, *La loi Gayssot et la Constitution*, in *Annales histoire sciences sociales*, 1999.
- M. TROPER, *Le réalisme et le juge constitutionnel*, in *Le cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007.
- M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, in M. TROPER - V. CHAMPEIL-DESPLATS - C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, 2005
- G. TSEBELIS, *Poteri di veto. Come funzionano le istituzioni politiche*, Bologna, 2004.
- P.V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Bologna, 2003.
- N. URBINATI, *Sono l'ombra del Governo*, in *L'Espresso*, 25-IX-2008.
- . URFALINO, *La décision par consensus apparent. Nature et propriétés*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 2007.
- X. VANDENDRIESSCHE, *Le Parlement entre déclin et modernité*, in *Pouvoirs*, 2001.
- L. VANONI, *Federalismo, regionalismo e sussidiarietà. Forme di limitazione al potere centrale*, Torino, 2009.
- G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, 1954.
- G. VEDEL, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, in AAVV, *Mélanges Chapus*, 1992.

- P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997.
- A. VIDAL-NAQUET, *L'institutionnalisation de l'opposition. Quel statut pour quelle op position?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009.
- G. VOLPE, *Referendum abrogativo e diritto di resistenza*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998.
- L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi*, Milano, 2004.
- F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della politica economica*, Milano, 1986.
- V. WRIGHT, *Conseil d'Etat e Consiglio di Stato: le radici storiche della loro diversità*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994.
- G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.
- G. ZAGREBELSKY, *La Costituzione come bandiera*, in *La Repubblica*, 30-I-2012.
- G. ZAGREBELSKY, *Napolitano, la Consulta e quel silenzio sulla Costituzione*, in *Repubblica*, 17-VIII-2012.
- G. ZAGREBELSKY, *Ostruzionismo parlamentare delle opposizione e della maggioranza*, in AAVV, *Il Parlamento nella Costituzione e nella prassi*, Milano, 1989.
- G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti : la Corte costituzionale e la politica*, Torino.
- N. ZANON, *La motivazione delle decisioni del Conseil constitutionnel*, in A. RUGGERI, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994.
- J.C. ZARCA, *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle, majorité parlementaire sous la cinquième République (1986-1992)*, Paris, 1992.

ABSTRACT EN FRANÇAIS

**POUVOIRS ET CONTREPOUVOIRS,
LES LIMITES JURIDIQUES AU POUVOIR MAJORITAIRE
DANS LA DYNAMIQUE DU REGIME POLITIQUE EN ITALIE ET EN FRANCE**



Sandro Botticelli, *Pallade e il centauro* (1482-1485)

Candidat: Sebastiano DONDI

Directeur de thèse: Prof. Andrea PUGIOTTO

Co-directeur de thèse : Prof. Guy CARCASSONNE

I

POUVOIRS, CONTREPOUVOIRS ET DROIT CONSTITUTIONNEL

1. *Entre conflits constitutionnels et état d'exception: entre droit constitutionnel et science politique*

La notion de contrepuvoir est souvent évoqué dans les ouvrages de droit constitutionnel mais, surtout dans la doctrine italienne, elle n'a pas fait l'objet jusqu'à maintenant une véritable analyse. Cela probablement car le mot contrepuvoir se situe à la limite entre science politique et science juridique. Il s'agit d'un terrain de frontière où l'étude de la seule norme juridique doit être intégré avec celui des relations entre les différents pouvoir, dans le camp scientifique qui est plus précisément celui des conflits constitutionnels. Il ne s'agit pas seulement de ces conflits qui peuvent opposer les différents organes constitutionnels et qui, dans le système italien, sont justiciables devant la Cour constitutionnelle (*conflitto d'attribuzione fra poteri dello Stato*) mais surtout de ceux qui restent latents et sous trace. Bien que moins évidents, ceux-ci, loin d'être pathologiques, constituent la règle de la vie des institutions et méritent d'être étudiés dès près comme manifestation presque quotidienne de la réalité constitutionnelle pour qu'ils ne dégénèrent pas dans cet *état d'exception* qui constitue la fin de l'ordre constitué.

L'idée d'un conflit constitutionnel permanent qui vivifie la vie des institution est sans doute moins choquante pour l'histoire constitutionnelle française que pour celle italienne. La différence se situe au niveau (en cohérence avec la célèbre thèse de Carl Schmitt) de la genèse de la Constitution italienne qui, différemment du texte fondamentale français du 1958, a été conçu comme un compromis parmi les différentes forces antifascistes. Le consensualisme inscrit dans ce texte a fait ainsi que n'importe quel source de conflit entre les organes constitutionnels ait été toujours considéré comme un réalité gênante qu'il fallait repousser en dépit du risque de trahir ainsi la Constitution même.

2. *Pour une définition théorique du contrepuvoir dans le droit constitutionnel*

Depuis l'instauration du fait majoritaire en Italie en 1994 on peut bien dire que l'équilibre du régime politique, comme en France depuis 1962, penche en faveur du pouvoir exécutif, corollaire du principe majoritaire qui facilite remarquablement l'action politique du Gouvernement. Il est désormais nécessaire même en Italie de poser les bases pour une réflexion scientifique sur les contre-pouvoirs dans leur ensemble, considérés non pas singulièrement mais comme système organique d'acteurs institutionnels. Pour faire cela il est nécessaire de considérer l'évolution des contre-pouvoirs choisis pour voir si et comment en Italie et en France ils se sont adaptés à la transition du régime proportionnel à celui majoritaire.

La notion de *limite* est à la base du constitutionnalisme contemporain. Le mot apparaît explicitement dans l'article premier de la Constitution italienne, qui n'en offre pas pourtant une définition. On peut retrouver un concept similaire mais sous-entendu dans la Constitution française (article 3) : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Si la première phrase met en exergue la nature de contre-pouvoir en puissance du référendum français la deuxième met en évidence une idée fondamentale: aucune majorité politique peut s'arroger le droit d'incarner à elle seule la souveraineté nationale. Les pouvoirs de la majorité sont soumis donc aux bornes de la Constitution. Il y a là le concept même de la *contre-démocratie* (ou *démocratie négative*) de Rosanvallon, qui est exercé par deux types de contre-pouvoir. Le premier est traditionnellement celui d'origine aristocratique et technocratique (dont la magistrature est l'exemple le plus lumineux) et le deuxième est celui, plus récent, du *peuple-veto* (sous la forme du référendum).

Il existe donc une sorte de dualisme concurrentiel entre pouvoir et contre-pouvoir. Pourtant il est vrai que les organes exerçant une fonction de contre-pouvoir doivent contrôler en permanence le pouvoir, mais cela ne signifie pas que toujours à cette action suive une sanction (*contre-acte*). Si le pouvoir doit agir le contre-pouvoir ne doit pas toujours réagir, faute de la paralysie du régime politique.

Il ne faut pas confondre les trois notions qui sont souvent utilisées d'une façon indifférenciée : *limite*, *contrôle* et *contre-pouvoir*. Le premier indique (au moins dans l'esprit de la Costituzione) toute forme de frein et réglementation du pouvoir, qui désigne les organes de contre-pouvoir ainsi que leurs actes. Le contrôle, à son tour est une forme de limite particulière, qui postule une phase critique, souvent sous la forme de jugement. Enfin, le contre-pouvoir est un organe qui exerce la fonction de limite selon le droit constitutionnel, dont le consentement est nécessaire pour innover l'ordonnement juridique. L'objet de cette étude sont donc les contre-pouvoirs qui écharnent un type de limite juridique au pouvoir sous la forme du contrôle. Il est donc nécessaire d'identifier les différents contre-pouvoirs et fournir leur recensement et le résultat de leur synergie pour connaître « l'extension » de la souveraineté nationale et comprendre que celle-ci ne réside pas seulement dans le pouvoir mais même dans son limite.

3. Individuation des limites de la souveraineté nationale

Au delà de sa définition la notion de *contrepouvoir* peut être ultérieurement analysée. On peut avant tout distinguer entre contrepouvoirs *internes* et *externes*, selon qu'ils soient ou non des organes étatiques prévus par la Constitution.

En Italie parmi les limites externes on retrouve avant tout les organisations internationales (article 11 Cost.), dont l'Union Européenne (article 117), les régions et les collectivités territoriales (titre V de la Costituzione). Parmi les limites externes on compte même le referendum (art. 75 Cost.), car il est l'expression d'un corps qui n'appartient pas à l'Etat-personne. Le referendum nous permet aussi d'apprécier la différence entre le pouvoir et la souveraineté : cette dernière est au peuple et le premier délégué au circuit Parlement-Gouvernement. La souveraineté et donc au même temps, et sans contradiction, source du pouvoir et aussi du contrepouvoir. Parmi les contrepouvoirs externes il y a même des acteurs sociaux qui sont nommés dans la Costituzione : les associations, les confessions religieuses, les partis politiques, les syndicats, les medias...dont l'existence est assurée par des *limites internes* tels que la réserve de loi et des contrepouvoirs tels que la magistrature, qui veillent au respect des libertés fondamentales des « contrepouvoirs sociaux ».

Parmi les contrepouvoirs internes on peut considérer avant tout le Président de la République, en fonction de ses différents pouvoirs (émanation des décrets et règlements, dissolution du Parlement, autorisation à la présentation des projets de loi au Parlement et leur promulgation...), l'opposition parlementaire et la Corte costituzionale. De même on peut dire pour la France, avec quelques précisions. Avant tout il faut mettre en exergue la nature ambiguë du chef de l'Etat, qui « veille au respect de la Constitution » mais qui est avant tout le chef de la majorité, hors période de cohabitations et autres circonstances exceptionnelles. On verra à ce propos comment le régime français a tenté de pallier l'absence d'un contrôleur dans la phase d'élaboration des textes normatifs du Gouvernement. Puis le referendum qui a été introduit dans la Constitution de 1958 comme un outil du pouvoir mais qui dans la pratique a fonctionné comme une véritable arme de sanction contre le système politique.

En France le pouvoir judiciaire est moins indépendant du pouvoir politique qu'en Italie. En effet malgré l'existence d'un Conseil supérieur de la magistrature (constitué d'ailleurs seulement en 1993) seulement les magistrats du siège jouissent (article 64 Const.) d'une autonomie réelle du pouvoir politique, car inamovibles. De plus dans le système français deux juridictions spéciales telles que la Cour des comptes et le Conseil d'Etat occupent un rôle qui est plus important que celui joué par leurs homologues en Italie. En particulier, le suprême juge administratif exerce une fonction consultative essentielle au

cours de la procédure normative, selon les articles 38 et 39 de la Constitution, comme on le verra plus loin. Parmi les juridictions spéciales il ne faut pas surtout oublier de citer celui qui est probablement le plus important, le Conseil constitutionnel.

Parmi les limites « externes » il faut citer surtout les titres XII et XV de la Constitution, à propos des collectivités territoriales (communes, régions, départements et communautés urbaines) et des entités supranationales (UE, ONU et CEDH en particulier). Il faut considérer comme faisant partie des limites externes même les contre-pouvoirs sociaux. La Constitution reconnaît l'importance des partis politiques (article 4) mais elle ne nomme pas les syndicats, qui pourtant apparaissent à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, intégré au bloc de constitutionnalité. Grâce à ce dernier les associations, depuis la décision 71-44 DC, ont vu leur existence reconnue, alors que les confessions religieuses sont *de facto* ignorées, selon l'indication de l'article 1 de la Constitution.

Il existent même en France des « limites procédurales » tels que la sanction de la réserve de loi pour la garantie des droits fondamentaux (comme dans le cas de l'article 7 de la DDHC et des articles 33 et 66 de la Constitution). Pourtant ces dispositions sont bien plus laconiques et brèves que celles qui contiennent les mêmes indications dans la Constitution italienne. Parmi les limites procédurales il faut évoquer également les majorités spéciales prévues pour la révision constitutionnelle (article 89 Const.), la votation des lois organiques (article 46 Const.) et la ratification des traités internationaux (article 88-5 Const.).

L'« atlas des contre-pouvoirs » qu'on a voulu brièvement esquisser montre le parallélisme presque parfait des différentes sortes de contre-pouvoirs qui assurent le respect de la rigidité de la Constitution dans les deux régimes considérés et il est représenté dans le tableau qui suit.

Tableau 1.

Italie		France			
<u>Organes de contre-pouvoir</u>		<u>Limites proceduroux</u>	<u>Organes de contre-pouvoir</u>		<u>Limites proceduroux</u>
<i>Externes</i>	<i>Internes</i>	Reserves de loi	<i>Externes</i>	<i>Internes</i>	Reserves de loi
Referendum	President de la Republique	Reserve de jurisdiction	Referendum	(Presidente della Repubblica)	Reserve de jurisdiction
Associations	Pouvoirs des minorités	Majorités speciales	(Associations)	Opposition	Majorités speciales
Confessions religieuses	Pouvoir judiciaire		Partis	Pouvoir judiciaire	
Partis	Justice constitutionnelle		Syndicats	Justice constitutionnelle	
Syndicats	Cour des comptes		Collettivités territoriales	Defenseur des droits	
Collectivités territoriales			UE et droit international	Conseil d'Etat	
UE et droit International				Cour des comptes	

Après avoir identifié brièvement les limites qu'il est possible de retrouver dans les deux tests constitutionnels il faut circonscrire ultérieurement le périmètre de notre analyse, qui se concentre sur les contrepouvoirs proprement dits. Une fois avoir indiqué ceux-ci, il faudra les "mettre à système" pour éviter de les considérer isolés les uns des autres. La méthode choisie est donc la systématique, discipline d'origine sociologique qui a été rarement appliquée à l'étude des phénomènes juridiques.

Souvent sur le même acte émanant du pouvoir différents contrepouvoirs peuvent et doivent s'exprimer. Cela est encore plus évident si l'on considère que souvent un contrepouvoir est appelé à exercer sa fonction de modérateur suite à la demande d'un autre contrepouvoir. Cela est typiquement le cas du contrôle de constitutionnalité *à posteriori*, suite à l'initiative du juge judiciaire ou administratif.

Comme une sélection des contrepouvoirs considérés dans ce travail s'impose, on a décidé de se limiter à évaluer l'action de ceux qui participent à l'exercice du pouvoir législatif au niveau étatique. Il s'agit donc de contrepouvoirs internes. La seule exception est le référendum, d'abord car il n'est pas un organe (mais avant tout une source du droit) et car il est expression d'un contrepouvoir qui se situe à l'extérieur de l'Etat-personne. Cette exception est motivée par le fait que le corps référendaire participe toutefois d'une manière très importante à la confirmation de la volonté générale.

Les cas qu'on a considérés dans la suite du travail comme banc d'essai des contrepouvoirs se réfèrent tous à des récentes lois ordinaires dont l'adoption a été très controversée et dont la matière touche de près le domaine constitutionnel, ce qui explique leur sensibilité politique et juridique pour évaluer l'efficacité des contrepouvoirs.

4. Suite: Atlas constitutionnel des contrepouvoirs

Il est peut-être utile de chercher à classer les organes qui ont fonction de contrepouvoir constitutionnel selon les différents critères qui peuvent nous aider à les distinguer et mieux analyser par la suite.

On distingue avant tout entre *c.p. représentatifs et non représentatifs* : on peut considérer dans le premier groupe l'opposition parlementaire et le chef de l'Etat et, dans l'autre le référendum et le juge des lois. Pareillement on peut les considérer selon leur caractère démocratique, qui peut être minimum (justice constitutionnelle) ou maximum (référendum). Normalement soit le contrepouvoir est démocratique soit il trouve sa légitimité dans la technicité de son rôle. Egalement on peut constater la différente *composition* des organes, qui varie entre un intervalle très étendu : de l'organe monocrate par excellence (Président) au référendum. Encore : certains c.p. utilisent le contrôle de mérite

pour exercer leur fonction, des autres celui de légitimité : normalement la distinction est identique à celle qui existe entre *c.p. démocratiques* et *c.p. techniques*. Ensuite le contrôle peut être préventif (normalement non définitif) ou successif (un vrai veto) par rapport à l'acte législatif sur lequel il est exercé.

