

LEGGERE L'ARTICOLO 55:
COME COMPRENDERE UN TESTO CHE STABILISCE
UNA GERARCHIA TRA NORME COME TESTO
DI UNA NORMA?

OLIVIER CAYLA

È opportuno distinguere, quando si analizza il discorso del diritto, fra i testi e le norme, due elementi che con troppa frequenza si tende a confondere fra di loro. Questa esigenza metodologica, sottolineata da una certa corrente, di osservanza normativista, della teoria contemporanea del diritto¹, può sembrare già di per sé importante, ma ci sono dei campi in cui senza dubbio essa si pone fra le più vive. È il caso, segnatamente, del tema della gerarchia delle norme, quello che il più delle volte viene utilizzato per consentire di stabilire, senza apparente difficoltà, una correlativa gerarchia fra i testi, estremamente utile al lavoro di un organo di applicazione del diritto, quando quest'ultimo si interroga, nell'ipotesi di presenza nell'ordinamento giuridico di un'anti-nomia fra due testi parimenti in vigore, su quale dei due debba beneficiare del proprio favore per la soluzione della controversia. Se, ad esempio, in tale ordinamento giuridico si ammette che la norma convenzionale prevalga gerarchicamente sulla norma legislativa, allora se ne concluderà, in maniera apparentemente del tutto logica, che è il testo del trattato a dover essere applicato, a discapito del testo della legge che, in tal modo «scartato», verrà ridotto al silenzio,

¹ R. Guastini (*Interprétation et description de normes*, in P. Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant-PUAM, 1995, pp. 89-101) o M. Troper (*Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Paris 1994, in part. *Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique*, pp. 85 ss.) sono autori che hanno particolarmente insistito su questa esigenza.

cosicché verrà neutralizzata la scomoda contraddizione che esso apporta al disposto convenzionale.

Ora, ciò che invece l'idea teorica di una necessaria distinzione fra testi e norme permette di considerare, è al contrario la pratica conseguenza che la conoscenza da parte del giudice di una gerarchia delle norme non implica necessariamente che egli sappia in anticipo quale sarà la gerarchia fra i testi ai quali egli dovrà rimettersi per determinare quale, fra due enunciati contraddittori, converrà applicare al caso. Detto in altri termini, in questa prospettiva, la superiorità della normativa convenzionale sulla normativa legislativa (o della «convenzionalità» sulla «legalità» come diremo d'ora in avanti), riconosciuta ad esempio come una delle componenti dell'assetto piramidale di un qualsivoglia ordinamento normativo, non condurrà forzatamente il giudice, pur sempre «custode» di tale ordinamento, a far prevalere il testo del trattato su quello della legge.

Ammettere la pertinenza di tale ipotesi teorica, unitamente alla conseguenza pratica appena esposta, può quindi rivestire un certo interesse per l'esame del rapporto gerarchico fra legalità, convenzionalità e costituzionalità che l'articolo 55 della Costituzione del 1958 stabilisce. O, più precisamente, per l'osservazione della *lettura* sempre più complessa che la giurisprudenza fa di questo articolo, come per l'analisi della famosa «guerra» dei due giudici che coabitano nel Palais-Royal che, ad avviso di molti, questa lettura alimenta. Perché la strategia giurisprudenziale dispiegata dal *Conseil d'Etat* dopo *Nicolo*, piuttosto devastante per consentire al *Conseil constitutionnel* di conservare il suo ruolo di principale garante della gerarchia delle norme, può apparire più facilmente comprensibile se si provvede a smontarne i meccanismi facendo ricorso a questa distinzione teorica fra gerarchia delle norme e gerarchia dei testi. In ogni caso è quanto si vorrebbe suggerire, da un lato al fine di cogliere la logica propriamente normativa che può autorizzare la giurisprudenza amministrativa, dalla tappa dei «semoules» sino a quella di *Sarran*, a imprimere alla lettura dell'articolo 55 talmente tante inflessioni da finire per capovolgerne ripetutamente il senso. Dall'altro, al fine di esaminare quali potrebbero essere i mezzi più efficaci di cui il *Conseil constitutionnel* potrebbe giovare per cercare di recuperare l'iniziativa nel determinare il significato dell'articolo 55, cioè nel definire la struttura gerarchica dei tre gradi superiori della piramide delle norme, cui volontariamente ha rinunciato nel 1975. Ma

innanzitutto bisogna esporre le ragioni essenziali che possono condurre a postulare questa necessaria distinzione fra la nozione di norma e quella di testo.

1. PREMessa METODOLOGICA: LA NECESSARIA DISTINZIONE FRA TESTO E NORMA

Una norma giuridica, se si accetta di riferirsi alla definizione introdotta da Kelsen, è un *fenomeno di significato* di tipo assai particolare che, nel vocabolario della contemporanea filosofia del linguaggio, viene definito un significato *pragmatico*: si tratta della *forza* — «illocutoria», come anche il filosofo del linguaggio la definisce — *di comando*, che si ritiene essere il significato dell'*atto di enunciazione* stesso cui il soggetto emittente procede allorché, prendendo la *parola* in direzione di un destinatario, esprime a quest'ultimo la sua intenzione di vincolarlo a un obbligo, cioè di ingiungergli di conformarsi a un modello comportamentale obbligatorio. Ma ciò che anzitutto si deve rilevare è che questa *norma* o, se la si preferisce, questo significato normativo, di *forza ingiuntiva*, di un atto di discorso (che, in una prospettiva kelseniana si apparenta alla *giuridicità* stessa di quest'ultimo definita in termini di significato)², *non è un significato testuale*: un testo scritto, quale che sia, non ha mai in se stesso un significato normativo perché ogni testo scritto, quale che sia, è *pragmaticamente muto*. Detto in altri termini, non è il testo di ciò che viene compreso come un comando (ad esempio, «è vietato fumare»), decifrabile attraverso l'applicazione delle regole lessicali e grammaticali in vigore in un determinato ordine linguistico, a portare nella sua lettera il marchio della propria forza imperativa; lo stesso testo potrebbe anche essere quello di una semplice raccomandazione, o di una descrizione fatta dall'osservatore di un ordine emesso da un soggetto terzo³. In effetti la sola scrittura di

² Si veda O. Cayla, *Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit*, in J. Robert (dir.), *Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, Conseil constitutionnel - LGDJ, 1999, pp. 106-141.

³ Questa analisi del significato pragmatico come significato fondamentalmente *extratestuale*, è uno dei principali elementi della tesi sostenuta dal filosofo J.L. Austin, nella sua celebre opera *How to Do Things with Words*, Oxford University Press,

un enunciato testuale è per definizione impotente a far sorgere la forza espressiva di comando (o di raccomandazione, o di preghiera, o di piatta descrizione, ecc.) che determina il significato pragmatico dell'atto di enunciazione, in quanto questo *atto di enunciazione non c'è stato*, proprio perché *scrivere significa rinunciare a prendere la parola*, cioè *rinunciare a procedere da sé all'enunciazione dell'enunciato*⁴. Ma se, conseguentemente, l'enunciato di un testo scritto è paradossalmente un *non-enunciato* dato che, per principio, non è stato enunciato, ciò non toglie che esso ha la vocazione ad esserlo: enunciato in potenza, non chiede che di essere *attualizzato* attraverso l'atto di enunciazione cui procede l'interprete, all'interno della propria operazione di *lettura*, che è fondamentalmente una *presa di parola* la cui attualità è stata semplicemente «ritardata» o «differita» dalla scrittura⁵. In altri termini, è il *lettore* del testo scritto che, attraverso le decisioni interpretative ed espressive cui procede nell'attualità della sua lettura, *stabilisce il significato pragmatico dell'enunciazione*, poiché è proprio questa operazione di lettura che realizza effettivamente l'enunciazione dell'enunciato. Il testo è normativo o non-normativo, cioè prescrittivo oppure descrittivo, e nel caso in cui sia prescrittivo è raccomandatorio o ingiuntivo, e se ingiuntivo lo è in quanto procede dal comando di un comandante subalterno («in seconda») o da un comandante supremo («in capo»)? Di fronte ad *ogni testo scritto* questo interrogativo si pone *sempre* all'interprete ed è sempre *totalmente aperto*. Ma attraverso le decisioni ermeneutiche cui egli procede attraverso la sua lettura, l'interprete risponde a questa domanda in *completa libertà*, come l'esame della lettura giurisprudenziale del testo dell'articolo 55 senza dubbio illustrerà. Cosicché, in conformità alle posizioni difese dalle teorie cosiddette «realiste» dell'interpretazione, bisogna ammettere

Oxford 1962; tr. it. di G. Villata, *Come fare cose con le parole*, Marietti, Genova 1987.

