

FILOSOFIA
DEI DIRITTI
UMANI
PHILOSOPHY
OF HUMAN
RIGHTS

65
An. XXV

PERIODICO SEMESTRALE
Gen-Giu 2023 - Volume I



Anno 2023
Semestre I

@
aracne

Fascicolo 65
Volume I

Editore



via Colle Fiorito, 2

00045 Genzano di Roma (RM)

Copyright © MMXXIII

ISBN 979-12-218-1100-1

ISSN: 1129-972X

Autorizzazione del Tribunale di Napoli n. 5051

Per ordini

Abbonamento annuo per l'Italia 65,00 euro

Abbonamento annuo per l'Estero 100,00 euro

Abbonamento benemerito 200,00 euro

Modalità di pagamento

Bonifico bancario intestato a:

Adiuvare S.r.l.

IBAN: IT 57 B 07092 38900 000001004504

Causale: abbonamento Filosofia dei diritti umani

Philosophy of Human Rights

I collaboratori sono pregati di inviare saggi o scritti inediti, o anche relazioni tenute ai convegni che non siano altrimenti pubblicati. Gli estratti saranno forniti solo su richiesta e a pagamento.

La Rivista si riserva il diritto dell'esclusiva dei titoli pubblicati per il periodo di un anno.

Sommario

1. Editoriale	
<i>Motivazioni e regole di fondo della convivenza civile</i>	2
2. Analisi	
Otto Pfersmann	
<i>Comprendre et analyser « l'interprétation conforme » en réfutant ses fondements théoriques</i>	7
3. Saggi	
Leone Melillo	
<i>La scuola elementare e popolare, tra Stato e Società</i>	
<i>Un'analisi del pensiero di Vittorio Emanuele Orlando</i>	19
Laura Zavatta	
<i>Il compito dei filosofi legislatori. Nietzsche interpreta Platone</i>	30
4. Argomenti	
Marco Cossutta	
<i>Noterelle sul giusnaturalismo di Carlo Antoni</i>	48
Facundo Di Vincenzo	
<i>El problema del origen de América. El origen como mito y el mito del origen</i>	50
Leone Melillo	
<i>Vittorio Emanuele Orlando e l'autonomia universitaria</i>	56
5. Opinioni	
Alberto Buela	
<i>¿Tiene que existir el Conicet?</i>	63
Alberto Buela	
<i>Cuando Wittgenstein se burló de sus oyentes</i>	66
6. Parità di Genere	
Mario Cerbone	67
<i>Intervista al prof. Mario Cerbone</i>	
7. Note a Sentenza	
Rocco Cantelmo	
<i>La tutela del diritto fondamentale alla libertà: la regolamentazione della conservazione e dell'uso dei dati biometrici fra il GDPR e la Corte di giustizia dell'Unione europea</i>	70
8. Libri e Riviste	
Gianluca Gasparini	
<i>Barbara G. Bello, Laura Scudieri (a cura di), L'odio online: forme, prevenzione e contrasto, Giappichelli, Torino 2022, pp. 192</i>	75
Vincenzo Rapone	
<i>Roberto Esposito, Istituzione, Il Mulino, Bologna 2021, pp. 168</i>	79
Claudia Severi	
<i>Attilio Pisanò, Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2022, pp. 340</i>	85
9. Rassegna Stampa	
<i>Persone private della libertà personale e Diritto alla follia</i>	87

Motivazioni e regole di fondo della convivenza civile

Otto
Pfersmann

Questo numero della nostra Rivista, che com'è ricordato nella Rassegna stampa, consegue l'ambito obiettivo del venticinquesimo anno di vita, riguarda il primo semestre del 2023 e si apre con la magistrale Analisi di Otto Pfersmann in cui l'esimio studioso comprende e analizza "l'interpretazione conforme" confutandone i fondamenti teorici. La visione prevalente nelle costituzioni – scrive Pfersmann – è dicotomica: o una disposizione è incostituzionale e dovrà essere annullata, o non è incostituzionale e rimarrà valida nell'ordinamento giuridico, escludendo una terza possibilità. Tuttavia, questa terza possibilità sembra essersi sviluppata. Sebbene sia esclusa, la dottrina non solo ne ammette l'esistenza, ma la giustifica e la promuove. Si chiama "interpretazione conforme alla Costituzione" o "conformità con riserva" e consiste non nell'annullamento di una disposizione legislativa, ma in una correzione volta a renderla conforme alla Costituzione senza annullarla formalmente.

