

Ripensando la disciplina sul favoreggiamento all'ingresso irregolare: le corti costituzionali alla ricerca di un difficile bilanciamento

di Sara Benvenuti*

Abstract: *Rethinking the law on aiding and abetting irregular immigration: constitutional courts in search of a difficult balance* - The goal of contrasting irregular immigration underlying both the Palermo Protocol and the EU's "Facilitators Package" has been implemented differently in European states. In France, as in Italy, restrictive laws, exceedingly protective of national borders, have been passed. They have led, first the French *Conseil constitutionnel*, then the Italian Constitutional Court, to intervene in the sense of defining a curb on the discretionary power of the legislature, as a guarantee of fundamental constitutional parameters, such as the principle of *fraternité* in the French case or the principle of equality-reasonableness and the principle of proportionality in the Italian case. Such case law seems to lean toward a comprehensive rethinking of the subject matter and, in its argumentative appeal to fundamental and shared principles and values, could then impart a new direction in Europe.

953

Keywords: Balancing; Constitutional courts; Migration; Proportionality; Solidarity.

1. Il contrasto all'immigrazione irregolare nel quadro della disciplina europea: considerazioni introduttive

La gestione dei flussi migratori in ingresso nel territorio europeo è sottoposta ad una regolazione ampia e disomogenea nei contenuti e nelle forme, che si è articolata nel tempo su diversi livelli normativi ed è stata implementata sul piano giurisprudenziale in modo progressivo e puntiforme, da corti di ordine, grado e funzione differenti.

L'interesse comune alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'ambito dell'Unione europea, cui presiede un'amministrazione ordinata e condivisa del fenomeno migratorio, avrebbe presupposto il pervenire ad un avvicinamento delle discipline vigenti a livello statale, nonché il coordinamento tra i diversi piani normativi e applicativi coinvolti. Diversamente, si è assistito negli anni ad una copiosa stratificazione di regole internazionali, sovranazionali e nazionali poco armonizzate e definite, spesso oscure e contraddittorie, ben lontane dalla possibilità di essere inquadrate in

* Si ringrazia il finanziamento del MIUR - PRIN Bando 2020 - prot. 2020M47T9C "*Decision-Making in the Age of Emergencies: New Paradigms in Recognition and Protection of Rights*".

una visione europea complessiva e dunque poco resistenti alle inflessioni politiche e mediatiche richiamate dalla materia a livello locale.

Lo stesso obiettivo di lotta all'immigrazione clandestina – sotteso al Protocollo addizionale della Convenzione della Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria (c.d. Protocollo di Palermo)¹, ma anche al c.d. “*Facilitators Package*” dell'Unione europea, – ha trovato diversa attuazione negli Stati europei e, in svariati casi, mediante discipline legislative fin troppo protettive dei confini nazionali o, comunque, restrittive oltre quanto richiesto dalle normative internazionale ed europea. Quest'ultima, in particolare, risulta dal combinato disposto della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI, entrambe adottate dal Consiglio il 28 novembre 2002, al fine comune di prevedere (al tempo anche in ragione degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001) più efficaci strumenti di controllo delle frontiere esterne, *definendo*, la prima, il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, e *rafforzando*, la seconda, il quadro penale per la repressione dello stesso². Più precisamente, la disciplina stabilisce un vero e proprio obbligo di incriminazione, imponendo agli Stati la previsione di «sanzione penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione»³, nei confronti di «chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato»⁴, ovvero, e «a scopo di lucro», «a soggiornar[vi]»⁵.

Come attentamente osservato in dottrina⁶, la finalità di conseguire un profitto dall'attività illecita rileva solo in riferimento alla nozione di favoreggiamento della *permanenza* irregolare e non anche con riguardo al favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare, per questo contribuendo a configurare una mera circostanza aggravante⁷. La previsione della sola *facoltà* per gli Stati di introdurre specifiche cause di non punibilità in caso di comportamenti che abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla

¹ Il Protocollo, sottoscritto in occasione della Conferenza di Palermo del 12-15 dicembre 2000, è entrato in vigore il 28 gennaio 2004 ed è stato ratificato dall'Italia con la legge 16 marzo 2006, n. 146.

² Precedentemente, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 19 giugno 1990, ratificata dall'Italia con la legge 30 settembre 1993, n. 388, nel suo art. 27, già imponeva agli Stati membri dell'Unione europea di «stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri».

³ Art. 1, § 1, della decisione quadro 2002/946/GAI.

⁴ Art. 1, § 1, lett. a), della direttiva 2002/90/CE.

⁵ Art. 1, § 1, lett. b), della direttiva 2002/90/CE.