L'exigence de cette diversité entre les différents c.p. dérive de la nécessité de différencier l'entité et la qualité du contrôle du pouvoir. C'est pourquoi l'action coordonnée des c.p. se révèle essentielle : d'un côté il est essentiel que, en cas d'erreur, « *le contrepouvoir arrête le contrepouvoir* », et, en d'autres circonstances, le « *contrepouvoir ne contredise pas le contrepouvoir* ». En d'autres termes on peut véritablement parler de la fonction de contrôle (ou du contrepouvoir) comme d'une fonction diffusée et essentielle de l'état démocratique et qui fonde la souveraineté de la Constitution.

5. L'analyse comparée, banc d'essai du contrepouvoir

Le thème des contrepouvoirs est l'un des aspects le plus délicats des démocraties contemporaines, qui ne concerne pas seulement l'Italie mais, plus largement, tous les Etats constitutionnels. En ce sens il est utile de considérer un autre pays comme la France qui puisse avoir la fonction de référence dans l'évaluation de l'action des contrepouvoirs italiens. Le choix de la France se justifie à nos yeux si l'on considère que cette dernière a connu, bien avant l'Italie, une évolution politique semblable à la notre, d'un régime consensuel à un autre majoritaire. Il sera utile de considérer comment dans les deux pays les institutions ont changé pour s'adapter au nouveau système. L'exemple français est intéressant aussi car dans les dernières années il s'est de plus en plus intéressé au problème des contrepouvoirs qui a été l'axe centrale de la dernière réforme constitutionnelle de 2008.

II

LE PEUPLE SOUVERAIN,***DE POUVOIR PREMIER A DERNIER CONTREPOUVOIR******1. Le référendum comme contrepouvoir démocratique***

Avec le terme référendum on indique normalement un institut juridique qui permet au peuple de s'exprimer sur un acte législatif et de confirmer ou non son existence. Cette définition est pourtant trop vague car en effet le référendum désigne deux actes juridiques profondément différents : selon le prototype italien de l'article 75 de la Constitution il a été conçu comme un véritable contrepouvoir qui permet à une minorité du corps électoral (et sous son initiative) d'abroger une loi votée par la majorité parlementaire. Dans le cas français en revanche le référendum était (au moins à l'origine et avant 2008) le levier de l'appel au peuple, à actionner donc par le Président contre le Parlement. Il est évident que, bien que actionné contre le chef de l'Etat, le référendum devait être, dans la conception gaulliste de la Présidence, un outil qui aide à renforcer le pouvoir, pas à l'affaiblir.

On pourrait toutefois faire remarquer que cette différence apparente des deux modèles a été en réalité amoindrie par la pratique des régimes. D'un côté en Italie l'expérience du référendum constitutionnel de 2001 a démontré comment en réalité même la majorité politique puisse utiliser la procédure référendaire pour consolider son propre pouvoir en obtenant la confirmation de la réforme qu'elle venait d'approuver au Parlement. De l'autre côté en France le référendum a révélé sa nature de contrepouvoir car, bien que actionné toujours par le Président, il s'est révélé une arme dangereuse qui s'est souvent retournée contre le chef de l'Etat et qui, après de Gaulle, n'a fait que affaiblir sa légitimité.

Le référendum, dans les deux pays, suit la votation d'un acte législatif et il est une réaction à ce dernier. En ce sens il est l'expression définitive du peuple sur un acte de démocratie déléguée tel que la loi. En « reprenant son pouvoir » le peuple souverain est contrepouvoir dans le sens qu'il réaffirme son pouvoir originaire face au système représentatif.

Comme les arrêts du Conseil constitutionnel, le référendum est un acte définitif et successif par rapport à la loi qui en fait l'objet. Pour cette raison dans la suite on prendra en considération le rapport entre référendum et juges des lois, qui a été bien cerné par Carré de Malberg. Dans la pratique des régimes cela est évident non pas seulement dans le

procédures de contrôle que le juge des lois exerce sur la procédure référendaire mais aussi dans la constatation que le référendum et la justice constitutionnelle sont deux contrepouvoirs qui sont sortis du mécanisme veto/validation pour élargir leur action à des solutions plus différenciées du contrôle exercé. Les contrepouvoirs tendent à étendre leur fonction. Par exemple en Italie le cas est celui des référendums *manipulatifs* et en France celui du nouveau référendum provoqué par l'opposition parlementaire.

La relation entre référendum et opposition parlementaire est très différente dans les deux régimes. En fait elle n'est qu'au début de son histoire en France, commencé en 2008 lorsque la volonté du PS a été déterminante pour la réforme de l'art. 11 Const. En revanche en Italie les rapports entre référendum et opposition datent de la discussion sur le projet de la Constitution de 1948 et ils ont été toujours difficiles. Déjà au sein de l'Assemblée constituante l'opposition de gauche (PSI et PCI) regardait de mauvais œil ce contrepouvoir. Depuis lors la gauche, quand elle se trouvait à l'opposition, n'a jamais utilisé le référendum en fonction anti-majoritaire et, au lieu de voir dans celui-ci un instrument de son action extra-parlementaire, comme continuation de son combat politique, l'a toujours craint comme une occasion d'échec redoutable et considéré comme le symbole d'une remise en cause de son action parlementaire, qui s'est toujours voulue souple et qui, même après l'événement du fait majoritaire, a continué à se baser sur une conception ambiguëment consensuelle. Les grandes partis d'opposition en Italie (de gauche mais aussi de droite) ont donc largement méconnu les opportunités offertes par le référendum et, au nom d'une redoutable solidarité parlementaire avec la majorité, ont laissé que celui-ci soit utilisé surtout par des petites minorités qui ont pu l'utiliser aisément pour canaliser un mécontentement croissant vis-à-vis de la classe politique.

2. Abstention, plébiscite et contre plébiscite: le référendum en Italie

La méfiance que l'opposition parlementaire a toujours affichée en Italie vis-à-vis du référendum peut avoir plusieurs justifications qui se cumulent. Parmi celles-ci on peut considérer la peur que le référendum se révèle un plébiscite qui confirme l'action de la majorité. De ce point de vue donc le référendum révélerait sa double fonction: pas seulement arme contre le pouvoir mais également (comme en France) *instrumentum regni*. Donc l'opposition redouterait un échec direct mais aussi le risque d'un échec indirect, car en effet un vote contre la majorité peut en plusieurs occasions ressembler à un désavouement de l'entier système représentatif (dont l'opposition fait partie). Ce risque est amplifié du fait que, comme on l'a déjà dit, en Italie ce sont toujours des petits partis d'opposition (souvent non représentés au Parlement) qui essaient de jouer la carte référendaire contre le régime des partis comme moyen d'action politique. En d'autres

termes l'opposition parlementaire craint la concurrence du référendum comme contrepouvoir alternatif à soi-même. Pour neutraliser le référendum depuis 1995 la majorité et l'opposition ont donc presque toujours invité les électeurs à ne pas se rendre aux urnes, en faisant ainsi manquer le quorum de la majorité des ayants le droit de vote. Cette stratégie dont la légitimité est assez problématique s'est appuyée au fait que souvent les prononcements d'un référendum ont été vidés de leur effet par une loi successive qui a annulé la volonté du peuple: cela a grandement diminué la participation au vote référendaire à partir des années '90.

L'incapacité de l'opposition de maîtriser en fonction anti-majoritaire le référendum est le premier indice de la fausse bipolarisation italienne : ils existent bien deux grandes coalitions, de centre-gauche et de centre-droite, mais (comme on le verra dans le chapitre suivant) les logiques parlementaires sont encore basées sur le consensualisme.

Il est probablement intéressant de voir quelles sont les relations du référendum avec les deux autres contrepouvoirs, le chef de l'Etat et le juge constitutionnel que, dans une interprétation de leur fonction peuvent être considérés comme les garants du référendum, du fait qu'ils se situent en dehors de ce régime politique que le référendum indéniablement veut remettre en cause.

3. Suite: un jugement atypique pour le référendum abrogatif

Dresser un bilan de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'admissibilité du référendum ce n'est pas l'objet de ce travail, pourtant il est important d'apprécier l'activité du juge des lois dans cette matière pour en tirer quelques considérations utiles à cette analyse. On affirme souvent en doctrine que la jurisprudence de la Consulta exprime dans sa globalité une hostilité vis-à-vis *des* référendums. En réalité il serait trop simpliste de réduire le problème à ça. Toutefois l'approche du juge italien montre plutôt à notre avis une attitude de garantie *du* référendum comme institut de démocratie.

Avec l'arrêt 16/78 la Cour a interprété d'une manière très extensive son pouvoir d'admettre au non un référendum, en ajoutant, *de facto*, des conditions ultérieures qui s'ajoutent à celles indiquées à l'article 75 Cost et qui doivent être réunies pour que le référendum puisse avoir lieu. Il s'agit de l'un des arrêts les plus audacieux de la Consulta, qui a été accusé d'avoir voulu restreindre ainsi l'accès aux référendums⁶⁹⁵. En réalité la Cour, comme le Conseil constitutionnel français, veut absolument éviter de devoir revenir

⁶⁹⁵ En jugeant en matière de contrepouvoir le juge des lois se présente comme le premier contrepouvoir. On verra comme le Conseil constitutionnel aussi, pas par hasard, à développé une jurisprudence extrêmement créative dans la matière référendaire.

sur une loi qui a été confirmé par le vote du peuple référendaire : on risquerait un véritable court-circuit des contrepouvoirs. Il y a un autre élément à considérer. La jurisprudence de la Corte pourrait être regardée comme une forme de paternalisme constitutionnel car elle cherche à éviter que l'activisme des comités promoteurs des référendums provoque une *banalisation* de l'institut. « Trop de référendum tue le référendum » nous semble dire la Corte lors qu'elle pose davantage de conditions (telles que l'homogénéité, la rationalité et l'analyse de l'intention des promoteurs) pour l'admissibilité d'un référendum. En d'autres termes la Corte essaye de protéger le référendum de son succès suivant la même stratégie qu'elle a adopté pour mettre un filtre jurisprudentiel ultérieur à l'exception d'inconstitutionnalité (le juge judiciaire doit désormais être sur de l'inconstitutionnalité de la disposition car le simple doute, requis par la loi, ne suffirait plus pour ouvrir la voie au procès constitutionnel). Puis la Cour a développé une stratégie jurisprudentielle qui garantit le référendum vis-à-vis du législateur avant qu'il soit voté. Le système politique a tenté à plusieurs reprises d'empêcher la votation référendaire en modifiant la loi qui en devrait faire l'objet: si la loi change le référendum ne peut plus avoir lieu. Pour éviter que cette modification éventuelle puisse devenir un prétexte pour éviter tout recours au référendum la Corte a décidé que le référendum ne peut être bloqué que dans le cas où on assiste à modification réelle (et non de pure forme) sur le fond de la loi. La Cour de cassation est chargé d'ailleurs de faire valoir cette jurisprudence.

Il est plus difficile comprendre la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle en matière référendum après la votation. En d'autres termes la Corte a toujours affirmé que le référendum possède une force législative équivalente à celle de la loi ordinaire et pourtant elle a soutenu à plusieurs reprises que une loi successive ne pourrait pas remettre en cause la volonté populaire. Pourtant le comité qui a promu le référendum ne pourrait pas soulever un conflit d'attribution contre une loi qui a annulé le résultat du référendum. Par cette voie la volonté populaire est dépourvue de toute garantie devant le législateur. On pourrait être tenté de dire donc que la Cour « abandonne » le référendum. Probablement la Cour se rend compte tout simplement qu'il ne pas possible de pousser plus loin la différenciation au niveau de sources de droit entre référendum et loi et que le meilleur antidote contre une loi qui annule un référendum c'est un nouveau référendum. Cela suit le même raisonnement utilisé valable pour les arrêts de la Corte : si le législateur ne les respecte pas le juge constitutionnel intervient une deuxième fois pour censurer la disposition qui a été illégitimement réintroduite⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ Il faut toutefois noter qu'en 2012 la Corte a censuré avec la *sentenza* 199/2012 une loi (138/2011) car elle réintroduisait une disposition qui avait été abrogée lors du référendum du 12-13 juin 2011 en matière de concurrence dans la gestion des services publics.

4. Suite: Le chef de l'Etat comme représentant du peuple référendaire

Malgré les efforts que la Corte a fait dans sa jurisprudence pour « protéger » le référendum contre le Pouvoir, l'institut risque, du moment où il est *de facto* considéré par le juge des lois comme ayant la même force de la loi, d'être vidé de son sens et utilité à cause d'une successive éventuelle réintroduction par le législateur de la norme abrogée. Cela peut apparaître étonnant en France mais il est déjà arrivé en Italie. Pour cela il faut considérer le chef de l'Etat italien (le comité promoteur ayant épuisé sa légitimité et sa fonction après le vote référendaire) comme le garant du peuple référendaire face au législateur.

Le Président peut se porter garant du référendum avant et après le vote du référendum. Dans le premier cas il veille à ce que tous les *medias* assurent une information adéquate sur l'objet du vote et à ce que le législateur ne change pas (comme on l'a déjà vu) la loi soumise au vote d'une façon inopportune. Ceci est le cas qui s'est vérifié en 1993 quand le 7 mars 1993 Président Scalfaro a refusé la signature (événement probablement comparable, dans sa portée politique, à celui des ordonnances de 1986) du *décret Conso* qui modifiait temporairement (voici la fraude évidente au référendum) la loi faisant objet du référendum.

De plus le Président doit exercer d'une façon prudente son pouvoir de dissolution, car celle-ci a pour effet de retarder d'un an (et donc de bloquer) le référendum. A cet égard en 2008 la décision du Président Napolitano de dissoudre le Parlement sans avoir signé auparavant le décret fixant la date du référendum a été vivement (et à juste titre) critiquée. Par contre le Président Napolitano, trois ans après, a joué un rôle important en défense du référendum dans un vieux débat doctrinaire. Il a en effet nié que l'abstention dans le vote référendaire soit une manière légitime de faire échouer (en manque de quorum délibératif) le même référendum.

La possibilité que le Président puisse intervenir après le vote référendaire pour le faire respecter est une question plus délicate. Le Président, selon notre interprétation, devrait intervenir avec ses différents pouvoirs pour faire respecter la volonté du peuple référendaire et ne pas permettre que le législateur puisse la contrecarrer. Dans ce cas le chef de l'Etat se présenterait comme médiateur entre les représentés et les représentants et éviterait le court-circuit de la démocratie d'investiture.

Les exemples de cette interprétation du rôle présidentiel ont été donnés surtout par le Président Scalfaro, qui a demandé une nouvelle délibération de la loi qui allait contre le résultat du référendum qui éliminait le financement public des partis politiques et qui a dissous le Parlement après le référendum du mars 1993 qui avait introduit le fait majoritaire.

