

L'evoluzione della giustizia costituzionale in Francia e il problema della responsabilità dello Stato da illecito nell'esercizio della funzione legislativa

di Nicola D'Anza

Abstract: *The evolution of constitutional justice in France and the problem of State liability for unconstitutional legislation* – The State liability for unconstitutional legislation is one of the great themes of French legal science in the field of public law. The introduction of the “*question prioritaire de constitutionnalité*” (QPC) has led to a revolution in the area of Constitutional Justice and has allowed the *Conseil d'État* and the *Conseil constitutionnel* to define this form of liability. This fundamental turning point in French legal culture allows us to rethink several categories of Constitutional Justice and to review the dogma of the absolute sovereignty of Parliament. It also makes it possible to radically criticize the decisions of the supreme Courts in the Italian legal system, which continue to deny the configurability of this hypothesis of liability in disagreement with the academic community and through postulates incompatible with the Constitution.

Keywords: Constitutional justice; Constitutional tort; France; State liability; Unconstitutional legislation;

1001

1. Premessa

Il controllo di costituzionalità, nel sistema italiano, ha ad oggetto disposizioni e norme, cioè testi e interpretazioni normative. D'altra parte, storicamente, gli studi in materia di giustizia costituzionale non si sono limitati all'esame delle modalità di rimozione dall'ordinamento della legge incostituzionale (ovvero di singole norme invalide da essa ricavate), ma si estendono altresì all'impatto delle declaratorie d'illegittimità costituzionale sull'attività giuridica posta in essere in applicazione della legge stessa. Così, a titolo meramente esemplificativo, forma oggetto di analisi il regime di invalidità degli atti amministrativi adottati sulla base di leggi incostituzionali.

Nell'ordinamento italiano, con riguardo alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, agli effetti “in senso stretto”¹ si accompagnano poi

¹ Gli effetti “in senso stretto” prodotti dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sono quelli contemplati dall'art. 30, comma 3 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», fatti salvi i cc.dd. rapporti esauriti.

effetti “indiretti” che incidono sulla validità degli atti giuridici posti in essere in applicazione della norma poi espunta dall’ordinamento. V’è tuttavia da osservare come nell’ambito degli studi costituzionalistici resti ampiamente inesplorata la questione delle conseguenze ulteriori prodotte dalle sentenze di accoglimento in relazione agli effetti pregiudizievoli prodotti dall’approvazione, entrata in vigore ed eventuale successiva applicazione della legge (ovvero degli altri atti aventi forza di legge di cui all’art. 136 Cost.) nella sfera giuridica dei consociati².

A tal riguardo, è possibile osservare come a fronte di una *prestazione di dare* imposta al singolo ed eseguita sulla base di una legge poi dichiarata incostituzionale, il giudice comune procede a ristorare il soggetto ricorrendo, tendenzialmente, allo schema dell’indebito oggettivo *ex* art. 2033 c.c.³. In tutti gli altri casi, cioè quando non si è in presenza di un “pagamento” rilevante ai sensi della sopra citata disposizione codicistica e il danno prodotto nella sfera giuridica del privato non può essere rimosso puramente e semplicemente attraverso la caducazione degli atti applicativi, è solo la possibilità di configurare una responsabilità da illecito costituzionale⁴ che consente di assicurare tutela alle situazioni giuridiche soggettive lese dalla legge⁵. Tuttavia, la costante giurisprudenza di legittimità non ammette nell’ordinamento italiano la figura dell’illecito costituzionale, impedendo in tal modo il pieno dispiegamento degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei consociati dinanzi all’esercizio del potere legislativo.

La responsabilità dello Stato derivante da leggi dichiarate in contrasto con la Costituzione è tuttavia oggi una realtà in numerosi ordinamenti

² Tuttavia, proprio con riguardo alla responsabilità dello Stato da atti legislativi, negli ultimi decenni sono stati prodotti alcuni significativi contributi monografici, tra i quali possono qui essere menzionati R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato da atti legislativi*, Padova, 1999; C. Pasquinelli, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Milano, 2013; M. di Francesco Torregrossa, *La responsabilità dello Stato-Legislatore e l’attività amministrativa*, Napoli, 2019. Cfr. anche L. Paladin, *Cenni sul sistema della responsabilità civile per l’applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1029 ss.; A. Pace, *Espropri incostituzionali: restituzioni e responsabilità civili della Pubblica Amministrazione per l’applicazione di leggi illegittime*, in *Giur. cost.*, 1962, 1240 ss.; V. Onida, *Illegittimità costituzionale e leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di scadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 521 ss.; A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.*, 2003, V, 175 ss.

³ Così, ad esempio, la (prevalente) giurisprudenza della Corte di cassazione applica ai versamenti tributari eseguiti sulla base di leggi dichiarate costituzionalmente illegittime l’art. 2033 c.c. Sul punto cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. trib., 16 maggio 2023, n. 13332.

⁴ Diverso è il problema della c.d. responsabilità da atto lecito dannoso, la quale non può configurarsi nelle ipotesi di attività antigiuridica dello Stato nell’esercizio della funzione legislativa.

⁵ Sotto questo aspetto, attraverso il processo (non necessariamente costituzionale), l’ordinamento predispone strumenti idonei a paralizzare la produzione del danno nella sfera del singolo. Il riferimento è, chiaramente, agli istituti di tutela cautelare. Il singolo, per motivi diversi, può tuttavia non essere sempre in grado di accedere a tale forma di tutela, cosicché riemerge inevitabilmente il problema di riparare *ex post* il danno cagionato. Sulla tutela cautelare nella giustizia costituzionale cfr., di recente, G. Menegus, *Tutela cautelare e giustizia costituzionale*, Napoli, 2021.

dell'Europa continentale come Francia, Spagna⁶, Portogallo⁷, Belgio⁸ e Polonia⁹. Essa viene, al contrario, negata e avversata dalla giurisprudenza italiana e tedesca, mentre viene ammessa dall'orientamento dottrinale assolutamente dominante in entrambi i Paesi¹⁰. Lo studio del processo che recentemente ha condotto all'emersione di tale ipotesi di responsabilità nell'ordinamento francese, il quale, più di ogni altro, ha incarnato i valori del legicentrismo e il mito della sovranità assoluta del Parlamento, appare

⁶ Oggi espressamente contemplata dall'art. 32 della *Ley* n. 40/2015 *de Régimen Jurídico del Sector Público*. Cfr., *ex plurimis*, V. Garrido Mayol, *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador*, Valencia, 2004; E. García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Madrid, 2007; E. García de Enterría, T.R. Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, 13ª ed., vol. II, Madrid, 2013, 1667 ss.; A. Blandin, *La responsabilité du fait des lois méconnaissant des normes de valeur supérieure. Le droit espagnol, un modèle pour le droit français?*, Parigi, 2016; E. Rivero Ysern, J. Rodríguez-Arana, *La responsabilidad patrimonial del poder legislativo en España. Fundamentos y principios*, Valencia, 2023.

⁷ Cfr. l'art. 22 della Costituzione, rubricato "*Responsabilidade das entidades públicas*". Sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale nell'ambito dell'ordinamento portoghese cfr., *ex plurimis*, R. Medeiros, *A responsabilidade civil pelo ilícito legislativo no quadro da reforma do Decreto-Lei nº 48 051*, in *Cadernos de Just. Adm.*, 27, 2003, 193-215.