⁴ La corrente «ermeneutica» della filosofia in generale, P. Ricœur in particolare, insistono su questo aspetto fondamentale dell'atto di scrittura: «Il testo è un discorso fissato grazie alla scrittura. Ciò che viene fissato dalla scrittura è quindi un discorso che, certamente si sarebbe potuto dire, ma che appunto si è scritto proprio perché non viene detto. La fissazione scritta sopraggiunge in luogo della stessa parola, cioè là dove la parola avrebbe potuto nascere» (P. Ricœur, *Dal testo all'Azione. Saggi di Ermeneutica*, Jaca Book, Milano 1989, p. 134).

⁵ *Ivi*, *passim*.

che è proprio l'organo che applica un testo, in quanto interprete che procede alla sua lettura, che produce (oppure non produce, a seconda della decisione che assume) la *norma giuridica*, in quanto significato pragmatico dell'enunciazione in virtù della quale l'enunciato testuale viene effettivamente enunciato, passa cioè dalla potenzialità all'atto.

Certamente, tutto ciò non significa tuttavia che un testo scritto sia privo di ogni significato: esso è di per sé dotato se non di un significato pragmatico, almeno di un *significato semantico*. Ma questo *sensu* testuale (o linguistico, o «locutorio»), contrassegnato dai segni grafici della sua lettera e comprensibile tramite l'applicazione delle regole lessicali e grammaticali fissate dall'uso linguistico, non è iscritto, allo stadio di semplice scrittura del testo, che in maniera *generale e indeterminata*, così che, pure esso, appare come essere a questo stadio molto più potenziale che attuale. In effetti la determinazione, attraverso la lettura, di una forza pragmatica (o illocutoria) è indispensabile, come si avrà modo di vedere, per la fissazione di un senso semantico (o locutorio) univoco. Inoltre, non solo la scelta di una forza (descrittiva, raccomandatoria, ingiuntiva, ecc.), consentita all'interno dell'operazione di lettura, influisce sulla determinazione del senso testuale di un enunciato ma anche, per converso, la scelta in favore di un senso particolare dell'enunciato influisce sulla determinazione della forza dell'enunciazione. In sintesi, stante la *fondamentale interattività fra il senso e la forza*, cioè fra i due livelli semantico e pragmatico del significato⁶, l'operazione di lettura di un testo scritto appare come l'atto decisivo — e decisorio — attraverso il quale i soggetti di diritto accedono alla comprensione del testo come quello di una norma e di ciò a cui precisamente tale norma obbliga.

2. L'ARTICOLO 55, O IL PROBLEMA DELLA COMPrensIONE DELLA FORZA NORMATIVA DI UN TESTO CHE PRETENDE DI REGOLARE LA COMPrensIONE DELLA FORZA NORMATIVA DI ALTRI TESTI

Va da sé che tale processo di determinazione, attraverso la lettura dell'interprete, della forza normativa (o giuridica) di un testo, come

⁶ Si veda su questo punto O. Cayla, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse Paris II, 1992, dattiloscritto; [attualmente in corso di traduzione in vista della sua pubblicazione presso le Edizioni Scientifiche Italiane - *n.d.t.*].

del suo contenuto semantico, assume una rilevanza del tutto particolare quando riguarda il significato di un testo che, come nel caso dell'articolo 55 della Costituzione, è concepito per giocare il ruolo di una norma che si potrebbe definire *interpretativa*, dato che è stata redatta allo scopo di *disciplinare la comprensione da parte dell'interprete della forza normativa propria di altri testi*. Fissando concettualmente una gerarchia delle norme fra convenzionalità e legalità, il testo dell'articolo 55 appare come quello di una norma (se lo si vuole capire come dotato di tale significato normativo) che si suppone possa obbligare l'interprete a intendere oppure a non intendere altri testi — convenzionali o legislativi — come aventi un significato pragmatico di norma. E così delle due possibilità l'una:

1) o l'interprete dell'articolo 55 decide di intendere questo testo effettivamente come quello di una norma costituzionale vincolante, e inoltre l'enunciato del testo stesso come semanticamente «chiaro»: in tale ipotesi dalla comprensione dell'interprete discende che il soggetto di diritto non può essere sottoposto a un testo inteso come dotato di forza normativa legislativa, se non nel caso in cui il senso linguistico di quest'ultimo venga inteso come conforme (o compatibile) con il senso linguistico di un altro testo inteso invece come dotato di forza normativa convenzionale, in quanto secondo il senso apparentemente chiaro del testo dell'articolo 55 la forza normativa della convenzionalità è superiore a quella della legalità. Correlativamente un testo normativo vinto dalla superiore forza normativa di un testo convenzionale il cui senso è inteso come contrario al suo deve perdere la propria forza normativa: esso infatti deve essere inteso come non più provvisto della forza ingiuntiva di un comando, il che deve portare l'interprete a «scartarlo» da ogni applicazione al caso, cioè decisamente ad «annullarlo» dall'ordinamento giuridico. In sintesi il testo dell'articolo 55, se inteso dall'interprete come testo di una norma, pretende di regolare la comprensione — da parte dell'interprete — della forza normativa di testi diversi (legislativi e convenzionali) che si contraddicono dal punto di vista del loro senso, al fine di determinare, selezionando il testo la cui forza normativa è maggiore nella scala gerarchica risultante dal significato apparentemente «chiaro» dell'articolo 55 della Costituzione, quale debba essere applicato. *Chiamiamo questa scelta interpretativa a favore della normatività dell'articolo 55: «l'opzione normativa».*

2) Oppure, al contrario, l'interprete decide di ritenere l'enunciazione costituzionale del testo dell'articolo 55 come non dotata della forza di una norma: in tale ipotesi questo testo non è più quello di un *comando* costituzionale, ma tutt'al più quello di una *raccomandazione*, e l'interprete che si interroga, per la soluzione di un caso, se debba applicare il testo con forza legislativa oppure quello con forza convenzionale, è libero di applicare quello che vuole: *per lui non vi è da rispettare alcuna gerarchia* fra i due testi. Detto in altri termini, attraverso questa lettura interpretativa il senso dell'articolo 55 della Costituzione viene inteso come se stabilisse *l'uguaglianza*, e non la minima gerarchia, fra il testo di una legge e quello di un trattato. *Chiamiamo questa scelta interpretativa a favore della a-normatività del testo dell'articolo 55 come: «l'opzione a-normativa».*

3. IL PARADOSSO DELL'OPZIONE A-NORMATIVA

Come è noto, è in favore di questa seconda soluzione che il *Conseil constitutionnel* ha optato nel 1975 nella sua decisione «IVG». Nel dichiararsi incompetente ad esaminare la convenzionalità della legge, il *Conseil* ha interpretato il testo dell'articolo 55 non come quello di una norma imperativa dal momento che, rifiutandosi di sanzionare l'eventuale contrarietà del senso testuale di una legge con quello di un trattato, lascia il legislatore *libero* di redigere e adottare un testo suscettibile di intaccare le disposizioni di un trattato: infatti nel 1975 ai parlamentari ricorrenti che si opponevano alla legge «IVG» [legge relativa all'interruzione volontaria della gravidanza *n.d.t.*], è stato risposto *oggettivamente* bene che, contrariamente a quanto essi sostenevano, non vi era, *nel caso di specie*, un *comando* costituzionale che imponesse *positivamente* al legislatore di rispettare i trattati, poiché non vi era nessuno, *in quel preciso momento*, che potesse sanzionare un'eventuale infrazione della legge «IVG» alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Spogliato di forza normativa, il testo dell'articolo 55 acquisisce dunque in virtù di questa lettura, un *senso* equivalente a quello di una disposizione che dicesse che *«la legge è uguale al trattato».*

