

DIRITTI UMANI E MATERIA PENALE NELLA GIURISPRUDENZA DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL

di Serena Santini

A partire dal 1971 il Conseil Constitutionnel si è appropriato della facoltà di sindacare la costituzionalità delle leggi penali francesi sotto il profilo della loro conformità ai diritti dell'uomo. Il presente lavoro si propone di offrire una panoramica trasversale dei principi cardine della materia penale nell'ordinamento francese attraverso l'analisi di quei leading cases del Conseil Constitutionnel che ci consentono di comprenderne l'effettiva portata prasseologica e di fornirne una lettura critica.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il controllo di costituzionalità delle leggi penali francesi. – 3. Le esigenze di chiarezza e precisione della norma penale quale corollario del principio di legalità. – 4. Il principio di irretroattività *in malam partem*: un esempio di estensione delle aree di tutela. – 5. La retroattività *in mitius*. – 6. Il principio di necessità e proporzionalità delle pene. – 7. Il principio di individualizzazione delle pene quale canone di equità penale. – 8. Conclusioni e problematiche *de iure condendo*.

1. Premessa

Obiettivo del presente lavoro è quello di offrire una panoramica trasversale dei *leading cases* del *Conseil Constitutionnel* che testimoniano, da un lato, quali siano i diritti dell'uomo a trovare spazio nelle pronunce dei giudici di *rue de Montpensier* nella materia penale e, dall'altro, quale ne siano le effettive implicazioni prasseologiche al di là della loro enunciazione e portata teorica.

Prima di addentrarci nel merito della questione, dedicheremo qualche pagina all'individuazione dei principi il cui valore costituzionale è stato espressamente riconosciuto dal *Conseil Constitutionnel* e all'analisi del controllo di costituzionalità delle leggi penali francesi. A ben guardare, infatti, il ruolo di primario rilievo che i giudici costituzionali hanno svolto nel processo di strutturazione del diritto penale sotto l'egida dei suoi principi è strettamente dipendente dagli strumenti che gli sono stati via via conferiti.

La disamina dello stato dell'arte in materia ci restituirà un quadro tutt'altro che statico: la recente introduzione della *question prioritarie de constitutionnalité* ha dato nuova linfa al dinamismo pretorio dei giudici di *rue de Montpensier*, che continuano a ricorrere a tali principi per sindacare l'operato del legislatore.

2. Il controllo di costituzionalità delle leggi penali francesi.

Nell'ordinamento giuridico francese il controllo di costituzionalità delle leggi penali è demandato in via esclusiva ad un'unica istituzione: il *Conseil Constitutionnel*, la cui istituzione risale al 1958.

È per certi versi paradossale pensare che la patria dei *droits de l'homme* sia stata una delle ritardatarie, nel contesto europeo, ad essersi munita di un organo dinanzi al quale far valere le violazioni dei diritti dell'uomo. Che la legge, soprattutto in materia penale, incontrasse dei limiti nel suo operare era, peraltro, un concetto già chiaro nelle menti dei rivoluzionari. “*La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société*” - recitava l'articolo 5 della *Déclaration des droits de l'homme* del 1789. Ma all'indomani della rivoluzione francese la fiducia nei confronti della legge, frutto di un conquistato processo democratico di cui ne rappresenta l'apice, è pressoché assoluta¹. Si radica così una tradizione legicentrica, ostile ad un sindacato giurisdizionale della costituzionalità delle leggi penali. Sul piano teorico, nessuno osava contestare la supremazia della Costituzione, solo nessun guardiano fu incaricato di vigilare al rispetto dei limiti legislativi. Si aveva, per così dire, piena fiducia nella capacità di autocontrollo del Parlamento².

Nel pensiero politico del XVIII secolo, era la separazione dei poteri a rappresentare adeguata garanzia di rispetto della Costituzione. Essa veniva concepita quale meccanismo idoneo a ingenerare una sorta di concorrenza tra i diversi poteri e a comportare, di conseguenza, l'adozione da parte di ciascuno di strategie difensive dei rispettivi spazi di intervento: l'effetto di questo gioco di opposizione – competizione avrebbe dovuto portare al rispetto della Costituzione³. La Costituzione del 1791 faceva invece appello alla “*vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous le Français*”, in breve al popolo intero, per vegliare sul suo rispetto⁴. In epoca napoleonica, il controllo era demandato nelle mani dei Senati imperiali, politicamente dipendenti dall'imperatore stesso⁵. Durante la III Repubblica, erano le stesse Camere incaricate dell'approvazione delle leggi penali a dover vegliare sulla loro costituzionalità.

¹ Basti pensare che ci sono voluti più di due secoli perché fosse data una risposta a Sieyès che si rivolgeva in questi termini alla Convenzione: “*Une constitution est un corps des lois obligatoires, ou c'est rien; si c'est un corps des lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code; [...] Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer. Il m'est donc permis de le demander: qui avez-vous nommé pour recevoir la plainte contre les infractions à la constitution?*”, Discorso del 18 termidoro anno III, in G. Tousseau, *La fin d'une exception française, Pouvoirs*, n. 137, 2011.

² J. Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, Paris, 1987, pp. 9 e ss.

³ L. de la Somme, *Moniteur*, 17 agosto 1795, p. 1392 ; in D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2010, p. 12.

⁴ Articolo 8, titolo VII, Costituzione del 1791.

⁵ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9 édition, Paris, 2010.

L'impotenza di forme non istituzionali di controllo e il fallimento di quelle politiche riaccessero il dibattito nella dottrina francese e il mondo giuridico, seppur con prudenza, iniziò a rimettere in discussione la tradizionale ostilità al controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi penali. È con la Costituzione del 1946 che inizia a prendere forma un primordiale controllo di costituzionalità affidato nelle mani di un neonato *Comité Constitutionnel*. Il paradosso di tale istituzione fu però proprio il divieto di utilizzare, quale parametro per sindacare la legittimità delle leggi penali, i principi scolpiti dalla *Déclaration* del 1789⁶.

È soltanto nel 1958, dunque, che venne istituito il *Conseil Constitutionnel* quale organo giurisdizionale cui venne demandato in via esclusiva il controllo di costituzionalità delle leggi, comprese quelle penali. Tuttavia il neonato organo scontava i limiti che gli erano stati imposti e che gli precludevano, in buona sostanza, di incidere a pieno titolo nella cd. "costituzionalizzazione" del diritto penale sostanziale. Primo fra tutti, e ancora una volta, l'impossibilità di applicare nei giudizi di legittimità costituzionale le disposizioni consacranti i diritti dell'uomo: nonostante nessuna disposizione della Costituzione espressamente lo vietasse – in particolare l'articolo 61 statuiva genericamente la competenza dei giudici a controllare "*la conformité de la loi à la Constitution*" - i costituenti erano infatti fermi nel ritenere che i giudici costituzionali non potessero utilizzare i diritti dell'uomo quale parametro alla luce del quale dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme sottoposte al suo sindacato⁷. In secondo luogo, il giudizio di costituzionalità poteva essere azionato esclusivamente prima dell'entrata in vigore di una legge. E come tutte le forme di controllo *a priori* assicurava una protezione imperfetta dei diritti e delle libertà: spesso e volentieri, infatti, è solo a seguito dell'applicazione di una legge, che emergono i suoi profili di illegittimità. Infine, il terzo limite del controllo di costituzionalità era rappresentato dal fatto che esso poteva essere azionato solo dalle quattro più importanti autorità politiche dello Stato francese: Presidente della Repubblica, Primo ministro e Presidenti delle due camere parlamentari. Ecco perché la svolta degli anni settanta, che segna la metamorfosi del *Conseil Constitutionnel*, è di fondamentale importanza proprio in relazione alla tutela dei principi cardine della materia penale.

⁶ L'ultimo comma dell'articolo 92 sanciva, infatti, che il Comité Constitutionnel: "*Il n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution*", con esclusione quindi delle disposizioni concernenti i principi cardine della materia penale che erano contenute nel preambolo.

⁷ Questa volontà esplicita e chiaramente affermata dai redattori della Costituzione del 1958, è perfettamente riassunta nelle parole del commissario di governo Raymond Janot. In occasione della seduta di lavoro del 7 agosto 1958 venne proposto un emendamento che prevedeva che la votazione della legge avvenisse "*dans le respect des principes généraux et des droits et libertés individuels définis par le Préambule*". Janot riuscì ad ottenere il rigetto dell'emendamento dopo aver convinto i suoi stessi sostenitori che l'adozione di una tale precisazione avrebbe comportato il riconoscimento del potere del Conseil Constitutionnel di valutare la conformità delle leggi anche con riferimento alle disposizioni contenute nella *Déclaration* del 1789. Elemento questo che a sua volta avrebbe comportato l'affermazione di quello stesso pregnante controllo di costituzionalità che si cercava di rifuggire. E quando gli fu domandato: "*pour les auteurs de l'avant-projet de Constitution, le Préambule n'a donc pas valeur constitutionnelle?*", egli rispose categoricamente: "*non, certainement*"; in D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9 édition, Paris, 2010, p. 28.

Due gli accadimenti successivi fondamentali. Innanzitutto la decisione numero 44 del 16 luglio 1971, con la quale il *Conseil Constitutionnel* ha dichiarato – per la prima volta – l’illegittimità costituzionale di una disposizione sotto lo specifico profilo della violazione dei diritti dell’uomo⁸. In particolare, nel caso di specie, i giudici costituzionali ritennero che il fatto di subordinare il riconoscimento della personalità giuridica di un’associazione ad un preventivo controllo dell’autorità amministrativa o giudiziaria – elemento quest’ultimo introdotto proprio dalla novella legislativa – violasse il principio della libertà di associazione, “*principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica*”. Due le implicazioni pratiche di questa decisione. Da un lato, il *Conseil Constitutionnel* ha riconosciuto espressamente – per la prima volta - il valore costituzionale del preambolo della Costituzione del 1958 e, quindi, delle disposizioni in esso richiamate. Dall’altro, i giudici costituzionali si sono appropriati del potere di sindacare le leggi penali sotto il profilo della loro inosservanza dei diritti dell’uomo. L’espressione “*bloc de constitutionnalité*” – coniata dal professor Favoreu all’indomani di questa decisione – sta proprio a designare questo complesso di principi che, per la prima volta, vengono riconosciuti quali parametri alla luce dei quali vagliare la legittimità costituzionale delle norme.