La revisione costituzionale è stata contestata e teorizzata fin dalla sua nascita, e probabilmente anche prima. Mentre l'approccio americano ha dato vita a un ampio dibattito basato sull'idea della superiorità di una costituzione scritta e della "nullità" delle leggi che la violano, l'approccio austriaco non solo presenta aspetti istituzionali specifici, ma soprattutto mira a chiarire questioni che il modello americano non ha sviluppato e che hanno ricevuto poca o nessuna attenzione da parte degli autori che vi hanno dedicato le loro analisi.

Da un punto di vista più tecnico, la concezione austriaca, che è stata ampiamente ripresa in Europa e altrove, è in realtà guidata dall'idea di correggere alcuni dei difetti costitutivi del sistema americano: il control-

lo di costituzionalità non è esplicitamente menzionato e organizzato, la distinzione tra validità e conformità non è chiaramente formulata e lo *status* normativo delle disposizioni dichiarate incostituzionali non è determinato. Queste carenze hanno dato origine a lunghi e complessi dibattiti sull'esistenza e sulla giustificazione giuridica del controllo e sul suo graduale assorbimento nelle teorie del diritto comune, a loro volta sviluppate intorno all'indeterminatezza della produzione normativa. L'attenzione si è tradizionalmente concentrata su due elementi della concezione austriaca, certamente molto importanti, ma che in realtà costituiscono solo una conseguenza della visione complessiva del problema: il controllo di costituzionalità è affidato a un tribunale speciale, esterno all'organizzazione giurisdizionale generale, sia essa giudiziaria o amministrativa, e le decisioni emesse hanno una portata generale, non limitata a parti dell'ordinamento giuridico. C'era certamente una ragione psicopolitica, sostiene Pfersmann, per l'istituzione di un tribunale speciale, nel senso che si pensava che i giudici ordinari non avessero le attitudini o il coraggio sufficiente per mettere in discussione la conformità di una legge formale a una norma di rango superiore, ma c'era anche, e soprattutto, una ragione sistematica rivelandosi infatti necessario un organo specifico con poteri specifici e chiaramente enumerati.

Si tratta di un argomento tradizionalmente utilizzato per sottolineare una presunta differenza fondamentale tra il giudice continentale e il giudice di *common law*, che avrebbe una posizione molto più indipendente. Questo può essere sociologicamente valido (se si disponesse di dati veramente affidabili in materia), ma non costituisce in alcun modo una spiegazione giuridica. L'ar-

**Mauro
Cappelletti**

gomento ricorre molto spesso nelle opere che difendono il sistema giurisdizionale di *common law*, ma è diventato un topos anche tra gli autori che si schierano a favore di un sistema di giustizia costituzionale concentrato. Ad esempio Mauro Cappelletti, in "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", (*Revue internationale de droit comparé* 33 (1981) p. 627), afferma: "I giudici dell'Europa continentale sono di solito magistrati 'di carriera' che non sono molto adatti al compito di revisione delle leggi, un compito che, come vedremo, è inevitabilmente creativo e va ben oltre la loro tradizionale funzione di 'semplici interpreti' e 'giudici', 'interpreti' e 'fedeli servitori' delle leggi". È significativo, secondo Pfersmann, che per questo autore, il quale è stato, a livello internazionale, uno dei più importanti promotori del sistema europeo di giustizia costituzionale, la necessità di nominare giudici al di fuori dei circuiti della magistratura ordinaria sia direttamente collegata a una missione di non applicazione delle norme pertinenti. Ciò sarebbe in diretta contraddizione con l'altrettanto frequente giustificazione - certamente quella di Kelsen, ad esempio - che la Costituzione deve essere applicata in modo rigoroso e in totale indipendenza. Forse Cappelletti intendeva semplicemente dire che questi giudici dovrebbero avere un potere più ampio di quello concesso al giudice ordinario, ritiene Pfersmann, il che sarebbe più banale, ma singolarmente privo di precisione. L'argomento dell'incapacità dei giudici continentali di mettere in discussione la costituzionalità della legge è ripreso testualmente da Louis Favoreu in *Les cours constitutionnelles*.