5. *Le référendum constitutionnel italien: le peuple constituant*

Le lien indirecte et difficile qu'on a décrit entre opposition et référendum ordinaire devient directe dans le cas du référendum constitutionnel car dans ce cas la Constitution confie explicitement à la minorité parlementaire (et non génériquement aux citoyens) le pouvoir de le demander après chaque réforme du texte fondamentale. Malgré leurs différences « opératives » les deux référendums, ordinaire (article 75 Cost.) et constitutionnel (article 138 Cost.), possèdent la même fonction de garantie et de contrepoids face au Pouvoir. C'est pour cela aussi que l'opposition (qui doit l'actionner) est considérée par la Constitution comme la garante du texte de 1948 et peut être considérée à l'occasion dans sa veste d'« opposition constitutionnelle ». Il s'agit un point important car le référendum constitutionnel (bien que la doctrine ne l'ait jamais dit explicitement) est la seule véritable arme pour empêcher une mauvaise réforme de la Constitution (car la Cour – malgré elle ne l'ait pas exclu en théorie – ne possède pas véritablement la légitimité suffisante pour s'opposer, le cas échéant, à une loi constitutionnelle...*anticostitutionnelle*). En d'autres termes le référendum est, avec la procédure parlementaire de l'article 138 Cost., un élément essentiel qui assure la rigidité de la Constitution de 1948.

Différemment du référendum ordinaire, le r. constitutionnel a été utilisé seulement en deux occasions, en 2001 et en 2006. Les réformes constitutionnelles précédentes n'avaient pas fait l'objet de référendum surtout à cause de leur importance mineure et leur teneur très consensuel. Mais les référendum constitutionnels ni en 2001 ni en 2006 n'ont pas fait l'objet d'un contraste politique très dur cela car l'opposition du moment n'a été intéressée non pas seulement au référendum ordinaire mais, étonnement, même à celui en défense de la Constitution.

Les deux cas de 2001 et de 2006 sont intéressants car ils montrent la double nature du référendum. Seulement dans le deuxième cas celui-ci avait été demandé par un comité non parlementaire guidé par l'ancien Président Scalfaro (contre la réforme Berlusconi qui aurait bouleversé le régime parlementaire) et avait eu une réelle fonction de défense du texte constitutionnel. En 2001 le référendum avait été demandé par la majorité pour confirmer la réforme sur les collectivités territoriales et les régions : un référendum qui avait donc une fonction éminemment plébiscitaire. Malgré les différences entre les votes de 2001 et de 2006 il y a un aspect en commun : dans les deux cas la coalition de centre-droite s'est très peu intéressée et engagé dans la campagne référendaire (dans le premier cas elle ne s'est pas opposée à la réforme de la gauche et dans le deuxième elle n'a pas véritablement défendu son projet). Encore : dans les deux cas les raisons défendues par la gauche l'ont remporté malgré le fait que la coalition était « politiquement » minoritaire. On pourrait dire que l'opposition constitutionnelle des référendums s'est révélé beaucoup plus unie et compacte que l'opposition politique à l'occasion des élections.

6. *La longue tradition du référendum français comme plébiscite*

Différemment de la conception du référendum italien, le modèle référendaire adopté par les Constitutions françaises qui se sont suivies depuis 1848 ne peut pas être reporté à une forme de contrôle du pouvoir mais plutôt au contraire à un prototype de légitimation du pouvoir qui dépasse le circuit représentatif classique. Vingt-cinq ont été les référendums votés en France depuis 1793, dont la plus grande partie est constituée de référendum constitutionnels.

La Constitution de 1958 prévoit désormais les deux formes du référendum connues en Italie : ordinaire (article 11 Const.) et constitutionnel (article 89 Const.). La tradition veut que dans la conception gaulliste du pouvoir le référendum soit une sorte de question de confiance du régime demi-présidentiel, qui devait permettre de donner vie au « plébiscite de tous les jours » qui est le dernier levier de la primauté présidentielle.

Selon l'article 89 de la Constitution le référendum se présente comme une phase obligatoire de la première des deux formes de révision constitutionnelle: celui-ci deviendrait le sceau de la volonté populaire après une simple approbation du texte par les deux assemblées. Il est toujours le Président qui décide quelle procédure déclencher et donc c'est lui qui reste le « maître du référendum », même s'il faut admettre que, comme dans le cas italien, le référendum est redoutable car il peut se révéler au même temps comme l'une des garanties de la rigidité constitutionnelle. Pour cette raison il n'est pas étonnant de constater que dans l'histoire de la Vème République seulement dans une occasion le Président a fait recours à cette procédure.

L'article 11 de la Constitution discipline le référendum « ordinaire », à l'initiative du Président et suite à la proposition du gouvernement. Dans le texte original deux matières seulement étaient intéressées à la procédure : les lois de ratification des traités et celles concernant l'organisation des pouvoirs publics. C'était en 1995 que les matières de la politique économique et sociale et celle des services publics se sont ajoutées à la liste. En d'autres termes le constituant français a procédé à l'envers par rapport à celui italien : ce dernier a inscrit dans la Constitution les matières qui ne peuvent pas faire l'objet du référendum et il s'agit des matières d'importance fondamentale. Les mêmes que le constituant français a, en revanche, décidé de soumettre au vote du peuple.

Parmi les matières du référendum français celle concernant l'organisation des pouvoirs publics a toujours été celle de plus difficile interprétation et celle qui a causé l'un des plus durs conflits constitutionnels (banc d'essai par excellence des contrepouvoirs comme on l'a déjà vu) des dernier cinquante ans. Il s'agit clairement du référendum voulu par de Gaulle sur la réforme de l'élection à suffrage universel du Président de la République

en 1962, en évidente violation de la procédure de révision de l'article 89 Const. Le conflit entre le chef de l'Etat et le Président du Sénat fut ambiguement arbitré *ex post* par le Conseil constitutionnel qui prononçait son célèbre arrêt 62-20 DC, selon lequel une fois le peuple s'étant exprimé, il ne peut pas être contredit par le juge des lois. En réalité selon des observateurs attentifs la vraie crainte du Conseil était de devoir contredire le chef de l'Etat qui avait demandé le référendum et qui se présentait (selon la Constitution) comme le garant du texte fondamentale. Pour éviter de contredire celui qui « veille au respect de la Constitution » le Conseil a *de facto* renoncé à son pouvoir de défendre la Constitution.

Déjà utilisé en 1961 pour confirmer l'autodétermination de l'Algérie et en avril 1962 pour ratifier les accords d'Evian, le référendum était donc devenu l'institut le plus représentatif du régime gaulliste, basé sur l'appel direct au peuple. La date du 27 avril 1969 a toutefois marquée un tournant essentiel dans ce mécanisme : le vote contre la régionalisation de la République signe la fin de l'ère de Gaulle. L'instrument de démocratie plébiscitaire se transforme en contrepouvoir de rupture. Depuis lors le référendum de l'article 11 a été utilisé seulement cinq fois. Le risque lié à son usage transparait non seulement dans la rare fréquence mais également dans le contenu : les Présidents à partir 1972 ont demandé des référendum surtout dans des matières qui ne faisaient pas l'objet d'une forte opposition de la part de la minorité parlementaire. Mais même cette précaution n'a pas été suffisante si l'on considère que le référendum de 2005, malgré le consensus parlementaire, a été un vrai échec pour le Président Chirac.

On voit bien que même en France, malgré les vœux des constituants, le référendum s'est progressivement transformé dans une arme redoutable de rupture non pas seulement contre le chef de l'Etat mais également contre l'entier système représentatif.

7. Suite: Le chemin référendaire du Conseil Constitutionnel

Si, comme on l'a déjà vu, le Conseil refuse de contrôler le résultat du vote référendaire, il est nécessaire de voir s'il existe pourtant un espace pour exercer une quelque forme de contrôle avant que le peuple se prononce. La référence à ce propos est l'article 60, qui prévoit laconiquement que *“le Conseil Constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV”*. En plus le Conseil doit être nécessairement consulté par le gouvernement avant de déclencher la procédure référendaire.

Le contrôle ex article 60 Const. ressemble un peu au jugement d'admissibilité de la Corte italienne mais, différemment de celui-ci, il est en effet purement formel est cela pour les mêmes raisons déjà exposé : on veut éviter de contredire le chef de l'Etat. Toutefois, loin de rester ancré à cette conclusion (confirmé même en 1992) la position du Conseil sur

ce point a évolué, au moins en théorie, poussé par le Conseil d'Etat. C'est le circuit vertueux des contre-pouvoirs assuré par la filière jurisprudentielle du dialogue interne des juges nationaux. C'était en effet en 1998, avec l'*arrêt* Sarran, que le Conseil d'Etat arrivait à distinguer nettement le domaine du référendum de l'article 11 de celui de l'article 89, en prenant donc position sur la possibilité de contrôler l'exacte recours à l'un ou à l'autre. Suite à cette prononciation, le Conseil constitutionnel a prononcé la série de décisions dite *Hauchemaille*, dans lesquelles il arrive à affirmer solennellement sa propre juridiction en matière des opérations référendaires, en étendant la portée de l'article 60, qui deviendrait ainsi une forme de contrôle extraordinaire de légalité sur le fond du référendum. En d'autres termes le Conseil admet en principe la possibilité de contrôler la légalité du décret avec lequel le Président détermine la nature et le contenu du référendum. Cette éventualité est d'ailleurs désormais fixée par le nouveau article 11 Const. qui étend la compétence du Conseil dans ce sens, en prévoyant que le contrôle de constitutionnalité de l'article 61 s'applique même aux lois référendaires avant qu'elles soient soumises au peuple.

L'analogie avec l'extension du contrôle d'admissibilité exercé par la Corte italienne est frappante.

8. L'occasion ratée de la réforme constitutionnelle de 2008

Le cadre décrit ci-dessous doit être mis à jour, considérant aussi les nouveautés apportées par la réforme constitutionnelle de 2008. Celle-ci, qui doit beaucoup aux indications formulées en 1993 par le comité Vedel, est le fruit du travail du comité Balladur, nommé en 2007 par le Président de la République. La différence la plus marquée entre le projet de 1993 et celui de 2008 réside dans le rôle attribué au Conseil constitutionnel dans le domaine des opérations référendaires : très important dans le premier cas et beaucoup moins influent dans le second. Écarté dans un premier temps du texte de la réforme de 2008, le référendum d'initiative minoritaire partagée (qui se présente comme une version moins courageuse du référendum d'initiative populaire de l'article 75 de la Costituzione), a été réintroduit pendant la phase de l'examen parlementaire de la loi, sous l'initiative de l'opposition. Cette dernière a donc été déterminante pour l'affirmation de cette nouvelle (possible) forme de contre-pouvoir. Dans le nouvel article 11, c. 5-9, un cinquième des membres du Parlement, avec le soutien d'un dixième des électeurs, peuvent présenter une proposition de loi abrogative d'une disposition qui ait été introduite depuis plus d'un an. Il est important de remarquer que, avant que les souscriptions soient récoltées, le Conseil constitutionnel doit examiner la constitutionnalité de la proposition et il peut aller jusqu'à la modifier. Le juge constitutionnel peut donc en puissance devenir co-auteur du référendum. En tout cas le référendum sera voté seulement si le Parlement ne procédera pas à l'examen

de la proposition dans le délai fixé par la loi organique. En d'autres termes ça suffirait à une Chambre de commencer l'instruction du dossier législatif et puis l'interrompre pour bloquer la procédure référendaire. Encore : les chambres (et notamment la majorité) pourraient profiter du projet de loi pour l'émender et en changer l'esprit. Dans ce sens le nouveau référendum risque de devenir en réalité une nouvelle source de pouvoir. Et même dans le meilleur de cas le référendum pourra être déclenché seulement avec le plein soutien de l'opposition. Vu la difficulté de la procédure il se prête à être utilisé pour des réformes législatives peu controversées avec large soutien populaire.

En tout cas on parle toujours d'un nouveau institut qui n'existe pas encore car, faut-il l'admettre, après plus de quatre ans, la loi organique relative au référendum n'a pas encore été approuvée. Le projet présenté en décembre 2010 et que, vraisemblablement sera voté, est intéressant du point de vue comparé. Comme dans le cas de la loi italienne 352/1970 relative au référendum, même dans le projet français il existe une nette distinction entre périodes électorales et périodes référendaires, selon laquelle on prévoit une suspension automatique de la récolte des signatures (de la durée de trois mois, ce qui paraît décidément trop court si l'on considère la complexité du procédé et le nombre des signatures requises) pendant les six mois qui précèdent les élections présidentielles et législatives. Un intérêt particulier revêt (article 4 du projet de loi) la possibilité de procéder à la récolte des signatures par la voie informatique. Chaque commune devra se doter d'un système électronique à cet effet.

La première considération qu'on pourrait tirer de ces premiers éléments est qu'on est en présence d'un contrepouvoir beaucoup plus faible que celui du référendum italien, qui est proprement d'initiative populaire. Cette conclusion est renforcée par le fait qu'en France ils seraient nécessaire pas moins de 4,3 millions de souscriptions (contre le 500.000 prévues dans le cas italien) pour que le référendum puisse avoir lieu (même si indéniablement la prévision de la procédure électronique pourra rendre plus aisée la récolte des adhésions). Ce qui frappe l'observateur italien est sans doute le contrôle que l'opposition semble avoir sur le nouvel institut : cette solution vise à éviter que le référendum échappe définitivement du circuit de la représentance politique et puisse se révéler une arme contre la classe politique. Un référendum maîtrisé donc, qui vise à écarter la possible concurrence entre action de l'opposition et réaction populaire et qui se présente plutôt comme un nouvel instrument à disposition de la minorité parlementaire et qui s'ajoute au statut de l'opposition, corollaire de la saisine au Conseil constitutionnel.

Conclusions

Malgré les profondes différences qui opposaient les référendums français et italien dans leur esprit et leur origine, on a vu que même en France le référendum a évolué profondément et a progressivement et naturellement acquis une nature de contre-pouvoir en puissance. Les cas français de 2005 et ceux de 2006 et 2011 en Italie ont confirmé cette hypothèse. On a vu comme à fur et à mesure dans les deux pays les juges constitutionnels se sont confrontés avec l'institut référendaire et l'exigence que la justice constitutionnelle soit la seule institution qui ne soit pas en « conflit d'intérêt » avec le référendum et doit chercher de le préserver du système représentatif. Dans ce dernier on a vu comme l'opposition ait joué un rôle ambigu dans l'histoire du référendum, toujours soucieuse de garder le monopole du rôle d'antagoniste de la majorité, dans la crainte que le référendum puisse devenir une arme redoutable contre sa propre antinomie politique.

Dans les deux systèmes majoritaires considérés le référendum est devenu rare. Mais c'est exactement cette rare fréquence qui en fait la force : dernièrement en Italie c'était le référendum de 2011 qui a marqué la fin du long « cycle du pouvoir » de Silvio Berlusconi, comme il avait été le cas en 1993 pour Bettino Craxi et, en 1969 pour de Gaulle. Au-delà du système politique le peuple grâce à n'importe quel référendum saisit parfois l'occasion pour s'exprimer sur le Pouvoir et, comme on l'a vu, c'est souvent pour le désavouer.

III

LE CONTRE-GOUVERNEMENT DE L'OPPOSITION CONSTITUTIONNELLE

1. L'inévitable émergence d'un contrepouvoir dans les parlements majoritaire

Il est probablement essentiel, avant d'aborder les différents profils liés au sujet de ce chapitre, de considérer les raisons qui nous emmènent à considérer l'opposition parlementaire comme un contrepouvoir. Cette idée est ancrée dans une vision conflictuelle de la vie institutionnelle et de la politique et correspond à la relation schmittienne *ami/ennemi, protagoniste/antagoniste* des rôles de la majorité et de l'opposition, dans une dimension para-juridictionnelle de la dialectique parlementaire, où la minorité assume la fonction de l'accusateur public de la majorité et du gouvernement. Dans cette perspective on regarde donc l'opposition sous la loupe du droit constitutionnel, voire dans l'exercice de sa fonction d'opposition aux projets de loi les plus controversés en matière constitutionnelle. Il ne suffit pas en effet dans une analyse réaliste sur le sujet d'affirmer que la seule existence de l'opposition soit la caractéristique principale des régimes démocratiques : il faut, plus ambitieusement, évaluer la portée et les conséquences de cette action. Cela nous permet d'insérer (ou non) la minorité parlementaire dans le circuit des contrepouvoirs qui assurent le respect de la légalité constitutionnelle. Ce raisonnement est sûrement plus évident dans les régimes qui adoptent un modèle d'accès direct de l'opposition au juge des lois. Bien que cela ne soit pas le cas de l'Italie même ici il est possible de constater comme l'opposition utilise de plus en plus fréquemment des arguments de droit constitutionnel pour exercer sa fonction. Il s'agit presque toujours des mêmes arguments que les juges judiciaires italiens utilisent lors qu'ils saisissent le juge constitutionnel.