Sono così rientrati a far parte di questo “blocco” – sempre in continua espansione – tutte le disposizioni contenute nella *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789; i “*principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica*” e i “*principi politici, economici e sociali particolarmente necessari ai nostri tempi*”, entrambi richiamati dal preambolo della Costituzione del 1946; i principi “*con valore costituzionale*”; le stesse decisioni pronunciate dallo stesso *Conseil Constitutionnel* la cui autorità, a parere degli stessi giudici, non può in alcun modo essere misconosciuta dal legislatore¹⁰; e, ultima arrivata, la *Charte de l’Environnement*¹¹.

⁸Cons. Const., n° 71/44, 16 luglio 1971, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>.

⁹D. Lochak, *Les droits de l’homme*, Paris, 2009, pp. 58 e ss. Fin’ora il *Conseil Constitutionnel* ha espressamente cinque principi a valore costituzionale: “*la continuité de l’État et du service public*” con la decisione 79/105 DC ; « *la protection de la dignité de la personne humaine* » con la decisione 94/343-344 DC ; « *la liberté contractuelle* » con la decisione 98/401 DC ; « *la liberté d’entreprendre* » con la decisione 81/132 DC ; « *le respect de la vie privée* » con la decisione 94/352.

¹⁰ Si veda in tal proposito la decisione n° 258 del 1989 in cui il *Conseil Constitutionnel* dichiarò l’illegittimità di un articolo della legge sull’amnistia in quanto: “*un telle disposition méconnaît l’autorité qui s’attache, en vertu de l’article 62 de la Constitution, à la décision du Conseil Constitutionnel du 20 juillet 1988*”; Cons. Const., n° 89/258 DC, 8 luglio 1989, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-89-258-dc-du-08-juillet-1989.8648.html>.

¹¹ Una precisazione a questo punto si impone. Il *Conseil Constitutionnel* non ha mai integrato la CEDU nel *bloc de constitutionnalité*, così come non si è mai spinto a sindacare l’eventuale illegittimità di una norma penale sotto il profilo dell’inosservanza della CEDU stessa – demandando un tale controllo – e la conseguente eventuale disapplicazione - alla giurisdizione ordinaria . Senza attardarsi nel ripercorrere le ragioni di un tale rifiuto, ciò che qui preme sottolineare è che la disamina dello stato dell’arte in materia testimonia come la giurisprudenza sui principi cardine della materia penale prodotta dal *Conseil Constitutionnel* è – di fatto - in larga parte coincidente con la giurisprudenza sviluppata dai giudici di Strasburgo, sicché – riconoscimenti espressi a parte – non sembrano doversi segnalare distonie sul punto;

Quanto al secondo accadimento degno di nota, il riferimento va al 1974: data in cui viene estesa la facoltà di sollevare la questione di legittimità costituzionale alla richiesta congiunta di sessanta senatori o deputati. Viene così ampliato il novero di soggetti in grado di sollecitare il sindacato dei giudici di *rue de Montpensier*.

Tuttavia una tale forma di controllo scontava ancora i limiti propri di un sindacato esclusivamente *a priori*, e il decorso del tempo ne mostrò le gravi lacune: l'assenza di censure in sede di promulgazione di una legge penale equivaleva a conferirle una sorta di salvacondotto che rendeva impossibile espungerla successivamente dal complesso normativo. Ecco perché sul finire degli anni ottanta, soprattutto in dottrina, iniziò a svilupparsi un movimento che auspicava l'introduzione di un controllo di costituzionalità *a posteriori*. L'allora presidente del *Conseil Constitutionnel*, Robert Badinter, rilasciò un'intervista al quotidiano *Le Monde* il 3 marzo 1989 spendendosi in favore dell'introduzione di una simile forma di controllo. Il 14 luglio dello stesso anno, in occasione del suo discorso presidenziale, François Mitterrand si dichiarò "*partisan d'une révision constitutionnelle qui permettrait à tout Français de saisir le Conseil Constitutionnel s'il estime ses droits fondamentaux méconnus*". Ma il progetto di revisione costituzionale, approvato dall'*Assemblée Nationale* il 26 aprile 1990, sarà poi abbandonato viste le pressoché insuperabili reticenze mostrate dal Senato¹². L'idea sarà ripresa nel 1993 dal comitato presieduto da Georges Vedel, incaricato di formulare proposte sulla revisione del *Conseil Constitutionnel*. Ma tale progetto, presentato poco prima delle elezioni legislative, scomparve subito dopo il voto con il rifiuto del neo eletto primo ministro Balladur di proseguire i lavori. Ironia della sorte volle che, diciotto anni più tardi, fu proprio un comitato presieduto dallo stesso Balladur a rispolverare il progetto "*Badinter-Vedel*" e a preparare il testo della revisione costituzionale finalizzata all'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*, entrata finalmente in vigore il 1 marzo 2010.

Elemento di grande interesse è che tale forma di controllo della costituzionalità ha ad oggetto solo ed esclusivamente le disposizioni che – quantomeno nell'opinione dei ricorrenti - violano i diritti e le libertà: "*lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé*" - recita l'articolo 61-1 della Costituzione. Emerge dunque in tutta evidenza come il *focus* della stessa riforma costituzionale sia stato proprio quello di implementare la tutela che un ordinamento democratico deve assicurare ai diritti dell'uomo. L'importanza di questa nuova forma di controllo risiede poi nel fatto che per la prima volta viene introdotto un meccanismo di controllo *a posteriori* della costituzionalità delle leggi.

in F. Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel et la Convention Européenne des droits de l'homme*, *Gaz. Pal.*, 10 giugno 2007, n°161, p. 11.

¹² J.-C. Colliard, *Un nouveau Conseil Constitutionnel*, *Pouvoirs*, n. 137, 2011, pp. 155-167

Ma procediamo con ordine nel delineare i tratti fondamentali di questo neonato meccanismo di controllo.

La *question prioritaire de constitutionnalité* (di seguito QPC) non è un ricorso diretto. L'articolo 61-1 conferisce al *justiciable* il diritto di sollevare questione di legittimità costituzionale davanti a un giudice ordinario, ma d'altro canto non gli consente di adire direttamente il *Conseil Constitutionnel*. La prima condizione di ricevibilità della QPC di una legge penale è, quindi, legata al fatto che essa venga sollevata "*à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction*". Essa può essere proposta davanti a tutte le giurisdizioni penali le cui decisioni siano di competenza, in ultimo grado, della *Cour de Cassation*¹³.

In subordine è necessario che la QPC presenti un legame con il procedimento in cui viene sollevata: dovrà cioè investire proprio quella norma la cui applicazione si renda indispensabile ai fini della risoluzione della controversia. Se, infatti, oggetto della QPC possono essere tutte le disposizioni legislative, tuttavia deve trattarsi di una norma "*applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites*"¹⁴.

Inoltre, al fine di preservare l'autorità delle decisioni già rese dal *Conseil Constitutionnel*, la legge organica ha previsto che la QPC venga dichiarata irricevibile ogni-qual-volta investa una disposizione "*déjà déclarée conforme à la Constitution dans le motifs et le dispositif d'une décision du Conseil Constitutionnel*". La terza condizione di ricevibilità è, quindi, legata al fatto che non si tratti di una disposizione penale già dichiarata conforme alla Costituzione, salvo il caso in cui si verifichi un mutamento delle circostanze¹⁵.

Infine il meccanismo introdotto dalla QPC poggia su un sistema di duplice filtraggio disciplinato dalla legge organica del 2009 e finalizzato ad evitare la presentazione di ricorsi ad evidente scopo dilatorio. Il superamento di questa duplice

¹³Con un'unica eccezione: non potrà mai essere sollevata davanti alla *Cour d'Assises*, in considerazione della composizione mista dell'organo giudicante e della peculiarità del procedimento penale dinanzi a tale corte. Tuttavia una tale esclusione è stata giudicata pienamente conforme all'art. 61-1 in considerazione del fatto che la medesima questione di legittimità potrà essere sollevata davanti alla *Chambre Criminelle* in caso di appello contro la sentenza di primo grado o davanti al giudice istruttore che è competente prima dell'instaurazione del procedimento di fronte alla *Cour d'Assises*. In particolare così si è espresso il *Conseil Constitutionnel* chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di questa esclusione: "*considérant en troisième lieu, que le quatrième alinéa de l'article 23-1 interdit que la question prioritaire de constitutionnalité soit présentée devant la Cour d'Assises; qu'une telle question pourra être posée au cours de l'instruction pénale qui précède le procès criminel; qu'elle pourra également être posée à l'occasion de la déclaration d'appel d'un arrêt rendu par la Cour d'Assises en premier ressort ou du pourvoi en cassation formé contre un arrêt rendu par la Cour d'Assises en appel et sera transmise directement à la Cour de Cassation; que le législateur organique a entendu tenir compte, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, des spécificités de l'organisation de la Cour d'Assises et du déroulement du procès devant elle; que dans ces conditions, l'interdiction de poser une question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour d'Assises ne méconnaît pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution*"; Cons. Const., n°2009/595 DC, 3 dicembre 2009, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-595-dc/decision-n-2009-595-dc-du-03-decembre-2009.46691.html>.

¹⁴Articolo 23-2 della loi organique n°2009/1523 del 10 dicembre 2009 relativa all'applicazione dell'articolo 61-1 della Costituzione in http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/textes/loi_organique_qpc.pdf.

¹⁵*Ibidem*.

prova di ricevibilità dipende, da un lato, dal fatto che la disposizione impugnata rispetti le condizioni poc'anzi accennate; dall'altro, dal fatto che la materia del contendere presenti un carattere "serio". Il primo filtro viene esercitato dal giudice *a quo* davanti al quale viene sollevata la QPC. Egli è chiamato a verificare la sussistenza delle condizioni di ricevibilità e, solo in caso di riscontro positivo, a trasmettere il ricorso – per quanto riguarda la materia penale – alla *Cour de Cassation*¹⁶. Una volta incamerata davanti alla *Cour de Cassation*, la QPC viene filtrata alla luce delle medesime condizioni di ricevibilità utilizzate dal primo giudice con un'unica eccezione: la QPC sarà dichiarata ricevibile – e quindi trasmessa al *Conseil Constitutionnel* – non solo qualora presenti un carattere "serio", ma altresì qualora sia munita di connotati di "novità"¹⁷. Solo dopo aver superato questa duplice prova di ricevibilità, la QPC potrà essere finalmente trasmessa al *Conseil Constitutionnel*.