Notiamo tuttavia, prima di ritornare sul punto più avanti, che il *Conseil*, per giungere a questa conclusione implicita di un senso testuale dell'articolo 55 che esprime l'idea di eguaglianza, e non di

gerarchia, tra la legge e il trattato, comincia ad affermare esplicitamente al contrario (e nonostante la lettera dell'articolo 55 non tocchi l'argomento), l'esistenza di una *gerarchia tra la Costituzione e il trattato*: insistere, allo scopo di evitare ogni assimilazione del controllo della natura convenzionale della legge a quello della sua costituzionalità, sul «carattere relativo e contingente» della normatività convenzionale e sul «carattere assoluto e definitivo» della normatività costituzionale, equivale a descrivere la *superiorità di forza normativa* di cui la costituzionalità, per il fatto della sua natura *unilaterale*, può avvalersi di fronte alla fragile natura *bi o multilaterale* della convenzionalità, indebolita dall'handicap della condizione di reciprocità. Questa *gerarchia intrinseca* tra Costituzione e trattato (e non prodotta dalla determinazione estrinseca della volontà del potere costituente), non ha dunque atteso, contrariamente a quanto viene spesso affermato, la sentenza *Sarran*, o la sentenza *Koné* del *Conseil d'Etat*, per essere solennemente stabilita da una giurisdizione⁷.

Come si sa, questa interpretazione del testo dell'articolo 55 che gli fa dire che «la legge è uguale al trattato» (e che, correlativamente, «la Costituzione è superiore al trattato»), è stata ugualmente quella del *Conseil d'Etat*, tramite la sua giurisprudenza «semoules», nonostante la differenza di ragionamento seguito per giungere a questa medesima decisione ermeneutica. Facendo leva al contrario, da una parte sull'idea di una indistinzione tra la convenzionalità e la costituzionalità, risalenti entrambe alla medesima sfera di sopra-legalità, e dall'altra su di una lettura dell'articolo 61 della Costituzione, inteso nel senso che esso affidi al *Conseil constitutionnel* il monopolio del giudizio della validità della legge riguardo alle esigenze sopralegali, il giudice amministrativo ne ha tirato la conclusione che la superiorità della convenzionalità sulla legalità era solamente *relativa* e non assoluta, vale a dire che non si trattava affatto di una superiorità, dal momento che era sufficiente l'antiorità nell'adozione del testo convenzionale in rapporto a quella del testo legislativo semanticamente contraddit-

⁷ Anche senza evocare il carattere a dire il vero *logicamente* inevitabile della superiorità della Costituzione sul trattato, che non ha dunque affatto bisogno di essere formalmente stabilita dalla giurisprudenza per imporsi da sé nell'ordine interno in ogni caso: in questo senso, si veda D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de L'Etat*, Economica, 1996, specie pp. 256 ss. Si veda anche D. Alland, *Consécration d'un paradoxe: primauté du droit interne sur le droit international*, in «RFDA», 1998, n. 6, pp. 1094 ss.

torio, perché l'applicazione del secondo prevalesse sul primo. Ora, che il testo posteriore prevalga in questo modo su quello anteriore, è il segno stesso dell'*uguaglianza: lex posterior derogat priori*. Il risultato oggettivo della giurisprudenza «semoules» è dunque quello di una lettura dell'articolo 55 che gli ha fatto dire, dal punto di vista semantico, che «la legge è uguale al trattato».

Lo vediamo, con le decisioni «IVG» e «semoules», i due giudici del Palais-Royal hanno praticato la stessa scelta ermeneutica consistente nel negare all'enunciazione costituzionale dell'articolo 55 ogni forza illocutoria ingiuntiva, vale a dire ogni forza normativa o, per dire pane al pane e vino al vino, ogni forza giuridica. Pertanto, in ragione dell'influenza determinante che la scelta di una forza dell'enunciazione esercita sulla fissazione del senso dell'enunciato, questi interpreti hanno ugualmente compreso il testo delle disposizioni dell'articolo 55 come dotate di un senso che rinvia all'idea di uguaglianza, e non di gerarchia, tra la forza normativa convenzionale e la forza normativa legislativa. In virtù di questa interpretazione, il potere costituente (che non ha enunciato da sé la propria volontà costituente, poiché si è accontentato di scriverla, vale a dire che, pragmaticamente, egli si è taciuto), è *reputato non volere che il testo dei trattati prevalga su quello delle leggi*: tesi che non è né vera né falsa, e che dunque è *perfettamente ammissibile* dal momento che, dal fatto di questo innato *silenzio* nel quale, *sin dall'origine*, il costituente si è *assentato* tramite l'atto di *scrittura*, che è una *rinuncia a ogni enunciazione immediata in prima persona della propria volontà*, non vi è alcun mezzo per sapere ciò che vuole veramente il costituente, indipendentemente dall'indispensabile *rappresentazione* che ne fanno, tramite la lettura del testo scritto, gli interpreti giurisdizionali. Tesi che ha malgrado tutto di anche l'inconveniente di sfociare in una certa *irrazionalità ermeneutica*: se si ammette in questo modo che il costituente non aveva l'intenzione di comandare il rispetto obbligatorio dei trattati da parte delle leggi, ci si può in effetti domandare perché allora si è dato la pena di scrivere il testo dell'articolo 55. Questo, apparentemente *inutile*, non aveva bisogno, in queste condizioni, di essere scritto: tale è il paradosso di questa «opzione a-normativa».

Cosicché se gli interpreti sono senza dubbio del tutto liberi di comprendere il testo dell'articolo 55 non come testo di una norma, essi sono evidentemente non solo del tutto liberi anche di optare per la

tesi interpretativa contraria⁸, ma anche logicamente inclini a preferirla, e a supporre allora che, quando ha scritto il testo dell'articolo 55, il potere costituente non poteva che aspettarsi che questo testo fosse compreso come quello di un comando, dunque che l'affermazione da parte di questo testo della superiorità della forza normativa della convenzionalità sulla legalità debba obbligatoriamente condurre l'organo che applica il diritto a far prevalere il testo di un trattato su quello di una legge, in caso di contrarietà semantica tra i due. Questa preferenza per «l'opzione normativa», come è noto, ha finito per prevalere in seno al *Conseil d'Etat* con la sentenza *Nicolo*. Tuttavia, vedremo che la sua adesione a questa «opzione normativa» non impedisce in alcun modo ai suoi occhi che, all'occorrenza, il testo di una legge possa nonostante tutto continuare a prevalere sul testo di un trattato: detto altrimenti, se la scelta di comprendere il testo dell'articolo 55 come quello di una norma implica certamente l'affermazione di una gerarchia tra le *norme* legislative e quelle convenzionali, ciò non implica tuttavia l'affermazione correlativa di una gerarchia automatica tra i *testi* legislativi e quelli convenzionali: tale è il paradosso maggiore della «opzione normativa».

4. IL PARADOSSO DELL'OPZIONE NORMATIVA

Come confidano le conclusioni Frydman sulla sentenza *Nicolo*, è attraverso il metodo interpretativo detto «dell'effetto utile» che il giudice amministrativo ha deciso di normativizzare la «lettera morta» dell'articolo 55, al fine di *preservare il concetto stesso di potere costituente*: a meno di negare la qualità di comandante supremo all'istanza popolare che ha adottato nel 1958 il testo dell'articolo 55, vale a dire a meno di distruggere il principio fondatore stesso dell'ordine democratico che è la sovranità del popolo, non si può comprendere la forza della sua enunciazione costituente altrimenti che come un comando, *se è vero che ciò che fa esistere il comandante, è innanzitutto il fatto che egli comanda*. La stessa necessaria costituzione del costituente come

⁸ In breve, l'interprete del testo dell'articolo 55, come l'interprete di ogni testo qualunque esso sia, è sempre perfettamente libero di fargli dire tanto una cosa quanto il suo contrario: cfr. O. Cayla, *La chose et son contraire (et son contraire, etc.)*, in «Les Etudes philosophiques», 1999, n. 3, pp. 291-310.

costituente effettivo, implica allora che al significato illocutorio dell'atto di volontà costituente sia rico-nosciuto il marchio soggettivo dell'intenzione di comandare, e non semplicemente di raccomandare (in questo caso, che il Parlamento non voti che leggi conformi al trattato).

