

FRANCIA: Quando il legislatore è guardato a vista. A proposito della decisione del Conseil Constitutionnel n. 2010-14/22 QPC del 30 luglio 2010

di Sebastiano Dondi

Dopo la decisione della Corte di giustizia europea del 22 giugno 2010 sulla compatibilità della *question prioritaire* con il diritto europeo (cause riunite C-188-189/10) pare che il *feuilleton* della guerra francese fra le Corti abbia finalmente conosciuto una tregua: *Roma locuta, causa finita*. Concludendo che il controllo di costituzionalità *a posteriori* previsto dalla riforma francese del 2009 è in armonia con il diritto europeo in tanto in quanto non impedisca in qualsiasi momento (prima o dopo la pronuncia del giudice costituzionale) l'effettività del rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia non aiuta comunque a risolvere il problema di un possibile contrasto tra una sua pronuncia e un'eventuale difforme decisione del Conseil Constitutionnel. Sarà quindi il giudice ordinario a scegliere quale giurisdizione adire per prima e c'è da aspettarsi che la Cassazione preferisca in futuro "allungare la strada" passando per il Lussemburgo prima di rivolgersi al proprio vicino di casa. L'atteggiamento della Corte suprema francese è stato tuttavia non poco contraddittorio negli ultimi mesi: se da un lato adiva la Corte di giustizia per impedire al Conseil Constitutionnel di consolidare la sua *primauté* nomofilattica, dall'altro ricorreva a questo per sottoporli le prime e più importanti *questioni prioritarie* che le fossero state trasmesse. Prima fra tutte, come prevedibile, quella relativa agli articoli 62, 63, 63-1, 63-4 e 77 del codice di procedura penale che definiscono il regime del fermo di polizia (*rectius: garde à vue*), che da almeno un decennio costituisce oggetto di dibattito nella società francese.

La disciplina attuale è la risultante di un palinsesto legislativo basato essenzialmente su due interventi legislativi del 1993 e del 2004 che hanno notevolmente inasprito la disciplina previgente, già ritratta nella sua durezza da Claude Miller nell'omonimo film *Garde à vue* all'inizio degli anni ottanta. I punti più critici toccano il ruolo dell'avvocato all'interno della procedura ossia l'impossibilità per il legale di assistere effettivamente il proprio cliente fin dall'inizio del fermo, di prendere conoscenza del fascicolo e di assistere agli interrogatori, in quanto gli è concesso solo un breve incontro con il cliente prima che la misura cautelare venga rinnovata allo scadere della ventiquattresima ora. Nel 2003 poi la cosiddetta *loi Sarkozy*, dal nome dell'allora ministro dell'Interno, ha espunto il dovere per gli ufficiali di pubblica sicurezza di notificare il diritto al silenzio ai fermati sancito dalla legge *Présomption d'innocence* di tre anni precedente. Prima di oggi la *garde à vue* era stata sottoposta al Conseil Constitutionnel a due riprese ma mai nella sua integralità: in entrambi i casi esso aveva sostanzialmente salvato l'intervento del legislatore, limitandosi a censurarne alcuni profili di dettaglio e a formulare alcune riserve d'interpretazione, senza mai esporsi troppo sulla coerenza costituzionale della stratificazione normativa che ne risultava. Un eventuale futuro ripensamento era stato affidato, alla fine delle due decisioni, al consueto *considérant balai, topos* della sua giurisprudenza con il quale il Conseil evita di sollevare d'ufficio vizi altri rispetto a quelli denunciati dalla parte (senza peraltro sanarli ed escludere che possano essere ulteriormente sollevati).

La decisione in commento si rivela interessante soprattutto per come cerca di modificare l'orientamento precedente del Conseil evitando di cadere nelle insidie del giudicato costituzionale. Per il giudice costituzionale francese non si tratta solo, diversamente da quanto avviene nell'ordinamento italiano, di evitare l'imbarazzo di un brusco cambiamento di giurisprudenza ma di una vera e propria ingiunzione contenuta nella legge organica che lo istituisce: il Conseil non può contraddirsi. Se una norma ha esplicitamente passato il vaglio di costituzionalità essa è definitivamente mitridatizzata. Con un importantissimo distinguo: il giudicato favorevole alla legge potrebbe essere superato al verificarsi di un generico «*cambiamento di circostanze*» (art. 23-2 dell'*ordonnance* sul funzionamento del Conseil Constitutionnel). Parte della dottrina (Mathieu e Drago) aveva auspicato un'interpretazione restrittiva di tale clausola: solo una modifica legislativa (a maggior ragione se di rango costituzionale) avrebbe potuto giustificare il travolgimento del giudicato. Non questa è l'opzione che il Palais Royal ha preferito: a parte un rituale quanto impreciso riferimento alle molteplici modificazioni che la disciplina aveva subito negli ultimi anni, la ragione che motiva il *bis in idem* è il cambiamento delle circostanze di fatto. Il XVIII *considérant* ha una portata enorme: esso lascia in sostanza al Conseil un potere discrezionale amplissimo che neutralizza in via pretoria il tentativo legislativo di circoscrivere le potenzialità della *question prioritarie*. Se l'applicazione del diritto non è *mite* e non assicura nel lungo periodo un'adeguata garanzia delle libertà costituzionali allora, sembra dire il Conseil, *res judicata non facit de albo nigrum*. L'argomentazione che ne discende non può lasciare indifferenti: il giudice delle leggi denuncia l'esplosione del fenomeno della *garde à vue* e la sua banalizzazione (citando espressamente i 790000 provvedimenti emessi nel 2009, raddoppiati rispetto al dato rilevato nel 1993), il fatto che si ricorra ad essa per infrazioni di infima gravità e che ormai si possa essere rinviati a giudizio sulla base dei soli elementi raccolti prima che venga formalizzata l'istruttoria. Più che una motivazione in punto di diritto si è davanti ad un'autentica (e commendevole) lezione di politica costituzionale che guarda direttamente al dispositivo: il Conseil dichiara l'incostituzionalità integrale del regime della *garde à vue* di diritto comune, assegnando al legislatore undici mesi per modificarla *in melius*, pena la sua caducazione in blocco. Con una preterizione degna di un narratore consumato, il Conseil afferma di non volersi sostituire al legislatore nell'azione di riforma volta a rendere costituzionalmente accettabile il regime della *garde à vue* eppure non si sottrae alla tentazione di evocare singolarmente tutti i profili che confliggono con gli articoli 9 e 16 della *Déclaration* del 1789.