Cinque anni sono ancora troppo pochi per fornire un bilancio completo dell'architettura di questa nuova forma di controllo di costituzionalità delle leggi penali. Ciò che è indubbio è che la semplice possibilità di sollevare una QPC ogni qualvolta i risvolti applicativi di una legge penale profilino seri dubbi di legittimità costituzionale, incrementa le possibilità di uno sviluppo del diritto penale sotto l'egida dei suoi principi cardine e dunque dei diritti dell'uomo o, quantomeno, pone le condizioni per una sua realizzazione.

3. Le esigenze di chiarezza e precisione della norma penale quale corollario del principio di legalità.

La prima formulazione del principio di legalità dei delitti e delle pene risale all'articolo 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789: "*nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*". Questo principio venne riaffermato negli stessi termini dall'articolo 4 del *Code pénal* del 1810¹⁸ e successivamente – con una formulazione pressoché analoga – dall'articolo 111-3 del vigente *Code pénal*: "*nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention*". Il principio di legalità dei delitti e delle pene, nella sua accezione più immediata – come è noto – impone che sia un testo legislativo a predeterminare

¹⁶Articolo 23-2 della legge organica.

¹⁷Così dispone l'articolo 23-4 della legge organica: "*dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de Cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux*".

¹⁸Così recitava l'articolo 4 del *Code pénal* del 1789: "*nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis*".

l'infrazione e la sanzione per essa comminata; e che l'autorità giudiziaria non possa creare incriminazioni o pene *ex nihilo*, né tantomeno applicare quelle previste dalla legge al di fuori dei casi in essa contemplati¹⁹.

D'altro canto, perché il principio di legalità sia effettivamente rispettato, non è sufficiente l'esistenza di una legge che predetermini le fattispecie criminose e le pene comminabili in tali ipotesi, occorrendo piuttosto che la stessa soddisfi le esigenze di chiarezza e precisione che, sole, si rivelano idonee a garantire la prevedibilità e accessibilità della norma stessa. L'esigenza di prevedibilità, infatti, non risulta soddisfatta alla sola condizione che sia osservato il principio di irretroattività della legge penale, ma necessita altresì che le leggi siano accessibili – ovvero formulate in modo sufficientemente chiaro e preciso. In tale accezione la legalità si declina nel principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. La prevedibilità si impone così, in un certo senso, quale standard della legalità penale²⁰. La definizione chiara, precisa e, dunque, prevedibile e accessibile dei reati e delle pene consente di delineare esattamente i confini dell'ambito di applicazione della norma penale arginando altresì l'arbitrio interpretativo dei giudici.

Ed è proprio per questo motivo che la “*qualité de rédaction de la loi*” costituisce uno dei cavalli di battaglia di cui si avvale il *Conseil Constitutionnel* per esercitare un controllo puntuale sul rispetto, da parte del legislatore, del principio di legalità. A partire dalla decisione 127 del 1981 – meglio nota come “*Sécurité-Liberté*” – i giudici costituzionali hanno sottolineato come dall'articolo 8 della *Déclaration* del 1789 discenda direttamente “*la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire*”²¹.

Nel caso *de quo*, in particolare, il *Conseil Constitutionnel* fu chiamato a pronunciarsi sugli articoli 16 e 17 della legge “*renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*” - che modificavano gli articoli 305 e 306 dell'allora vigente *Code pénal*, introducendo una nuova definizione delle condotte rientranti nell'alveo di applicazione della fattispecie incriminatrici della minaccia. In particolare, le formulazioni previgenti punivano rispettivamente chiunque minacciasse “*par écrit anonyme ou signé, d'assassinat, d'empoisonnement, ou de toute autre attentat contre les personnes [n.d.r. punibili con la pena della reclusione superiore ai dieci anni]*” distinguendo poi – quanto al regime sanzionatorio – a seconda che la minaccia fosse effettuata “*avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu indiqué ou de remplir toute autre condition*” o meno. Le nuove disposizioni - impugnate dai ricorrenti - rendevano tale reato a forma libera punendo rispettivamente “*quiconque aura, par quelque moyen que ce soit, menacé d'une atteinte aux personnes constituant une infraction que la loi réprime d'une peine*

¹⁹In particolare il riferimento va qui all'articolo 7 della CEDU, all'articolo 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, all'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, infine, all'articolo 11 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948.

²⁰W. Benessiano, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp. 171 e ss.

²¹Cons. Const., n° 80/127 DC, 19-20 gennaio 1981, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html>

supérieure à cinq ans d'emprisonnement – distinguendo ancora una volta il trattamento sanzionatorio a seconda del carattere incondizionato o meno della minaccia - e *“quiconque aura, par quelque moyen que ce soit, menacé d’une atteinte aux personnes non prévue par l’article 305, mais qualifiée délit”*. Queste disposizioni vennero sottoposte al sindacato dei giudici costituzionali proprio sotto il profilo della loro inosservanza del principio di legalità in quanto ritenute non sufficientemente chiare e precise con specifico riferimento all’inciso *“par quelque moyen que ce soit”* che, a parere dei ricorrenti, rendeva labili i confini applicativi della norma. Il *Conseil Constitutionnel*, nel caso di specie, rigettò il ricorso, sostenendo che *“si les articles 16 e 17 de la loi soumise à l’examen du Conseil Constitutionnel donnent de nouvelles définitions de délits de menaces, leurs dispositions ne sont ni obscure ni imprécises; que le terme de menace, déjà employé par le code pénal, a une acception juridique certaine; que les divers autres éléments constitutifs des infractions visées par ce textes sont énoncés sans ambiguïté, notamment en ce qui concerne l’objet des menaces, leur caractère conditionnel ou inconditionnel, les personnes à qui elles sont adressées ; que l’emploi du terme par quelque moyen que ce soit qui tend à viser tous les modes d’expression des menaces n’introduit aucun élément d’incertitude dans la définition des infractions”*.

La decisione in commento si appalesa paradigmatica – al di là delle valutazioni sulla singola norma – proprio perché i giudici costituzionali si sono premurati di enucleare alcuni dei parametri alla luce dei quali valutare la qualità di redazione della norma penale: l’assenza di ambiguità nella definizione degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa, l’accezione giuridica certa dei termini utilizzati e l’assenza di elementi di incertezza nella definizione dei reati.

Se nel caso poc’anzi accennato il *Conseil Constitutionnel* ritenne che le esigenze di chiarezza e precisione fossero state rispettate, diversamente si determinò poco dopo nella decisione n. 181 del 1984. In particolare, nel caso di specie, venne sottoposto al sindacato del *Conseil Constitutionnel* l’articolo 6 della *“loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse”* che, in combinato disposto con l’articolo 28 della medesima legge, puniva con un’ammenda la condotta di colui che non pubblicava volontariamente *“la cession ou la promesse de cession d’actions ou de parts ayant pour effet d’assurer la détention directe ou indirecte de 20% au moins d’une entreprise de presse”*. Accogliendo le doglianze espressamente avanzate sul punto dagli autori del ricorso, il *Conseil Constitutionnel* dichiarò la norma costituzionalmente illegittima con la seguente motivazione: *“l’article 6 ne précise pas à quelle personne - cédant ou cessionnaire - incombe l’obligation d’insertion prescrite par le texte; qu’ainsi l’infraction visée par la première phrase de l’article 28 est édictée en méconnaissance du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines puisque la détermination de son auteur est incertaine”*²². È interessante notare come, nella decisione in commento, i giudici di *rue de Montpensier* abbiano censurato la disposizione impugnata per inosservanza delle esigenze di chiarezza e precisione della norma incriminatrice sotto

²²Cons. Const., n°84/181, 11 ottobre 1984; in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-84-181-dc-du-11-octobre-1984.8135.html>

lo specifico profilo dell'indeterminatezza nell'individuazione dell'ipotetico autore del reato.

La medesima considerazione ha poi indotto il *Conseil Constitutionnel* - all'indomani dell'introduzione della QPC - a dichiarare in due occasioni ravvicinate l'illegittimità degli articoli 222-31-1 e 227-27-2 del *Code pénal* che rispettivamente qualificavano come "incestuose" le condotte di "*viols et agressions sexuelles*" e di "*atteintes sexuelles*", laddove perpetrate "*au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait*". Questi articoli erano stati introdotti con la legge 121 dell'8 febbraio 2010 con il precipuo scopo di distinguere dalle ipotesi comuni di reati sessuali quelli qualificabili come incestuosi - e lei cui persone offese fossero soggetti minorenni - con l'intento di inasprirne il trattamento sanzionatorio. La formulazione delle norme, tuttavia, aveva dato adito a numerose incertezze quanto all'ambito applicativo e così, alla prima circostanza utile, venne sollevata questione di legittimità costituzionale. Nella prima delle due decisioni, in particolare, i giudici costituzionali, nel dichiarare l'illegittimità delle norme, hanno rilevato come: "*s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ; que, par suite, [...] la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution*"²³. Anche nella seconda decisione in commento, richiamandosi espressamente alla precedente pronuncia in merito, i giudici di *Rue de Montpensier* hanno dichiarato l'illegittimità dell'articolo 227-27-2 del *Code pénal*, stante l'assenza di una definizione certa degli individui qualificabili come membri della famiglia, ai fini dell'ascrivibilità delle condotte punite dalla medesima norma²⁴.

Infine, degna di nota, è la decisione n° 240 del 2012 con la quale il *Conseil Constitutionnel* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222-33 del *Code pénal* che reprimeva "*le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle*". Questa norma, la cui formulazione era il frutto di una lunga serie di interventi legislativi che ne avevano ridisegnato i contorni - rendendoli però eccessivamente fluidi - era stata impugnata dai ricorrenti proprio sul presupposto che l'assenza di una precisa definizione degli atti qualificabili come "*harcèlement sexuel*" violasse le esigenze di chiarezza, precisione e prevedibilità giuridica imposte dal principio di legalità. Nella decisione in commento, accogliendo sul punto i motivi del ricorrere, i giudici hanno infatti sottolineato come: "*l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de*

²³Cons. Const., n° 2011/163 QPC, 16 settembre 2011, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011-163-qpc/decision-n-2011-163-qpc-du-16-septembre-2011.99681.html>.

²⁴Cons. Const., n° 2011/222 QPC, 17 febbraio 2012, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2011-222-qpc/decision-n-2011-222-qpc-du-17-fevrier-2012.104829.html>.

l'infraction soient suffisamment définis”, ritenendo quindi che tale indeterminatezza dell’ambito applicativo della norma violasse il principio di legalità²⁵.