⁸ Cfr. Cass., 1° giugno 2006, n. CO50494N; 28 settembre 2006, n. C020570, *État belge c/ Ferrera*, concl. Leclercq; 10 settembre 2010, n. F090042N. Si rinvia, inoltre, a S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble*, in D. Renders (s. dir. de), *La responsabilité des pouvoirs publics. XII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, 2016, 331 ss.

⁹ L'art. 77, comma 1 dell'attuale Costituzione così dispone: «Každy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej [Ciascuno ha diritto alla riparazione di qualsiasi danno arrecatogli da una attività di una pubblica autorità contraria al diritto]». L'ampia formulazione della disposizione consentirebbe di ricondurvi anche la responsabilità da "illecito costituzionale". Sul punto, cfr. P. Popelier, C. Rogula, *La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer. Perspectives de droit comparé*, in D. Renders (s. dir. de), *La responsabilité des pouvoirs publics*, cit., 450; P. Bon, D. Maus (s. dir. de), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Parigi, 2008, 781 ss.

¹⁰ La vicenda tedesca è invero del tutto peculiare ed è stata influenzata in modo decisivo dalla decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 19 ottobre 1982, dichiarativa della nullità della legge del 26 giugno 1981 in materia di responsabilità patrimoniale dello Stato, la quale contemplava, *inter alia*, la responsabilità dello Stato derivante da leggi incostituzionali. L'invalidità della legge risiedeva in ragioni di ordine competenziale. È tuttavia verosimile che il fallimento del tentativo di introdurre tale ipotesi di responsabilità per via legislativa abbia condizionato il dibattito in merito alla possibilità di configurarla in assenza di un espresso intervento da parte del Parlamento. Sul processo di elaborazione del precetto relativo alla responsabilità da "illecito costituzionale" cfr., *ex multis*, R. Jacobs, *Staatshaftungsrecht*, München, 1982, 158 ss. Sull'ammissione di tale ipotesi di responsabilità in alcuni casi particolari cfr. G. Jaenicke, *Haftung dees Statees fur rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, Köln, 1967, 124; F. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 2ª ed., München, 1978, 61. Ripercorre sistematicamente i termini della questione nell'ordinamento tedesco R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato da atti legislativi*, cit. Si consideri inoltre che, in entrambi gli ordinamenti, a seguito delle note pronunce in materia della Corte di giustizia, viene pacificamente ammessa la responsabilità dello Stato nell'esercizio della funzione legislativa da "illecito comunitario", la quale tuttavia non forma oggetto del presente contributo.

rilevante anche per quello italiano, la cui giurisprudenza di legittimità¹¹ continua ostinatamente a difendere quello che oggi non può non qualificarsi come un vero e proprio “*déni de justice*”¹², in contrasto con la Costituzione.

2. L’evoluzione del formante giurisprudenziale dall’*arrêt Duchâtellier* alla decisione del *Conseil constitutionnel* del 28 febbraio 2020

L’analisi dell’evoluzione del formante giurisprudenziale è fondamentale per comprendere il processo che, nel corso degli anni, ha condotto all’affermazione della *responsabilité de l’État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*. In origine, nel XIX secolo e in parte di quello successivo, in un clima fortemente positivistico e legicentrico¹³, il *Conseil d’État* rifiutava di riconoscere qualsiasi forma di riparazione in ordine agli effetti pregiudizievoli prodotti dall’approvazione e successiva applicazione della legge nella sfera giuridica dei consociati¹⁴. La discussione si focalizzava sulla possibilità di configurare una *responsabilité de l’État du fait des lois* quale peculiare ipotesi di responsabilità da atto lecito, stante l’impossibilità di immaginare una responsabilità da fatto illecito, in ragione della struttura del sistema delle fonti e dello statuto della legge, atto espressione della volontà

¹¹ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, n. 39534/2021; Cons. Stato, Sez. IV, n. 4523/2023.

¹² Cfr. L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Issy-les-Moulineaux, 1964.

¹³ È stato osservato da P. Brunet, *Que reste-t-il de la volonté générale*, in *Pouvoirs*, 2005, 3, 5, che «dans la conception légicentriste de 1789, la loi est l’expression de la volonté générale en trois sens: parce qu’elle est l’expression d’une volonté, elle sera réputée être produite – et non déduite – par ceux-là mêmes qui y seront soumis ou leurs représentants au terme d’une délibération, “mélange des volontés individuelles” que Sieyès aimait comparer à une “espèce de fermentation”; parce que cette volonté est générale, nul ne pourra se dire le jouet du caprice d’un seul ou de quelques-uns ni ne pourra voir dans cette volonté le moyen de satisfaire une revendication particulière ou individuelle; enfin, parce que la loi exprime la volonté générale, tout le droit sera compris dans la loi et tout acte émanant d’un autre organe sera réputé en être l’application».

¹⁴ Cfr. *C.E.*, 11 gennaio 1838, *Duchâtellier*, in *Rec. Lebon*, 7. Una legge del 12 febbraio 1835 aveva vietato la produzione, la circolazione e la vendita del c.d. *tabac factice*, al fine di meglio garantire il monopolio fiscale dei tabacchi e senza addurre tra le ragioni che avevano condotto alla sua approvazione la potenziale nocività di tale prodotto. Inoltre, e soprattutto, il Parlamento non aveva previsto alcun indennizzo per gli operatori economici lesi dall’introduzione di tale divieto. In quella occasione, il Consiglio di Stato francese stabilì che il silenzio della legge in ordine all’indennizzo non poteva essere interpretato in senso favorevole ai soggetti danneggiati, come se da esso si potesse ricavare la volontà del legislatore di non addossare a costoro i costi connessi ai danni prodotti dall’applicazione della legge. Tale precedente fu poi seguito dalla giurisprudenza successiva per quasi un secolo e trovava un solido ancoraggio nella dottrina allora dominante, mirabilmente sintetizzata nell’opera di E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, Boulogne-Billancourt, 1887, 173: «La loi est un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s’imposer à tous sans qu’on puisse réclamer d’elle aucune compensation. Le législateur peut seul apprécier, d’après la nature et la gravité du dommage, d’après les nécessités et les ressources de l’État, s’il doit accorder cette compensation. Les juridictions ne peuvent l’allouer à sa place».

generale, come tale non sindacabile. Il quadro era tuttavia destinato a mutare. Dapprima con alcuni arresti settoriali¹⁵, poi con affermazioni di portata generale, il Consiglio di Stato francese abbandonò il precedente orientamento. Nel fondamentale *arrêt La Fleurette*¹⁶ del 1938 si afferma che «rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement [...] cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité; [qu'] il suit de là que la société "La Fleurette" est fondée à demander que l'État soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi»¹⁷. Venne così a delinearsi una peculiare ipotesi di responsabilità da atto lecito¹⁸, di natura *oggettiva* (*sans faute*), fondata sulla teorica della *rupture de l'égalité devant les charges publiques*¹⁹. Essa non discende quindi dalla violazione di una norma di