Lo si vede, la ri-attualizzazione del testo dell'articolo 55, vale a dire *il rovesciamento operato nella comprensione del suo senso, si ottiene attraverso una semplice modificazione dell'interpretazione relativa alla forza dell'atto di enunciazione costituente*: in precedenza, il giudice amministrativo privilegiava il carattere obbligatorio del comando costituzionale seguendo il quale il monopolio del controllo di costituzionalità delle leggi è devoluto al *Conseil constitutionnel* (articolo 61), salvo dedurne che, nel suo articolo 55, il costituente non aveva che *raccomandato* la conformazione *assoluta* delle leggi al trattato (o *comandato* la conformazione *relativa*, vale a dire affermato l'eguaglianza tra leggi e trattati, che è lo stesso); con *Nicolo*, l'interpretazione della forza dell'intenzione costituente si capovolge, certamente a beneficio del carattere obbligatorio dell'articolo 55 e del concetto di superiorità della convenzionalità sulla legalità, ma a discapito dell'idea secondo cui il controllo di costituzionalità delle leggi non può essere operato imperativamente che dal solo giudice costituzionale. Perché, come è stato mostrato assai bene⁹, il controllo di convenzionalità operato dal giudice amministrativo non è altro che un controllo di costituzionalità, certamente indiretto ma che nonostante tutto rappresenta un concorrente assai efficace e minaccioso al controllo diretto operato dal *Conseil constitutionnel*, per il fatto della quasi identità di contenuto tra i testi convenzionali relativi ai diritti fondamentali e le disposizioni che compongono il «blocco di costituzionalità». Detto altrimenti, in ragione delle ripercussioni che una certa interpretazione dell'articolo 55 da parte del *Conseil d'Etat* comporta sulla comprensione da parte sua dell'articolo 61, e viceversa, il *Conseil constitutionnel* appare come la vittima quasi meccanica dell'opzione ermeneutica «normativa» effettuata dal suo rivale del Palais-Royal.

⁹ Da de Béchillon, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de L'Etat*, cit., pp. 299-300, e anche *De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)*, in «RFDA», 1998, n. 2.

D'un tratto, la famosa tesi dell'«incitamento» che il *Conseil constitutionnel* si supporrebbe aver indirizzato al giudice ordinario, attraverso la propria decisione del 1975, per invitarlo a supplire la propria *défaillance* nel controllo di convenzionalità della legge, anche se fosse storicamente esatta¹⁰, non sarebbe tuttavia soddisfacente dal punto di vista logico: la rinuncia, nel 1975, ad effettuare egli stesso il controllo di convenzionalità, nell'argomentazione del *Conseil constitutionnel* corrispondeva senza dubbio anche alla preoccupazione di rimarcare il proprio monopolio nell'esercizio del controllo di costituzionalità; ora, nulla è più propizio all'erosione di un simile monopolio che l'assunzione del controllo di convenzionalità da parte del giudice ordinario. Primo paradosso.

Ma soprattutto, secondo paradosso piuttosto notevole, «l'opinione normativa» in virtù della quale il *Conseil d'Etat* comprende il testo dell'articolo 55 nel senso che esso prescriva la superiorità della norma convenzionale su quella legislativa, non gli impedisce in realtà in nessun modo di far prevalere, a piacimento e a sua completa discrezione, il testo di una legge su quello di un trattato. Detto altrimenti, riconoscere una forza normativa alla disposizione costituzionale che stabilisce una gerarchia di norme, non obbliga affatto a considerare che esista una gerarchia di testi obbligatoria: il riconoscimento del carattere normativo dell'articolo 55 presenta dunque un interesse pratico tutto sommato limitato, dal momento che non incide assolutamente sulla libertà dell'organo dell'applicazione di continuare in tutta tranquillità a trattare su di uno stretto piano di parità il testo di una legge e il testo di una convenzione.

Le sentenze *Koné* e *Sarran* lo attestano entrambe: per giungere a far prevalere il testo di una legge su quello di un trattato nonostante la proclamata superiorità della normativa convenzionale sulla normativa legislativa, è sufficiente da una parte affermare, seguendo le orme della decisione «IVG» del *Conseil constitutionnel*, la superiorità della normativa costituzionale su quella convenzionale, e dall'altra di *decidere di non intendere il testo formalmente legislativo come se fosse quello di una norma legislativa, ma come se fosse piuttosto il testo di*

¹⁰ Che non è, come si sa, l'opinione di tutti: si veda l'opinione di G. Vedel, in «AJDA», 1995, numéro spécial sur le droit administratif, p. 13.

*una norma costituzionale*¹¹. Detto altrimenti, è sufficiente procedere ad una nuova lettura dell'articolo 55 che gli faccia oramai dire che «il

¹¹ [La sigla «PFRLR» che compare nel testo, significa «principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica». Si tratta di un'espressione che figura nel preambolo della Costituzione francese del 1958, senza che tuttavia ne sia data alcuna definizione o elencazione; è il *Conseil constitutionnel* che dal 1971 ha deciso di enucleare simili principi a partire dal testo di leggi promulgate sotto la III o IV Repubblica, affermando che la legge ha in realtà messo in opera un principio fondamentale che deve essere considerato come un principio costituzionale repubblicano. Ciò in sostanza permette al giudice di riconoscere natura costituzionale a disposizioni che non figurano nel testo della Costituzione ma solo nel testo delle leggi ordinarie emanate prima del 1958 - *n.d.t.*].

La tecnica dell'enucleazione di un PFRLR utilizzata in *Koné* non è nient'altro che l'esercizio, da parte del giudice, della propria libertà di attribuire all'intenzione normativa del legislatore del 1927, una *forza illocutoria* differente da quella che si potrebbe presumere dal solo indice formale (o «marcatore di forza illocutoria» come direbbero i linguisti) della procedura legislativa che è stata utilizzata per l'adozione del testo del 1927: in luogo di supporre che si tratti della forza *prescrittiva* di un *comando legislativo*, il giudice sceglie in effetti di comprendere che si tratta piuttosto della forza *constativa* di una *dichiarazione legislativa*, che rende conto solamente dell'esistenza di una *norma costituzionale* (in senso materiale e non formale), già presente nell'ordine giuridico sotto forma di principio non scritto. L'enucleazione di un PFRLR non è altro che la decisione di imputare il testo formalmente legislativo alla volontà normativa non del semplice comandante in seconda che è il legislatore, ma del comandante supremo che è il costituente: così che il testo votato dal legislatore del 1927 non appare niente altro che un testo che consegna *l'enunciato* di un *comandamento*, la cui *enunciazione* deve essere imputata al *comandante supremo* e non a quello in seconda. In breve il PFRLR è il mezzo tecnico utilizzato per fare intendere la forza di enunciazione di un comando supremo, il cui enunciato è stato fissato dall'attività di scrittura di un semplice comandante in seconda, che si limita a registrare il testo di un ordine dato da più in alto di sé.

Quanto alla sentenza *Sarran*, lungi dall'essere l'avvenimento giurisprudenziale che tanto si celebra, essa sembra piuttosto accontentarsi di riprodurre l'operazione ermeneutica di *Koné*. Come segnalano le conclusioni Maugüé («RFDA», 1998, n. 6, p. 1087), in effetti i ricorrenti in questa causa non chiedevano affatto, contrariamente a quello che si è talvolta scritto, che il giudice facesse un controllo di convenzionalità dell'articolo 76 della Costituzione (introdotto dalla legge costituzionale del 20 luglio 1998), ciò che sarebbe certamente assurdo, ma che esercitasse in conformità alla giurisprudenza *Nicolo*, il *controllo di convenzionalità della legge ordinaria* del 9 novembre 1988, che istituiva un corpo elettorale ristretto in Nuova Caledonia, e alle disposizioni della quale l'articolo 76 rinviava per fissare le condizioni dello svolgimento della consultazione elettorale che esso prevedeva. Il commissario del governo, seguito in questo dal giudice, ritiene evidente che questo rinvio del testo costituzionale del 1998 alle disposizioni della legge del 1988 è sufficiente a conferire

trattato è superiore alla legge, ma solo nella misura in cui la legge abbia natura di legge, mentre nel caso in cui essa risultasse avere natura di Costituzione, come può eventualmente rivelare un'interpretazione giurisdizionale della sua forza normativa peraltro impossibile a conoscersi prima, allora essa è superiore al trattato».