Nei Saggi, molto interessante si rivela il contributo di Leone Melillo che mette in primo piano l'importanza basilare dell'istruzione e del compito dell'insegnamento nella formazione di uno Stato e dell'identità nazionale. La "scuola elementare", "l'istruzione popolare" ed il "diritto all'istruzione", con la lotta all'analfabetismo, animano "l'ultima fase della stagione liberale del giovane Stato italiano", scrive Melillo. Una "riflessione" che si attarda "sulle caratteristiche e sulle dinamiche della scolarità e della cultura in quanto punti forti della costruzione di quella identità nazionale, che anche in Italia

appare oggi in crisi e in cerca di nuove legittimazioni".

L'importanza dell'insegnamento viene messa in evidenza da Nietzsche nella sua originale interpretazione di Platone. Ciò che legittima l'assegnazione ai filosofi del diritto-dovere di governare è il possesso di un sapere eccezionale, inaccessibile agli altri uomini. I governanti-filosofi, individui di connaturata sensibilità e di inappagabile curiosità intellettuale, è necessario che tengano salde in mano le redini del potere; solo essi infatti sono in grado di cogliere le motivazioni di fondo della convivenza e farla funzionare al meglio delle sue possibilità, evitando che la città sprofondi nel caos e in conflitti interni ed esterni. "Amanti delle visioni" i filosofi incarnano dunque la razionalità, e tengono lo sguardo puntato verso un ordine ontologico superiore, ossia il mondo delle Idee. Ma oltre a tale conoscenza superiore, intellettuale o eidetica, essi devono possedere una competenza inferiore, empirica o pratica, cosicché siano in grado di insegnare alle nuove generazioni fin dall'infanzia, e di applicare le leggi e i modelli eterni al mondo delle cose. Tuttavia è incontestabile purtroppo, secondo Nietzsche, che ogni Stato teme i veri filosofi, e osteggerà il loro dominio favorendo sempre e solo quei filosofi da cui non potrà temere che la verità emerga.

Che emerga la verità è una tematica che sta a cuore ed è trattata sinceramente dal pensiero giusnaturalista di Carlo Antoni, come Cossutta sintetizza in Argomenti nelle sue *Noterelle*. In un passo de *La restaurazione del diritto di natura*, Antoni rileva come "destino e privilegio dell'uomo, degli uomini, è l'obbedienza ad un principio razionale, che l'uomo è costretto a cercare e scoprire in sé. Ma questo principio che egli cerca in sé, altro non è che la verità stessa, in cui l'uomo nasce. [...] Essa è la coscienza che l'uomo ha della propria natura spirituale, che dapprima immediata ed ingenua, si va declinando e chiarendo attraverso la storia".

Noi umani siamo irrimediabilmente attratti dalla verità e continuiamo a esplorare al di là del conosciuto, anche se spesso non conosciamo di preciso quali siano le nostre origini storiche, osserva Facundo nel suo

articolo *El problema del origen de América. El origen como mito y el mito del origen*. Gran parte dell'umanità probabilmente non si pone nemmeno la domanda: da dove veniamo? Difatti sembra che oggi l'umanità si accontenti di credere di sapere dove stiamo andando: in senso positivo, cercando di trovare nuovi pianeti abitabili, o in senso negativo, verso l'autodistruzione, la fine del mondo.

In America, la questione dell'origine è stata un problema per storici, filosofi, antropologi, teologi e pensatori per almeno cinquecento anni. In breve le confusioni, i silenzi, le differenze e le indifferenze sul tema sono in parte dovute al suo inevitabile legame con la storia, per essere più precisi, con la disciplina della storia. Pensare all'origine dell'America, indipendentemente dalle diverse correnti storiografiche, significa abbandonare la trascendenza, nel senso di indurre a sviluppare una sorta di distacco dagli altri esseri umani, dalle tribù, dalle comunità e dalle collettività del resto del pianeta per poter oltrepassare il mito e giungere alla verità storica.