¹⁵ Cfr. C.E., 27 luglio 1906, *Cie P.L.M. c/ Bayle et Consorts Werbrouck*, in *Rec. Lebon*, 702, *concl.* Teissier. Conforme C.E., 2 marzo 1932, *Société Mines de Joudreville*, in *Rec. Lebon*, 246 (vicenda relativa alle società minerarie danneggiate dall'esercizio del potere conferito ai prefetti dalla legge del 27 giugno 1880 di vietare lavori sotterranei in prossimità delle linee ferroviarie). Come rilevano M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois (s. dir. de), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23^a ed., Parigi, 2023, «dès le dernier quart du XIX^e siècle, l'irresponsabilité de l'État législateur, suivant l'évolution de la responsabilité de l'administration, ne s'est plus imposée avec la même évidence». Si trattava, com'è stato osservato, di decisioni mal motivate che non esplicitavano il vero motivo alla base del rigetto: l'impossibilità di riconoscere una responsabilità dello Stato *du fait des lois* in assenza di un'espressa previsione normativa che riconoscesse il diritto all'indennizzo. Cfr. É. Giraud, (*Thèse*) *De la responsabilité à propos des dommages naissant de la loi*, Parigi, 1917, 330-331. Tuttavia, «en refusant de déclarer irrecevable la demande indemnitaire, le Conseil d'État admettait en creux qu'il était compétent pour examiner ces requêtes» (T. Ducharme, *La responsabilité de l'État. La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, Paris 2019, 151).

¹⁶ La società ricorrente La Fleurette si trovò a dover interrompere la produzione di un surrogato della panna (denominato "Gradine") a seguito dell'approvazione di una legge che ne vietava la commercializzazione. Il testo normativo precisava che la misura veniva introdotta per tutelare l'industria lattiero-casearia, non presentando i prodotti oggetto della stessa rischi per la salute pubblica.

¹⁷ C.E., *Ass.*, 14 gennaio 1938, *Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette"*, in *Rec. Lebon*, 25, *concl.* Roujou. Cfr. G. Jèze, *Note sous CE, Ass.*, 14 gennaio 1938, in *Rev. dr. pub.*, 1938, 87 ss.

¹⁸ La dottrina francese, a differenza di quella italiana, non impiega l'espressione "responsabilità da atto lecito", la quale focalizza l'attenzione sull'atto applicativo, ma la qualifica (forse più correttamente) in termini di "*responsabilité du fait des lois régulières*", spostando in tal modo il baricentro dell'analisi sull'atto legislativo. D'altra parte, la fonte di tale ipotesi di "responsabilità" sta esattamente nella legge e non nell'atto applicativo (in quanto atto illecito).

¹⁹ Al fondo stava l'idea secondo la quale il giudice avrebbe dovuto indagare se il silenzio del legislatore traducesse la decisione di quest'ultimo di escludere il diritto all'indennizzo anche a beneficio dei soggetti che si fossero trovati a sopportare le conseguenze pregiudizievoli conseguenti all'applicazione della legge in misura del tutto sproporzionata rispetto a coloro che versassero nella medesima condizione. In questo senso, è ricorrente l'affermazione per cui tale regime di responsabilità troverebbe il proprio fondamento nel principio di eguaglianza, il quale imporrebbe che tutti i soggetti ai quali il legislatore decida di addossare determinati pregiudizi debbano sopportarli in

rango superiore (qual è oggi la Costituzione)²⁰, ma dall'esigenza di accordare ai privati forme di ristoro a fronte di danni "*anormaux*" e "*spéciaux*" nel silenzio della legge in ordine al loro indennizzo, poiché tale silenzio viene ad essere interpretato dal giudice in senso favorevole al ricorrente danneggiato.

Con la fine del secondo conflitto mondiale la Francia si dotava di una nuova Costituzione, entrata in vigore il 27 ottobre 1946, la quale segnò la nascita della *IV^e République*. Com'è noto, questa fu sostituita dall'attuale Costituzione, promulgata il 4 ottobre 1958, la quale introdusse, sostanzialmente per la prima volta, il controllo di costituzionalità della legge: *a priori*, *astratto*, *facoltativo* o *obbligatorio* in considerazione dell'atto da scrutinare²¹. L'assenza di un controllo *a posteriori*, avente ad oggetto una legge già promulgata (quindi *esistente* ed *efficace*), impediva tuttavia anche solo di immaginare una responsabilità dello Stato da atto illecito: se, infatti, il controllo svolto dal *Conseil constitutionnel* si appunta su di una legge formalmente non ancora entrata in vigore (quindi improduttiva di effetti), allora è da escludersi che alla data di pubblicazione della decisione possano essersi prodotti effetti pregiudizievoli per il cittadino. Questi potranno prodursi solo successivamente, ma l'assenza di un controllo di natura successiva impedirà al giudice costituzionale di dichiarare la "*non-conformité*" della legge a Costituzione e, di conseguenza, al giudice comune di qualificare come illecito il comportamento del Parlamento e di condannare lo Stato al risarcimento del danno²². A riprova di ciò, si può osservare come fino all'introduzione nel 2008 della *question prioritaire de constitutionnalité* (di seguito *QPC*), il problema della responsabilità dello Stato *du fait des lois inconstitutionnelles* non formerà sostanzialmente oggetto di dibattito.

Al contrario, in questa fase, il dibattito relativo alla giurisprudenza *La Fleurette* si fece sempre più intenso²³. Il *Conseil constitutionnel* ebbe da parte

modo eguale e senza disparità conseguenti al momento applicativo della stessa (si pensi proprio al caso della legge che imponga limitazioni alla produzione di determinati beni, la quale potrebbe impattare sull'esistenza stessa di determinate imprese e conseguentemente sulle condizioni di vita dei rispettivi titolari).

²⁰ La legge non poteva formare oggetto di alcun controllo di costituzionalità, il che conduceva ad escludere la configurabilità di un illecito, stante l'assenza di antigiusuridicità dell'atto. *Illegittimità* e *illiceità* sono del resto concetti autonomi e non sovrapponibili. È sufficiente gettare uno sguardo al campo del diritto amministrativo per rendersi conto che un atto può essere illegittimo ma la sua adozione non integrare gli estremi di un fatto illecito. Ciò in quanto l'illiceità, a differenza dell'illegittimità, presuppone necessariamente l'esistenza nell'ordinamento di una norma (primaria) che qualifichi come tale un determinato comportamento. Su quest'ultimo aspetto cfr. H. Kelsen, *Über Staatsunrecht*, in *Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1914, *Kapitel III*, §12.

²¹ Per un inquadramento generale del *contentieux a priori* cfr. D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, 2020, 125 ss.

²² Con un'importante eccezione, rappresentata dal c.d. *contrôle néo-calédonien*, sul quale ci si soffermerà nel paragrafo successivo.