L'opposition est toutefois un contrepouvoir atypique: avant tout car elle n'est pas constitutionnalisée dans tous les régimes politiques (en Italie par exemple), pour le fait qu'elle n'est pas toujours constituée comme une entité unique (on peut souvent parler d'oppositions et non d'une seule opposition dans un système politique), pour la raison que parfois elle soit constituée de partis antisystème (ce qui n'est plus le cas en Italie et en France, probablement avec l'exception de la Ligue du Nord et du FN) et, dernièrement, car le contrepouvoir qu'elle exerce n'est pas à même de paralyser le Pouvoir mais, au plus, de

retarder son action. En même temps elle est le seul contre-pouvoir qui a l'intime vocation à se substituer au pouvoir (lors d'une future élection). Tout cela ne remet pas en cause la configuration de l'opposition comme contre-pouvoir car cela nierait sa fonction première et sa raison d'exister : non seulement il ne faut pas sous-estimer la capacité de l'opposition de retarder (et de conditionner) l'approbation des textes de la majorité mais il faut penser qu'avec l'obstruction parlementaire la minorité peut parfois arriver à bloquer la procédure législative.

Reprenant les définitions données dans le premier chapitre on peut résumer les caractéristiques de l'opposition comme ceux d'un contre-pouvoir préventif qui agit surtout via des actes typiques tels que motions, interrogations, ordres du jour, questions préjudicielles, amendements et projets de loi. Elle est un contre-pouvoir représentatif, de nature traditionnellement politique et représentative, bien que de plus en plus voué à améliorer sa capacité technique et juridique pour affronter le conflit constitutionnel qui l'oppose à la majorité.

2. Suite : Repères identitaires de l'opposition en France et en Italie

L'opposition se présente naturellement différente dans sa composition dans chaque législature, selon les partis qui la composent : elle peut se présenter comme plurielle, unie dans une seule coalition ou dans un seul parti. Comme dans la plupart des démocraties contemporaines, en Italie et en France, le clivage entre opposition et majorité se situe autour de celui qui oppose la droite et la gauche : bref la configuration de l'opposition est muable élection après élection mais elle est ancrée dans la structure et dans l'histoire politique du régime.

France et Italie sont deux systèmes politiques à tendance bipolaire mais non à deux partis. La fragmentation politique touche non pas seulement la composition des majorités mais même des oppositions, bien que ces dernières soient moins divisées en France qu'en Italie, où la notion d'opposition n'est pas explicitement codifiée dans le texte constitutionnel. La doctrine a pourtant démontré comme l'absence de cette notion n'implique pas l'absence du concept dans la Constitution italienne. On devrait donc faire référence à l'article 49 Cost. qui fonde le pluralisme et la concurrence des citoyens dans la vie politique et des partis et aux articles 64 et 94 Cost. Le premier fonde la règle de la majorité pour les délibérations parlementaires et le deuxième lie la distinction entre majorité et opposition au vote de confiance au gouvernement. La doctrine a déduit la notion d'opposition aussi dans les différentes normes qui réglementent l'élection parlementaire des organes de garantie tels que le chef de l'Etat, les juges constitutionnels et les membres du Conseil supérieur de la magistrature. A ceux-ci on devrait ajouter toutes les

normes constitutionnelles qui prévoient des majorités qualifiées pour l'adoption, par exemples, des lois constitutionnelles, d'amnistie et d'indult. Pour conclure sur ce point la notion d'opposition s'enracine, plus haut, dans l'article premier de la Constitution de 1948 qui, comme on l'a vu, fonde la règle de la souveraineté limitée de la majorité. Dans les règlements parlementaires (modifiés en 1997) l'opposition n'est pas définie mais se voit attribuer des droits, surtout dans la matière de la programmation des travaux parlementaires.

En France la réforme constitutionnelle de 2008 a introduit l'opposition dans le texte fondamentale. Elle l'a explicitement nommée à l'article 48-5 Const, en matière d'ordre du jour et à l'art. 51-1 Const. qui confie aux règlements la mission de définir les droits de l'opposition. Les deux dispositions se fondent dans le renouvelé art. 4 Const. qui fonde le droit de tout parti politique à participer à la vie politique nationale. La réforme, malgré les avancés, a toutefois renoncé à codifier la notion d'opposition et a donc renvoyé aux règlements la définition de ses droits. Ceux-ci ont été donc dûment modifiés en 2009, fixant avant tout le principe que chaque groupe politique doit annoncer au début de la nouvelle législature son appartenance à la majorité ou à l'opposition, sauf possibilité de revenir ensuite sur cette décision (articles 19 RAN et 5-bis RS). L'Assemblée a établi la règle selon laquelle le rôle du président de la commission des finances doit être attribuée à un membre de l'opposition (art. 39 RAN) et que les groupes d'opposition disposent de l'ordre du jour d'une séance par mois – et donc trois séances pour chaque session – (article 48 RAN). Il ne faut pas oublier ensuite la faculté de demander la création (au moins une fois par session) la constitution d'une commission d'enquête (article 141 RAN) et la possibilité de disposer au moins de la moitié du temps disponible lors des séances consacrées aux questions au Gouvernement (articles 133 et 134 RAN).

Les nouveaux règlements ont toutefois introduit même des dispositions qui limitent l'action de l'opposition. C'est le cas du nouveau temps législatif programmé (art. 49 RAN), équivalent français du *contingentamento* italien. La règle a été introduite malgré la forte opposition du PS qui voyait dans cette disposition la fin de l'obstruction parlementaire. A trois ans de son introduction force est de constater que l'application du TLP à la discussion n'a pas été généralisé et a toujours laissé à l'opposition suffisamment de temps pour exposer sa position sur les textes en discussion. Le problème du TLP surgit plutôt quand il est accompagné par la procédure accélérée, qui se substitue à l'ancienne procédure d'urgence depuis 2008 (article 45 Const.) mais qui présente à peu près les mêmes caractéristiques que cette dernière et qui continue à être utilisée trop fréquemment par le Gouvernement (avec l'accord de la majorité). Cela finit par vider d'utilité l'art. 42 Const. qui, en prévoyant en faveur de l'opposition des délais précis d'examen parlementaire des textes, se présentait comme un nouveau droit de l'opposition parlementaire au cours de la procédure législative.

3. *Opposition majoritaire et négociation des valeurs*

Normalement on considère l'opposition parlementaire surtout du point de vue des règles qui en disciplinent le statut juridique. Rarement donc on cherche à esquisser une analyse qui tienne compte de l'action réelle de la minorité parlementaire. A vrai dire il n'existe pas en effet un index ou un paradigme qui nous permette de distinguer entre une *bonne* et une *mauvaise* opposition. Pourtant il est possible d'affirmer que, comme ordinairement on dit sans jamais en tirer les nécessaires conclusions, pour bien fonctionner, l'opposition dans un parlement majoritaire doit être compacte et cohérente. Le premier aspect est strictement lié à la discipline de vote et se révèle essentiel pour que l'opposition puisse être un vrai contrepouvoir alors que le deuxième est essentiel pour que l'opposition puisse représenter tous ceux qui ne se reconnaissent pas dans la majorité et se réfère aussi à la transparence de la ligne politique et à la conviction avec laquelle (éventuellement) elle affirme sa vision de la Constitution.

La cohésion de l'opposition peut être mathématiquement représentée avec l'index de Rice, que la science politique utilise à cet effet. Dans le Parlement italien celui-ci (sur une échelle de 0 – le minimum – à 1 – le maximum –) est de 0,77. Ce chiffre est une moyenne entre les valeurs de l'opposition de gauche, plus éparpillée (0,68), et de droite (0,87). Dans le Parlement français l'index est de 0,97 et indique une cohésion comparable à celle du Parlement anglais (0,99). Si donc l'index de Rice peut être utilisé pour « visualiser » la cohésion de l'opposition en considérant les ainsi dits « votes rebelles », l'évaluation de la cohérence de celle-ci est plus difficile car elle n'est pas une affaire de quantité mais de qualité, qui ne peut être évalué que cas par cas, comme on le verra un peu plus loin.

4. *La fonction de contrôle: miroir du contrepouvoir*

La Constitution italienne ne considère pas la fonction de contrôle parmi celles du Parlement, alors que le texte français, depuis 2008, la nomme à l'article 24 Const. De plus, l'art. 48 Const. attribue à la fonction de contrôle une semaine entière par mois. Même la pratique du *question time* en France est plus ancienne : alors qu'en Italie elle n'entre en fonction qu'en 1997, la séance consacrée aux questions à l'Assemblée Nationale existe depuis 1974. Encore, alors qu'en France l'institut a eu un bon succès, tel n'a pas été le cas en Italie, surtout dans les deux dernières législatures quand le Président du Conseil ne s'est presque jamais rendu au Parlement pour répondre aux questions. Même le nombre des questions orales présentées à l'Assemblée est deux fois celui de la Camera dei deputati. Le

rapport reste le même si l'on considère les questions écrites qui, en France, obtiennent une réponse dans un délai bien plus court qu'en Italie. Toutefois dans le Parlement français la majorité est souvent plus active que l'opposition dans le contrôle : alors qu'en Italie l'opposition est à l'origine de 64% des actes de contrôle, en France ce pourcentage baisse à 44%.

5. Entre veto et droit de résistance

Une analyse de l'opposition se révèle être l'un des meilleurs exemples de cette logique du conflit qu'on a vu être l'une des composants essentiels du droit constitutionnel vivant. C'est dans l'opposition en effet que l'Etat démocratique a tenté de coaguler toutes les formes de dissension du pouvoir, pour que l'opposition puisse les intérioriser et éviter la désagrégation de l'Etat. L'opposition sert donc à légitimer même la majorité. A la base donc la confrontation entre majorité et opposition existe une division de base sur les fondements de la société et donc, souvent, sur l'interprétation de la Constitution. Pour cela il est essentiel de considérer comment la minorité fait usage du texte fondamentale pour exercer son action et légitimer son existence. L'« opposition constitutionnelle » est souvent plus visible et marquée dans un Parlement majoritaire que dans un régime consensuel, où la « négociation des valeurs » est composante naturelle des rapports entre les forces politiques.

Cela ne veut pas dire que l'opposition majoritaire ne peut que recourir à la contraposition permanente, surtout dans ces matières qui touchent la Constitution. Bien que le partage des choix doit être le plus ample possible dans ces cas, il est clair que le compromis doit savoir s'arrêter là où il risque de sortir un mauvais *bilanciamento* des principes constitutionnels opposés. Voici donc une ressemblance entre le *bilanciamento* juridictionnel des droits constitutionnels (tel que celui fait par le juge des lois) et le compromis parlementaire sur ces mêmes droits. Dans le premier cas une conciliation entre principes en conflit est inévitable et faite par le juge-contrepouvoir, alors que, dans le cas de la négociation parlementaire, l'opposition n'a pas le pouvoir de décider sur celui-ci et doit donc savoir si elle accepte ou refuse le compromis en fonction de sa *cohérence*. Là où il ne serait pas possible d'arriver à une amélioration du texte qui empiète sur des droits ou des libertés constitutionnels l'opposition pourrait décider d'utiliser cette arme de veto suspensif qui est l'obstruction. Cette dernière en Italie peut même devenir instrument de veto définitif, si l'on pense aux décrets-loi dont l'opposition pourrait retarder la conversion en loi, jusqu'au moment de leur déchéance. Toutefois on sait bien qu'en Italie depuis 1997 et en France depuis 2009, la possibilité de recourir à l'obstruction a été réduite au minimum, surtout grâce à la programmation de plus en plus serrée des temps. En Italie, comme on le

verra, cela s'est produit aussi à cause d'une action pas très opportune du chef de l'Etat qui s'est largement inséré dans le débat parlementaire.

L'obstruction est donc un phénomène très varié et qui se présente de façon différente en Italie et en France. A la Camera dei deputati l'opposition de centre-droite utilise surtout les amendements alors que celle de centre-gauche se vaut principalement des questions préjudicielles (surtout de constitutionnalité, ce qui n'est pas inutile si on le met en lien avec l'activité du juge des lois) et suspensives. A l'Assemblée française l'opposition fait recours presque uniquement à la présentation d'un nombre d'amendements qui serait inimaginable dans le Parlement italien.

Un autre profil qui peut être considéré dans les deux pays et qui les unit : la création des contre-gouvernements de gauche entre 2007 et 2008.

6. Des « gouvernements-ombre » sans lumières

En Italie ainsi qu'en France entre 2007 et 2008 l'opposition de gauche a constitué deux cabinets-fantôme, respectivement quelques jours après la formation des gouvernements Berlusconi et Fillon. Les deux contre-gouvernements s'enracinaient à leur tour dans deux précédents : celui du PCI formé par Occhetto en 1989 en Italie et celui de Mitterrand du 1966. Les deux tentatives de Veltroni et de Ayrault ont échoué au bout de moins d'un an. Cela ne doit pas surprendre et révèle que la volonté des deux régimes, italien et français, d'imiter l'expérience du contre-gouvernement britannique est destinée à un échec faute de l'institutionnalisation de l'institut et hors d'un système politique à deux partis. A cela on doit ajouter un problème politique de légitimation de la gauche à l'opposition en Italie et en France : la difficulté constante de l'affirmation d'une leadership. Les contre-gouvernements de 2007-2008 excluaient les plus importantes figures du parti, ce qui n'a pas favorisé son succès. En Italie le problème était encore plus grave : comme le contre-cabinet était formé seulement de membres du Parti démocrate, cela risquait de couper les autres partis de l'opposition de toute négociation parlementaire et de nuire même à la capacité du PD de trouver des alliés au Parlement, le cas échéant. Bien que plus dynamique le contre-gouvernement Ayrault, qui a présenté plusieurs propositions de loi et de réforme différemment de son homologue italien, n'a pas pu éviter de se dissoudre un an après sa création à cause aussi du manque d'indépendance de l'agenda du gouvernement Fillon et de l'incapacité de représenter une véritable alternative à la majorité en place.

7. L'opposition en défense de la Constitution? Quelques cas exemplaires

On a voulu considérer de quelle manière l'opposition parlementaire a opéré lors de la discussion parlementaire de quelques actes législatifs particulièrement problématiques du point de vue constitutionnel (ou tout bonnement inconstitutionnel, suite à une déclaration en ce sens du juge des lois). Cela se révèle essentiel si on veut tester le comportement de l'opposition comme contrepouvoir et force effectivement alternative à la majorité en place. Et cela est pareillement essentiel si l'on veut tenter d'identifier ce fil rouge qui unit l'opposition parlementaire et le juge des lois et qui rend ce dernier souvent comme l'arbitre du conflit entre majorité et minorité parlementaire grâce à l'instrument de la déclaration d'inconstitutionnalité.

8. Suite: Une immunité après l'autre

La séquence des ainsi dits “trois *lodi*⁶⁹⁷” (d'abord *Maccanico*, puis *Schifani*, l. 140/2003 et enfin *Alfano*, loi 124/2008) a représenté de 2003 à 2009 la tentative d'introduire en Italie par voie d'une loi ordinaire une sorte d'immunité pour les plus hautes charges publiques.