Alberto Buela

Dopo le brevi e originali Opinioni di Alberto Buela *¿Tiene que existir el Conicet? e Cuando Wittgenstein se burló de sus oyentes*, si inaugura in questo fascicolo 65 l'interessante rubrica Parità di genere che riporta l'intervista di Mario Cerbone, docente di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi del Sannio e Consigliere di parità della Provincia di Avellino. Schematizzando, Cerbone individua tre aree tematiche sulle quali, in particolare, si indirizza lo sforzo e l'impegno dell'Ufficio:

"a) i rapporti con i datori di lavoro pubblici (le pubbliche amministrazioni), soprattutto gli enti locali del territorio provinciale, in numero consistente e di piccole dimensioni quanto agli organici. Qui l'attività si è tradotta principalmente nella formulazione dei pareri sui piani obbligatori di azioni positive (PAP) e, a seguito delle recenti innovazioni del quadro normativo, sullo strumento del Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO). Si tratta di un'attività istituzionale molto delicata, che incide su quella che possiamo definire la fase del-

la "programmazione" delle misure e delle azioni volte a garantire le pari opportunità e la parità di genere nei luoghi di lavoro: una fase in cui l'ente pubblico lavora per "cucire un abito su misura" del proprio organico. Siamo quindi nel campo delle azioni di prevenzione dei fenomeni discriminatori;

b) il piano delle attività *lato sensu* culturali, consistenti nella ideazione e realizzazione di azioni, iniziative seminariali e convegni volti alla diffusione della cultura della parità di genere nei luoghi di lavoro, alla sensibilizzazione e divulgazione in materia di pari opportunità e tutela antidiscriminatoria;

c) la gestione dei casi concreti di discriminazione di genere nei luoghi di lavoro. Questo può considerarsi il cuore delle attività del Consigliere di parità. Qui l'attività si realizza attraverso la combinazione di assistenza e supporto psicologico alle lavoratrici vittime di discriminazioni di genere e/o di condotte ostili nei luoghi di lavoro, con l'apporto più specialistico derivante dalla fase preliminare dello studio e impostazione tecnico-giuridica della tutela, finalizzata alla rimozione della discriminazione o, in ogni caso, alla risoluzione della problematica".

Segue la Nota a sentenza esaminata magistralmente da Cantelmo su *La tutela del diritto fondamentale alla libertà: il GDPR e la regolamentazione dell'uso dei dati biometrici* in cui l'autore così commenta: "Lo sviluppo tecnologico ed il progresso comportano spesso delle modificazioni delle situazioni soggettive e tali modificazioni finiscono per incidere, in maniera sia positiva che negativa, sui diritti fondamentali delle persone. Una interessante modifica che ha richiesto un intervento di regolamentazione è quella relativa alla conservazione ed all'uso dei dati biometrici. È oggetto di attenzione perché di recente è intervenuta una pronuncia della Corte di giustizia Europea¹ che segue un orientamento fortemente garantista del diritto alla libertà, che si è posto in contrasto con alcuni ordinamenti nazionali come ad esempio quello italiano".

¹ Corte giustizia UE, 26 gennaio 2023, n.205, sez. V.

Chiudono il fascicolo, prima della consueta Rassegna stampa, le interessanti recensioni di libri di recente pubblicazione la cui lettura si ritiene imperdibile. Di Barbara G. Bello e Laura Scudieri, *L'odio online: forme,*

prevenzione e contrasto; di Roberto Esposito, *Istituzione*; di Attilio Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*.

L.Z.