²³ Da un'interpretazione fortemente restrittiva della stessa, attraverso cui il giudice amministrativo, in più occasioni, ricostruì il silenzio del legislatore in senso sfavorevole al ricorrente danneggiato (cfr. *C.E., Sect.*, 22 novembre 1957, *Compagnie de navigation Fraissinet*, in *Rec. Lebon*, 635; *C.E.*, 15 luglio 1949, *Ville d'Elbeuf*, in *Rec. Lebon*, 359), si è realizzato un *revirement* nel 2003 con l'*arrêt ADARC* (*C.E., Sect.*, 30 luglio 2003, n.

sua ad affermare che «si la loi soumise à son examen n'était pas contraire à la Constitution, il était [toutefois] loisible aux intéressés, au cas où l'application de la loi présentement examinée leur occasionnerait un préjudice anormal et spécial, d'en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques»²⁴. Il fatto che la legge venisse dichiarata conforme a Costituzione nell'ambito del controllo *a priori* non escludeva l'eventuale condanna dello Stato al pagamento dell'indennizzo ai sensi della giurisprudenza *La Fleurette*. Si pose inoltre la questione di determinare se quest'ultima potesse trovare applicazione con riguardo a disposizioni costituzionali. Il *Conseil d'État* non si è mai pronunciato sul punto, ma la *Cour administrative d'appel de Paris* ha invece affermato che «il appartient au juge administratif de connaître d'un litige tendant à la condamnation de l'État à la réparation d'un préjudice dont l'origine est située dans des dispositions législatives, même de nature constitutionnelle»²⁵.

La giurisprudenza *La Fleurette* e i suoi successivi sviluppi²⁶ costituiscono il primo filone presente nel campo della *responsabilité de l'État du fait de lois*²⁷. Ben presto emerse tuttavia un secondo filone, relativo alla tutela risarcitoria a fronte di leggi in contrasto con il diritto internazionale. In particolare, è noto come a partire dagli anni Novanta la Corte di giustizia abbia affermato, in presenza di determinati presupposti, l'obbligo di riparazione in presenza di inosservanze del diritto comunitario da parte degli

215957, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre [ADARC] et autres*, in *Rec. Lebon*, 367); Il giudice ebbe infatti a ritenere «qu'il ne ressort ni de l'objet ni des termes de la loi 10 juillet 1976, non plus que de ses travaux préparatoires, que le législateur ait entendu exclure que la responsabilité de l'État puisse être engagée en raison d'un dommage anormal que l'application de ces dispositions pourrait causer à des activités – notamment agricoles – autres que celles qui sont de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces que le législateur s'était assigné». Infine, fu soprattutto con il fondamentale *arrêt Ax'ion del 2005* (C.E., 2 novembre 2005, n. 266564, *Coopérative agricole Ax'ion*, in *AJDA*, 2006, 142, *chron.* Landais, Lenica) che la giurisprudenza *La Fleurette* si è definitivamente imposta e consolidata. Ivi si afferma che il silenzio della legge in punto di indennizzo «ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer». Questo *considérant de principe* sarà poi riprodotto in due successive decisioni del 2012 (C.E., 1 febbraio 2012, n. 347205, *Bizouerne*, *concl.* Roger-Lacan, in *RFD adm.*, 2012, 333; C.E., 9 maggio 2012, n. 335613, *Sté Godet frères et Sté Charentaise d'entrepôt*, in *Dr. adm.*, 8-9/2012, 50).

²⁴ *Cons. const.*, 4 luglio 1989, n. 89-254 DC, *Rec.*, 41.

²⁵ *C.A.A. Paris*, 8 ottobre 2003, n. 02PA00651, *Mme Demaret*, *concl.* Folscheid, in *AJDA*, 2004, 277. In quella vicenda è interessante osservare le esitazioni del *rapporteur public*, Bénédicte Folscheid, nel configurare una simile estensione della giurisprudenza *La Fleurette*.

²⁶ Essa è stata estesa anche ai danni prodotti dal diritto internazionale pattizio e consuetudinario con gli *arrêts Compagnie générale d'énergie radio-électrique* (C.E., 30 marzo 1996, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, in *Rec. Lebon*, 257) e *Om Hashem Saleh et autres* (C.E., 14 ottobre 2011, *Om Hashem Saleh et autres*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2012, 46).

²⁷ Ciò nella misura in cui la fattispecie di responsabilità ivi delineata si aggiunge oggi ad altre due ipotesi parimenti concernenti la responsabilità dello Stato nell'esercizio della funzione legislativa.

Stati membri²⁸. Essa ha avuto modo di precisare che l'obbligo di riparazione sussiste anche nei casi in cui l'inosservanza sia prodotta da un atto legislativo nazionale e che il regime applicabile deve essere determinato a partire dal diritto nazionale della responsabilità.

Prima del 2007, il *Conseil d'État* aveva tentato di adeguarsi a tale giurisprudenza affermando però la responsabilità dello Stato nei soli casi in cui fosse intervenuto un provvedimento amministrativo applicativo della legge in contrasto con il diritto internazionale pattizio. La responsabilità veniva infatti ricollegata alla illegittimità (derivata) del provvedimento amministrativo applicativo e non della legge²⁹. In tal modo, si negava che il conflitto tra la norma di legge nazionale e il diritto internazionale integrasse una ulteriore e distinta ipotesi di responsabilità dello Stato *du fait des lois*, da qualificarsi questa volta verosimilmente come responsabilità da *atto illecito*. Tale impostazione è stata duramente criticata da parte della dottrina, poiché valutata alla stregua di una vera e propria "*hypocrisie juridique*"³⁰. L'*arrêt Gardedieu*³¹, fortemente atteso, ha ribaltato tale ricostruzione: «Considérant que la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés [giurisprudenza *La Fleurette*], d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France [innovazione apportata dall'*arrêt Gardedieu*]». Ora, se è vero che il supremo consesso amministrativo francese si astiene dal qualificare espressamente la legge "*inconventionnelle*" in termini di atto illecito, resta però fermo il fatto che a tale conclusione si giunge indirettamente ove solo si consideri che l'alternativa, cioè la responsabilità da atto lecito dannoso, è configurabile

²⁸ C.G.U.E., decisione del 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428; CGUE, decisione del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79.

²⁹ Prima dell'affermazione della richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia, il *Conseil d'État* aveva tentato di estendere la giurisprudenza *La Fleurette* (riletta come responsabilità dello Stato derivante dalla *rupture de l'égalité devant les charges publiques*) alle ipotesi di violazione del diritto internazionale ad opera del legislatore (*CE, Ass.*, 23 marzo 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/Sté Alivar*, in *Rec. Lebon*, 1984, 127). Tale impostazione presentava tuttavia evidenti criticità, sia per la difficoltà nel ricondurre l'*inconventionnalité* al concetto di *rupture de l'égalité devant les charges publiques*, sia in ragione del fatto che la responsabilità delineata dalla giurisprudenza *La Fleurette* ammette l'indennizzo della sola parte anormale e speciale del pregiudizio.

³⁰ A. Barav, *Responsabilité et irresponsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire*, in *Mélanges Waline*, Issy-les-Moulineaux, 1974, 463.

³¹ *CE, Ass.*, 8 febbraio 2007, n. 279522, *Gardedieu*, in *Rec. Lebon*, p. 78. Cfr. le note di F. Lenica, J. Boucher, in *AJDA*, 2007, 585 ss. e C. Broyelle, in *JCPA*, 2007, *comm.* 2083, 45 ss.

esclusivamente nelle ipotesi in cui sia da escludere l'antigiuridicità della condotta (*i.e.* la produzione della legge invalida da parte del Parlamento).