Insomma, il fatto che l'interprete decida liberamente di comprendere il testo dell'articolo 55 come avente la forza di una norma, che si suppone possa regolare la comprensione da parte sua della forza normativa dei testi legislativi e convenzionali, non può evidentemente intaccare la libertà di cui in ogni caso l'interprete dispone nella propria comprensione della forza normativa di ogni testo, qualunque esso sia, compresa dunque quella di un testo legislativo o di un testo convenzionale. Così che, pur scegliendo di comprendere, attraverso il testo dell'articolo 55, che il costituente comanda imperativamente al legislatore di rispettare i trattati, l'interprete non è in alcun modo obbligato a comprendere il testo di una legge il cui senso gli pare contrastare con quello di un testo convenzionale, come testo di una norma legislativa. Egli è padronissimo allora di assegnare a questo testo la *forza* di una norma costituzionale in modo che, fingendo di rispettare il comando dell'articolo 55, è nondimeno l'enunciato formalmente legislativo che egli fa prevalere sull'enunciato convenzionale. Il che non produce un risultato tanto diverso da quello di una lettura *a-normativa* dell'articolo 55 dato che, allo stesso modo, è *indifferentemente* il testo di una legge o il testo di un trattato, messi così su di un piano di *uguaglianza*, che il giudice, a seconda delle circostanze, applica al caso che gli viene sottoposto.

Conclusione: *in nessun caso il testo dell'articolo 55 saprebbe essere una norma per la comprensione dell'interprete*, anche nell'ipotesi in cui egli scelga di comprenderla come tale, e proprio perché è libero di comprenderla come tale, egli resta allo stesso modo necessariamente sempre libero di non comprenderla più come tale. *Se è la*

al testo di quest'ultima un «valore costituzionale»: tramite questo rinvio, il testo legislativo del 1988 si sarebbe in effetti «incorporato» alla Costituzione, il che lo mette opportunamente al riparo di una censura per eventuale contrarietà del suo senso con quello di uno o più testi convenzionali. Ciò detto, questa «evidenza» non è altro che il prodotto della decisione ermeneutica arbitraria di comprendere un testo formalmente legislativo come avente una forza normativa costituzionale: la decisione ermeneutica contraria, in favore della quale propendevano i ricorrenti in seguito risultati perdenti, consistente nel comprendere il testo della legge del 1988 come se fosse un testo... di una legge, è teoricamente del pari ammissibile.

comprensione dell'interprete che fa nascere la normatività dell'articolo 55, è per principio impossibile che l'articolo 55 sia una norma per la comprensione dell'interprete.

Così, anche quando l'interprete vuole comprenderlo come testo di una norma, l'articolo 55 decisamente non giunge a essere oggettivamente una norma. In definitiva, «l'opinione normativa» di *Nicolo* non conduce a un risultato molto lontano da quello prodotto dalla «opzione a-normativa» di «semoules». Inoltre, ultimo inconveniente, questa «opzione normativa» contribuisce piuttosto a rendere estremamente oscura la comprensione del senso dell'articolo 55, oltre a comportare la progressiva cancellazione del *Conseil constitutionnel*.

5. L'OSCURAMENTO DELL'ARTICOLO 55 E LA CANCELLAZIONE DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

La forza motrice del traino *Nicolo-Koné-Sarran* non porta il *Conseil d'Etat* a mettere in campo solamente un controllo indiretto di costituzionalità delle leggi rivale del controllo diretto assicurato dal giudice costituzionale, per il tramite di un controllo di convenzionalità che, tutto sommato, non gli impedisce in alcun modo di fare prevalere nonostante tutto, quando lo ritiene opportuno, il testo di una legge su quello di un trattato. Questa forza, fondata sulla solenne affermazione dell'esistenza di un'imponente gerarchia tra norme, nella quale la costituzionalità è superiore alla convenzionalità, a sua volta superiore alla legalità, una volta liberata, produce anche altri effetti ermeneutici e istituzionali piuttosto distruttivi.

Innanzitutto, dal momento che la forza normativa costituzionale è ritenuta non poter che prevalere sulla forza normativa convenzionale, nulla si oppone oramai a che il giudice amministrativo metta in campo un controllo *a posteriori* di *costituzionalità del trattato*, entrando allora in rivalità con il controllo *a posteriori* che il *Conseil constitutionnel* esercita da parte sua in virtù dell'articolo 54 della Costituzione. Per questo è sufficiente utilizzare, in *Koné*, la tecnica della «interpretazione del trattato alla luce della Costituzione» (vale a dire alla luce della legge, costituzionalizzata grazie all'enucleazione di un PFRLR), che è un notevole mezzo per giungere a capovolgere completamente la comprensione del senso del testo convenzionale, allineandolo a quella del senso del testo costituzionale (o legislativo

costituzionalizzato) col quale è tuttavia ritenuto essere in contraddizione¹²! *A fortiori*, nulla si oppone a che questo controllo di *costituzionalità interna* del trattato sia completato da un controllo di *costituzionalità esterna*, come avviene nella sentenza *Blotzheim*¹³ (sino a ridurre ulteriormente la sfera già tenue dell'insindacabilità degli atti che riguardano la gestione delle relazioni internazionali)¹⁴.

Ma sappiamo anche che, per aumentare la complessità già spinosa di una simile «gerarchia di norme», il *Conseil d'Etat* giunge sino a pensare, al *contrario*, di mettere in movimento, se del caso, un *controllo di convenzionalità della Costituzione*! Si può in effetti pensare che è ciò a cui seriamente si prepara il giudice amministrativo quando si osserva, nella sentenza *Sarran*, che egli tiene a riprendere a sua volta nei motivi della propria decisione, benché ciò non gli sia utile nella circostanza per fondare il proprio dispositivo, il suggerimento

¹² Senza parlare del fatto che, con una simile tecnica, il giudice amministrativo fa intendere implicitamente ma necessariamente agli Stati esteri che vi sono in fondo due livelli, dalla forza giuridica ineguale, di diritto internazionale convenzionale: quello che prevale sulla legge nazionale e quello che vi è sottomesso (grazie alla costituzionalizzazione *ex post* della legge), a seconda che la Francia sia legata a quelli che considera Stati di diritto o stati «di non-diritto»: si veda O. Cayla, *Le coup d'Etat de droit?*, in «Le Débat», 1998, n. 100, pp. 108-133.

¹³ Certamente, il giudice amministrativo formalmente si accontenta, in *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, di controllare la costituzionalità di un decreto che pubblica un accordo internazionale. Ma dal momento che il decreto non potrebbe essere costituzionale che se pubblicasse un accordo regolarmente ratificato o approvato secondo l'esigenza dell'articolo 55 della Costituzione, vale a dire ratificato da una legge nel caso in cui s'inscrive nel campo dell'articolo 53 della Costituzione, e dato che l'accordo non è applicabile che nel diritto interno, vale a dire che non dispiega la propria *forza normativa* nell'ordine interno, che se il decreto di pubblicazione è regolare, questo significa né più né meno, per transitività, che il giudice, in questa sentenza, esercita di fatto un controllo di costituzionalità esterna del trattato, suscettibile di condizionarne l'*esistenza* nell'ordine interno, in quanto significato normativo («obiettivo» come direbbe Kelsen). Su questo problema del controllo della costituzionalità esterna dei trattati da parte del giudice ordinario, e soprattutto sui suoi inconvenienti, vedi Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de L'Etat*, cit., pp. 480.