1. Ce qui pourrait étonner est que l'idée d'introduire en Italie une forme d'immunité pour les plus hautes charges publiques (en réalité pour résoudre l'éternel problème des procès à la charge du président du Conseil de l'époque) est venue de M. Maccanico, influent membre de l'opposition de gauche. Initialement rejetée par la majorité (qui avait préféré une autre proposition de loi qui permettait de récuser avec grande facilité le juge de tout procès) le projet a été repris peu de mois après et a initialement reçu le soutien d'une partie importante du plus grand parti d'opposition (PD). La loi 140/2003 a été ensuite approuvée seulement après deux séances à la Chambre et avec la complaisance de l'opposition du PD et UDC, qui renonçaient non seulement à l'obstruction mais aussi à la possibilité d'améliorer le texte. Le comportement de l'opposition trouve une explication dans l'exigence exprimée par le Président de la République qui lui avait demandé informellement et de façon réservée de ne pas faire obstacle au projet de loi. Cet attitude étrange s'est confirmé quelques jours après la promulgation, quand le PD décidait de ne pas participer au referendum abrogatif demandé par l'IDV sur la loi. La raison de cette décision est lié à ce qu'on a déjà dit dans le chapitre précédent sur le rapport entre opposition et

⁶⁹⁷ Avec le terme *lodo* on entend dans le lexique juridique italien le compromis trouvé entre deux parties dans une controverse de droit privé (qui seraient dans ce cas, selon l'expression qui a rendu célèbres ces formes d'immunité inconstitutionnelles, la majorité et l'opposition parlementaire).

referendum et également au fait que dans cette occasion la minorité a prétexté l'inutilité du referendum en présence du contrôle du juge constitutionnel. Il paraît un argument très peu persuasif car referendum et jugement constitutionnel constituent des différents contre-pouvoirs constitutionnels: le recours à l'un n'exclut pas l'autre et dans la logique du texte fondamental ils répondent à deux logiques complètement différentes (bien que concurrentielles) : une plus politique, l'autre plus juridique.

La position de l'opposition sur ladite loi se précise quelques mois après suite à la décision 24/2004 de la Cour constitutionnelle, qui la censure entièrement. L'arrêt de la Cour reprend et accepte indirectement tous les profils d'inconstitutionnalité mis en évidence dans les deux motions préjudicielles présentées par l'opposition lors du débat parlementaire. Le juge des lois n'arrive pas à affirmer qu'une telle immunité ne pourrait être introduite même pas par une loi constitutionnelle mais il semble pouvoir le lire entre les lignes. L'opposition à son tour reprendra tous les passages de la décision de la Cour au moment où la majorité, en violation de ce même arrêt, présentera un autre projet de loi ordinaire contenant le même type d'immunité déjà censuré par le juge des lois. Lors de la discussion de ce deuxième projet de loi la position de l'opposition apparaissait décidément plus claire et de véritable contrariété : on pourrait dire que la décision de la Cour a été essentielle pour cette évolution et on y voit un véritable circuit vertueux de contre-pouvoirs.

La loi ainsi dite « lodo Alfano » représente donc une photocopie de celle déjà censurée par la Cour et elle est approuvée après seulement 34 heures de discussion parlementaire, avec des remarquables violations du règlement de la Chambre (comme le bouleversement de l'ordre du jour de la séance pour faire passer en force le projet). Le débat s'est déroulé non pas comme une confrontation politique sur le fond mais plutôt comme une anticipation du jugement de constitutionnalité, axé sur deux différentes interprétations de l'arrêt 24/2004 de la Cour. Suite à la promulgation, le PD encore une fois refuse de faire recours au referendum et attend qu'un juge judiciaire soulève la préjudicielle de constitutionnalité, ce qui est ponctuellement arrivé un mois après. Encore une fois la Cour constitutionnelle, en faisant preuve de courage et de cohérence, censure le deuxième *lodo* par son arrêt 262/2009.

9. Suite : Un empêchement légitime?

La loi 51/2010 qui prévoit, en faveur du président du Conseil des Ministres, la possibilité de se prévaloir d'une forme d'empêchement légitime à paraître dans les audiences des procès à sa charge, se révèle être rien d'autre que la suite des deux *lodi* que l'on vient de voir. Cette fois il s'agit d'une forme d'immunité masquée. Pour tenter de convaincre l'opposition à ne pas faire d'obstruction au projet de loi la majorité à présenté

deux projets de loi : le premier qui était l'*empêchement légitime* (avec un effet donc limité aux procès de M. Berlusconi) et le deuxième qui aurait entraîné un blocage presque généralisé des procédés judiciaires du Pays. L'opposition ne tombe pas dans le piège du « moindre mal » et évite de négocier et reconnaît explicitement que le projet sur l'empêchement légitime est un défi ouvert lancé à la Cour constitutionnelle. Ce sera à un autre contrepouvoir, le Président, d'éviter que la majorité puisse bloquer presque tous les procès pénaux du Pays. L'action de l'opposition au Parlement se révèle assez claire (en cohérence avec la stratégie déjà expérimentée lors de la discussion du lodo Alfano) et affirmée bien que le *legittimo impedimento* soit un attentat au principe d'égalité bien moins fort que celui de la pure et simple immunité. A part le grand nombre d'amendements présentés en commission et en séance, l'axe de l'action d'opposition même dans ce cas reste autour des motions préjudicielles de constitutionnalité. Il est intéressant d'observer que dans le cas du *legittimo impedimento* l'Idv a présenté une motion de 12 pages dans lesquelles tous les profils d'inconstitutionnalité étaient soigneusement détaillés. Plus qu'en présence d'une motion on assiste à l'écriture d'un saisine informelle au juge constitutionnel. Même dans le débat en séance la discussion ne paraît pas orientée à l'intérieur du Parlement mais à l'extérieur, comme pour sensibiliser l'opinion publique et la Cour. Comme on pouvait le soupçonner le juge judiciaire de Milan a immédiatement soulevé la préjudicielle et a fait valoir (de facto) les arguments déjà indiqués par l'opposition : on voit ici la proximité de plus en plus évidente entre les phases de la procédure législative et celles du jugement de constitutionnalité. Cela est dû sûrement à la conflictualité typique d'un Parlement qui se veut majoritaire, où le juge judiciaire qui soulève la question est un filtre entre l'opposition et la Cour. Comme dans les cas des *lodi* cette dernière décision parvient à clore la question en censurant partiellement la disposition jusqu'à en ôter son venin : le *legittimo impedimento* reste mais ce n'est pas le Président du Conseil qui peut le déclarer, c'est le juge qui doit l'évaluer. La loi, ainsi vidée de son sens, sera quelques mois après balayée définitivement par le referendum abrogatif qui, avec un écrasante majorité, définit une fois pour toutes le problème des immunités en le balayant définitivement.

10. Suite: Entre nouveaux droits fondamentaux et droits sociaux constitutionnels

Même en France, comme on l'a vu en Italie, l'attitude du pouvoir politique à l'égard du judiciaire a été constamment polémique et a donné naissance à des intéressants actes législatifs qui empiètent de manière importante sur les compétences de la magistrature.

Parmi les actes législatifs qui visent à réduire la portée de l'action de la magistrature on peut évoquer avant tout le cas récent de la loi Hadopi. Le projet de loi avait donné lieu à

un débat parlementaire intéressant du point de vue constitutionnel en ce qui concerne la possibilité de considérer l'accès à Internet comme un droit fondamental lié à la libre manifestation de la pensée. Si c'était le cas, comme pour n'importe laquelle des libertés individuelles, un acte de l'autorité judiciaire serait nécessaire pour le restreindre. Dans le projet de loi le juge serait intervenu, le cas échéant, seulement après la décision de Hadopi. L'opposition a annoncé lors du débat en séance qu'il aurait saisi le Conseil constitutionnel: il s'agit une stratégie parfois importante qui peut permettre à la minorité d'obliger la majorité à quelques compromis. La décision du Conseil a de facto reconnu la bonté des thèses de l'opposition avec une décision très innovatrice en reconnaissant l'accès à Internet comme un droit fondamental. Pourtant il semble être allé trop loin pour ce que l'opposition avait demandé, en censurant aussi l'ainsi dite réponse graduée des sanctions. Cela a déterminé l'augmentation des peines mineures, ce que l'opposition ne souhaitait pas. Il s'agit des conséquences inattendues de la saisine.

Un autre exemple important de censure éclatante qui a frappé une mesure fortement voulue par le Gouvernement est celle de la taxe carbone. En France la matière du droit tributaire est décidément plus importante qu'en Italie pour le droit constitutionnel. Rarement la Corte costituzionale est saisie en effet dans cette matière. La taxe carbone, introduite dans la loi de finance de 2009, mettait en évidence un profond conflit entre l'exigence de valeur constitutionnelle de respecter l'environnement et le principe d'égalité devant l'impôt. Il s'agissait d'un problème de *bilanciamento* tout à fait politique que le Conseil a résolu dans le sens indiqué par l'opposition, voire l'impossibilité de sacrifier complètement l'égalité à la défense de l'environnement.

11. La non-saisine de l'opposition française

L'attitude de l'opposition aux égards du juge des lois n'est pas toujours claire en France. Au delà d'une traditionnelle méfiance vis-à-vis du Conseil, la minorité montre parfois une certaine réticence à saisir le juge des lois même après s'être fortement opposé un certain projet de loi du gouvernement. Deux cas exemplaires peuvent être ici évoqués : celui de la loi 2010-1192 interdisant le port de la burqa et celui de la loi 2011-803 portant réforme du régime des soins psychiatriques.

3. Dans le cas de la burqa tout le débat, en commission ainsi que dans l'assemblée, était axé sur une interprétation différente de la Constitution et, en particulier, sur le conflit entre la liberté individuelle et l'objectif de valeur constitutionnelle de l'ordre public sociale. La majorité et l'opposition partageaient la volonté d'interdire le port de la burqa mais de différentes manières. La position de l'opposition d'une prohibition graduée avait été

appuyée par l'avis du Conseil d'Etat, ce qui a risqué de produire un conflit grave entre ce dernier et la Présidence. Au moment du vote l'opposition a pourtant refusé d'y participer probablement pour ne pas manifester une position plus faible que celle de la majorité en matière de sécurité publique, bien qu'elle s'était battue contre le projet du Gouvernement jusque là. C'était alors au Président de l'Assemblée à saisir le juge des lois, qui confirmait la loi avec une décision assez redoutable (comme on le verra ensuite) : voici que le recours au juge des lois, conçu depuis 1974 comme une arme dans les mains de l'opposition devient (rarement) un outil de la majorité présidentielle pour renforcer sa légitimité.

Si dans le cas de la burqa la décision du PS de ne pas saisir le Conseil peut être donc justifiée par des raisons politiques, dans le cas de la loi de réforme des soins psychiatriques cette conclusion peut paraître moins claire. L'opposition s'est fortement opposée en effet au projet de loi. Cette renonce, qui était fortement demandé par les associations des malades, peut être expliquée si l'on considère que, après tout, la réforme était écrite en suivant les indications du Conseil constitutionnel (on verra plus loin comment). Mais surtout l'opposition s'est « déchargée » de cette responsabilité en laissant aux juges de saisir le Conseil constitutionnel avec une éventuelle QPC (ce qui est effectivement arrivé). Comme on le voit cela pourrait produire une grande nouveauté dans le régime français (qu'on constate déjà en Italie dans les rapports entre le Président et la Corte): l'avant-dernier contre-pouvoir laisse au dernier contre-pouvoir la responsabilité de dénoncer et frapper la mesure inconstitutionnelle.

12. Une synthèse possible sur l'opposition

On a vu comment, même en Italie, en l'absence d'un recours direct de l'opposition au juge des lois, l'usage des arguments de droit constitutionnel dans l'enceinte parlementaire est devenu un élément important de la stratégie de l'opposition lors de la discussion d'importants projets de loi. En Italie indirectement et en France directement la minorité dialogue donc avec la justice constitutionnelle avant les décisions, en anticipant et préparant ses censures, et après celles-ci, dans le but de les faire respecter pour des fins politiques.

En ce qui concerne la « tenue » de l'opposition on a remarqué qu'en France elle est habituellement plus solide et compacte, surtout à cause de sa composition homogène. Cette cohésion de l'opposition détermine parfois la rigidité de son action politique, bien que sa cohérence soit parfois sacrifiée à des exigences politiques, surtout en matière de sécurité publique. Aussi en Italie on a pu remarquer une certaine incohérence de l'opposition en ce qui concerne ses positions de « politique constitutionnelle ». Cela a produit pas mal de contrastes entre l'opposition interne (au Parlement) et celle externe représentée par les

groupes de pression ; on a vu l'importance du juge constitutionnel dans la définition des position de l'opposition, qui a tenu en compte les décisions constitutionnelles pour orienter sa ligne politique. L'opposition italienne montre encore donc des difficultés à se convertir aux logiques du système majoritaire car elle semble encore à mi chemin entre l'ancien régime consensuel de l'éternelle négociation parlementaire et celui d'un régime majoritaire où l'opposition renonce à cogérer la politique du gouvernement et à s'y immiscer constamment.

IV.

LES CONTREPOUVOIRS DANS LA PROCEDURE LEGISLATIVE: PRESIDENTS DE LA REPUBLIQUE ET CONSEIL D'ETAT

1. Fonction « d'impulsion politique constitutionnelle » et garantie de l'unité nationale

Les nombreuses fonctions du chef de l'Etat en Italie et en France font l'objet d'une précise description dans les deux Constitutions qui a fait couler beaucoup d'encre parmi les juristes. Pourtant l'expérience quotidienne du régime est inépuisable et la nécessité d'observer et reconstruire la pratique présidentielle selon le style des présidents qui se succèdent rend nécessaire et utile une analyse du rôle réel du chef de l'Etat.

Le charme de la figure présidentielle demeure dans sa dérivation royale, ce qui la rend, dans la théorie de Schmitt, le gardien du pacte constitutionnel. Dans ce travail de recherche on considèrera le Président seulement sous l'angle de sa participation à la procédure législative.

En Italie le Président s'insère dans l'*iter legis* surtout quand il exerce son pouvoir de veto suspensif, le renvoi présidentiel. On discute en doctrine si ce pouvoir est à considérer comme un pouvoir d'impulsion politique ou de contrôle. Dans le premier cas on reconnaîtrait un plus grand pouvoir d'appréciation au chef de l'Etat si renvoyer ou non la loi au Parlement. En réalité la deuxième thèse est préférable non seulement parce qu'elle écarterait (justement) le Président des décisions les plus purement politiques mais surtout car cela lui permettrait d'exercer pleinement sa vraie fonction de garant de la Constitution, donc de contre-pouvoir qui intervient seulement là où une violation de la Constitution peut être cernée. Pourtant le chef de l'Etat en Italie semble avoir renoncé à exercer cette forme de contrôle de stricte constitutionnalité sur les lois qui émanent du gouvernement : pour éviter de s'immiscer dans le débat politique le Président de plus en plus utilise l'alibi offert par la thèse de la *manifeste inconstitutionnalité*, qui lui permet de garder intacte sa popularité en se faisant garant de l'unité nationale (article 91 Cost.) mais qui en même temps lui empêche d'exercer la fonction de vrai garant de la Constitution (article 82 Cost.).