Dall’analisi di queste decisioni emerge in particolare come la giurisprudenza costituzionale contribuisca – e non poco – a potenziare le esigenze qualitative imposte al legislatore nella redazione di una norma penale, spingendosi fino a provocare una riforma delle disposizioni – dichiarate precedentemente incostituzionali – i cui contorni apparivano troppo incerti.

D’altro canto, se gli episodi in cui i giudici di *Rue de Montpensier* sono stati chiamati a pronunciarsi sull’osservanza delle esigenze di chiarezza e precisione della norma penale sono numericamente consistenti, in termini statistici è possibile rilevare come, pur non mancando rilevanti episodi di censura, in un numero consistente dei casi i giudici si siano risolti nel senso di ritenere soddisfatte le esigenze di chiarezza e precisione imposte dal principio di legalità.

4. Il principio di irretroattività *in malam partem*: un esempio di estensione delle aree di tutela.

Le esigenze di prevedibilità e accessibilità della norma penale, imposte dal principio di legalità, risulterebbero completamente frustrate laddove fosse consentito al legislatore e al giudice di aggravare la repressione per effetto dell’applicazione di una legge non conosciuta né tantomeno conoscibile all’epoca della commissione dei fatti. Ecco perché il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole appartiene al novero di quei divieti che, più di altri, tutelano la libertà individuale dall’imprevedibilità giuridica e dall’arbitrio che scaturirebbe dal riconoscimento della possibilità di fondare il trattamento penale sull’applicazione retroattiva delle leggi.

Il principio di irretroattività si sostanzia cioè nel principio del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*²⁶. Corollario della legalità penale, l’irretroattività *in malam partem* è al punto ad essa legata che i due principi sono fusi in un’unica formula nell’articolo 8 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789: “*nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit*”. Ma è alla formulazione del principio di irretroattività consacrata nell’articolo 7 della CEDU che si è ispirato l’articolo 112-1 del *Code pénal*: “*sont seuls punissables les faits constitutifs d’une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent être prononcées les peines légalement applicables à la même date*”. Questo principio trova applicazione sostanzialmente in due ipotesi: innanzitutto esso vieta di creare *post delictum* una fattispecie delittuosa al fine di reprimere un comportamento che non era proibito da alcuna norma penale; in secondo luogo, impedisce che un soggetto venga condannato ad una pena più severa rispetto a quella applicabile al *tempus commissi delicti*.

²⁵Cons. Const., n° 2012/240 QPC, 4 maggio 2012, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-240-qpc/decision-n-2012-240-qpc-du-04-mai-2012.105618.html>.

²⁶ M. L. Rassat, *Droit pénal général*, Paris, 2006, pp. 105 e ss.

Ma i profili di analisi di maggior interesse sono le estensioni dell'ambito di applicazione del principio di irretroattività – e quindi di tutela – figlie del dinamismo pretorio del *Conseil Constitutionnel*. Esse possono essere ripartite in due categorie: quelle operate al di fuori della materia penale *stricto sensu*, e quelle operate in seno alla materia penale propriamente detta.

Quanto alle prime, infatti, la chiave di lettura utilizzata dai giudici costituzionali per pronunciarsi sulle critiche in punto di irretroattività era inizialmente restrittiva: solo con riferimento alle leggi penali *stricto sensu* essi si spingevano a sondarne l'eventuale violazione²⁷. Negli altri casi i giudici si arroccavano nell'agevole argomentazione che le disposizioni sottoposte al loro esame non fossero relative al "*domaine pénal*", rigettando sul punto il motivo del ricorrere²⁸.

Solo con la decisione n.155 del 1982 il *Conseil Constitutionnel* ha abbandonato tale interpretazione restrittiva ritenendo al contrario che il principio di irretroattività: "*ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire*"²⁹. In particolare, nel caso di specie, era stata sottoposta all'attenzione del *Conseil Constitutionnel* un articolo della "*loi de finances rectificative pour 1982*" relativo alla convalida di una deliberazione dell'assemblea territoriale della Nuova Caledonia che disciplinava, tra gli altri aspetti, le sanzioni amministrative da applicarsi in caso di violazione della regolamentazione sulle tasse: la disposizione in questione prevedeva che alcune di esse potessero applicarsi retroattivamente. Il *Conseil Constitutionnel* ricorse, in tale caso, ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, salvandola dalla censura solo nella misura in cui: "*la validation régulièrement opérée de la délibération susvisée par le paragraphe II de l'article 22 de la loi soumise à l'examen du Conseil Constitutionnel ne saurait avoir pour effet de soustraire au principe de non-rétroactivité les dispositions de ladite délibération édictant des sanctions, sans distinction entre celles dont l'application revient à une juridiction et celles dont l'application revient à l'administration ; [...] qu'il appartiendra aux autorités chargées de l'application de la présente loi de veiller à ce qu'aucune amende ne soit prononcée sur le fondement de la validation législative en raison de faits antérieurs à la date de mise en vigueur de la loi validant la délibération susvisée*"³⁰.

Ciò che più rileva è come, con la decisione in commento, i giudici abbiano operato un'estensione – che si rivolge per lo più all'amministrazione e alle autorità amministrative indipendenti – dei principi che sovrintendono all'applicazione di una pena a tutte le sanzioni aventi il carattere di punizione. Ciò appare coerente se si considera il fatto che il legislatore ha scartato l'ipotesi di un monopolio del potere

²⁷ W. Benessiano, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 179 e ss.

²⁸ Cons. Const., n° 79/109 DC, 9 gennaio 1980, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/decision-n-79-109-dc-du-09-janvier-1980.7765.html>.

²⁹ Cons. Const., n° 82/155 DC, 30 dicembre 1982, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1982/82-155-dc/decision-n-82-155-dc-du-30-decembre-1982.8020.html>.

³⁰ *Ibidem*

punitivo in capo al giudice penale, conferendone piuttosto una porzione anche alle autorità amministrative³¹. La qualità dell'organo competente a pronunciare la sanzione così come la natura della stessa sono, da questo punto di vista, indifferenti. Tanto più che l'articolo 8 della *Déclaration* del 1789 non vi fa alcun riferimento: a rilevare è esclusivamente la natura repressiva della misura punitiva. Anche perché mal si comprenderebbe per quali ragioni la procedura amministrativa, che è generalmente attornata da un complesso di garanzie inferiori a quelle della procedura penale, dovrebbe beneficiare di uno statuto costituzionale meno rigoroso.

Del resto, la posizione sostenuta dal *Conseil Constitutionnel* è tutt'altro che peregrina. Anche la giurisprudenza di Strasburgo, tende, infatti, ad avvalersi di un concetto autonomo di pena, estendendo l'ambito di applicazione dell'articolo 7 della CEDU a sanzioni che non sono, di per sé, qualificate come penali dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri³². A far data dalla decisione sopra commentata del 1982, il principio enunciato è divenuto una pacifica costante nella giurisprudenza costituzionale, al punto che il *Conseil Constitutionnel* tende ormai ad evocare “*le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions*”³³. Sono state, ad esempio, considerate come “misure aventi il carattere di punizione” e, quindi, sottoposte al principio di irretroattività, le sanzioni fiscali previste in caso di informazioni inesatte date in malafede al fine di ottenere il pagamento del premio per l'occupazione³⁴, e le sanzioni amministrative inflitte dal *Conseil supérieur de l'audiovisuel*³⁵.

Quanto invece alle estensioni del principio di irretroattività operate dal *Conseil Constitutionnel* in seno alla materia penale propriamente detta, esse riguardano principalmente le misure di esecuzione delle pene. Prima dell'intervenuta modifica del codice penale nel 1992, infatti, la giurisprudenza riteneva pacificamente che le regole relative all'esecuzione delle pene dovessero applicarsi immediatamente alle pene in corso di esecuzione, anche allorquando ciò producesse un aggravamento delle sorti del soggetto condannato³⁶. Questo orientamento veniva sorretto da un triplice ordine di considerazioni. Innanzitutto, lo stesso *Conseil Constitutionnel* aveva escluso in un primo tempo tutte le misure di esecuzione delle pene dall'ambito di applicazione del principio di irretroattività³⁷. Da un punto di vista giuridico, poi, si riteneva che il

³¹A. Beziz-Ayache, “Les frontières de la sanction pénale”, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2011, n°1, pp. 117-123.

³²P. Tavernier, *L'actualité du principe de non-rétroactivité dans le cadre de la Convention Européenne des droits de l'homme*, in J.-F. Flauss (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, 1997, pp. 113-133.

³³Valga per tutte, Cons. Const., n° 99/425 DC, 29 dicembre 1999, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/99-425-dc/decision-n-99-425-dc-du-29-decembre-1999.11859.html>.

³⁴Cons. Const., n° 97/390 DC, 19 novembre 1997, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1997/97-390-dc/decision-n-97-390-dc-du-19-novembre-1997.11131.html>.

³⁵Cons. Const., n° 88/248 DC, 17 gennaio 1989, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1989/88-248-dc/decision-n-88-248-dc-du-17-janvier-1989.8636.html>.

³⁶F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 325 e ss.

³⁷W. Benessiano, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 193 e ss.

principio di legalità non si opponesse all'applicazione della legge penale più severa rispetto a pene già comminate, data l'impossibilità di riconoscere in capo al condannato l'esistenza di un diritto a beneficiare del regime di esecuzione della medesima pena sussistente al *tempus commissi delicti*. Da un punto di vista pratico, infine, era difficilmente concepibile che il regime di esecuzione una pena variasse in funzione della data di commissione dei fatti. L'assolutezza di una tale posizione mal si conciliava però con le ipotesi, tutt'altro che implausibili, in cui la novella più severa andava sì ad incidere su istituti formalmente qualificabili come misure di esecuzione, ma che presentavano aspetti di somiglianza con delle pene vere e proprie. Ancora una volta fu, dunque, il *Conseil Constitutionnel*, il cui intervento non tardò a sopraggiungere, a smussare gli angoli di un tale assunto giuridico.