Con l'*arrêt Gardedieu* il *Conseil d'État* ha quindi delineato la seconda fattispecie di responsabilità dello Stato *du fait des lois*. In seguito, con la revisione costituzionale del 23 luglio 2008, veniva introdotta nel sistema di giustizia costituzionale francese la *QPC*³², ovvero sia un controllo di legittimità costituzionale della legge a carattere *successivo* e *incidentale* (e *concreto*)³³. Tale innovazione ha sollevato ben presto la questione relativa alla possibilità di delineare una responsabilità dello Stato derivante da leggi in contrasto con la Costituzione e, più in generale, con l'intero *bloc de constitutionnalité*³⁴. Nei primi anni di funzionamento della *QPC* la giurisprudenza di merito ha negato l'ammissibilità di una simile ipotesi di responsabilità³⁵, nonostante l'orientamento favorevole della dottrina pressoché unanime. Successivamente, con alcune decisioni pronunciate dal *Tribunal administratif de Paris* in data 7 febbraio 2017³⁶, confermate l'anno seguente dalla *Cour administrative d'appel de Paris*³⁷ e infine dal *Conseil d'État* con tre decisioni del 24 dicembre 2019³⁸, è stata individuata la terza ed ultima fattispecie di responsabilità dello Stato *du fait des lois*. Lo stesso *Conseil constitutionnel*, con una decisione del 28 febbraio 2020³⁹, ha avallato tale orientamento⁴⁰.

Tali decisioni affermano il principio di responsabilità dello Stato *du fait de la loi inconstitutionnelle*, ma lasciano irrisolte una lunga serie di questioni connesse al regime applicabile⁴¹.

³² Per un'introduzione al tema cfr. D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, cit., 193 ss. Si rinvia altresì a M. Cavino, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso (cur.), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010; M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, Napoli, 2014; S. Catalano, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, 2016.

³³ Cfr. M. Fatin Rouge-Stéfanini, *La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel: la part de concret et la part d'abstrait (Actes de la 2^e journée d'études toulousaine sur la QPC)*, in *NCCC*, 38, 2013, 205 ss.

³⁴ Dopo l'introduzione della *QPC*, Mathieu Disant è stato uno tra i primi Autori a interessarsi della questione. Cfr. M. Disant, *La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle, prolégomènes et perspectives*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 6, 2011, 1181 ss.

³⁵ *T.A. Caen*, 5 ottobre 2012, n. 1201398; *T.A. Bordeaux*, 9 giugno 2011, n. 110216; *T.A. Rouen*, 5 gennaio 2012, n. 1101612; *Cass. 1^{re} civ.*, 26 giugno 2019, n. 18-12.630, in *AJDA*, 2019, 2568 ss., con nota di T. Ducharme.

³⁶ *T.A. Paris*, 7 febbraio 2017, *M. Lallement et Société Paris Clichy*, nn. 1507726 e 1505725.

³⁷ *C.A.A. Paris*, 5 ottobre 2018, *Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren et Société Paris Clichy*, nn. 17PA01180 e 17PA01188.

³⁸ *C.E., Ass.*, 24 dicembre 2019, *Société Paris Clichy e. a.*, nn. 425981, 425983 e 428162.

³⁹ *Cons. const.*, 28 febbraio 2020, n. 2019-828/829 *QPC*. Ma cfr. anche *Cons. const.*, 22 settembre 2022, n. 2022-1010 *QPC*.

⁴⁰ La giurisdizione è, pacificamente, del giudice amministrativo, secondo quanto stabilito con riguardo a tutte le ipotesi di *responsabilité du fait des lois* dal *Tribunal des conflits* (*T.C.*, 31 marzo 2008, n. 08-03.631, *Sté Boiron c/ Direction des douanes et droits indirects*).

⁴¹ Ciò deriva soprattutto dalle carenze in punto di motivazione che ancora oggi ricorrono in molte delle decisioni dei giudici amministrativi e del *Conseil constitutionnel*.

3. Analisi di due questioni notevoli: la *généralité* e *impersonnalité* della legge, il problema della modulazione degli effetti temporali delle decisioni del *Conseil constitutionnel* e i riflessi sul piano della *responsabilité de l'État-Législateur*

È opportuno soffermarsi quanto meno su due questioni di particolare rilievo venute all'attenzione della scienza giuridica d'Oltralpe⁴².

A tal riguardo, è stato sottolineato da D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, cit., 414 come «la motivation des décisions est, aujourd'hui, l'une des principales faiblesses du Conseil constitutionnel. Il n'est pas rare, en effet, que le juge constitutionnel se contente de citer le fondement constitutionnel pour décider, sans autre forme de procès, que la disposition en cause "affecte" ou "n'affecte pas", "méconnaît" ou "ne méconnaît pas", de façon "manifeste" ou non... les principes constitutionnels en cause dans l'affaire. Mais dire qu'un principe constitutionnel est ou n'est pas méconnu, ce n'est pas expliquer son raisonnement, les motifs qui poussent à prendre une décision et non telle autre, c'est seulement fournir un fondement juridique qui valide la décision en droit. Cela explique sans doute que la doctrine, lorsqu'elle lit et commente les décisions, ne retrouve pas toujours dans l'argumentation des juges constitutionnels les indices lui permettant de percevoir les ficelles du raisonnement suivi par le Conseil».

⁴² Invero le questioni ancora aperte sono numerose. Sta innanzitutto il problema dell'imputazione della responsabilità, secondo l'orientamento prevalente allo *Stato* e non alle *Assemblée parlementari* né ai *singoli membri* delle stesse (sul punto cfr. T. Ducharme, *La responsabilité de l'État*, cit., 274-275). Si deve poi osservare come tale ipotesi di responsabilità possa sorgere anche sulla base del c.d. "*contrôle néo-calédonien*". Si tratta di un peculiare controllo *a posteriori* sviluppato dal *Conseil constitutionnel* a partire dal 1985 nell'ambito del controllo *a priori*. Il giudice costituzionale, all'atto di esercitare il controllo (*a priori*) su una legge che modifichi, integri ovvero incida sul campo applicativo di una legge già promulgata, accetta di estendere il controllo anche a quest'ultima. Si è dunque in presenza di un controllo *successivo* distinto dalla *QPC*. Si pone poi il problema di stabilire se si sia in presenza di una responsabilità *pour* o *sans faute*. Le decisioni sopra richiamate non forniscono elementi particolarmente utili in tal senso, ma sembrerebbe prevalere la tesi della natura colposa. In questo senso si sono espressi, *inter alios*, T. Ducharme, *La responsabilité de l'État*, cit., 409 ss.; A. Blandin, *La responsabilité du fait des lois*, cit., 197 ss. Cfr. anche M. Sirinelli, *Concl. a CE, Ass.*, 24 dicembre 2019, *Société Paris Clichy e. a.*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 1, 2020, 136, secondo il quale si tratterebbe di un «régime de responsabilité pour faute qui ne dit pas son nom». Nella tradizione giuridica francese la *colpa* costituisce l'asse intorno a cui ruota l'intero sistema della responsabilità extracontrattuale e non si configura quale mero criterio di imputazione soggettiva, poiché assorbe l'elemento dell'antigiuridicità e assume una valenza simbolica fondamentale. Com'è stato rilevato da B. Seiller, *Droit administratif*, vol. II, Parigi, 2018, 325-328 «la tradition juridique française est hostile à l'idée qu'une loi puisse être fautive. [...] Le recours à la responsabilité sans faute présente l'avantage de permettre la condamnation de l'État à réparer les dommages causés sans que la caractérisation d'une faute soit nécessaire. [...] Malgré le progrès constitué par la jurisprudence Gardedieu, la responsabilité du fait des lois et des traités obéit à des régimes très restrictifs. Éléantes, les solutions jurisprudentielles ne répondent pas aux attentes des victimes "collatérales" de ces textes à portée générale. Les réticences du juge à sauter le pas et à consacrer plus ouvertement une responsabilité pour faute du législateur devront céder devant le cours inéluctable des choses». Si consideri che il medesimo problema continua oggi a porsi nella giurisprudenza *Gardedieu*, *magna pars* nell'affermazione della responsabilità da "illecito costituzionale".