La fonction et le rôle du Président français sont profondément différentes de son homologue italien, car en France le chef de l'Etat est assez ambiguë et en même temps juridiquement le garant de la Constitution (article 5) et politiquement le chef de la majorité. Il possède aussi le pouvoir du renvoi (article 10 Const.) mais il s'agit d'un pouvoir qui n'a

presque pas connu d'utilisation et dont la fonction potentielle a été fortement réduite suite à l'introduction du quinquennat. Pour cette raison au cours de la procédure législative, il existe un autre organe député au contrôle des projets de loi du Gouvernement et qui exerce donc un vrai pre-contrôle de constitutionnalité. Il s'agit du Conseil d'Etat, qu'on considérera comme le vrai contre-pouvoir de l'Exécutif dans la création des lois.

2. Les actes d'impulsion politique constitutionnelle en Italie

Parmi les actes que le Président italien exerce dans sa fonction de contre-pouvoir de la majorité au cours de la procédure législative on peut donc compter le décret avec lequel il autorise la présentation des projets de loi au Parlement et celui de promulgation (ou de renvoi) de la loi. Le premier est normalement considéré comme un devoir du Président qui ne pourrait pas apprécier la constitutionnalité du projet. La pratique présidentielle formellement s'est orientée dans ce sens mais *de facto* le Président a plusieurs fois déconseillé au Gouvernement la présentation de certains projets de loi qui soulevaient des doutes de constitutionnalité. Le pouvoir de demander une nouvelle délibération de la loi en revanche constitue un acte discrétionnaire que le Président devrait utiliser en présence de dispositions inconstitutionnelles. Pourtant, loin d'être constamment exercé, il ne l'a été que d'une manière peu compréhensible et pas très fréquemment. Si, jusqu'en 2006 ce pouvoir a été utilisé symboliquement et en moyenne une fois par an, depuis quelques années on a assisté à sa remarquable réduction.

Il ne faut pas oublier que, dans le silence du texte constitutionnel, le Président depuis 1989 s'est reconnu (avec l'appui du juge constitutionnel) le pouvoir de refuser l'émanation des décret-loi du Gouvernement, ce qui a créé une vraie forme de veto définitif sur les décrets que le Président estime être inconstitutionnel.

Depuis l'instauration du fait majoritaire en Italie en 1993 trois ont été les Présidents qui se sont succédés : Scalfaro, Ciampi et Napolitano. Du point de vue du rapport entre chef de l'Etat et majorité-Gouvernement il y a eu une profonde différence entre le premier et les deux derniers. Sous la présidence Scalfaro, appelée « du dogmatisme constitutionnel », le chef de l'Etat limitait au maximum ses intervention dans la procédure législative pour éviter toute coresponsabilité politique dans les projets de loi de la majorité, ce qui lui permettait dans la phase suivante d'exercer pleinement sa fonction de contre-pouvoir et demander à la limite une nouvelle délibération de la loi, ce qu'il considérait comme un pouvoir-devoir du Président en cas d'inconstitutionnalité.

Très différente l'interprétation de ce pouvoir offerte par le Président Ciampi (confirmé et aggravé par son successeur Napolitano) qui a exercé cette prérogative selon sa propre admission seulement dans le cas des lois « manifestement inconstitutionnelles ».

Cela a fait ainsi que le Président (dans la crainte de contredire le Gouvernement) ait intensifié son action en coulisses à travers une action de « persuasion morale » qui a souvent entraîné le chef de l'Etat dans de redoutables marchandages politiques qui ont mis en danger sa fonction de contrepouvoir. Le problème s'est ultérieurement aggravé sous la présidence Napolitano : le Président a publiquement déclaré que le pouvoir de renvoi « ne sert à rien » comme il ne s'agit pas d'un veto définitif et il est arrivé jusqu'à à promulguer deux lois avec une motivation...contraire (voire promulguer la loi en marquant les graves problèmes de constitutionnalité qui la caractérisent). Tout cela a produit concrètement une sorte de « dramatisation » du pouvoir de demander une nouvelle délibération, dans la crainte du président d'être l'antagoniste du Président du Conseil et donc de perdre son rôle de garant de l'unité nationale (et donc même de la majorité des électeurs). Le résultat est une remarquable diminution du rôle de garantie de la figure présidentielle dans la procédure législative.

3. Suite: La “doctrine Ciampi” dans le rapport entre Président de la République et Cour constitutionnelle: les cas des lodi Schifani et Alfano

Les liens entre chef de l'Etat et Cour constitutionnelle ne se bornent pas à la modalité d'élection des juges, nommés pour un tiers par le Président, mais doit être recherchés plus loin, dans la fonction de contrôle constitutionnel que les deux organes exercent dans le régime. La doctrine a tenté de différencier les caractéristiques du contrôle qu'ils exercent sur les lois du Parlement. Le Président en effet se limiterait à demander une nouvelle délibération de la loi après un contrôle en abstrait de constitutionnalité, qui n'irait pas en profondeur et qui serait éventuel, alors que la Cour exercerait une forme de vrai veto après avoir exercé une forme de contrôle concret, nécessaire et ponctuel de la loi. Il est vrai que les deux formes de contrôle peuvent se croiser ou se succéder et dans ce cas l'important c'est qu'ils soient coordonnés faute de se contredire. Ce qui est arrivé par exemple avec la loi ordinaire qui prévoyait l'immunité pour les hautes charges de l'Etat (lodo Alfano, une sorte de loi-photocopie du précédent lodo Schifani). Le Président avait promulgué la loi avec une drôle de motivation, dans laquelle il excluait la présence de problèmes d'inconstitutionnalité en reprenant les considérations avec lesquelles la Cour avait précédemment censuré le lodo Schifani. En réalité le Président avait décidément bouleversé le sens de l'arrêt de la Cour qui, au moment de devoir se prononcer sur l'inconstitutionnalité du lodo Alfano, a été gênée par l'interprétation que le Président avait fait de sa jurisprudence. Pour éviter de le contredire la Cour a nécessairement dû ne pas se prononcer sur le vice de reproduction de loi déjà déclaré contraire à la constitution, pour arriver tout de même à censurer la loi (sentenza 262/2009).

En effet depuis l'instauration du fait majoritaire le Président tend de plus en plus à s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour pour motiver sa décision de promulgation ou de renvoi. Les problèmes commencent quand il interprète mal le sens des arrêts de la Cour ou il cherche d'en forcer le sens. Un autre aspect important est donc le style des communiqués avec lesquels le chef de l'Etat décide de promulguer ou non la loi : ces messages dans les dix dernières années sont devenus de plus en plus touffus et détaillés. Le style est plutôt celui d'une juridiction que celui d'un organe politique.

De son côté même la Cour arrive parfois à s'appuyer sur l'autorité du Président, en renforçant ainsi le circuit des contrepouvoirs. C'est le cas par exemple de l'un des arrêts les plus célèbres de la Cour, le 360/1996 en matière de décret-loi, dans lequel la Cour reprenait le contenu d'un message que le Président avait envoyé au Parlement sur la nécessité de limiter le recours aux décrets.

4. Le Président italien comme alter ego de la Cour constitutionnelle ?

Un élément important à considérer pour évaluer le rôle du Président comme contrepouvoir sont donc les rapports qu'il entretient avec les autres contrepouvoirs.

Vis-à-vis des oppositions ces relations sont ambiguës. Normalement on considère en Italie que le Président est politiquement intouchable: rarement majorité et opposition remettent en cause la façon dont le Président exerce ses fonctions. Pourtant dans les deux dernières septennats l'opposition de gauche (IDV) a de plus en plus remis en cause la décision présidentielle de ne pas utiliser le pouvoir de demander une nouvelle délibération des lois: cela a produit des tensions évidentes avec le Quirinal. En revanche l'opposition « majoritaire » de centre-gauche (PD) a continué à soutenir cette position présidentielle. Il s'agit d'une position assez incohérente car les partis qui se sont opposés à une loi inconstitutionnelle au cours du débat parlementaire, au moment de la promulgation présidentielle devraient quand même s'attendre à ce que le Président exerce son pouvoir. La stratégie de cette forme d'opposition est claire: éviter d'influencer et critiquer le Président et attendre que la Cour s'exprime sur l'inconstitutionnalité de la loi. Il s'agit d'un comportement qui a des retombées remarquables sur les équilibres institutionnels. Ce faisant on laisse entièrement sur la Cour le poids de relever l'inconstitutionnalité, on appauvrit le système des contrepouvoirs de l'un de ses organes en neutralisant le pouvoir d'*early warning* présidentiel qui pourrait constituer un valable moyen d'induire la majorité à corriger le vice de la loi, sans passer par une annulation. *De facto* pour éviter le conflit mineur entre le Président et la majorité on risque d'en déclencher un bien majeur entre Gouvernement et Cour constitutionnelle. Ce qui est effectivement arrivé à plusieurs reprises assez récemment.

En tout cas, cette situation mise à part, les rapports entre Président et Cour sont très forts et ils se fondent sur le fait que la Corte émane par un tiers du Président, qui en nomme 5 juges sur 15. La Cour considère indiscutable la position du chef de l'Etat : dans les très peu de cas dans lesquels le Président a saisi la Cour (en cas de conflit avec un ministre, par exemple) le juge des lois n'a jamais osé contredire le Président. Par exemple la Cour a confirmé le pouvoir du Président d'exercer une forme de veto définitif contre des décrets-lois du Gouvernement, ce qui est arrivé récemment dans le cas du décret qui aurait empêché la mort d'Emanuela Englaro dont les médecins avaient décidé (avec l'appui d'un arrêt définitif de la Cassation) d'interrompre l'écharnement thérapeutique.

De son côté le Président est toujours attentif à défendre l'indépendance de la Cour contre les accusations de partialité qui viennent du monde politique et, de plus en plus depuis l'instauration du fait majoritaire, dans les messages, il reprend souvent la jurisprudence de la Cour (mais pas toujours opportunément et correctement) pour supporter ses décisions.

5. Le garant de la Constitution française: chef de l'Etat ou Conseil Constitutionnel?

La figure du Président français, on l'a déjà dit, ne peut être comparée à celle du Président italien si l'on parle de contrepouvoirs. Cela pour des raisons politiques qui sont résumées dans l'élection à suffrage universel du premier et en vertu des pouvoirs qui lui sont attribués par les articles 11 et 16 de la Constitution. Pourtant il ne faut pas oublier l'article 5 Const., qui rend le Président garant de la Constitution. Il s'agit donc d'une figure ambiguë, hautement politique qui garde quand même quelque chose du rôle de garantie qui est propre à l'instance suprême d'un régime politique, au-dessus des partis et des majorités. Pour cela on pourrait dire que le Président partage le rôle de garant de la Constitution avec le Conseil constitutionnel. Le premier en est le garant politique et dans les circonstances extraordinaires, alors que le premier exerce ce rôle plus ou moins dans la quotidienneté de la République.

La preuve du rôle de contrepouvoir exceptionnel est donné avant tout de l'usage (seulement à trois reprises depuis 1958) du pouvoir de l'article 10 Const. On aurait pu s'attendre que le Président utilise plus souvent ce pouvoir, au moins pendant les cohabitations. Probablement ce n'était pas le cas car dans un pays où le contrôle de constitutionnalité est à priori le Président, celui-ci n'a pas besoin de demander une nouvelle délibération de la loi. Au contraire ce pouvoir est exercé par le Président pour permettre au Parlement d'introduire dans une loi les modifications indiquées par le Conseil qui, grâce au Président, devient un vrai co-législateur (ainsi depuis la décision Nouvelle Calédonie de

1985 et, plus récemment dans la loi 327-2003). Il ne faut pas oublier que, même en France, la nomination d'un tiers des juges (et surtout du Président du Conseil constitutionnel) renforce ce lien entre chef de l'Etat et Conseil.

Le Président français signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres (article 13 Const.) mais, différemment du cas italien, son pouvoir de refuser la signature est bien plus controversé. Le cas des trois ordonnances de 1986 est resté isolé et montre que le Président peut *de facto* exercer ce pouvoir. Surtout le refus de signer l'ordonnance sur les privatisations est intéressant car motivé par des raisons de constitutionnalité qui reprenaient les réserves d'interprétations formulées par le Conseil sur la loi d'habilitation. Le Conseil constitutionnel d'ailleurs ne s'est jamais prononcé sur le pouvoir du Président de refuser la signature, ni il a pu s'exprimer sur le fond de la constitutionnalité de l'ordonnance sur les privatisations car, étrangement, il n'a pas été saisi par l'opposition. Il n'est pas donc possible de savoir si le juge des lois aurait donné raison au Président mais l'annulation de l'article 39 de la loi 87/39, donnant lieu à la jurisprudence Seguin, a décidément réduit l'échec que le Gouvernement aurait voulu infliger au Président.

Le rapport entre le Président et le Conseil dépend en outre de deux autres dispositions constitutionnelles qui permettent de « rompre » la solitude du chef de l'Etat tel que garant de la Constitution: les articles 54 et 61 Const. qui permettent au chef de l'Etat d'interpeller le Conseil sur la constitutionnalité d'une loi ou d'un traité. Le premier cas ne s'est jamais produit (la saisine étant surtout l'apanage de l'opposition) alors que le deuxième l'a été à six reprises.

Il ne faut pas oublier enfin qu'il est surtout grâce à la détermination des Présidents que le Conseil a progressivement étendu ses pouvoirs et compétences : Giscard en 1974 et Sarkozy en 2008 (avec en plus la réforme tenté par Mitterrand en 1993) sont les exemples de cette « confiance » du Président dans une institution assez mal vue dans le monde parlementaire.

6. Le Conseil d'Etat: la technocratie et le contrôle constitutionnel

On a donc vu que le Président n'exerce pas ordinairement en France la fonction de contre-pouvoir au cours de la procédure législative. Il s'agit de comprendre s'il existe un autre organe qui, aux termes de la Constitution, remplit cette mission. A notre avis celui-ci pourrait bien être le rôle du Conseil d'Etat, selon l'article 39 Const.

Dans l'histoire de la Cinquième République le Conseil d'Etat a mis au point une élaboration jurisprudentielle de la Constitution qui ne peut pas être imaginée en Italie et qui est arrivée parfois à donner lieu à des conflits importants : de l'opposition au pouvoir

personnel de De Gaulle aux nationalisations socialistes jusqu'à, plus récemment, l'interdiction du voile intégral.

Le contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur les projets de loi est éminemment juridique et donc étendu à la constitutionnalité de l'acte. En d'autres termes le contrôle du Conseil d'Etat est une anticipation de celui du Conseil constitutionnel. C'est cette proximité historique, sociologique et jurisprudentielle qui fait la force du juge administratif et qui constitue cette « *tenaille constitutionnelle* » qui contraint le législateur. L'idée selon laquelle le Conseil d'Etat est une co-législateur vient de ça, de la procédure minutieuse d'analyse des textes gouvernementales et qui ressemble à un contentieux entre le conseiller rapporteur, puis la section et enfin l'assemblée générale et les commissaires du gouvernement. Plus qu'un contrôle il s'agit d'une véritable réécriture du texte, qui est subie d'une manière plus ou moins passive par le gouvernement qui, presque dans la totalité des cas, accepte la version du Conseil d'Etat, pour éviter qu'un avis contraire au texte soit transmis au Conseil constitutionnel.