Il *casus belli* fu scatenato dagli articoli 10 e 12 della legge relativa alla lotta contro la criminalità e la delinquenza che – modificando gli articoli 720-2 e 720-4 dell'allora vigente *Code de procédure pénale* - intervenivano sulla disciplina della “*periode de sûreté*”, inasprendola. Tra le modifiche apportate vi era, ad esempio, un incremento delle fattispecie delittuose con riferimento alle quali la misura poteva essere disposta, un aumento della sua durata e l'esclusione di alcune categorie di soggetti dalla possibilità di accedere ai benefici dei permessi-premio, della semi libertà e della libertà condizionale. L'articolo 19 della medesima legge, impugnato dai ricorrenti, sanciva l'applicazione della nuova disciplina alle “*condamnations prononcées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi*”. La scelta terminologica operata dal legislatore rendeva l'applicazione di tali disposizioni perfettamente compatibile con fatti che, ancorché giudicati successivamente, fossero stati commessi prima dell'entrata in vigore della nuova legge.

Investito della doglianza in punto di violazione del principio di irretroattività, i giudici di *rue de Montpensier* affermarono che: “*le principe de non-rétroactivité ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé*”³⁸. In particolare i giudici costituzionali rilevarono come “*l'appréciation de cette culpabilité ne peut, conformément au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, être effectuée qu'au regard de la législation en vigueur à la date des faits*”.

Nella decisione in commento, quindi, il *Conseil Constitutionnel* fornì ancora una volta un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni per salvarle dalla censura: le norme in oggetto dovevano intendersi – ed erano costituzionalmente legittime solo nella misura in cui – come se autorizzassero l'applicazione della novella legislativa alle sole condanne pronunciate per fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della stessa.

³⁸Cons. Const., n° 86/215 DC, 3 settembre 1986, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1986/86-215-dc/decision-n-86-215-dc-du-03-septembre-1986.8285.html>.

Il legislatore, facendo tesoro del principio enunciato dal *Conseil Constitutionnel*, in occasione della riforma del codice penale nel 1992, introdusse un'eccezione alla regola che sovraintende all'applicazione delle regole relative all'esecuzione delle pene: "*ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur*"³⁹. Questa modifica legislativa, a ben guardare, è ancora più garantista della posizione espressa dal *Conseil Constitutionnel*. Se, infatti, quest'ultimo estendeva il principio di irretroattività alle sole ipotesi in cui l'adozione della misura di esecuzione della pena promanasse da una "*juridiction de jugement*" e comportasse un apprezzamento in termini di "*culpabilité*"; la disposizione legislativa al contrario prescinde totalmente da questi parametri. Proprio per questo motivo, una parte della dottrina – eccettuate le ipotesi considerate dagli stessi giudici costituzionali – non conferisce a questo principio più di un semplice valore legislativo.

Il *Conseil Constitutionnel* ha, dal canto suo, avuto occasione di pronunciarsi nuovamente sul punto nel dicembre del 2005⁴⁰. La legge sottoposta all'attenzione dei giudici prevedeva, nello specifico, la possibilità di disporre un regime di "*surveillance judiciaire*" in occasione della liberazione di un soggetto condannato allorché vi fosse fondato motivo di ritenere elevato il rischio di recidiva, anche per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella. Questo regime consentiva di gravare il soggetto liberato di una vasta gamma di prescrizioni, tra cui spiccava in particolar modo il braccialetto elettronico. Nel caso di specie i giudici di *rue de Montpensier* hanno rigettato le censure proposte qualificando la sorveglianza elettronica come mera modalità di esecuzione della pena, rilevando come la pronuncia della stessa non promanasse da una "*jurisdiction de jugement*", come la sua adozione non fosse legata ad apprezzamenti in termini di *culpabilité*, quanto piuttosto di *dangerosité*, ed infine, come la stessa rispondesse non a finalità punitive, bensì preventive. Con la decisione in commento i giudici costituzionali hanno rimarcato la scia solcata dalle proprie precedenti decisioni senza discostarsene, dando così credito alla posizione di coloro che sostengono che - eccettuate le ipotesi riconosciute dal *Conseil Constitutionnel* – il principio non assuma che un valore legislativo, con le conseguenze che ciò comporta in punto di derogabilità⁴¹.

D'altro canto, affermare che il principio di irretroattività, quantomeno nella sua sostanza costituzionale, non si applichi genericamente a tutte le misure di esecuzione della pena, non significa affatto collocarle in una sorta di zona franca al riparo da qualsiasi censura di incostituzionalità. In particolare, come sottolineato dagli stessi

³⁹ Articolo 112-2, comma 3 del Code pénal.

⁴⁰ Cons. Const., n° 2005/527 DC, 8 dicembre 2005, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-527-dc/decision-n-2005-527-dc-du-08-decembre-2005.973.html>.

⁴¹ W. Benessiano, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 199 e ss.

giudici, esse ben potranno essere censurate sotto il profilo del “*rigueur non nécessaire*” di cui all’articolo 9 della Déclaration del 1789⁴².

5. La retroattività *in mitius*.

Il principio di irretroattività non ha più ragion d’essere laddove la nuova legge penale produca un “addolcimento” della repressione. In tali ipotesi, l’applicazione retroattiva della novella legislativa non comporta, infatti, alcun attentato alla libertà individuale né tantomeno al principio di legalità: al contrario si pone nell’interesse del soggetto perseguito. Ecco perché tale principio, pur nel silenzio originario del *Code pénal*, fu ugualmente enucleato dalla *Chambre Criminelle* a partire dal XIX secolo⁴³.

Colmando le lacune del *Code pénal* del 1810, il nuovo articolo 112-1 così recita: “*les dispositions nouvelles s’appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n’ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu’elles sont moins sévères que les dispositions anciennes*”. Unico ostacolo all’applicazione di questo principio – analogamente a quanto sancisce l’articolo 2 comma 4 del codice penale italiano – è il passaggio in giudicato della sentenza. Un tale limite sembra trovare giustificazione essenzialmente in ragioni di ordine pratico: se l’entrata in vigore di una nuova legge penale più mite implicasse il riesame di tutte le decisioni rese sotto il dominio della legge anteriore, ciò potrebbe condurre ad una situazione di caos inestricabile⁴⁴. Allo stesso tempo però questo limite ben può condurre a risultati iniqui laddove si consideri che l’applicabilità della *lex posterior*, più mite, dipende da elementi spesso aleatori quali quelli inerenti alla procedura e alle sue tempistiche. Prima della recente riforma del *Code pénal* gli unici rimedi idonei ad infrangere la barriera del giudicato erano l’amnistia e la grazia. In occasione della riforma il legislatore, proprio al precipuo scopo di attenuare le iniquità più manifeste, ha introdotto un secondo comma all’articolo 112-4 che dispone: “*la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d’une loi postérieure au jugement, n’a plus le caractère d’une infraction pénale*”. Grazie a questo nuovo comma, dunque, si potrà infrangere la barriera del giudicato qualora si versi in un’ipotesi di vera e propria depenalizzazione, risultando invece escluse le diverse ipotesi di derubricazione o riqualificazione del fatto.

Nonostante nessuna delle disposizioni facenti parte del *bloc de constitutionnalité* – così come invero nessun articolo della CEDU – sancisca espressamente il principio della retroattività della legge penale più favorevole, cionondimeno il *Conseil Constitutionnel*, ancorandolo all’articolo 8 della Déclaration del 1789 – in base al quale “*la loi ne doit*

⁴²Così recita l’articolo 9 della Déclaration del 1789: “[...] toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”.

⁴³ « Lorsque dans l’intervalle d’un délit au jugement il a existé une loi pénale plus douce que celle qui existait soit à l’époque du délit, soit à l’époque du jugement, c’est cette loi plus douce qui a dû être appliqué », Crim., 1 ottobre 1813, S., 14, I, 16 ; in F. Desportes e F. Le Guehec, *Droit pénal général*, op. cit., p. 293.

⁴⁴ F. Desportes e F. Le Guehec, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 299 e ss.

établir que des peines strictement et évidemment nécessaires” - gli conferisce valore costituzionale a partire dalla sentenza n° 127 del 1981, meglio nota come *Sécurité-Liberté*⁴⁵. In particolare, nel caso di specie, i giudici costituzionali furono chiamati a pronunciarsi sul secondo comma dell’articolo 100 della legge “*renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*” che disponeva che una serie di disposizioni del novellato *Code pénal* – le cui pene erano meno severe se paragonate alle rispettive versioni precedenti - potessero trovare applicazione solo per fatti commessi successivamente all’entrata in vigore della legge in esame⁴⁶. Con la decisione in commento, i giudici di *rue de Montpensier*, rilevando come la disposizione sottoposta al proprio sindacato contrastasse con il principio della retroattività *in mitius* – di cui riconoscevano l’indiscutibile valore costituzionale – la dichiararono costituzionalmente illegittima così motivando: “*le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l’empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l’appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires*”⁴⁷.

È interessante notare, attraverso l’analisi dei *considérant* della decisione in commento, come i giudici costituzionali abbiano consacrato il principio di retroattività *in mitius* non quale eccezione o deroga rispetto al principio di irretroattività – ipotesi questa che sembrerebbe altresì suggerita dalla collocazione topografica dell’articolo, quanto piuttosto quale corollario del principio di necessità delle pene, individuandone in quest’ultimo la ragione giustificatrice. È dunque la necessità il perno attorno a cui ruota l’intero ragionamento del *Conseil Constitutionnel*: la soppressione di un’incriminazione ovvero l’addolcimento della sua repressione testimonierebbero una rivalutazione legislativa, in termini di necessità del regime previgente. Nel momento in cui il legislatore opti per un “ammorbidimento” dell’esigenza di necessità di un delitto o di una pena, egli non potrebbe, senza in qualche misura auto-contraddirsi, escludere dall’ambito di applicazione della riforma reati anteriormente commessi e non ancora definitivamente giudicati⁴⁸.

Così facendo, il *Conseil Constitutionnel* anticipò di molti anni il *revirement* giurisprudenziale della Corte Europea dei diritti dell’uomo, che solo in anni recenti ha

⁴⁵Cons. Const., n° 80/127 DC, 20 gennaio 1981, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con.decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html>.

⁴⁶ In particolare l’articolo in oggetto disponeva che gli articoli 265, 266, 267, 268, 305, 306, 309, 310, 311, 312, 381, 382, 383, 384, 385, 400, 434, 435, 436, 437 – che prevedano una cornice edittale più favorevole per il soggetto condannato rispetto alle rispettive versioni precedenti – potevano trovare applicazione solo per fatti commessi successivamente alla loro riforma.