A partire dalla tradizione illuministica in avanti la legge è stata costruita come atto normativo *général*⁴³ e *impersonnel*⁴⁴. Osservava Carré de Malberg che la definizione «qui a toujours tenu une place prépondérante dans les ouvrages de droit public, caractérise la loi comme une règle générale, c'est-à-dire une prescription qui ne vise ni un cas particulier et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes rentrant dans les prévisions abstraites du texte régulateur»⁴⁵. Per la dottrina più risalente, la legge non entrerebbe mai in contatto con le situazioni giuridiche soggettive degli individui⁴⁶. Sotto questo aspetto, nell'ordinamento non si dà alcuna responsabilità dello Stato «*du fait de la loi*», «ce n'est pas parce qu'il y a là un acte de souveraineté, mais parce qu'il y a dans la loi une disposition par voie générale, par laquelle l'État n'entre pas en relation avec les individus»⁴⁷. La legge, infatti, è tendenzialmente connotata dalla generalità e dall'astrattezza delle norme in essa racchiuse; di conseguenza, essa non sarebbe in alcun modo idonea ad arrecare alcun pregiudizio nella sfera giuridica del singolo individuo. Tale ricostruzione, stante le sue evidenti criticità, è stata duramente criticata dalla dottrina ed è progressivamente divenuta recessiva. La giurisprudenza del *Conseil d'État*, come già evidenziato, ha da lungo tempo ammesso che la norma giuridica, pur se generale e astratta, sia idonea a porsi in relazione diretta con le situazioni giuridiche dei consociati e possa quindi per questi ultimi essere fonte di danno. La stessa dottrina aveva rilevato «qu'il n'est pas rare qu'une loi matérielle, c'est-à-dire prescrivant des règles générales et impersonnelles, entraîne, pour les individus, pour certaines entreprises commerciales ou industrielles, un préjudice pécuniaire»⁴⁸. D'altra parte, risulterebbe ben difficile negare la potenzialità lesiva della legge, allorché essa viene al contrario pacificamente ammessa in relazione ai regolamenti⁴⁹.

⁴³ In realtà, la riflessione sul carattere generale della legge affonda le proprie radici nell'opera di Aristotele e Platone, per poi essere ripresa e sviluppata nella tradizione tomistica. Resta tuttavia indubbio che fu proprio il Settecento illuministico francese e, in particolare, l'opera di Jean-Jacques Rousseau, a imporre la definitiva caratterizzazione della legge in termini di atto normativo *général* e *impersonnel*.

⁴⁴ La dottrina tende a confondere i concetti di *généralité* e *impersonnalité*, ma è opportuno precisare che la legge può, a titolo esemplificativo, essere individuale e impersonale, nella misura in cui unico è il destinatario del precetto, pur non essendo nominato espressamente. Sul punto cfr. É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, Issy-les-Moulineaux, 2011, 34 ss.

⁴⁵ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Parigi, 1984, 4.

⁴⁶ «La loi, par cela même qu'elle est une mesure d'ordre général, n'entre pas en relation directe avec les individus; elle ne porte pas atteinte à des situations juridiques de certains individus déterminés» (J. Barthélémy, *Notes parlementaires*, in *Rev. dr. pub.*, 1907, 92).

⁴⁷ L. Duguit, *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Rev. dr. pub.*, 1907, 411.

⁴⁸ Così G. Jèze, *Note sous CE, 21 gennaio 1944, Caucheteux et Desmont*, in *Rev. dr. pub.*, 1944, 366.

⁴⁹ Come ha notato O. Gohin, *La responsabilité de l'État en tant que législateur*, in *RIDC*, 2/1998, 595, tanto la legge quanto il regolamento si sostanziano in «une norme unilatérale définissant des droits et des obligations à vocation générale et impersonnelle». Si osservi che, nel sistema francese, l'adozione di un regolamento può

La tesi che negava la configurabilità della responsabilità da illecito costituzionale del legislatore in forza della natura *général e impersonnel* della legge si ricollegava, a ben guardare, ad una diversa ma connessa argomentazione, secondo la quale il diritto sarebbe concepibile esclusivamente in termini di diritto oggettivo e gli atti contenenti una *règle de droit* (leggi e regolamenti) potrebbero così formare oggetto esclusivamente di un *contentieux de la légalité* e non di un *contentieux indemnitaire*. Di conseguenza, secondo quanto affermato da Despax, ricollegandosi alla lezione di Gaston Jèze, Léon Duguit e Joseph Barthélémy, «il n'y en a pas et il n'est pas à prévoir que le Conseil d'État admette l'extension du recours en indemnité en matière réglementaire. Cette extension serait contraire aux principes généraux du droit»⁵⁰. Tale impostazione, oggi assolutamente recessiva, si fondava sulla negazione del diritto soggettivo e sull'enfatizzazione di quello oggettivo, il che si mostrava funzionale alla esaltazione del dogma della sovranità assoluta del Parlamento e alla edificazione di una sfera di immunità dello Stato rispetto al cittadino⁵¹.

Di particolare rilievo appare poi la questione connessa alle implicazioni della modulazione degli effetti temporali delle decisioni di *non-conformité* del *Conseil constitutionnel* sul terreno della responsabilità⁵². Fino all'introduzione della *QPC* il problema degli effetti temporali delle decisioni del *Conseil constitutionnel*, nonché l'eventuale modulazione degli stessi, non destava un particolare interesse nella scienza giuridica francese. Del resto, nell'ambito di un controllo esclusivamente *a priori*, la declaratoria di illegittimità costituzionale non è in alcun modo idonea a produrre effetti in via retroattiva, poiché questa si appunta su leggi non ancora entrate in vigore e, quindi, inefficaci⁵³. La questione, al contrario, si sarebbe potuta porre nel contesto del c.d. *contrôle néo-calédonien* che, come già esposto, costituisce una peculiare ipotesi di controllo *a posteriori*, ma la discussione in ordine all'autorità di cosa giudicata di tali decisioni ha di fatto indotto il giudice

essere fonte di responsabilità per lo Stato sia sulla base di un regime di responsabilità da atto lecito, analogo a quello delineato dalla *jurisprudence La Fleurette* (cfr. *C.E., Sect.*, 22 febbraio 1963, *Commune de Gavarnie*, in *Rec. Lebon*, 113; *C.E., Sect.*, 25 luglio 2007, n. 278190, *M. Pierre Leberger et Époux Cortie*, *concl.* Chavaux, in *Rec. Lebon*, 392), sia per violazione della legge ovvero di altri atti internazionali, cioè un regime di responsabilità da fatto illecito (cfr. *C.E., avis*, 6 aprile 2007, n. 299825, *Commune de Poitiers*; *C.E., Ass.*, 28 febbraio 1992, *concl.* Laroque, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, in *Rec. Lebon*, 78). Al contrario, fino alle recenti pronunce del giudice amministrativo e costituzionale, dalla legge poteva emergere unicamente una responsabilità da atto lecito.