**DALLA NOSTRA NASCITA A OGGI,
INNOVAZIONE ED ESPERIENZA
DEDICATE ALLA CURA
DELLE PERSONE.**



**Ninni
Scognamiglio**
Centro Diagnostico

Seguici su:   

Piazza Immacolata 26, 80129 - Napoli - 081 578 1320 - www.ninniscognamiglio.com

Comprendre et analyser « l'interprétation conforme » en réfutant ses fondements théoriques



Otto Pfersmann
 Università di Parigi
 otto.pfersmann@ehess.fr

Otto Pfersmann

Le problème développé ici est le suivant: le contrôle de constitutionnalité est attribué à des juridictions dont les compétences sont précisément délimitées et qui confèrent à ces organes la compétence d'annuler des dispositions infraconstitutionnelles – législatives ou parfois réglementaires ou même individuelles – violant les exigences de la constitution formelle.

Au cas où les dispositions ainsi attaquées ne seraient pas contraires à la constitution, ces juridictions vont par conséquent les déclarer conformes et les laisser en vigueur. En d'autres termes, la conception qui prévaut dans les constitutions ayant adopté ce type de contrôle est dichotomique : ou bien une norme est inconstitutionnelle et devra être annulée ou bien elle ne l'est pas et elle demeurera valide dans l'ordre juridique considéré, à l'exclusion d'une troisième possibilité.

Or, cette troisième voie semble néanmoins s'être développée. Bien qu'elle soit exclue, la doctrine admet non seulement son existence, mais la justifie et le promeut. Elle s'intitule « interprétation conforme à la constitution » ou « conformité sous réserve » et consiste non dans l'annulation d'une disposition législative, mais dans une *correction* visant à la rendre conforme à la constitution sans l'annuler formellement.

Il convient de restituer successivement les raisons de son exclusion I), les théories – incohérentes – invoquées en vue de sa justification II), la violation systématique du droit constitutionnel que les juridictions sont appelées à garantir et les complications qui s'ensuivent III) avant d'évoquer les réflexions ayant guidé notre auteure IV).

I) La conception originare : un contrôle dichotomique

Le contrôle de constitutionnalité est contesté et théorisé dès ses débuts et sans doute même avant. Si la conception américaine suscite un ample débat autour de l'idée de la supériorité d'une constitution écrite et de la « nullité » des lois qui la violent, la conception autrichienne présente non seulement des aspects institutionnels spécifiques, mais elle vise surtout une clarification de questions que le modèle américain n'a pas développées et qui n'ont pas ou à peine retenu l'intérêt des auteurs qui y consacrent leurs analyses. Il s'agit en premier lieu clarifier ce qui advient juridiquement d'une disposition annulée A), de délimiter strictement la compétence du juge de la loi B) et de prévenir les doutes que pourraient engendrer la compétence d'éliminer des normes violant la constitution C).

A) La destinée de la norme contrôlée

Le contrôle de constitutionnalité est contesté et théorisé dès ses débuts et sans doute même avant. Si la conception américaine suscite un ample débat autour de l'idée de la supériorité d'une constitution écrite et de la « nullité » des lois qui la violent, la conception autrichienne présente non seulement des aspects institutionnels spécifiques, mais elle vise surtout une clarification de questions que le modèle américain n'a pas développées et qui n'ont pas ou à peine retenu l'intérêt des auteurs qui y consacrent leurs analyses.

D'un point de vue plus technique, la conception autrichienne qui a largement été reprise en Europe et ailleurs, est en ef-

Correction

Common
law

fet guidée par l'idée de corriger plusieurs défauts constitutifs du système américain : le contrôle de constitutionnalité n'y est pas explicitement mentionné et organisé, la distinction entre validité et conformité n'y est pas clairement faite, le statut normatif de dispositions déclarées inconstitutionnelles n'est pas déterminé. Ces carences ont donné lieu à d'interminables et insolubles débats concernant l'existence et la justification juridique du contrôle et son absorption progressive dans des théories de common law, elles-mêmes développées autour de l'indétermination de la production normative.