¹⁴ Si veda O. Cayla, *Le contrôle des mesures d'exécution des traités: réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement?*, in «Revue française de droit administratif», 1994, n. 1, pp. 1-20.

del commissario del governo Maugué¹⁵ di effettuare per l'avvenire il controllo di convenzionalità delle leggi referendarie iscrivendosi nell'ambito dell'articolo 11¹⁶. Certo, si sosterrà senza dubbio, il giudice qui ha cura di precisare che i referendum rilevanti ai sensi dell'articolo 11 riguardano una «materia legislativa», il che lo porta dunque a non proporre in apparenza null'altro che una assai innocua estensione della giurisprudenza *Nicolo* al caso di leggi ordinarie referendarie, in questo modo sottomesse allo stesso indispensabile rispetto della convenzionalità delle leggi parlamentari. Eppure, ci chiederemo da parte nostra, in cosa una tale precisione del giudice ha la forza di impedire che un referendum provocato dall'*interpretazione presidenziale* dell'articolo 11, riguardi nonostante tutto una materia costituzionale? A cosa gioverebbe spolmonarsi, come all'epoca gli oppositori della revisione costituzionale del 1962, per pretendere che una simile revisione, inquadrata dalla malaugurata previsione dell'articolo 11, non sia regolare e che bisogna di conseguenza considerarla nulla? D'altronde, posto che l'operazione è stata da un lato *ripetuta* nel 1969, e che questa *pratica* del ricorso all'articolo 11 per procedere alle revisioni dall'altro è stata esplicitamente oggetto, nel 1988, di una *opinio juris* a proprio favore da parte del presidente della Repubblica in carica (che è in realtà il solo «interprete autentico», nel senso di Kelsen, vale a dire provvisto del potere dell'ultima parola interpretativa, del significato dell'articolo 11), proprio quando, per di più, il sostenitore di questa opinione (Mitterrand)¹⁷ ne era stato, prima di giovarsene, uno dei principali avversari all'epoca in cui essa era stata sostenuta dall'*interpretazione autentica presidenziale* del 1962 (De Gaulle), non sarebbe di conseguenza inconcepibile sostenere che si

¹⁵ Ch. Maugué, *L'accord de Nouméa et la consultation de la population. Concl. sur CE, Ass. 30 octobre 1998, MM. Sarran et Levacher et autres*, in «RFDA», 1998, n. 6, p. 1087.

¹⁶ È in effetti quello che, come sottolinea anche J.-F. Flauss (*Note de jurisprudence*, in «RDP», 1999, n. 3, pp. 932 ss.), incita fortemente a pensare, per combinazione, il fatto che il giudice affermi innanzitutto, in un primo considerando, che i «referendum attraverso i quali il popolo francese esprime la propria sovranità» riguardano una «materia legislativa nei casi previsti dall'articolo 11», e su di una «materia costituzionale come prevede l'articolo 89», e successivamente, in un altro considerando, che «la supremazia conferita agli impegni internazionali non si applica, nell'ordine interno, alle disposizioni di natura costituzionale».

¹⁷ Si veda l'intervista a Mitterrand di O. Duhamel in «Pouvoirs», 1988.

può com-prendere che l'articolo 11 offra una procedura *consuetudinaria* del tutto regolare di revisione della Costituzione, o che possa almeno svolgere efficacemente questa funzione in virtù di una «*convenzione della Costituzione*»¹⁸ alla cui formazione il *Conseil d'Etat* non saprebbe in ogni caso contribuire in modo efficace, come neppure alla sua scomparsa. In questa prospettiva¹⁹, a partire dal momento in cui il giudice si dichiara pronto ad effettuare il controllo di convenzionalità di un referendum promosso in applicazione dell'articolo 11, significa che egli si presta, oggettivamente, quale che

¹⁸ Si veda P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, PUF, Paris 1997.

¹⁹ Il paradosso è allora che, *nel seno stesso del ragionamento* che conduce ad affermare il carattere forzatamente legislativo del referendum rientrando nell'ambito dell'articolo 11, ciò che esclude dunque qualsiasi considerazione della *pratica* della messa in opera di questo articolo nella storia costituzionale della V Repubblica, il commissario del governo Maugué (conclusioni sopra citate, pp. 1083-1084) si appoggia sull'argomento di una «*pratica costituzionale*» «*seguita in modo costante*» e di *concerto* dal Parlamento e dal governo, per far valere l'idea che, eccettuati i referendum rientranti nell'ambito degli articoli 11 e 89, le altre consultazioni previste dalla costituzione (art. 53, 76) e che non riguardano che una frazione della popolazione, non necessitano una consultazione del *Conseil constitutionnel* da parte del governo (sulla base dell'articolo 46 dell'*ordonnance* del 7 novembre 1958 contenente la legge organica sul *Conseil constitutionnel* e destinato ad attuare l'articolo 60 della Costituzione).

²⁰ Bisogna dire che il *Conseil constitutionnel* non è da meno nell'insolita promozione di questo poco limpido assoggettamento della Costituzione al trattato. Ammettendo, nella propria decisione 98-399 DC del 5 maggio 1998 («*Legge relativa all'ingresso e al soggiorno di stranieri in Francia e al diritto d'asilo*»), *che una legge potesse derogare a un principio costituzionale «nella misura necessaria alla messa in opera di un impegno internazionale della Francia e a condizione che non siano pregiudicate le condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale»*, il giudice costituzionale sembra ammettere che la norma costituzionale debba cedere il passo, almeno in alcuni casi ristretti, di fronte alle esigenze di un trattato. Ciò detto, il giudice suggerisce, a dire il vero, che è la Costituzione stessa (attraverso i commi 14 e 15 del Preambolo del 1946) che consente di lasciarsi soppiantare dal trattato per le necessità della sua professione di fede internazionalista, da cui soprattutto la conseguenza, non molto più chiara, di un necessario *doppio livello di normatività costituzionale*: il primo livello di una forza costituzionale sopra-convenzionale che fonda la possibilità stessa di una deroga alla Costituzione; il secondo livello di una forza costituzionale infra-convenzionale alla quale è dunque possibile derogare per le necessità di applicazione del trattato. D'un tratto, la gerarchia delle norme si complica ancora (se possibile) con una sotto-gerarchia all'interno stesso della sfera di costituzionalità (in contraddizione con la giurisprudenza costituzionale invece costante

sia la qualificazione che dia di un tale referendum, a controllare la convenzionalità di una legge eventualmente costituzionale²⁰.

sin lì, che affermava la stretta eguaglianza tra le diverse componenti del blocco di costituzionalità), che conduce alla fine a questa configurazione piuttosto bizzarra seguendo la quale una parte della normatività costituzionale sarebbe superiore alla normatività convenzionale, che sarebbe superiore a un'altra parte della normatività costituzionale... Senza parlare dell'ulteriore complicazione che apporta la famosa riserva di «ciò che è *essenziale* all'esercizio della sovranità nazionale». La sua utilizzazione in quest'occasione da parte del giudice non è affatto delle più illuminanti dal momento che, sulla sua base, derogare al principio costituzionale secondo cui non si possono affidare a cittadini stranieri o rappresentanti un organismo internazionale funzioni *inseparabili* dell'esercizio della sovranità nazionale, non pregiudica tuttavia le condizioni *essenziali* dell'esercizio della sovranità nazionale: ciò che è «inseparabile» dell'esercizio della sovranità è dunque ritenuto non esserle tuttavia «essenziale»! La tensione logica tra tutte queste affermazioni è così viva (si veda E. Picard, *Petit exercice pratique de logique juridique*, in «RFDA», 1998 n. 3, pp. 620-624), che si finisce per domandarsi se non bisognerebbe fare appello alla quarta dimensione per giungere a delineare il quadro della piramide delle norme.