⁵⁰ R. Despax, *De la responsabilité de l'État en matière d'actes législatifs et réglementaires*, thèse, Lille, 1909, 116.

⁵¹ T. Ducharme, *La responsabilité de l'État*, cit., 61 osserva che «l'auteur ne fait que renouveler le dogme de la souveraineté du Parlement qu'il avait pourtant réfuté comme étant un fondement à l'irresponsabilité de l'État-législateur».

⁵² Sulla modulazione degli effetti temporali delle decisioni nel contesto del processo costituzionale francese cfr. D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, cit., 433 ss.; M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, cit.

⁵³ A porsi è tuttavia la questione della *censure différée pro futuro* degli effetti temporali delle decisioni rese nell'ambito del controllo *a priori* (cfr., ad esempio, *Cons. const.*, n. 2008-564 DC del 19 giugno 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*).

costituzionale a non ricorrere alla modulazione degli effetti temporali di tali decisioni.

L'introduzione della *QPC* «a totalementement révolutionné l'approche du Conseil constitutionnel concernant l'application dans les temps de ses décisions»⁵⁴. L'art. 62, *alinéa* 2 della Costituzione francese ricollega, in via di principio, un effetto puramente abrogativo⁵⁵ alle declaratorie di incostituzionalità rese nei giudizi fondati su *QPC*. La data dell'abrogazione della disposizione di legge coincide con quella di pubblicazione della decisione. Tuttavia, tale sistema presenta criticità e frizioni con il meccanismo dell'incidentalità⁵⁶ e, del resto, la scelta del sistema di effetti delle declaratorie di illegittimità costituzionale «renvoie directement aux bénéfiques que le citoyen, dans ses différentes figures, justiciable ou simple destinataire de la loi, peut retirer de la QPC»⁵⁷. Di talché, a partire dal 2011⁵⁸, il *Conseil constitutionnel* ha introdotto in via pretoria un principio di *rétroactivité procédurale et contentieuse* al fine di garantire ai ricorrenti un *effet utile*⁵⁹ delle proprie decisioni⁶⁰. In tal modo, veniva abbandonata

⁵⁴ T. Ducharme, *La responsabilité de l'État*, cit., 295.

⁵⁵ Art. 62, *alinéa* 2, Const.: «Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause».

⁵⁶ Infatti, «en toute rigueur en effet, l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel n'a d'effet que pour l'avenir et resterait donc sans incidence sur le litige, qui porte par construction sur le passé. À lire l'article 62 au pied de la lettre, le requérant victorieux devant le Conseil constitutionnel ne se voit pas nécessairement récompensé de sa perspicacité constitutionnelle en obtenant la mise à l'écart automatique de la loi» (X. Domino, X. Lallet, *An I ap. QPC*, in *AJDA*, 2011, 375).

⁵⁷ X. Magnon, *Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité?*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 4, 2011, 761.

⁵⁸ Cfr. *Cons. const.*, n. 2010-108 *QPC* del 25 marzo 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*; *Cons. const.*, n. 2010-110 *QPC* del 25 marzo 2011, *M. Jean Pierre B. [Composition de la Commission départementale d'aide sociale]*.

⁵⁹ «L'expression "effet utile", qui a été utilisée par le juge constitutionnel, renvoie au bénéfice que le requérant à l'origine de la question va pouvoir obtenir de la décision, c'est-à-dire qu'en cas de résultat favorable, son instance en cours doit être appréciée au regard de l'inconstitutionnalité prononcée. À propos de la *QPC*, le Conseil constitutionnel a développé un double effet utile de principe; il accorde une rétroactivité dite procédurale et contentieuse suivant laquelle "la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel". Cet effet utile concerne donc tant le requérant à l'origine de la *QPC* que ceux ayant une "instance en cours" à la date de la publication de la décision. Par suite, l'effet utile de la *QPC* est limité, au regard de l'effet abrogatif de la *QPC*, puisqu'il ne concerne pas l'ensemble des individus qui se seraient vus appliquer la disposition législative litigieuse. Toutefois, par exception, le Conseil constitutionnel dispose, également, de la possibilité d'étendre les effets rétroactifs de ses décisions et donc d'augmenter la portée de l'effet utile des inconstitutionnalités qu'il prononce» (T. Ducharme, *L'effet inutile des QPC confronté aux droits européens*, in *Rev. dr. pub.*, 1, 2019, 107).

⁶⁰ Gli effetti della declaratoria d'illegittimità costituzionale si estendono a tutti i giudizi in corso alla data della sua pubblicazione.

l'interpretazione letterale della disposizione sopra richiamata: l'*effet utile* come regola, l'*abrogation* pura e semplice come eccezione.

La questione della modulazione degli effetti "temporali" delle decisioni del *Conseil constitutionnel* riveste un ruolo fondamentale nell'ambito del contenzioso risarcitorio volto a far valere la responsabilità dello Stato da illecito costituzionale del legislatore. Infatti, quando il giudice costituzionale procede alla modulazione, salve le ipotesi di illegittimità costituzionale sopravvenuta, accerta l'invalidità originaria della norma giuridica ma contemporaneamente stabilisce che quest'ultima debba comunque applicarsi ai rapporti sorti prima del giorno a partire dal quale questa perde efficacia. In tal modo, egli interviene sull'efficacia della previsione normativa e non sulla sua validità. Tuttavia, nell'ambito del contenzioso risarcitorio, in linea di principio, ciò che rileva è l'invalidità della norma e non la sua inefficacia. A rigore, si dovrebbe quindi concludere che la modulazione è del tutto irrilevante nell'ambito del contenzioso risarcitorio⁶¹. Questo non è però l'orientamento prevalente nella dottrina, secondo la quale «en cas d'abrogation différée dans le futur l'inconstitutionnalité n'est pas utilisable pour caractériser la faute du législateur de nature à engager la responsabilité de l'État»⁶². La responsabilità dello Stato da illecito costituzionale del legislatore presupporrebbe, in tale prospettiva, l'effetto retroattivo della declaratoria d'illegittimità costituzionale. Infatti il *Conseil constitutionnel*, attraverso l'ampio ricorso alla modulazione *pro futuro* e alla negazione dell'*effet utile* delle proprie decisioni ha, di fatto, paralizzato l'instaurazione