⁶ Vedi, più precisamente, S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2020, 143-177, spec. 145.

⁷ L'art. 1, § 3, della decisione quadro 2002/946/GAI impone infatti la previsione di pene detentive non inferiori agli 8 anni per condotte a scopo di lucro realizzate da un'organizzazione criminale o mettendo in pericolo la vita delle persone che ne sono vittime.

persona interessata – contemplata nell’art. 1, § 2, della direttiva – ha di fatto riservato ai legislatori nazionali un ampio margine di discrezionalità in sede di attuazione, che si è tradotto in soluzioni statali eterogenee e, in svariati casi, ben più stringenti rispetto a quanto richiesto dal *Facilitators Package* dell’Unione europea.

Osservando proprio l’esperienza italiana, così come quella francese – entrambe specifico oggetto di analisi del presente contributo – si può altresì sostenere che, nelle maglie lasciate aperte dal diritto europeo, la repressione penale di attività di aiuto e assistenza umanitaria sia di fatto divenuta strumento di controllo e protezione dei confini europei⁸. Si comprende, allora, come la questione più generale della gestione dei flussi di migranti in ingresso e del necessario temperamento di esigenze, da un lato, di solidarietà e rispetto dei diritti fondamentali e di valori costituzionali condivisi, dall’altro, di sicurezza pubblica e di sostenibilità (sociale, economica, lavorativa)⁹, sia divenuta una tra le più complesse, divisive, incerte, ma anche ineludibili tematiche che lo Stato italiano e l’Europa intera si trovano ad affrontare nella contemporaneità.

2. I recenti avanzamenti della giurisprudenza costituzionale francese e italiana sul favoreggiamento all’immigrazione irregolare

In Italia, come in Francia, l’attuazione degli obblighi internazionali ed europei si è tradotta nell’introduzione di strumenti di contrasto all’immigrazione irregolare divenuti negli anni sempre più stringenti e in una disciplina penale particolarmente repressiva e maggiormente attenta ai profili di sicurezza pubblica, a discapito di contrapposte esigenze di solidarietà.

Più recentemente, e in rapida sequenza temporale, il carattere eccessivamente punitivo delle normative introdotte dal legislatore nazionale, sia francese sia italiano, in materia di favoreggiamento all’immigrazione irregolare, ha imposto un intervento da parte del giudice costituzionale di entrambi gli ordinamenti nel senso di definire un argine al potere legislativo discrezionale, a garanzia di parametri costituzionali fondamentali, quali la *fraternité*, nel caso francese, o i principi di uguaglianza-ragionevolezza e di proporzionalità della sanzione penale, nel caso italiano. Tale giurisprudenza, ancorché moderata negli effetti rispetto alle attese, ha contribuito, sia in Francia che in Italia, a dare ordine alle regole esistenti e ad aprire una breccia significativa in una disciplina sino ad oggi particolarmente resistente rispetto a spinte contrarie di segno garantista. Le

⁸ Vedi, più in generale, V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union. Challenging the Preventive Paradigm*, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (Eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on “Crimmigration”*, Oxford, 2021, 25-45.

⁹ Con riferimento all’esperienza francese, si consenta il rinvio a S. Benvenuti, W. Chiaromonte, *Ingresso, lavoro e integrazione degli stranieri in Francia. Politiche in atto per una immigrazione choisie*, in *Ann. dir. comp.*, 2021, 381-426. Per un’analisi comparata sul piano europeo delle problematiche connesse al tema dell’immigrazione economica, v. P. Bonetti, M. D’Onghia, P. Morozzo della Rocca, M. Savino (cur.), *Immigrazione e lavoro. Quali regole? Modelli, problemi e tendenze*, Napoli, 2022.

pronunce in questione si pongono, inoltre, quale esito di un ragionamento giuridico che, nel bilanciamento di interessi contrapposti e nel richiamo di principi e valori condivisi, sembrano avvicinare il percorso argomentativo seguito dal *Conseil constitutionnel* francese a quello intrapreso più recentemente dalla Corte costituzionale italiana, tracciando una possibile strada comune per i futuri sviluppi giurisprudenziali in Europa.

2.1. La decisione n. 2018-717/718 QPC del *Conseil constitutionnel*: il “ridimensionamento” del c.d. *délit de solidarité*

Nella decisione n. 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018 il *Conseil constitutionnel* prende in esame la disciplina francese sul favoreggiamento all’immigrazione irregolare contenuta nel *Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile* (CESEDA), ridefinendo quello che nel gergo comune è chiamato il “*délit de solidarité*”, contemplato nell’allora vigente art. L. 622-1 (ora art. L. 823-9)¹⁰. Tale disposizione puniva con la reclusione fino a 5 anni e con una pena pecuniaria di 30.000 euro chiunque, direttamente o indirettamente, facilitasse (anche al solo scopo umanitario) l’ingresso, la circolazione e (fino a poco tempo prima) il soggiorno di uno straniero irregolare sul territorio francese.