D'altronde, per dirla tutta, si può pensare che, nel suo stesso principio, questo concetto giurisprudenziale di «condizioni essenziali di esercizio della sovranità nazionale», non può ad ogni modo che coprire della coltre più spessa la definizione della gerarchia delle norme *positive* dell'ordine giuridico francese. Invocare l'argomento di «ciò che è essenziale all'esercizio della sovranità», significa in effetti invocare un argomento di ordine *metapositivo* o di *diritto naturale* se si preferisce. Se «ciò che è essenziale all'esercizio della sovranità» si suppone sia stato contraddetto da un testo convenzionale come quello del trattato di Maastricht per esempio, non è conferendo (tramite la revisione prevista dall'articolo 54 e come è stato effettivamente realizzato con l'adozione della legge costituzionale del 25 giugno 1992, a seguito della decisione *Maastricht I* del *Conseil constitutionnel*) forza costituzionale a questo testo che si risolverà il problema: perché per quanto costituzionale sia divenuto questo testo, resterà sempre un testo di diritto positivo che sarà sempre allo stesso modo poco in accordo con i requisiti «naturali» di «ciò che è *essenziale* all'esercizio della sovranità». In altri termini questo testo, una volta divenuto costituzionale, *continuerà sempre in ogni caso a «pregiudicare le condizioni essenziali di esercizio della sovranità»*. Per quanto possa sempre dirsi che la *Costituzione*, una volta sottoposta a revisione cioè allineata al trattato, è *oramai caduta al di qua di ciò che essa dovrebbe essere per essere all'altezza del suo concetto*, vale a dire per continuare a *definirsi come l'atto di volontà imputabile ad un autore sovrano*, dato che le sue disposizioni (come quelle degli attuali articoli 88-1 e seguenti della Costituzione) sono divenuti *identici a quelle di un trattato che si era precisamente ritenuto pregiudicasse le condizioni essenziali dell'esercizio della sovranità*. Non è giocando sulla *mutabilità del diritto positivo*, la quale permette *formalmente*, grazie ad una revisione, di convalidare la diminuzione della capacità del sovrano di esercitare la propria *sososovranità*, che si può risolvere il

In ogni caso, quando ben anche il giudice amministrativo si accontentasse di controllare la convenzionalità delle leggi referendarie il cui oggetto non fosse effettivamente costituzionale, nondimeno egli eserciterebbe così in ogni caso un controllo *indiretto* della costituzionalità della legge referendaria, laddove il *Conseil constitutionnel*, dal canto suo, si rifiuta sempre di sottomettere una simile legge all'esame *diretto* della sua costituzionalità.

Così, alla fine, ci si può domandare quale coerenza conservi ancora il concetto di «gerarchia delle norme» quale risulta dalla giurisprudenza amministrativa. La lettura che questa effettua dell'articolo 55 sembra piuttosto, nella sua estrema complessità, gettare le disposizioni di questo testo costituzionale in una profonda oscurità. A dire il vero, la sola cosa che appare in modo abbastanza chiaro in questa interpretazione pretoria, è l'effetto di una progressiva cancellazione del ruolo del *Conseil constitutionnel* tanto nell'esercizio effettivo del controllo di validità della legge (così come del trattato) in particolare, quanto nella garanzia apportata al mantenimento della semplicità e della coerenza del principio gerarchico, che si suppone informi di sé l'insieme dell'ordinamento giuridico in generale.

In una tale situazione, un *revirement* della giurisprudenza «IVG» del 1975 da parte del *Conseil constitutionnel* appare agli occhi di molti piuttosto auspicabile, e la dottrina aumenta, già da qualche tempo, la propria pressione per incitare il giudice costituzionale ad includere senza esitazione il diritto internazionale convenzionale nel blocco della costituzionalità. Se, in funzione di tutto quanto precede, si può ritenere che non vi sia alcun ostacolo teorico a che il giudice costituzionale capovolga la sorte della propria interpretazione dell'articolo 55 decidendolo di comprenderlo oramai come testo di una norma — dato che ogni lettore è sempre *libero* di propendere per «l'opzione normativa» o di privilegiare «l'opzione anormativa» —, si può anche sostenere che sarebbe senza dubbio preferibile farlo senza tuttavia trascurare le buone ragioni che erano state invocate nel 1975 per giustificare il favore accordato all'opzione a-normativa. In altri termini, si potrebbe suggerire che ci sono forse degli argomenti per invertire la giurisprudenza «IVG», se il *Conseil constitutionnel* decide di deditarsi, pur dando l'impressione di mantenerla: cosa che non sembra impossibile.

problema *materiale* dell'inadeguatezza di questa riduzione di competenza all'*essenza* necessariamente *immutabile* del *concetto* di sovranità.

6. IL POSSIBILE *REVIREMENT* DELLA GIURISPRUDENZA «IVG»

La ragione addotta dal *Conseil constitutionnel* nel 1975 per rifiutare di assimilare la non-convenzionalità di una legge alla sua in-costituzionalità e dunque per declinare la propria competenza, consisteva in fondo nella stigmatizzazione del carattere relativo e contingente della convenzionalità, in opposizione al carattere assoluto e definitivo della costituzionalità. A dire il vero sembra difficile ritornare su tale caratterizzazione di questi due gradi di normatività, tanto essa dipende dal carattere bi o multilaterale dell'una, donde la sua fragilità per il fatto della sottoposizione della sua esistenza alla condizione di reciprocità menzionata in ogni caso dallo stesso articolo 55, e la natura unilaterale dell'altra, in questo modo dotata di una forza normativa incontestabilmente più grande. Se dunque non si può in alcun modo far questione di abbandonare un argomento così giuridicamente fondato²¹, come evitare allora la conclusione cui esso aveva condotto, vale a dire quella del rifiuto del *Conseil* di sanzionare l'articolo 55 e dunque di comprendere il suo testo come quello di una norma?

Sotto molti aspetti, la soluzione di un intervento del *Conseil constitutionnel* che sanzionasse la non convenzionalità di una legge solo ove questa fosse «grave» o «manifesta» (mentre la legge rimarrebbe insindacabile in caso di non convenzionalità semplice), che in apparenza assicura una minima eccezione alla regola giurisprudenziale posta nel 1975 e che dunque, come ogni eccezione, confermerebbe allo stesso tempo la regola, potrebbe apparire piuttosto seducente, perché si accorderebbe molto bene alla preoccupazione di preservare il principio di incompetenza del giudice costituzionale, offrendogli allo stesso tempo malgrado tutto la possibilità di derogarvi comodamente. Ulteriore vantaggio sarebbe che, apparentandosi alla tecnica utilizzata dal *Conseil d'Etat* per le necessità delle teorie della via di fatto, dell'ine-sistenza di un atto o del dovere disubbidienza del funzionario, essa iscriverebbe il cammino del giudice costituzionale in una vicinan-

²¹ Salvo nei casi, come il *Conseil constitutionnel* stabilisce nella sua decisione 98-408 DC del 22 gennaio 1999 («Trattato riguardante lo statuto della Corte penale internazionale»), dove, «avuto riguardo all'oggetto del trattato» (protezione dei diritti fondamentali appartenenti a ogni persona umana), «la riserva di reciprocità menzionata all'articolo 55 della Costituzione non trova spazio per applicarsi».

za di spirito con quella del giudice amministrativo, utile all'omogeneità di stile censorio del giudice di diritto pubblico in generale nel suo rapporto con il potere politico.

Ma l'inconveniente è che una simile soluzione presuppone necessariamente dei gradi nella non-validità della legge, cosa che è difficile da concepire, in quanto la logica relativa alla validità di una norma non saprebbe essere altro che binaria: o la norma è valida o non lo è, ma non può esserlo (o non esserlo) di più o di meno. Essa suppone anche implicitamente l'adesione ad una famosa variante della «teoria dell'atto chiaro», in virtù della quale il senso della legge esaminata, nonché quello del testo del trattato, potrebbero essere sufficientemente ovvi da potersi affermare la contrarietà tra i due sensi senza alcuna interpretazione: ma si è visto che, precisamente per le ragioni che abbiamo invocato *supra* nella «premessa metodologica», la riflessione filosofica contemporanea sul concetto di significato non favorisce in alcun modo l'adozione di una simile teoria. Infine e soprattutto, anche nell'ipotesi in cui si ammettesse la possibilità di una «inconvenzionalità manifesta» che si distinguesse agevolmente da una «inconvenzionalità semplice», ciò non cambierebbe nulla al problema posto dall'argomentazione della decisione «IVG»: una inconvenzionalità, pur manifesta, non cesserebbe in ogni caso di essere relativa e contingente, poiché la normatività di un testo convenzionale, anche manifestamente violata, resterebbe sempre condizionata dall'esigenza di reciprocità nella sua applicazione.