Il est en effet rare qu'ils se produisent des contrastes de jurisprudence entre les deux Conseils et en général on peut dire que le Conseil d'Etat (sûrement moins exposé à la critique politique que le Conseil constitutionnel) exerce avec détermination plus de force sa fonction de contrepouvoir de l'exécutif. Le Conseil constitutionnel a en grande partie tiré l'inspiration de ses plus importantes (et courageux) arrêts dans ceux du juge administratif depuis 1971 et ce dernier accepte malgré quelques réserves l'autorité des décisions constitutionnelles. Souvent on a l'impression que, au lieu de les respecter, le juge administratif arrive presque par hasard aux mêmes conclusions que celles du Conseil constitutionnel. Même si normalement le circuit des contrepouvoirs Conseil-Conseil (qui s'est intensifié à partir de 2009 avec l'institution de la QPC) fonctionne, il arrive parfois que le Conseil ne censure pas une solution considérée inconstitutionnelle par l'autre aile du Palais Royal. Un cas exemplaire à ce propos a été celui de l'interdiction du voile intégral. Le premier ministre ayant demandé l'avis du Conseil d'Etat le 29 janvier 2010 pour arriver à une interdiction la plus vaste possible du port du voile, le Conseil d'Etat a, malgré la votation de la recommandation parlementaire qui allait dans le même sens, répondu négativement en montrant sa contrariété à une interdiction totale, s'appuyant surtout sur la jurisprudence de la CEDH. Il s'est agi d'un revirement du Conseil d'Etat par rapport à la décision dite du « *lancer du nain* », suggérée probablement du fait que le Conseil est le suprême garant de la conventionalité en France. Le Président Sarkozy a évoqué dans cette circonstance l'opposition du juge administratif à De Gaulle et l'opposition parlementaire a, pour sa part, amplement utilisé les thèses du Conseil pour défendre sa position au Parlement. L'épisode s'est clos, comme on le verra dans le chapitre suivant, avec un arrêt du Conseil constitutionnel très ambigu et qui introduit une notion d'ordre idéologique de l'ordre public dont la conformité à la Constitution n'est pas évidente.

On pourrait penser que la position du Conseil constitutionnel vis-à-vis des libertés soit toujours en retrait par rapport à l'attitude du Conseil d'Etat. Pourtant ce n'est pas le cas, comme le cas récent du revirement jurisprudentiel en matière de soins sans consentement peut le montrer. Au cours de l'examen en Conseil d'Etat de la loi de réforme de la loi 527/1990 le juge administratif n'a pas osé contredire la jurisprudence précédente du Conseil constitutionnel qui n'avait jamais prévu la nécessité de l'intervention du juge de la liberté avant toute décision concernant les mesures d'enfermement concernant les ainsi dites « HO ». Pourtant au cours de l'examen parlementaire de la loi, le Conseil constitutionnel s'est opportunément exprimé sur la questions lors d'une QPC sur le même sujet et a établi le principe selon lequel même dans le cas des HO l'intervention du juge serait indispensable (décision 2010/71). Comme dans le cas précédent encore une fois il s'agit d'un revirement, cette fois du juge constitutionnel, induit par la jurisprudence de la CEDH. La QCP permet désormais au juge des lois d'intervenir et influencer le débat législatif et de pallier les éventuelles lacunes du contrôle du Conseil d'Etat, comme c'était déjà arrivé à propos de la garde à vue avec les décisions 14-22 de 2010 .

7. Conclusions: entre chef de l'Etat et juge des lois: "il est nécessaire que le contre-pouvoir arrête (ou pousse) le contre-pouvoir".

On l'a vu: il est indispensable que le circuit des contre-pouvoirs soit cohérent et que les différents organes ne se contredisent *ordinairement*. Toutefois il peut arriver que les interprétations de la Constitution offertes par eux divergent. Il s'agit d'une possibilité qui peut arriver et qui n'est pas nécessairement problématique. Bien sûr un contre-pouvoir peut errer dans son interprétation et donc voilà la nécessité que celui qui s'exprime après le corrige. La différence peut être considérée en outre comme un indice de démocratie dans le circuit des contre-pouvoirs qui ne doit pas nécessairement être sacrifié faute de les ordonner hiérarchiquement et renoncer ainsi à leur propre indépendance individuelle.

On a voulu mettre en évidence dans ce chapitre surtout la ressemblance de fond entre le contrôle à priori exercé sur la loi par le Président en Italie et par le Conseil d'Etat en France. Il s'agit d'une ressemblance des fonctions, qui ne veut pas nier la profonde et évidente différence qui existe entre ces deux formes de contrôle. Cela nous a servi pour montrer comment la solution du régime français, qui attribue ce contrôle à un collège de juristes quand même assez loin de la politique active, se fait préférer à la décision italienne d'attribuer à un organe monocratique et hautement politique tel que le Président une forme si importante de contrôle de constitutionnalité dont on a parcouru les difficultés et les incohérences dues surtout à la menace de délégitimation du chef de l'Etat de la part de la majorité. Le contrôle du Conseil d'Etat se fait préférer également pour sa précision et pour le soin avec lequel chaque texte du Gouvernement est analysé et pesé, ce qui rend le

suprême juge administratif le meilleur allié du juge constitutionnel comme dernier contrepouvoir dans un régime démocratique.

V

LE JUGE DES LOIS, MODERNE MONARQUE CONSTITUTIONNEL

1. Le juge constitutionnel comme contrepuvoir représentatif

Le juge constitutionnel représente le sommet du système des contrepuvoirs qu'on a dessiné dans ce travail. Il n'est pas question des hiérarchies mais plus exactement de fonction : le juge constitutionnel c'est en effet celui qui a le dernier mot sur la loi (mis à part le cas extrême du *lit de justice* vedelien) et qui donc exerce ce pouvoir de *sanction* qui est la prérogative du roi dans les monarchies constitutionnelles. Pour cela, en tant que participant avec sa volonté (qui peut être même seulement de non opposition) à la formation de l'acte législative, selon Eisenmann, le juge constitutionnel est un co-législateur. Il est, selon Rousseau, le représentant du peuple constituant qui se distingue du peuple constitué actuel. C'est le contraire du referendum, le premier « contrepuvoir en puissance » qu'on a analysé : le juge constitutionnel est un contrepuvoir technique à composition minime qui représente le peuple constituant et trans-temporel, alors que le referendum est un contrepuvoir démocratique qui représente le peuple actuel. Le juge des lois est en d'autres termes le garant de cette souveraineté de la Constitution qui est le complément nécessaire de la souveraineté populaire, comme il l'a été bien dit dans la décision 85-197 DC du 23 août 1985 du Conseil constitutionnel.

2. Une lecture politique et stratégique du contrepuvoir juridictionnel

On peut dire que le juge constitutionnel exerce dans le régime une fonction de politique constitutionnelle (Stone Sweet) que, au moins en Italie, il partage avec le chef de l'Etat. Différemment de ce dernier qui souvent, en tant qu'organe monocrate, est exposé au risque de délégitimation, la forme collégiale du juge constitutionnel lui permet d'exercer avec moins de visibilité sa mission, comme la responsabilité des décisions est « diffusée » à l'intérieur du collège et permet de considérer le juge des lois comme une institution monocratique dépersonnalisée grâce à la solidarité qui existe parmi les conseillers qui s'expriment d'une seule voix. Quand on parle de la *politique* faite par le juge on veut faire référence à une forme bien différente de celle qui caractérise les institutions démocratiques. Le juge constitutionnel fait politique dans le sens qu'il a à faire avec des dispositions

législatives qui sont le fruit du processus politique et il ne peut pas s'empêcher (car c'est sa fonction) d'intervenir sur ces mêmes dispositions. Quand il fait ça il agit politiquement s'il censure une disposition en donnant tort à la majorité et intégrant donc dans la loi les raisons défendues lors du débat parlementaire par l'opposition. Ce schéma vaut aussi pour l'Italie qui a une forme de contrôle préjudiciel à posteriori qui est normalement exercée juste après la promulgation des lois: les juges ordinaires italiens reprennent normalement dans leurs saisines les mêmes arguments utilisés par l'opposition lors du débat parlementaire. De cette manière le juge apparaît comme l'arbitre du combat politique juridictionnalisé entre la majorité et l'opposition, cette sorte de dialectique que Favoreu avait déjà analysée au temps de la première cohabitation. De là vient aussi l'influence du juge constitutionnel dans l'enceinte parlementaire : celle-ci est rétrospective, quand elle agit sur une loi déjà promulgué, mais surtout pour le futur, car elle permet aux parlementaires de comprendre le sens et la portée des dispositions constitutionnelles indispensable dans l'écriture des nouvelles lois.

Pour toutes ces raisons il faut que le juge des lois soit bien sûr garant de la Constitution mais il doit en même temps se confronter avec les équilibres politiques et donc faire épreuve de *réalisme* dans son action quotidienne. L'instrument essentiel des juges sont donc les *stratégies* judiciaires qu'il utilise pour s'insérer dans le jeu politique en tant qu'arbitre. Il s'agit principalement de stratégies externes, voire l'usage bien pondéré des techniques de décision qui puissent aider le juge à faire accepter à l'extérieur du Palais la portée de ses prononcées, souvent avec l'aide du *précédent*, qui constitue le symbole par excellence de toute stratégie judiciaire car il confère aux décisions la stabilité qui est essentielle pour consolider sa propre jurisprudence, avec toujours le risque d'en empêcher l'évolution.

3. Le juge des lois comme contrepouvoir: regard sur les relations entre pouvoir et contrepouvoir

Si bien que la Cour italienne et le Conseil constitutionnel sont deux contrepouvoirs qui sont nés presque au même temps, à la fin des années cinquante, ils ont pris conscience de leur nature dans deux moments différents. Alors que la Cour a compris sa fonction anti-majoritaire déjà depuis son premier arrêt (1/1956) dans lequel il conférait nature juridique à toutes les dispositions constitutionnelles, même à ceux de principe, le Conseil constitutionnel arrive à la même conclusion seulement en 1971 avec la célèbre décision sur la liberté d'association, rendue pas par hasard juste après la sorti de la scène politique de De Gaulle. Dans les deux cas il s'est agi d'une évolution inattendue : dans les deux pays au début les forces de l'opposition (de gauche) craignaient cette institution qu'ils considéraient

conservatrice et ils ont dû progressivement reconnaître que, en revanche, l'action du juge des lois était devenue un élément indispensable pour la défense des droits et en général assez favorable à la mutation sociopolitique du régime. Cette tendance s'est manifestée en clef anti-majoritaire à plusieurs reprises, surtout dans les moments de plus forte tension entre pouvoir et juge, comme l'a été par exemple le cas de la loi Pasqua de 1993 sur l'immigration qui a fait ressortir au grand jour dans l'action du Président Badinter la vraie nature du Conseil constitutionnel. Au delà des confrontations exceptionnelles, la difficulté constante pour le juge constitutionnel réside essentiellement dans la capacité de faire accepter ses décisions dans le milieu parlementaire. C'est un problème très sensible surtout en Italie, où l'existence du contrôle a posteriori souvent entraîne l'inertie du Parlement dans l'action à modifier les dispositions dans le sens indiqué par la Cour. Le Parlement italien n'est pas organisé de manière à élaborer la jurisprudence constitutionnelle, dont la complexité (à cause de l'extrême diversification de la typologie des prononcés) aggrave le problème de la « suite » des arrêts de la Cour. Le problème ne se pose pas vraiment en France, où l'existence du contrôle a priori contraint le système politique à se confronter aux inconstitutionnalités avant la promulgation de la loi, ce qui a permis (grâce aussi à l'examen en Conseil d'Etat) la diffusion d'une culture de la constitutionnalité inconnue en Italie. Cette influence s'exerce aussi dans les contacts très étroits que les membres et l'administration du Conseil ont avec les services du gouvernement et des assemblées, car souvent le contrôle de constitutionnalité (à cause du strict délai assigné au Conseil pour se prononcer) advient au même temps que le débat parlementaire et se déroule après comme une vraie continuation de la confrontation entre la majorité et l'opposition qui assume les formes d'un procès judiciaire.

4. Stratégies externes de la Cour italienne

L'un des soucis permanents du juge constitutionnel est de devoir toujours de « se justifier » : sa légitimité dépend de sa jurisprudence qui ne doit être ni trop courtisane ni trop agressive. L'histoire de la justice constitutionnelle est un éternel équilibre entre ces deux pôles et en Italie l'instrument principal de la Cour pour se faire accepter par le système politique a été (comme en France d'ailleurs) l'élaboration d'un éventail de réponses graduées aux problèmes de constitutionnalité. L'alternative entre confirmation/annulation n'a jamais été si nette si l'on considère la riche typologie des décisions élaborées par la jurisprudence. L'intensité du pouvoir de veto varie ainsi entre un « degré zéro » de la décision de rejet au « degré un » de la déclaration d'inconstitutionnalité. Entre ces deux extrêmes il existe des décisions de manipulation (avec lesquelles le juge modifie en partie la disposition pour la rendre compatible avec la Constitution), d'interprétation (dont la

force est décidément mineure par rapport aux réserves du Conseil constitutionnel) et les décisions d'inadmissibilité. Ces dernières sont souvent utilisées pour se débarrasser d'une question trop sensible et dont l'inconstitutionnalité est réduite à un problème d'interprétation qui est donc renvoyé au juge judiciaire.

<i>DECISIONI CORTE COST.</i>	2007	2008	2009	2010	2011
Sentenze/pronunce	172/ 464	104/ 333	162/ 342	210/ 376	166/ 342
Manipolative	33	27	26	32	25
Interpretative di rigetto	0	3	1	4	4
Illegittimità tout court	3	14	8	11	16
Non fondatezza (ordinanze e sentenze)	97	67	59	70	48
Inammissibilità (ordinanze e sentenze)	166	183	114	123	129

Les données ci-dessus représentées montrent que la Cour utilise très souvent les décisions d'inadmissibilité, ce qui pourrait cacher un risque de « déresponsabilisation » de la Cour qui laisse aux juges judiciaires la responsabilité de résoudre par voie interprétative le problème d'inconstitutionnalité. On pourrait penser, si l'on considère le taux très bas des déclarations d'inconstitutionnalité, que la Cour exerce une forme de veto très réduit. En réalité il est significatif que le 20 % des prononcées contient une forme de manipulation (principalement illégitimités partielle et additions législatives). Cela confirme l'idée selon laquelle le juge constitutionnel préfère agir avec des opérations de microchirurgie qui ne heurtent pas le décideur politique et donc résoudre si possible « avec discrétion » les problèmes d'inconstitutionnalité.

5. Suite: Stratégies externes du Conseil constitutionnel

La nécessité du Conseil de se légitimer aux yeux du monde politique et de l'opinion publique (deux interlocuteurs incontournables qui souvent d'ailleurs n'attendent pas les mêmes choses du juge constitutionnel !) et d'assurer les conditions de sa survivance est presque la même (probablement encore plus forte) de la Cour italienne. Egalement le juge français s'est doté d'un arsenal de décisions différentes (bien que plus restreint que celui de la Cour italienne) qui permet de fournir une réponse graduée à l'inconstitutionnalité. Même en France la variété des décisions ne réside pas seulement dans la typologie des arrêts (voire les différentes sortes de réserves d'interprétation, qui ont la même fonction des décisions italiennes de manipulation) mais également aussi dans les techniques argumentatives utilisées dans l'interprétation des normes constitutionnelles. C'est le cas par exemple de la jurisprudence sur l'erreur manifeste d'appréciation et sur la proportionnalité, qui reproduisent plus ou moins la catégorie de la *ragionevolezza* italienne. Il s'agit d'un contrôle toutefois encore assez peu clair dans son extension et qui peut varier d'une forme forte à une plus faible dont il n'est pas facile de comprendre la distinction (surtout en matière de droits de liberté). Voici un prospect des différentes décisions utilisées par le juge français :

DECISIONS CONS.CONS.	2007 DC	2008 DC	2009 DC	2010 DC e QPC	2011 DC e QPC
Décisions DC + QCP	15	12	26	24+64 88	22+110 132
Illégitimité tout court	=	=	=	1+8 9	2+19 21
Illégitimité partielle	4	6	18	10+13 23	13+25 38
Conformité	11	6	8	12+34 46	9+64 73
Décisions contenant des réserves	6	3	6	7	5
Irrecevabilités	=	=	=	= +8	= +2

L'aspect le plus intéressant des ces chiffres est sans doute l'explosion du contentieux constitutionnel suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle QPC et qui rend désormais comparable l'activité de la justice constitutionnelle française à celle italienne. On voit

visiblement la plus forte réticence du juge français à annuler les dispositions législatives par rapport au cas italien mais, ce qui est aussi important, le Conseil ne se cache jamais derrière un vice de procédure et s'exprime toujours sur le fond de la question. Il ne faut pas sous-estimer l'importance des réserves d'interprétation qui, différemment du cas italien, sont contenues même dans les décisions de conformité (et dont elle peuvent limiter...la conformité) et surtout s'imposent à toutes les institutions politiques et judiciaires, avec une force inconnue à la Cour italienne.