⁴⁷ Come ha rilevato Georges Vedel, relatore della decisione, « tant qu’un individu n’a pas fait l’objet d’une condamnation passée en chose jugée, il serait choquant et inhumain de lui appliquer, au moment de le juger, des peines prévues dans le temps où l’infraction a été commise, mais qui, depuis lors, ont été jugées excessive » ; in M. Jean-Marc P., *Le nouveaux cahier du Conseil Constitutionnel*, n° 30.

⁴⁸ M. Jean-Marc P., décision n° 2010/74 QPC, 3 dicembre 2010, *Le nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 30.

colmato il mutismo convenzionale sul punto, facendo discendere il principio della retroattività *in mitius* direttamente dal principio di legalità di cui all'articolo 7 CEDU⁴⁹.

D'altro canto non ci si può astenere dal rilevare come, proprio la giustificazione del principio in commento in termini di necessità costituisca un'arma a doppio taglio idonea a giustificare al contempo il rispetto e il suo misconoscimento. Questa considerazione è tutt'altro che peregrina. Per molto tempo, infatti, la *Chambre Criminelle*, forse nel tentativo di arginare i rischi in termini di efficacia della repressione derivanti da un perpetrarsi continuo di modifiche legislative, ha ammesso che una disposizione legislativa possa espressamente derogare al principio della retroattività *in mitius*⁵⁰. Successivamente, facendo eco alla giurisprudenza costituzionale, anche l'orientamento della *Chambre Criminelle* si è evoluto in favore di una più pregnante tutela del principio di retroattività *in bonam partem*.

A turbare le acque è tuttavia intervenuta una recente decisione del *Conseil Constitutionnel* che sembra assestare un duro colpo al principio della retroattività della legge penale più favorevole. In particolare, nel caso di specie, i ricorrenti avevano sottoposto all'attenzione dei giudici costituzionali il paragrafo IV dell'articolo 47 della legge n. 882 del 2 agosto 2005 – nota come *Loi Dutreil* – che disciplinava le condizioni di applicazione delle nuove disposizioni relative alla repressione del reato di “*revente à perte*”. Nel dettaglio, la novella legislativa prevedeva che “*par dérogation aux articles 112-1 e 112-4 du Code pénal, l'infraction à l'article L. 442-2 du Code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission*”. Prima di analizzare la decisione in commento, è opportuno aprire una breve parentesi sulle disposizioni legislative coinvolte al fine di una miglior comprensione della portata di una tale decisione. L'articolo L. 442-2 in analisi, prima della modifica legislativa del 2005, così recitava: “*le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. Le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport*”. Dopo la riforma del 2005 la disposizione, immutata quanto ai primi due capoversi, introduceva al contrario una modifica del terzo periodo prevedendo che: “*le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20 % à compter du 1er janvier 2006*”. La citata modifica relativa alle modalità di calcolo del “prezzo di acquisto effettivo”, nell'introdurre una facoltà di minorazione del prezzo di acquisto (o per meglio dire della “soglia di

⁴⁹ E. Dreyer, *Droit pénal et droit européen des droits de l'homme*, in J.-C. Saint-Pau, *Droit pénal et autres branches du droit : regard croisés*, Paris, 2012, pp. 399-425.

⁵⁰ X. Samuel, *L'utilisation des principes constitutionnels dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation*, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°26, 2009.

rivendita a perdere”) per i rivenditori-distributori - attraverso il meccanismo dell'imputazione di una parte dell'ammontare dei servizi resi ai fornitori, aveva quale effetto l'innalzamento della soglia di non punibilità e, di conseguenza, l'espunzione dall'ambito applicativo della norma condotte precedentemente penalmente rilevanti⁵¹. La disciplina introdotta nel 2005 era dunque, senza dubbio alcuno, più favorevole rispetto alla disciplina previgente. Tuttavia, proprio il paragrafo IV dell'articolo 47 sottoposto all'attenzione del *Conseil Constitutionnel* stabiliva espressamente che: “*par dérogation aux artiche 112-1 et 112-4 du Code pénal, l'infraction à l'article L. 442-2 du Code du Commerce commise avant le 31 décembre 2006 [n.d.r. data fissata per l'entrata in vigore della novella legislativa] est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission*”.

I giudici costituzionali - pur ammettendo esplicitamente che l'articolo 47 derogasse al principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole - hanno tuttavia ritenuto che, nel caso di specie, la modifica non avesse investito la fattispecie di reato che costituisce il supporto legale dell'incriminazione, ma avesse semplicemente comportato un cambiamento della regolamentazione applicabile - quella sulle modalità di calcolo del prezzo di acquisto; rigettando così le doglianze avanzate e salvando la disposizione dalla censura di incostituzionalità⁵². Se, dunque, da un lato il *Conseil Constitutionnel* ha colto l'occasione per riaffermare la portata costituzionale del principio di retroattività *in mitius*, dall'altro ne ha introdotto una significativa eccezione: “*sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée*”.

Quali i futuri risvolti pratici della decisione in commento è questione sulla quale la dottrina francese si sta ancora interrogando.

6. Il principio di necessità e proporzionalità delle pene.

Necessità e proporzionalità delle pene, seppur non perfettamente sovrapponibili - sono due concetti strettamente collegati. La stessa disamina della giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, infatti, mostra come l'una venga spesso chiamata in soccorso dell'altra e viceversa.

Consacrato espressamente dall'articolo 8 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 - “*la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*” - il principio di necessità costituisce altresì l'ancoraggio costituzionale del principio di proporzionalità, che al contrario del primo, non riceve autonoma consacrazione. Letto

⁵¹ Le nouveaux Cahier du Conseil Constitutionnel, n° 30, 2010, in www.conseilconstitutionnel.fr.

⁵² Cons. Const., n° 2010/74 QPC, 3 dicembre 2010, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-74-qpc/decision-n-2010-74-qpc-du-03-decembre-2010.51020.html>.

in combinato disposto con l'articolo 5 della *Déclaration* del 1789 – *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* – il principio di necessità viene generalmente inteso quale limite al potere di incriminazione: le pene che il legislatore dispone - con riferimento a condotte qualificate come penalmente rilevanti - devono essere adeguate e giustificabili in termini di necessità.⁵³ Esso impone, in buona sostanza, che la previsione di una pena non risulti inficiata da un cd. "errore di apprezzamento" rispetto alla fattispecie incriminatrice cui afferisce. Il principio di proporzionalità impone, d'altro canto, che la risposta penale – necessaria - risulti proporzionata alla gravità del fatto commesso, alla tutela delle libertà fondamentali e alla salvaguardia dell'ordine pubblico. In quest'accezione la proporzionalità si pone quale garanzia di equilibrio sanzionatorio.

Fatte le dovute eccezioni, non ci si può esimere dal rilevare come il *Conseil Constitutionnel*, pur riconoscendo il principio di necessità quale principio di indiscutibile rango costituzionale, mantenga in tal proposito un atteggiamento di *self-restraint* sostenendo per lo più che *"il n'appartiennent pas au Conseil Constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition [...] n'est pas manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789"*⁵⁴. Ed è proprio nella definizione di *"manifestement contraire"* che entra in gioco il principio di proporzionalità. I giudici costituzionali hanno infatti precisato come ciò sia ravvisabile ogni qual volta si realizzi una *"disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue"*⁵⁵, limitando, in buona sostanza, a tali casi le declaratorie di illegittimità costituzionale.

Ciò è quanto si è verificato, ad esempio, con la decisione n° 377 del 1996 ove i due principi sono stati utilizzati congiuntamente al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate⁵⁶. Il *casus belli* fu scatenato dall'entrata in vigore dell'articolo 21 della legge *"tendent à renforcer la répression du terrorisme"* che modificava l'allora vigente articolo 421-1 del *Code pénal*, introducendo – nell'elenco delle condotte qualificate come atti di terrorismo – le fattispecie di *"aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger"*⁵⁷. Il *Conseil Constitutionnel*, nel caso di specie, dichiarò l'illegittimità della disposizione sottoposta al suo sindacato sulla base di due ordini di considerazioni. Da un lato, i giudici rilevarono come *"à la différence des infractions énumérées à l'article 421-1 du code pénal, l'article 21 incrimine non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple*

⁵³ W. Benessiano, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, op.cit., p. 333 e ss.

⁵⁴ Cons. Const., n° 80/127 DC, 19-20 gennaio 1981, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html>

⁵⁵ Cons. Const., 86/216 DC, 3 settembre 1986, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1986/86-216-dc/decision-n-86-216-dc-du-03-septembre-1986.8287.html>

⁵⁶ Cons. Const., n° 96/377, 16 luglio 1996, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1996/96-377-dc/decision-n-96-377-dc-du-16-juillet-1996.10816.html>.

⁵⁷ Legge 96-647 del 22 luglio 1966

comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière; que ce comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste". Dall'altro, "qu'au demeurant lorsque cette relation apparaît, ce comportement peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs; qu'en outre la qualification d'acte de terrorisme a pour conséquence non seulement une aggravation des peines mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun", ritenendo così che la norma sottoposta la suo sindacato violasse il principio di necessità poichè il legislatore "a entaché son appréciation d'une disproportion manifeste". Emerge, dunque, dal percorso argomentativo speso dai giudici di rue de Montpensier, come il principio di necessità sia stato chiamato in causa – unitamente alla proporzionalità – al fine di dichiarare, da un lato, l'inutilità (o comunque la non-necessarietà) della novella legislativa alla luce delle norme di estensione della punibilità già esistenti e, dall'altro, la manifesta sproporzione tra il regime sanzionatorio applicabile in caso di condanna per atti di terrorismo e le condotte qualificabili come tali.