On s'est traditionnellement attaché à deux éléments de la conception autrichienne, certes très importants, mais ne constituant en fait qu'une conséquence de la vision globale du problème : le contrôle de constitutionnalité est confié à une cour spéciale, externe à l'organisation judiciaire générale, qu'elle soit judiciaire ou administrative et les décisions rendues ont une portée générale, non limitée aux parties du litige. Il y a quant à l'institution d'une juridiction spéciale certainement une raison psycho-politique au sens où l'on pouvait penser que les juges ordinaires n'ont pas le réflexe et un courage suffisant pour s'interroger sur la conformité d'une loi formelle à une norme d'un rang supérieur¹, mais il y avait aussi et sur-

tout une raison systématique : Il fallait un organe spécifique avec des compétences spécifiques et clairement énumérées. Ce dernier point concerne la manière dont le juge constitutionnel est saisi ou se saisit du contrôle d'une disposition législative et ce qu'il en advient lorsqu'il arrive à la conclusion qu'elle est contraire aux exigences de la Constitution.

Le règlement de la procédure d'annulation comporte plusieurs aspects importants. En premier lieu, la disposition déclarée inconstitutionnelle disparaît du corpus des normes en vigueur d'une manière définitive et objective, les éléments éliminés sont publiés à Gazette fédérale². En deuxième lieu, Le moment exact de la sortie de vigueur est précisé dans la Constitution, il pourra éventuellement être modulé, mais ne le pourra que de manière explicite et dans certaines limites par la Cour. La Cour devra dire si et dans quelle mesure des dispositions antérieurement en vigueur le redeviennent à nouveau. De ce dispositif très précis et souvent modifié quant aux détails, on ne retient souvent que la seule propriété que les décisions valent *erga omnes* et non *inter partes* comme c'est le cas dans le système américain³. Il s'agit assurément

mais de « création », c'est à dire, strictement entendu, de production de normes sans habilitation ce qui serait en contradiction directe avec la justification tout aussi fréquente – c'est certainement celle de Kelsen, par exemple – qu'il s'agit d'appliquer rigoureusement et en toute indépendance la constitution. Peut-être Cappelletti voulait-il simplement dire que ces juges devraient disposer d'une habilitation plus large par rapport à celle qui est consentie au juge ordinaire, ce qui serait plus banal, mais manquerait singulièrement de précision. L'argument de l'incapacité des juges continentaux à révoquer en doute la constitutionnalité de la loi est repris verbatim par Louis Favoreu in : Les cours constitutionnelles (note 4)

² Le troisième alinéa de l'article 140 de la Constitution fédérale autrichienne dispose dans sa version originale (1920) : « La décision par laquelle une loi est annulée en tant qu'inconstitutionnelle, oblige le Chancelier fédéral ou le Président de *land* compétant de publier l'annulation sans délai ; l'annulation entre en vigueur au jour de la publication, à moins que la Cour constitutionnelle n'impose un délai pour la sortie de vigueur. Ce délai ne peut dépasser six mois ».

³ Ainsi Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Paris PUF 1996 (3ème édition), p. 22 : « En définitive, ce qui compte c'est que la Cour constitutionnelle dise le droit avec autorité de chose jugée et que ses déclarations d'inconstitutionnalité puissent aboutir à des annulations avec effet *erga omnes* ». L'opposition idéal-typique du système américain avec contentieux unique et autorité relative de la chose jugée et

¹ C'est un argument traditionnellement invoqué en vue de faire apparaître une prétendue différence fondamentale entre le juge continental et le juge de common law qui aurait une position beaucoup plus indépendante. Cela peut être sociologiquement valable (si on avait à ce propos des données véritablement fiables), mais ne constitue en aucun cas une explication juridique. L'argument revient très souvent dans travaux en défense du système juridictionnel de *common law*, mais il est également devenu un topos chez les auteurs prenant position en faveur d'un système de justice constitutionnelle concentré. Cf. Ainsi par exemple Mauro Cappelletti : « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », in : *Revue internationale de droit comparé* 33 (1981) p. 627 dira : « Les juges d'Europe continentale sont habituellement des magistrats « de carrière » peu aptes à assumer une tâche de contrôle des lois, tâche qui, nous le verrons, est inévitablement créatrice et va beaucoup plus loin que leur fonction traditionnelle de « simples interprètes » et de « fidèles serviteurs » des lois ». Il est significatif que pour cet auteur, qui a été, au plan international, l'un des plus importants promoteurs du système européen de justice constitutionnelle, la nécessité de nommer des juges en dehors des circuits de la magistrature ordinaire est directement liée à une mission de non-application des normes pertinentes,