⁶¹ Osserva T. Ducharme, *Le Conseil constitutionnel répond au Conseil d'État*, in *AJDA*, 2020, 1311 che «en droit administratif, ce ne serait pas l'annulation d'un acte qui ouvrirait le recours contentieux, mais la seule constatation de son irrégularité. Jacques-Henri Stahl et Anne Courrèges affirment en ce sens "qu'un dispositif d'annulation différée ne saurait avoir pour conséquence d'interdire de rechercher la responsabilité des collectivités publiques" (La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le président de la section du contentieux, RFDA, 2004, 438 ; dans le même sens, D. Connil, L'office du juge administratif et le temps, Dalloz, Nouv. Bibl. th., vol. 114, 2012, p. 407). En effet, le recours indemnitaire serait indépendant de l'annulation de l'acte administratif, puisque ce dernier n'en reste pas moins illégal. Or, toute illégalité est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique (CE 26 janv. 1973, n° 84768, Ville de Paris c/ Driancourt, Lebon 77). La transposition de cette idée aux déclarations d'inconstitutionnalité part du principe que c'est la date d'entrée en vigueur de l'inconstitutionnalité qui est reportée et non l'inconstitutionnalité en tant que telle. Peu importe l'effet utile de la décision, l'irrégularité de la loi a été identifiée. Pour l'heure, le Conseil d'Etat n'a, toutefois, pas résolu cette difficulté en droit administratif; exception faite d'un arrêt récent où il a estimé que l'annulation différée d'un acte conduit à rejeter les demandes d'indemnisation présentées par la voie du référé-provision (CE 28 juin 2019, n° 424368, Office français de l'immigration et de l'intégration, Lebon). Ainsi, les arrêts de Noël tranchent également la question du lien entre responsabilité de la puissance publique et recours à l'annulation différée Association AC!. Toutefois, le droit administratif n'est pas le droit constitutionnel. Si cette solution peut être retenue à propos de l'annulation différée d'un acte administratif, la solution n'est pas transposable, sans discussion, à l'abrogation différée d'une disposition législative. Le Conseil constitutionnel ayant fait le choix de reproduire la solution posée par le Conseil d'Etat, il y a donc un alignement entre les conséquences indemnitaires des annulations contentieuses et des abrogations. Pourtant, cette solution n'emporte pas l'adhésion».

⁶² T. Ducharme, *La responsabilité de l'État*, cit., 306.

di contenziosi risarcitori fondati sull'illegittimità costituzionale della legge. Secondo l'interpretazione offerta dal *Conseil constitutionnel*, l'art. 62 della Costituzione conferirebbe ad esso «le pouvoir de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles ou d'en déterminer les conditions ou limites particulières»⁶³. Si è quindi affermato che «il intègre ainsi son nouvel office dans le considérant de principe relatif aux effets de l'abrogation d'une disposition inconstitutionnelle. Si le Conseil constitutionnel garde le silence sur l'indemnisation, on pourra considérer que la voie de la responsabilité pour inconstitutionnalité est ouverte sans restriction. C'est le cas dans la décision du 28 février 2020: le silence du juge constitutionnel rend possible l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de cette inconstitutionnalité»⁶⁴.

4. Conclusioni

L'esperienza giuridica francese, pur nella consapevolezza delle rilevanti e innegabili specificità che la caratterizzano, appare particolarmente preziosa per ripensare criticamente l'orientamento delle Corti italiane di vertice che, ostinatamente, continuano a negare cittadinanza nell'ordinamento interno alla figura dell'illecito costituzionale e, d'altra parte, consente di rivisitare alcune delle categorie fondamentali del processo costituzionale. Nel quadro della responsabilità dello Stato derivante da leggi dichiarate in contrasto con la Costituzione il processo costituzionale, storicamente proteso al ripristino dell'astratta legalità costituzionale, connotato da una dimensione marcatamente *oggettiva*, accede così ad un meccanismo più ampio, funzionale alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei consociati che entrano in relazione con il potere legislativo⁶⁵. In un sistema di giustizia costituzionale

⁶³ Cfr. *Cons. const.*, 28 febbraio 2020, n. 2019-828/829 *QPC, Raphaël S.*

⁶⁴ H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, cit., 243. Si consideri che a far data dalla decisione del febbraio 2020 richiamata nella nota precedente in tutte le decisioni dichiarative della *non-conformité* (totale o parziale) si ritrova un espresso riferimento al potere del *Conseil constitutionnel* di escludere la responsabilità dello Stato in relazione alla legge dichiarata incostituzionale. Cosicché si è consolidata l'opinione per cui la responsabilità dello Stato da legge dichiarata in contrasto con la Costituzione potrebbe astrattamente configurarsi ogniqualvolta il giudice costituzionale non si opponga espressamente a ciò.

⁶⁵ Ciò implica la necessità di sviluppare una approfondita riflessione in ordine alla struttura e alle caratteristiche delle situazioni giuridiche soggettive contemplate dalla Costituzione, la quale consenta in particolare di determinare se (e in quali termini), nei rapporti tra Stato-Legislatore e individuo, la categoria dei diritti fondamentali sia accostabile alla figura del diritto soggettivo, così come delineata in sede di teoria generale e, soprattutto, ad opera della dottrina civilistica. In questo senso, potrebbe essere opportuno ricollegarsi anche al dibattito sulle categorie dei cc.dd. *diritti riflessi* e dei *diritti pubblici soggettivi*. Tra i numerosi contributi che nel corso del tempo sono stati prodotti sul tema si possono qui segnalare, con riguardo alla letteratura italiana, F. Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Torino, 1924; F. Pierandrei, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina tedesca*, Torino, 1940; A. Baldassarre, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. dir.*, 1976, 273 ss.; F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999; P. Costa, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir.*

fondato su un controllo di tipo *accentrato*, nell'ambito del contenzioso risarcitorio volto a far valere la responsabilità dello Stato da illecito costituzionale, la declaratoria d'illegittimità costituzionale verrebbe a configurarsi quale momento fondamentale e passaggio ineludibile per addivenire alla condanna al risarcimento. Alla Corte costituzionale (così come al *Conseil constitutionnel* in Francia) il compito di conoscere e dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge, al giudice comune quello di verificare la sussistenza di tutti gli elementi previsti dagli artt. 2043 ss. c.c.⁶⁶. Come del resto affermato da una giovane ma già autorevole dottrina «le principe de responsabilité lève le voile sur les nuisances que le législateur a pu commettre édictant de nouvelles normes. Montesquieu considèrerait que “l'esprit du citoyen est d'aimer les lois, lors même qu'elles ont des cas qui nous sont nuisibles, et de considérer plutôt le bien général qu'elles nous font toujours, que le mal particulier qu'elles nous font quelquefois”. Ce temps est manifestement révolu. L'esprit du citoyen n'est plus de fermer les yeux sur les lois méconnaissant les droits et libertés que la Constitution garantit. Désormais, il dispose des outils juridiques lui permettant de mettre en évidence les méfaits commis par l'organe législatif au nom de l'État»⁶⁷.

Nicola D'Anza
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa
nicola.danza@jus.unipi.it

(*Annali*), II, 2, Milano, 2008; M. Caravale, *La letteratura italiana della teoria dei diritti riflessi*, in *Riv. it. scienze giur.*, 7, 2016, 215-251.

⁶⁶ La *responsabilité pour inconstitutionnalité de la loi* si viene così a collocare «au carrefour de la rue Montpensier [sede del *Conseil constitutionnel*] et du Palais Royal [sede del *Conseil d'État*]», secondo l'efficace immagine utilizzata in T. Ducharme, *Note sous CC, 28 février 2020, n° 2019-828/829 QPC (Raphaël S.)*, in *AJDA*, 2020. Verosimilmente, tale meccanismo produrrebbe nuovi ambiti di indagine con riguardo a quella “*analyse conséquentialiste*” oggi ampiamente dibattuta nella scienza giuridica francese (per tutti, cfr. S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, 2016).

⁶⁷ T. Ducharme, *La responsabilité de l'État*, cit., 406.