Degna di nota, in tal senso, è altresì la decisione n. 321 del 1993⁵⁸. In particolare, nel caso di specie, era stato sottoposto al sindacato dei giudici costituzionali l'articolo 12 della legge di riforma del *Code de nationalité* che disciplinava le cause ostative all'acquisizione della nazionalità francese. Più nel dettaglio, l'articolo 11 della medesima legge contemplava la possibilità che un individuo straniero - nato in territorio francese da genitori sprovvisti della cittadinanza - potesse, in età compresa tra i 16 e i 21 anni, ottenere la cittadinanza francese a condizione che "*il en manifeste la volonté, qu'il réside en France à la date de sa manifestation de volonté et qu'il justifie d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui la précèdent*". Il successivo articolo 12, invece, prevedeva che nel caso in cui lo straniero, di età compresa tra i 18 e i 21 anni, fosse destinatario di un "*arrêté de reconduite à la frontière*" o di un "*arrêté d'assignation à résidence*", perdesse automaticamente il diritto ad acquisire la cittadinanza francese sulla base dello *ius soli*. Ebbene, nel caso di specie, il *Conseil Constitutionnel* ritenne, in via preliminare - e sulla scia di quanto già affermato a proposito del principio di irretroattività - che la necessità e la proporzionalità fossero state giustamente chiamate in causa in quanto tali principi "*ne concernent pas seulement les peines prononcées par l'autorité judiciaire mais aussi les incapacités qui y sont attachées du fait de la loi*", estendendone così l'alveo di tutela. Nel merito, poi, dichiarò l'illegittimità della disposizione impugnata sottolineando come "*en application de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers, tout étranger majeur peut faire l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière soit sans délai soit à l'expiration d'un délai limité à un mois au seul motif qu'il réside irrégulièrement sur le territoire français; qu'un tel arrêté prononcé par le représentant de l'État dans le département ou à Paris par le préfet de police ne peut être contesté que dans les vingt-quatre heures suivant sa notification; qu'un arrêté d'assignation à résidence*

⁵⁸Cons. Const., n° 93/321 DC, 20 luglio 1993, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1993/93-321-dc/decision-n-93-321-dc-du-20-juillet-1993.10487.html>

peut être pris par le ministre de l'intérieur à l'encontre d'un étranger qui n'a fait l'objet que d'une proposition d'expulsion susceptible de n'être pas suivie d'effet ; que dans ces conditions la perte du droit à l'acquisition de la nationalité française par l'effet de la naissance sur le sol français qui résulterait soit d'un arrêté de reconduite à la frontière soit d'un arrêté d'assignation à résidence non expressément rapporté ou abrogé apparaît comme une sanction manifestement disproportionnée par rapport aux faits susceptibles de motiver de telles mesures en méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789". Emerge dalla decisione in commento come sia proprio l'assenza di proporzionalità tra i fatti suscettibili di provocare un "arrêté de reconduite à la frontière" o un "arrêté d'assignation à résidence" e la perdita del diritto ad acquisire la nazionalità – e non la più generica necessità – il parametro alla luce del quale è stata dichiarata l'illegittimità della norma impugnata.

Un mese dopo soltanto, i giudici costituzionali dichiarano altresì l'illegittimità dell'articolo 14 della *"Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France"* ancora una volta alla luce del principio di proporzionalità. La norma impugnata prevedeva, nel dettaglio, che tutti gli stranieri nei confronti dei quali fosse stato pronunciato un "arrêté de reconduite à la frontière" dovessero altresì essere destinatari di una pena accessoria: l'interdizione dall'ingresso e dal soggiorno nel territorio francese per un anno. Con la decisione in commento, in particolare, i giudici costituzionali *"considérant qu'en vertu des dispositions contestées, tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée"*, dichiararono l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata sotto il profilo dell'inosservanza dell'articolo 8 della *Déclaration* del 1789⁵⁹.

In via di conclusione, un accenno merita una decisione resa recentemente dal *Conseil Constitutionnel* all'indomani dell'approvazione della *"loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière"*⁶⁰. In quell'occasione furono impugnate la maggior parte delle norme introdotte dalla legge in questione e in particolare – per quanto qui interessa – l'articolo 3 che stabiliva che, nel caso in cui una persona giuridica fosse stata condannata per un reato punito con una pena di almeno cinque anni di reclusione, traendo da esso un profitto diretto o indiretto, l'ammontare massimo dell'ammenda comminabile in tale caso fosse determinato esclusivamente sulla base della *"chiffre d'affaires"* della persona giuridica stessa e non in rapporto alla gravità del reato commesso. I giudici costituzionali dichiararono, ancora una volta, l'illegittimità delle disposizioni impugnite proprio alla luce del principio di proporzionalità, rilevando in particolare come: *"en prévoyant que, pour tout crime ou délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement commis par une personne morale, dès lors que l'infraction a procuré un profit direct ou indirect, le maximum de la peine est établi en*

⁵⁹Cons. Const., n°93/325 DC, 13 agosto 1993, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1993/93-325-dc/decision-n-93-325-dc-du-13-aout-1993.10495.html>

⁶⁰Cons. Const., n°<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-679-dc/decision-n-2013-679-dc-du-04-decembre-2013.138860.html>

proportion du chiffre d'affaires de la personne morale prévenue ou accusée, le législateur a retenu un critère de fixation du montant maximum de la peine encourue qui ne dépend pas du lien entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires et est susceptible de revêtir un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée".

Per concludere, la breve disamina dello stato dell'arte in materia, che si è cercato di racchiudere nelle decisioni in commento, testimonia come il *Conseil Constitutionnel* raramente invochi il principio di necessità *ex se* al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma, preferendo piuttosto censurarla sotto l'angolatura della proporzionalità.

7. Il principio di individualizzazione delle pene quale canone di equità penale

L'individualizzazione delle pene, nel prevedere il dovere del giudice di modellare la pena sulla base sulla personalità del condannato e in particolare sulla sua possibilità di reinserimento e risocializzazione – oltretutto sulle circostanze specifiche del caso di specie – è il principio che più di ogni altro è foriero di equità sanzionatoria. Il riconoscimento di un margine di apprezzamento – di cui il giudice dispone in sede di commisurazione della pena – impedisce, infatti, che la pena si appiattisca sulla funzione preventiva che è chiamata a svolgere, consentendole altresì di tendere alla rieducazione del condannato.

D'altro canto, forse complici l'assenza di un'espressa consacrazione a livello internazionale e nazionale – nessuna disposizione contenuta nella *Déclaration des droits de l'homme* del 1789 né ricompresa nel *bloc de constitutionnalité* sancisce espressamente un tal principio – e la talvolta sibillina giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, il riconoscimento di un valore costituzionale certo al principio di individualizzazione delle pene è sempre stato oggetto di dibattito.

Rifiutato nell'immediato postrivoluzionario, non trova spazio nel *Code pénal* del 1791 che accoglie una nozione rigida del principio di legalità dei delitti e delle pene, quasi riducendo il ruolo del giudice a quello di semplice distributore di pene fisse, senza possibilità alcuna di attenuarne il rigore o modellarle sulla figura del colpevole⁶¹. Il giudice, si limitava, del caso, a sancire la colpevolezza dell'imputato e ad applicare la pena la cui natura e *quantum* era già predeterminata dalla legge. E se una pena appariva agli occhi del giudice eccessivamente severa, l'unica possibilità di cui disponeva era quella di “chiudere gli occhi” sulla colpevolezza dell'imputato e assolverlo⁶².

⁶¹W. Benessiano, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 330 e ss.

⁶²R. Vouin, *La Cour d'Assises française de 1810 à 1958*, in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à Louis Huguency*, Sirey, Paris, 1964, pp. 227 e ss.

La dottrina, tuttavia, a partire dai primi del novecento, ne concettualizza l'esistenza e l'importanza, ancorandolo espressamente all'articolo 8 della *Déclaration* del 1789: *"la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires"*⁶³.

Chiamato a pronunciarsi per la prima volta sul principio di individualizzazione delle pene nel 1978, il *Conseil Constitutionnel* si limitò ad affermarne la non contrarietà al principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge sancito dall'articolo 6 della *Déclaration* del 1789⁶⁴. A ben guardare, il *Conseil Constitutionnel* non ha mai misconosciuto l'esistenza di un tale principio - ancorandolo anch'egli all'articolo 8 della *Déclaration* del 1789 - né ha mai contestato espressamente una sua ipotetica portata costituzionale, ma si è sempre sforzato di definirne la portata e marcarne i limiti. Ne sono un esempio lampante i *"considérant"* della decisione 127 del 1981: *"à supposer même que le principe d'individualisation des peines puisse [...] être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions"*⁶⁵. Nella decisione in esame, poi, i giudici costituzionali si sono premurati di precisare come, sebbene la legislazione abbia dato valore al principio di individualizzazione delle pene, cionondimeno non gli ha mai conferito il carattere *"d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale"*. Scavando nei *considérant* della decisione in commento emerge, d'altro canto, come il fatto di affermare che il principio di individualizzazione delle pene non sia unico e assoluto significhi, quantomeno, riconoscere in quest'ultimo uno dei fondamenti della repressione penale⁶⁶.

Cionondimeno, fino agli anni duemila, il *Conseil Constitutionnel* non si è mai spinto sino a censurare la legittimità costituzionale di una norma sotto il profilo specifico della violazione del principio di individualizzazione delle pene, preferendo, laddove fosse riscontrata una violazione dell'articolo 8 della *Déclaration* del 1789, richiamarsi al principio di necessità e proporzionalità delle pene.

La situazione sembra parzialmente mutare all'indomani del 2005. Questa data segna infatti un punto di svolta per due ordini di considerazioni: da un lato l'articolo 4 della legge del 12 dicembre 2005 introduce un secondo comma all'articolo 132-24 del *Code pénal*; dall'altro lo stesso *Conseil Constitutionnel* con la decisione 520 del 2005, sembra riconoscere espressamente per la prima volta il valore costituzionale di questo

⁶³R. Saleilles, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, 1902 ; in W. Benessiano, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, op.cit., pp. 335 e ss.

⁶⁴Così in particolare si è espresso il *Conseil Constitutionnel*: *"considérant que l'individualisation des peines mise en oeuvre par le texte soumis au Conseil Constitutionnel, si elle conduit à appliquer à certains condamnés des conditions de détention stricte et à d'autres un régime libéral, n'est pas contraire à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen"*. Cons. Const., n° 78/97 DC, 27 luglio 1978, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1978/78-97-dc/decision-n-78-97-dc-du-27-juillet-1978.7693.html>.

⁶⁵Cons. Const., n° 80/127 DC, 19 e 30 gennaio 1981, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con. decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html>.

⁶⁶W. Benessiano, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, op.cit., p. 327 e ss.

principio⁶⁷. Quanto alla modifica legislativa, essa introduce quali ulteriori parametri da valutare in sede di commisurazione della pena: “*la protection effective de la société*”, “*la sanction du condamné*”, “*les intérêts de la victime*” ma soprattutto “*la nécessité de favoriser l’insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions*”. Quanto ai giudici di rue de Montpensier, essi hanno – seppur in maniera lapidaria – dichiarato la legittimità della legge sottoposta al suo sindacato, in quanto la stessa: “*n’a méconnu [...] le principe d’individualisation des peines qui découle de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*”⁶⁸.