Per capire come si è arrivati fino a qui è necessario fare un passo indietro. Cos'è cambiato dalla decisione 326/1993 e che ha fatto propendere il Conseil per un *revirement* giurisprudenziale? I prodromi del cambiamento erano già palpabili quando nel dicembre del 2009, al théâtre du Chatelet, Jean-Louis Debré (presidente del Conseil) aveva esternato pubblicamente davanti ad una folta platea di avvocati la sua perplessità riguardo al regime attuale di *garde à vue*. Nella decisione in commento non c'è tuttavia solo la decisa impronta presidenziale (elemento da non sottovalutare mai se si parla del Conseil Constitutionnel) di un ex magistrato del *siège* francese ma anche la pesante influenza di due importanti pronunce della CEDU: sia nella decisione *Salduz/Turchia* del 27 novembre 2008 che nella *Dayanan/Turchia* del 13 ottobre 2006 la Corte di Strasburgo, facendo aggio sull'art. 6 della Convenzione, ha ritenuto che l'assistenza dell'avvocato fin dall'inizio della

garde à vue dev'essere un diritto effettivo del soggetto sottoposto a restrizione di libertà. Sebbene il Conseil Constitutionnel abbia sempre rifiutato di esaminare la conformità delle leggi francesi alla CEDU, considerando (diversamente dalla Corte italiana a seguito delle sentenze 348 e 349 del 2007) che il rispetto dell'articolo 55 della Costituzione francese (sull'osservanza del diritto internazionale pattizio), non debba passare attraverso il controllo di costituzionalità, l'influenza della Corte di Strasburgo sulla giurisprudenza del Palais Royal non è un'assoluta novità, soprattutto in materia processual-penalistica. Basti ricordare la tanto discussa decisione *Rétention de sûreté* 2007-562 DC, nella quale il Conseil faceva leva proprio sull'art. 5 della CEDU per censurare l'applicazione retroattiva della misura di sicurezza successiva alla pena. Sebbene non nomini mai la Corte di Strasburgo – unica eccezione la decisione del 30 novembre 2004 sul progetto di Costituzione europea, nella quale si fa riferimento esplicito alla Grande Chambre del 10 novembre 2005, *l'affaire Leyla Sahin c. Turchia* – sembra quasi che il Conseil Constitutionnel, pur senza la franchezza della Consulta italiana, sia giunto ormai ad integrare la CEDU nel *bloc de constitutionnalité* originario.

Le circostanze di fatto che hanno portato a questa pronuncia non sono solo quelle confessate dal giudice costituzionale e devono essere ricercate nel contesto normativo e sociale all'interno del quale questo si muove. La fuoriuscita dal diritto in senso stretto costituisce la piena comprensione del fenomeno giuridico e di ciò che è proprio alla giustizia costituzionale, per la quale non si può usare che impropriamente il criterio sillogistico dell'oggettività per valutarne le decisioni. Non essendo giudice del fatto il Conseil non può comunque ignorarlo: egli non deve confrontare una norma ad un fatto ma una norma con un'altra norma. In questa operazione egli non manipola una realtà oggettiva, ma due entità giuridiche estranee alla categoria del vero che rende logicamente difficile predicarne allo stesso tempo la parzialità o l'imparzialità.

La giustizia costituzionale è inevitabilmente, come ogni attività umana, un alternarsi spesso insondabile di prove di coraggio e momenti di timidezza che costituiscono rispettivamente, e senza mancarle di rispetto, i suoi splendori e le sue miserie. La decisione in commento è, nonostante i suoi discutibili effetti differiti, una prima risposta a timori che affondano le loro radici nelle ragioni della grande Rivoluzione e che nutrono il fervore civile della migliore prosa: «*Coloro che oggi propongono il sistema penitenziario sconvolgono uno stupendo diritto penale, in cui le pene erano perfettamente graduate, e finiranno col punire le lievi mancanze quasi con lo stesso rigore con il quale colpiscono i delitti più gravi*» (H. DE BALZAC, *Splendori e miserie delle cortigiane*, Milano, 2008, p. 296).