Cour suprême

d'un aspect important, mais là aussi, de la conséquence d'une propriété plus fondamentale : le caractère définitif et de l'élimination de la norme fautive, elle le sera évidemment pour tout destinataire. En outre, cependant, le système américain – ou ceux qui partagent ses caractéristiques – est indéterminé même en ce qui concerne l'aspect relatif de la décision juridictionnelle. Elle vaut certes pour les parties du litige, mais sera aussi considérée comme un précédent que les juridictions inférieures sont contraintes de suivre jusqu'à ce que la Cour suprême décide éventuellement de s'écarter de son propre précédent. Si les décisions de principes ne concernaient effectivement que les parties du procès, on verrait mal pourquoi toute nomination à la Cour suprême suscite autant d'intérêt et de polémiques. Les auditions au Sénat tournent en effet principalement autour de la question de savoir si et dans quelle mesure un futur juge suprême entend suivre une jurisprudence jusqu'alors établie et, naturellement, les candidats ne donnent jamais de réponse précise, non seulement pour ne pas découvrir publiquement leurs préférences politiques, mais aussi parce qu'il est impossible de dire dans quelle mesure une décision précédente est véritablement susceptible de lier un verdict à venir.

De tels débats sont en principe exclus dans le système européen parce que les décisions ne constituent pas des précédents et parce que, surtout, les décisions d'inconstitutionnalité ont pour conséquence que la disposition en discussion ne s'applique plus.

Il s'ensuit une conséquence fondamentale et probablement non prévue dans toute sa portée au moment de son adoption en 1920 : la liaison stricte entre le destin du texte formulant la disposition litigieuse et

la norme qu'elle exprime. Le texte disparaît avec la norme, la norme ne peut survivre à l'élimination du texte qui la formule. Ces éléments résultent des règles obligeant le Chancelier à publier le texte de la disposition annulée à la Gazette officielle des lois, une règle que beaucoup de pays suivront. Il s'agit d'une exigence de publicité, mais elle a le lien entre norme et texte pour effet.

B) Limiter strictement les compétences

Si le système européen impose ainsi une clarification concernant la destinée des normes contrôlées, la conception autrichienne repose par ailleurs sur deux autres éléments renforçant la structure dichotomique du contrôle : la complétude des formes normatives et le statut de l'interprétation.

En premier lieu, les formes juridiques sont limitativement énumérées. Il s'agit d'un élément de la théorie de la hiérarchie des normes : chaque système juridique organise les catégories normatives à travers lesquelles des normes juridiques valides pourront être produites. Un ensemble où ces données ne seraient pas déterminées ne pourrait pas être un système juridique. On peut naturellement admettre que certains organes soient habilités à instituer de nouvelles formes non spécifiées préalablement, mais même dans ce cas, une telle habilitation en constitue la condition nécessaire. A chaque moment de l'évolution du système, le catalogue des catégories ou formes juridiques est dès lors fermé. Cela veut dire que les organes habilités à produire des normes ne le sont que pour celles dont la fabrication leur est explicitement confiée. Il s'ensuit qu'un juge ne peut rendre des décisions que dans le cadre de ses compétences et que s'il cherche à produire autre chose que des arrêts et des ordonnances – ou des décisions en ce qui concerne le juge constitutionnel – dans le cadre des attributions qui lui sont conférées, ces actes n'auront pas la propriété d'être des normes juridiques valides dans le système – quel que pourrait être leur intérêt par ailleurs. L'objection qu'une telle limitation se heurterait au principe selon lequel « tout ce qui

constitution distinct dévolu à une juridiction spéciale statuant avec autorité absolue de la chose jugée est d'abord développée dans la littérature juridique française par Charles Eisenmann dans sa thèse de doctorat *La justice constitutionnelle et la haute Cour constitutionnelle d'Autriche* Paris LGDJ 1928, p. 292 (reprint Paris Economica 1986). Cf. sur ce point Otto Pfersmann, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », in : *Mélanges Francis Delpérée Bruylant Bruxelles* 2007, pp. 1131-1145;