Ciò detto, sembra difficile apportare una soluzione a questo problema situandosi sul piano *semantico* del rapporto di conformità o meno del senso del testo di una legge col senso del testo di un trattato. Nondimeno può non essere del tutto impossibile sperare di poterla trovare situandosi invece sul terreno *pragmatico* della *forza* dell'*intenzione* del legislatore di svincolarsi dall'*autorità* di un trattato, quando l'atteggiamento ne riveli *la volontà deliberata di non stare al gioco* del diritto internazionale. Perché non solo nulla, nell'articolo 55, sembra poter impedire al giudice di sanzionare una simile attitudine, ma addirittura tutto, in questo articolo, dovrebbe potere incoraggiare a farlo.

A dire il vero, per intravederla, bisogna cominciare con il *distaccarsi dalla redazione* della motivazione con cui il *Conseil constitutionnel* nel 1975 ha esposto la ragione del proprio rifiuto di riconoscere effetto utile all'articolo 55: di fatto, questa redazione è

intaccata da una certa incoerenza piuttosto scomoda, che si potrebbe sperare di veder corretta dal *Conseil constitutionnel* di oggi.

Quando in effetti ci si soffermi da vicino sui *termini* impiegati nel testo della decisione «IVG», si può deplorare che il giudice abbia in essa opposto il «carattere assoluto e definitivo» delle «decisioni prese in applicazione dell'articolo 61 della Costituzione», al «carattere allo stesso tempo relativo e contingente» della «*superiorità dei trattati sulle leggi il cui principio è posto dall'articolo 55*»²². Perché non si vede assolutamente cosa il *principio costituzionale di superiorità* del trattato sulla legge posto dall'articolo 55 possa avere di «più relativo e contingente» o di meno «assoluto e definitivo» del *principio costituzionale di superiorità* della Costituzione sulla legge di cui l'articolo 61 permette la sanzione affidando al *Conseil constitutionnel* il compito di infliggerla al legislatore che lo contravviene. Sia l'uno che l'altro sono *egualmente principi costituzionali* e presentano dunque esattamente lo stesso grado di costituzionalità, vale a dire *lo stesso carattere «assoluto e definitivo»*. *In quanto ciò che è certamente relativo e contingente è il trattato, vale a dire la convenzionalità, in quanto genere di norma non unilaterale, ma non è assolutamente il principio costituzionale della sua superiorità sulla legge che, quanto a lui, è una norma costituzionale, vale a dire una norma unilaterale.*

Allora, stabilire, come fa la decisione «IVG», che il trattato è di natura relativa e contingente, è semplicemente ricordare che se non viene applicato dalle altre parti, esso cessa di avere validità nell'ordine interno, dove dunque non esiste più come norma: dunque in questo caso la questione della sua superiorità sulla legge non si pone nemmeno, dato che esso non esiste. Mentre qualora esso venga applicato anche dalle altre parti, esso è valido, dunque esiste ed è allora assolutamente superiore alla legge, e non relativamente. Detto

²² Riproduciamo questo considerando per esteso, sottolineando di nuovo i termini che si potrebbero giudicare inappropriati: «Considerando, in effetti, che le decisioni prese in applicazione dell'articolo 61 della Costituzione rivestono un carattere assoluto e definitivo, come risulta dall'articolo 62 che impedisce la promulgazione e l'applicazione di ogni disposizione dichiarata incostituzionale; che al contrario, *la superiorità dei trattati sulle leggi, il cui principio è posto dall'articolo 55 già citato, presenta un carattere allo stesso tempo relativo e contingente*, dovuto, da una parte, al fatto che essa è limitata al campo di applicazione del trattato, e dall'altra, al fatto che essa è subordinata a una condizione di reciprocità la cui realizzazione può variare secondo il comportamento dello o degli Stati firmatari del trattato e del momento in cui si deve apprezzare il rispetto di questa condizione».

altrimenti, ciò che possiamo dedurre dall'articolo 55, è che il trattato è superiore alla legge solo se il trattato è valido perché applicato nella reciprocità, vale a dire solo se il trattato esiste giuridicamente. Ma questo può essere detto in ogni caso per qualsiasi norma: evidentemente, ogni norma non può essere superiore a un'altra norma che a condizione di esistere giuridicamente, si perdoni questo truismo. Ma una volta che essa esiste, la sua superiorità sull'altra norma è necessariamente assoluta: l'idea di una «superiorità relativa» è assurda, in quanto contraddittoria. In breve, va da sé che se la convenzionalità è certamente un tipo di normatività di carattere relativo e contingente, nondimeno, contrariamente a quanto scrive il *Conseil constitutionnel* nel 1975, il principio di superiorità del trattato sulla legge posto dall'articolo 55, che è un principio costituzionale, riveste quanto a lui un carattere certamente assoluto e definitivo.

In questo caso, dovrebbe essere possibile distinguere tra due specie di leggi, secondo l'attitudine che esse mostrano nei riguardi dei trattati:

1) Da una parte si trova la legge che, secondo l'interprete, urta, può darsi casualmente, in talune disposizioni del suo testo, il senso testuale di un trattato: una simile legge presenta dunque un carattere inconvenzionale. Come ha giudicato egli stesso nel 1975, il *Conseil constitutionnel* non è allora competente a pronunciare questa inconvenzionalità, dal momento che questa è una normatività relativa e contingente e che l'articolo 61 non gli conferisce competenza che per giudicare la costituzionalità della legge, che è una normatività assoluta e definitiva.

2) Da un'altra parte, vi può essere la legge che, in ragione non solo delle sue disposizioni, ma anche e soprattutto delle *circostanze della sua adozione*, si rivela essere stata emanata *esclusivamente al fine di sottrarre l'ordine giuridico interno all'ambito di un trattato*. L'esame dei lavori preparatori farà apparire per esempio che, al momento della votazione, i parlamentari *non potevano non sapere* che il testo legislativo che discutevano si scontrava in pieno, *dal loro punto di vista interpretativo*, con il testo di un trattato e che, al momento dell'adozione di questo testo legislativo, *essi non potevano non volere* violare scientemente il trattato. In questo caso, ciò che può sembrare al giudice, è *che una simile legge in realtà viola meno il trattato, che non il principio stesso della superiorità del trattato sulla legge*.

In effetti, una simile legge (diciamo per esempio una legge sulla caccia che la autorizzasse 365 giorni all'anno e 24 ore su 24), che non solo contraddice in questo modo frontalmente il trattato, non solo dal punto di vista, supposto *oggettivo*, dell'interpretazione del giudice, ma proprio *dal punto di vista soggettivo* degli autori stessi della legge, e che inoltre contrasta con un trattato la cui applicazione da parte degli altri Stati-parti non è messa in dubbio da nessuno al momento dell'adozione della legge, è una legge che può sembrare *violare la Costituzione prima ancora che il trattato*, perché è il *principio costituzionale* stesso di superiorità della legge sul trattato che essa affronta deliberatamente. In breve, una simile legge, che denota l'intenzione del legislatore di «frodare» l'esigenza di rispetto dei trattati posta dall'articolo 55, appare come una legge meno inconvenzionale che *direttamente incostituzionale* suscettibile di conseguenza di tollerare la censura del giudice costituzionale, senza che quest'ultimo misco-nosca tuttavia la competenza ristretta che gli attribuisce l'articolo 61.

In una simile prospettiva, dove il giudice in ogni modo conserva di fatto sempre l'intera libertà di determinare in quale categoria si iscrive la legge sottomessa al suo esame, al fine precisamente di decidere se egli accetta o meno di sottometterla al proprio potere, il contenzioso della convenzionalità della legge può integrarsi, almeno in parte, a quello della sua costituzionalità, con in più il vantaggio di continuare a sembrare il contenzioso in cui si esercita il solo controllo diretto della costituzionalità della legge, e non quello della convenzionalità propriamente detta. Operando, almeno parzialmente, il *revirement* della giurisprudenza «IVG», senza tuttavia rinunciare agli argomenti che la giustificavano, una simile sanzione della legge che contrasti, per la malignità delle sue intenzioni, con il principio costituzionale della superiorità del trattato sulla legge, considerato in sé, permetterebbe una normativizzazione del testo dell'articolo 55, utile non solo per fissare un minimo di coerenza nell'attuazione della gerarchia tra le norme, ma anche alla riaffermazione, da parte del *Conseil constitutionnel*, del proprio ruolo di custode della Costituzione.

(Traduzione dal francese di Guido Gorgoni)