6. Quand le juge constitutionnel renonce à être contrepouvoir: le déni de justice dans les cas de la rétention de sureté et de l'amnistie fiscale en Italie.

Le monde politique s'inquiète normalement quand le juge constitutionnel ose aller *au-delà* de ses compétences et empiète dans le domaine du pouvoir. En réalité même le risque contraire est autant vif et omniprésent, c'est-à-dire que le juge reste *en deçà* de ses compétences et se rend responsable d'un déni de justice. Il est essentiel à ce propos de prendre deux exemples pour montrer comment cela peut s'avérer.

Pour la France un cas intéressant est constitué par la loi *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental* de 2008, qui avait introduit une mesure de prévention immédiatement applicable après l'entrée en vigueur de la loi avec un effet rétroactif qui pourrait être infligé à temps indéterminé à ceux qui ont déjà subi une peine non inférieure à 15 ans de réclusion pour certains crimes. Une sorte de peine après la peine, masquée de mesure de sécurité, à des fins de traitement sanitaire qui venait bouleverser le système pénal français du code de 1992. La réponse du Conseil constitutionnel aux griefs de l'opposition a été la décision 2008/562 DC, dans laquelle avec une interprétation neutralisante la rétention de sureté est « congelée » jusqu'en 2023. Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge, étendu pour la première fois à la nécessité de la mesure, se limite à censurer sa rétroactivité et nie que la rétention de sureté soit une peine. Pourtant dans le moment où il censure la rétroactivité de la rétention le Conseil lui reconnaît en partie le statut typique des peines. Bien que le juge soit arrivé à « ôter le venin » de la disposition (ce qui a produit une réaction inopportune du Président de la République) il n'a pas vraiment fait justice car si le législateur ne change pas la disposition elle sera appliquée à partir de 2023. A distance d'un an de cette décision la CEDH, s'exprimant sur une loi allemande de 1936, a déclaré la nature de peine de la rétention de sureté (*M. c. Germania*, 5e Sect. 17 décembre 2009, 19359/04) et il y a à croire que nécessairement la position du Conseil constitutionnel pourrait évoluer sur ce point.

Même en Italie le problème pour le juge d'offrir une protection adéquate aux droits reconnus par la Constitution contre les décisions du pouvoir n'est pas sans tâches. L'exemple criant de cette réalité est la législation italienne concernant le *condono* fiscale, une sorte d'amnistie masquée que le législateur présente avec un terme (*condono*) différent de celui qui lui serait propre (amnistie) pour le soustraire aux garanties (avant tout procédurales) qui assistent la votation de ce genre de lois. Malgré les critiques de la doctrine la Cour a confirmé l'option du législateur qui est la même depuis trente ans. La dernière loi d'*amnistie masquée* est la 289/2002, qui permet désormais non seulement d'éviter la condamne pénale pour avoir fraudé le fisc mais qui permet aussi au coupable de garder pour soi le fruit de son activité illégale. Dans ce cas la solution de la Cour est le « fruit maudit » de la tyrannie du précédent : depuis trente ans le *condono* n'est pas considéré comme une amnistie et les espoirs de voir finalement reconnue sa vraie nature sont très réduits. Même dans ce cas le déni de justice vient du même vice qui conduit le juge constitutionnel à essayer d'esquiver la confrontation avec le pouvoir en se cachant derrière les mots et les subtilités du langage juridique.

7. Suite: Le juge constitutionnel en tant que contre-pouvoir ultime. Quelques cas récents

Après avoir vu dans quel sens on peut parler du déni de justice du contre-pouvoir juridictionnel il paraît indispensable de citer au moins deux cas dans lesquels le juge constitutionnel a confirmé sa vocation de contre-pouvoir. En réalité au moins dans toute décision d'annulation (mais aussi souvent dans les décisions interprétatives) le juge des lois se présente comme antagoniste du pouvoir majoritaire. Mais plus spécialement à l'occasion de quelques décisions plus délicates que les autres cet aspect est particulièrement évident. Il n'est pas possible d'utiliser à cet effet un critère formel : il s'agit de ces décisions qui provoquent un écho médiatique et politique fort sensibles. Il s'agit normalement des ces projets de loi qui constituent une partie importante du programme du Gouvernement.

Un des exemples qu'on pourrait citer pour la France est celui de la « *contribution carbone* », qui constituait depuis 2007 un engagement important du pacte écologique signé par le Président Sarkozy, en conformité avec les objectifs du protocole de Kyoto et qui constituait l'un des axes fondamentaux du Gouvernement en matière écologique (*Grenelle de l'environnement*). La contribution, prévue dans les mesures de la loi de finances de 2010, a été annulée par le Conseil constitutionnel avec la décision 2009-599 DC. Le juge en réalité n'a pas censuré la mesure en soi (qui répond bien à une valeur constitutionnelle reconnue par la Charte de l'environnement) mais sa modalité opérative qui se heurterait contre le principe d'égalité car elle n'aurait pesé dans l'immédiat que sur le 7% des contribuables

potentiels. Le Conseil fait une analyse très précise des probables effets de la contribution carbone et il abandonne (comme il avait fait dans le cas de la décision sur la garde à vue) le terrain juridique pour fonder sa décision sur le terrain de la réalité que la mesure pourrait produire. Dans ce cas le Conseil grâce à l'application de la théorie de l'inséparabilité des dispositions arrive donc à vider le mécanisme de la contribution jusqu'à le rendre inapplicable.

Pour l'Italie, le cas exemplaire qu'on considère pour montrer la force du veto constitutionnel a comme élément important (comme dans le cas français) la référence aux effets que la mesure contrôlée aurait déterminée. Il s'agit du célèbre *lodo Alfano* dont on a déjà parlé. Dans l'arrêt 262 de 2009 la Cour arrive à censurer pour la deuxième fois l'immunité du Président du Conseil des Ministres, déjà annulée avec l'arrêt 24/2004. Différemment que dans son précédent arrêt (qui malgré la censure avait considéré la « *sérénité de l'exercice des fonctions gouvernementales* » comme un intérêt juridiquement appréciable et avait évité de s'exprimer sur la nature ordinaire ou constitutionnelle de la source de droit qui aurait pu légitimement introduire l'immunité en question) en 2009 la Cour prend le courage de s'exprimer sur le fond de la question et, outre à censurer l'immunité encore une fois, arrive à trancher en affirmant l'impossibilité d'introduire une telle immunité avec une loi ordinaire et que, même en cas de révision constitutionnelle, l'atteinte au principe d'égalité devant la juridiction serait gravement remis en cause. Il s'agit d'un revirement masqué par rapport à l'arrêt de 2004 car la Cour ici renonce à « faire le jeu » du législateur qui avait qualifié la mesure comme une pure cause de non lieu et non comme une immunité de droit pénale (interdite par la Constitution). La Cour a procédé donc à une requalification de la figure procédurale et a montré de ne pas se contenter de la qualification « peu sincère » du législateur. La décision sur le lodo Alfano est intéressante aussi d'un autre point de vue : probablement jamais comme dans ce cas dans l'histoire de la Cour la question était politique. L'effort pour éviter une fracture profonde au sein de la juridiction a été très évident à l'extérieur et s'est basé sur les ainsi dites stratégies internes, qui servent à résoudre le contraste entre les membres du collège et maintenir l'unité solidaire de la juridiction.

Une autre forme de stratégie externe est celle du précédent, qui sert à montrer l'inévitabilité de la décision et à consolider l'autorité d'une certaine position jurisprudentielle. Cela sert aussi comme stratégie interne car aide les juges à « éviter de décider » sur le cas concret en se référant à l'autorité d'une décision précédente.

8. Existe-t-il des stratégies internes du juge constitutionnel?

Les stratégies que le juge constitutionnel met en acte, volontairement ou non, ne sont pas seulement externes mais aussi internes. Il s'agit des mécanismes qui se produisent à l'intérieur du collège et qui ne peuvent pas être tracées exactement car ils dépendent des comportements de ses membres et surtout, ils se cachent derrière le secret qui, en Italie et en France, assiste les discussions parmi les juges. Déjà on peut remarquer que ce secret est à son tour le signe d'une stratégie interne car il veut éviter que des contrastes éventuel filtrent à l'extérieur du Conseil et infirment l'idée d'un organe « collégial de droit mais monocratique de fait » ce qui veut dépersonnaliser la position définitive de la juridiction. Parler des stratégies parmi les juges est inévitable si l'on considère une configuration politique du juge des lois, ce qui est très évident en France mais aussi, en d'autres termes, en Italie, si l'on considère le passé et la carrière de tous ceux qui ont été membres du collège dans l'histoire des deux pays. On ne veut pas dire que les juges sont des politiques mais qu'ils sont choisis aussi pour leur sensibilité politique, ce qui n'est pas nécessairement les accuser de partialité grâce au célèbre « effet Becket », le devoir de l'ingratitude qu'ils ont vers ceux qui les ont nommés (Badinter). La stratégie interne du juge italien a dû s'affiner beaucoup depuis l'instauration du fait majoritaire, qui a produit un effet nouveau, c'est-à-dire l'alternance au sein de la Cour constitutionnelle. Depuis lors aucun membre politique a été nommé président de la Cour et pourtant, à l'occasion des décisions les plus controversés, la difficulté de concilier les positions des juges est évidente et a donné lieu à quelques comportements peu orthodoxe de la part de quelques membres toujours minoritaire. L'effort de la médiation est visible aussi dans les motivations de la Cour italienne, de plus en plus longues et parfois contradictoires justement car elles cherchent à composer des contrastes de droit qui reflètent des positions tout bonnement politiques.

Il arrive de même en France, où dernièrement l'ancien conseiller Joxe a publiquement parlé de sa position toujours minoritaire au sein du Conseil à cause du clivage politique qu'il subissait en tant que seul membre socialiste du collège. Au sein du Conseil constitutionnel la confrontation entre membres de différentes couleurs politique est encore plus vive à cause de la procédure de décision a priori, qui ressemble un peu à une délibération législative.

9. Influences externes à des fins stratégiques: le rôle de la CEDH dans les cas de l'expropriation italienne et de la garde à vue française. L'encouragement au revirement.

Le revirement, dans la jurisprudence constitutionnelle, est souvent le symbole d'une auto-conscience accrue du juge constitutionnel de sa nature de contre-pouvoir au profit de l'affirmation des droits fondamentaux. Les revirements dans la jurisprudence sont souvent

encouragés par la doctrine mais, plus souvent, ils dérivent de l'encouragement des autres juridictions nationales, administratives ou ordinaires. Encore plus souvent ils originent de l'influence déterminante des quelques contrepouvoirs externes, tels que les institutions communautaires ou, plus généralement européennes. En particulier la CEDH a commencé à jouer un rôle fondamental à cet égard depuis une dizaine d'années, comme deux cas récents le prouvent.

En Italie le problème de l'indemnisation du propriétaire exproprié a constitué un enjeu politique important depuis au moins un siècle. La Cour constitutionnelle avait tenté jusqu'aux années '90 de limiter la liberté de l'administration qui, souvent, reconnaissait une indemnisation monétaire dérisoire au propriétaire. Le législateur intervenait à chaque fois pour reproduire le régime censuré par la Cour qui, en 1993, avait définitivement renoncé à exercer sa fonction de garant des droits de propriété. De même la Cour avait renoncé à censurer le régime de l'appropriation acquisitive, une forme de fraude en faveur de l'administration qui permettait à l'Etat, suite à une procédure illégale d'expropriation, de se voir tout de même reconnue la propriété du privé. Contre le déni de justice des tribunaux italiens des citoyens privés se sont adressés à la Cour de Strasbourg qui, dans une série de décisions (dont la plus importante est l'arrêt *Scordino contre Italie* du 29 mars 2006), a finalement reconnu le droit d'intégrale indemnisation des privés. Cette jurisprudence a poussé le juge italien au revirement : grâce à l'appui de la CEDH (dont la jurisprudence est citée exactement dans les deux arrêts 348 et 349 du 2007 CC) la Cour constitutionnelle a finalement trouvé la force pour imposer cette solution au législateur qui, dans la crainte de devoir répondre financièrement devant le Conseil de l'Europe, s'est enfin décidé à respecter la décision constitutionnelle.

Un cas quelque peu comparable en France a été celui de la garde à vue. Le Conseil constitutionnel avait été appelé à s'exprimer sur le régime de la garde à vue en 2010 pour la troisième fois. Si dans les décisions précédentes (1993-326 DC et 2004-492 DC) sur deux lois qui intervenaient sur cette discipline, le juge des lois n'avait absolument touché les dispositions qui rendaient la garde à vue, suite à la loi Perben II, une vraie atteinte à la liberté personnelle, en 2010 le Conseil arrive à une conclusion tout à fait différente. Grâce à une QPC le juge saisit cette occasion pour affirmer enfin non pas un résultat de son élaboration jurisprudentielle mais pour pousser le législateur (qui dans cette même période était en train de réformer la garde à vue) à aller dans la direction indiquée par la CEDH dans plusieurs décisions (l'arrêt *Dayanan c. Turquie* de 2009 et l'arrêt *Brusco contre France* du 14 octobre 2010) à propos de la nécessité d'une assistance légale pour la durée de la garde à vue.

Dans le deux cas il apparaît comme la jurisprudence CEDH est de plus en plus utilisée dans des questions majeures qui regardent les droits fondamentaux où la défense du citoyen s'oppose aux intérêts de l'Etat, en tant que appui pour les Cour nationales. Fortes du soutien d'un juge dont les liens avec les pouvoirs nationaux sont inexistantes il surgit

pour les juridictions nationales un nouvel outil pour renforcer leur légitimité de contre-pouvoirs.

10. Conclusions

“A des rares exceptions près, le contrôle exercé par le Conseil n’a pas conduit à la remise en cause de choix politiques majeurs. Il a influé sur les modalités de mise en œuvre de ces choix qui ont dû être mises en harmonie avec les exigences constitutionnelles”⁶⁹⁸. Il n’y a pas une meilleure définition du rôle que le juge constitutionnel a exercé dans son histoire en Italie et en France. Il a été contre-pouvoir parfois et malgré soi. Surtout en Italie le juge a été aussi le suppléant d’un législateur très timide dans l’application de la Constitution : loin d’être seulement un contre-pouvoir dans certains cas la Cour a été le vrai moteur de la législation sociale dans les moments les plus difficiles de la République.

On a vu comment, grâce à ses stratégies externes, le juge constitutionnel a réussi à faire accepter son rôle dans le système institutionnel et à influencer (surtout en France) le processus normatif, grâce aussi à l’aide des juridictions telles que le Conseil d’Etat et la CEDH. Il existe encore des zones d’ombre comme on l’a montré mais il s’agit probablement de situations destinées à évoluer grâce à l’influence que les autres contre-pouvoirs auront sur le juge pour lui montrer qu’il n’est pas seul à supporter la responsabilité d’être le garant de l’Etat de droit constitutionnel.

⁶⁹⁸ B. GENEVOIS, *L’influence du Conseil constitutionnel*, in *Pouvoirs*, 1989, p. 50.