Questo riconoscimento è però tutt’altro che pacifico. Se infatti i giudici costituzionali sembrano propendere in favore di un ancoraggio costituzionale di questo principio, al contempo il suo valore viene – per così dire – costantemente temperato da affermazioni di contorno che sembrano mettere in discussione la sua assolutezza, facendo piuttosto propendere per la sua relatività. A differenza degli altri principi consacrati dalla giurisdizione costituzionale francese, infatti, pur non potendo essere ignorato dal legislatore, tuttavia può in sede di conciliazione dover cedere il passo ad altre esigenze di carattere costituzionale. Proprio in questo senso si è espresso il *Conseil Constitutionnel* nel 2007. In quell’occasione furono sottoposti al sindacato dei giudici costituzionali gli articoli 1 e 2 della “*Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*” che introducevano nel *Code pénal* gli articoli 132-18-1 e 132-19-1, i quali fissavano la pena minima applicabile in caso di commissione di reati da parte di soggetti recidivi e in particolare prevedevano che: “*la juridiction peut prononcer une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l’infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d’insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. Lorsqu’un crime est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure à ces seuils que si l’accusé présente des garanties exceptionnelles d’insertion ou de réinsertion*”. Proprio quest’ultimo inciso relativo alla recidiva reiterata venne considerato, dagli autori del ricorso, contrario al principio di individualizzazione delle pene. Il *Conseil Constitutionnel*, al contrario, dichiarò la legittimità delle disposizioni in commento “*considérant que le principe d’individualisation des peines, qui découle de l’article 8 de la Déclaration de 1789, ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions; qu’il n’implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l’auteur de l’infraction*”⁶⁹. La decisione in commento lascia trapelare un atteggiamento di *self-restraint* del *Conseil Constitutionnel* rispetto a declaratorie di illegittimità alla luce del principio di individualizzazione delle pene, e il proprio compito sembrerebbe piuttosto sostanzarsi nel verificare che il legislatore, in sede di conciliazione del

⁶⁷ F. Desportes e F. Le Guehec, *Droit pénal général*, op. cit., p. 883

⁶⁸ Cons. Const., n° 2005/520 DC, 22 luglio 2005, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-520-dc/decision-n-2005-520-dc-du-22-juillet-2005.969.html>.

⁶⁹ Cons. Const., n° 2007/544 DC, 9 agosto 2007, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2007/2007-544-dc/decision-n-2007-544-dc-du-09-aout-2007.1180.html>.

principio di individualizzazione delle pene con le altre esigenze di carattere costituzionale, non crei un disequilibrio evidente.

Un ulteriore punto di svolta si è realizzato però a seguito dell'introduzione della QPC: è a tale arco temporale che risale il nucleo più consistente di declaratorie di illegittimità costituzionale sotto lo specifico profilo della violazione del principio di individualizzazione delle pene. Con la prima decisione in commento, in particolare, è stato sottoposto al sindacato del *Conseil Constitutionnel* l'articolo L. 7 del *Code électoral* che recitava : *“ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les personnes condamnées pour l'une des infractions prévues par les articles 432-10 à 432-16 [n.d.r. concussion, corruption passive, trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, la prise illégale d'intérêts, la violation des règles de passation des marchés et délégations de service public, la soustraction ou le détournement de biens], 433-1 [n.d.r. corruption active], 433-2 [n.d.r. trafic d'influence], 433-3 [n.d.r. les menaces et les actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique], 433-4 [n.d.r. soustraction et détournement de biens contenus dans un dépôt public] du code pénal ou pour le délit de recel de l'une de ces infractions, défini par les articles 321-1 et 321-2 du code pénal”*⁷⁰. La disposizione in esame prevedeva dunque l'applicazione di una misura interdittiva che scattava automaticamente in caso di condanna per uno dei delitti elencati nella norma. Chiamati a pronunciarsi sotto lo specifico profilo della conformità al principio di individualizzazione delle pene, i giudici costituzionali – sulla scia delle precedenti decisioni rese in punto di irretroattività – rilevarono innanzitutto come la misura interdittiva prevista dall'articolo L.7 costituisse una *“sanction ayant le caractère d'une punition”*, e quindi preliminarmente giudicarono pertinente il fatto di doversi pronunciare sotto il profilo dell'osservanza al principio di individualizzazione delle pene. Nel merito, poi, il *Conseil Constitutionnel* dichiarò l'illegittimità della disposizione sottoposta al suo esame per contrarietà al principio di individualizzazione delle pene rilevando come: *“le principe d'individualisation des peines qui découle de cet article [n.d.r. article 8 Déclaration de 1789] implique que la peine emportant l'interdiction d'être inscrit sur une liste électorale et l'incapacité d'exercer une fonction publique électorale qui en résulte ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce ; [...] que cette peine privative de l'exercice du droit de suffrage est attachée de plein droit à diverses condamnations pénales sans que le juge qui décide de ces mesures ait à la prononcer expressément ; qu'il ne peut davantage en faire varier la durée”*. Due quindi i profili presi in considerazione dai giudici di rue de Montpensier al fine di censurare la disposizione impugnata: l'applicabilità della misura interdittiva in assenza di un'espressa pronuncia dell'autorità giudiziaria e l'impossibilità per il giudice di farne variare la durata.

Le medesime considerazioni hanno poi indotto il *Conseil Constitutionnel* a dichiarare l'illegittimità costituzionale del quarto comma dell'articolo 1741 del *Code*

⁷⁰Cons. Const., n° 2010/6-7 QPC, 11 giugno 2010, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010-6/7-qpc/decision-n-2010-6-7-qpc-du-11-juin-2010.48397.html>.

Général des impôts nel dicembre 2010⁷¹. In particolare, la disposizione in commento, stabiliva che in caso di condanna per il reato di frode fiscale – disciplinato dal primo comma della medesima disposizione, “*le tribunal ordonnera dans tous les cas la publication intégrale ou par extraits des jugements dans le Journal officiel de la République française ainsi que dans les journaux désignés par lui et leur affichage intégral ou par extraits pendant trois mois sur les panneaux réservés à l’affichage des publications officielles de la commune où les contribuables ont leur domicile ainsi que sur la porte extérieure de l’immeuble du ou des établissements professionnels de ces contribuables*”. Il Conseil Constitutionnel, chiamato a pronunciarsi espressamente sul punto, dichiarò l’illegittimità della disposizione impugnata per violazione del principio di individualizzazione delle pene, “*considérant que le juge qui prononce une condamnation pour le délit de fraude fiscale est tenu d’ordonner la publication du jugement de condamnation au Journal officiel; qu’il doit également ordonner l’affichage du jugement; qu’il ne peut faire varier la durée de cet affichage fixée à trois mois par la disposition contestée; qu’il ne peut davantage modifier les modalités de cet affichage prévu, d’une part, sur les panneaux réservés à l’affichage des publications officielles de la commune où les contribuables ont leur domicile et, d’autre part, sur la porte extérieure de l’immeuble du ou des établissements professionnels de ces contribuables; que s’il peut décider que la publication et l’affichage seront faits de façon intégrale ou par extraits, cette faculté ne saurait, à elle seule, permettre que soit assuré le respect des exigences qui découlent du principe d’individualisation des peines*”. Anche in questo caso l’automaticità della pena accessoria della pubblicazione sia sotto il profilo del supporto della pubblicazione, sia dell’obbligatorietà di imporre oltre alla pubblicazione l’affissione, che dell’impossibilità per il giudice di modulare la durata e le condizioni dell’affissione, è stata considerata dirimente nel ritenere violato il principio di individualizzazione delle pene.

Per concludere, se è vero che a differenza degli altri principi di cui si è trattato, il Conseil Constitutionnel sembra serbare un atteggiamento di estrema prudenza rispetto a declaratorie di illegittimità per violazione del principio di individualizzazione delle pene, restano da vedersi quali i futuri risvolti alla luce delle recenti pronunce che sembrano, al contrario, dare ampio rilievo applicativo al principio.

8. Conclusioni e problematiche *de iure condendo*.

A parere di chi scrive, non è possibile trarre delle conclusioni unitarie con riferimento ai principi trattati nei paragrafi precedenti. La disamina dello stato dell’arte in materia testimonia, al contrario, che la sensibilità giuridica e la pregnanza del controllo esercitato dal Conseil Constitutionnel assume un’intensità maggiore in corrispondenza di alcuni principi – legalità e irretroattività – laddove con riferimento ad altri – individualizzazione e necessità – l’atteggiamento sembra essere più prudente.

⁷¹ Cons. Const., n° 2010-72/75/82 QPC , 10 dicembre 2010, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-72/75/82-qpc/decision-n-2010-72-75-82-qpc-du-10-decembre-2010.51330.html>.

Un dato però certamente da sottolineare è come la recente introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* abbia dato nuova una nuova linfa – quantitativamente e qualitativamente rilevante – all’attività dei giudici costituzionali quali guardiani dei principi cardine della materia penale.

Solo un accenno, in via di conclusione, merita di essere effettuato ad una problematica evidenziata dalla dottrina e legata proprio al nuovo controllo di costituzionalità. Essa attiene, in particolare, all’atteggiamento di resistenza manifestato dalla *Cour de Cassation*, che ha serrato in maniera eccessiva le valvole del filtro. Non è questa la sede per addentrarsi ad analizzare le ragioni di un tale atteggiamento ovvero i casi in cui ciò si è manifestato con più evidenza. Basti pensare che all’indomani dell’introduzione della QPC, la *Cour de Cassation* si rivolse, a titolo pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea affinché vagliasse la legittimità della nuova procedura alla luce del diritto dell’Unione. Basti altresì guardare il dato statistico: nel primo anno di vita della QPC, dei 284 ricorsi trasmessi alla *Cour de Cassation* – e già dichiarati ricevibili in occasione del primo filtro – soltanto 62 sono stati trasmessi al *Conseil Constitutionnel*.

Restano da vedere quali i futuri mutamenti dell’orientamento assunto dalla *Cour de Cassation*. Vero è che, se il supremo organo giurisdizionale continuerà a perseverare in questo atteggiamento di resistenza, non appare affatto peregrino interrogarsi circa l’opportunità di prevedere strumenti di ricorso contro la decisione della *Cour de Cassation* di non trasmettere una QPC al *Conseil Constitutionnel*, o strumenti che consentano direttamente di superare il diniego della corte. Questa è problematica sulla quale la dottrina francese si sta ancora interrogando.