La fattispecie aveva radici lontane, risalendo al Governo Daladier che l’aveva introdotta per la prima volta nel maggio 1938, nel *Décret-loi sur la police des étrangers*, ed era stata ripresa nei medesimi termini nel secondo dopoguerra dal Governo provvisorio della *République française*, con l’*Ordonnance* n. 45-2658 relativa alle condizioni di accesso e soggiorno degli stranieri in Francia. Una fattispecie che era stata poi più volte oggetto di modifiche e correzioni, assai spesso intese ad estenderne la portata, fino alla *Loi* n. 2012-1560 del 31 dicembre 2012, che aveva invece ampliato le cause di non punibilità (*ex* art. L. 622-4 CESEDA, ora art. L. 823-9 CESEDA) e depenalizzato l’aiuto al soggiorno irregolare dello straniero presente sul territorio francese (e precedentemente punito dall’art. L. 612-1 CESEDA).

Più precisamente, a norma dell’art. L. 622-4, terzo punto, l’«aide au séjour» di uno straniero irregolare non era punibile qualora compiuto da una persona fisica o giuridica, senza alcuna contropartita diretta o indiretta, e inteso a fornire consulenze legali, vitto, alloggio o cure mediche finalizzate ad assicurare condizioni di vita «dignes et décentes» allo straniero ovvero volte a preservarne dignità o integrità fisica. La finalità di mera assistenza umanitaria, gratuita e volontaria, valeva dunque a giustificare (e quindi a non rendere punibile) la sola condotta di individui o associazioni che favorissero il soggiorno nel territorio francese di stranieri irregolari in situazione di necessità. La medesima finalità non valeva, invece, a giustificare né l’aiuto all’«entrée» né quello alla «circulation irrégulière».

¹⁰ Per un commento, si consenta il riferimento a S. Benvenuti, *Il Conseil constitutionnel cancella il délit de solidarité... o no? L’aiuto all’ingresso, al soggiorno e alla circolazione di stranieri irregolari nel territorio francese in una recente decisione del Conseil constitutionnel*, in *Quest. giust.*, 7 settembre 2018. Vedi anche C. Chassang, *La fin du délit de solidarité à la française?*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2019, 169-189.

A partire soprattutto dall'estate 2015, e in un costante crescendo motivato dal pericolo del terrorismo, si assiste in Francia ad un "retour" alle frontiere interne¹¹. Complice il proclamato stato di emergenza, il processo di militarizzazione riguarda tutto il territorio francese, ma si concentra in particolare nella zona del confine franco-italiano, interessata ormai da tempo dal continuo transito di migranti e dal conseguente consolidarsi dell'azione di associazioni e volontari (i c.d. "solidali"), mossi dal fine altruistico di prestare assistenza alle persone in difficoltà. Nei luoghi strategici di snodo e di attraversamento della frontiera, sulle Alpi Marittime, vengono istituiti posti di blocco delle forze dell'ordine (*Points de Passages Autorisés* - PPA), più o meno permanenti, cui si aggiungono forme e attività di controllo di varia natura, realizzate da pattuglie mobili della *Gendarmerie* lungo le vie di collegamento stradale e ferroviario e nei principali punti di passaggio tra l'Italia e la Francia¹².

La vicenda portata all'attenzione del *Conseil constitutionnel* nella decisione oggetto della presente analisi riguarda, nello specifico, Cédric Herrou, contadino attivista della Val Roja, portavoce dell'*Association Roja citoyenne*, divenuto uomo-simbolo della difesa dei migranti in transito al confine franco-italiano¹³. Condannato in primo grado dal *Tribunal de Grande Instance* di Nizza e poi in appello dalla *Cour d'Appel* di Aix en Provence¹⁴ per

¹¹ Posti di blocco mobili e strumenti di controllo alle frontiere interne vengono posti in essere anche prima del 2015 (ad es. nel 2011 con l'arrivo al confine Ventimiglia/Mentone di migliaia di tunisini in fuga dalla rivoluzione), ma si consolidano in un vero e proprio processo di militarizzazione soprattutto a partire dalla fine del 2015 e poi, compiutamente, nel 2016 dopo gli attacchi terroristici di Parigi (dicembre 2015) e di Nizza (luglio 2016 e gennaio 2017). Alcuni dati significativi sono stati elaborati a seguito di un'attività di monitoraggio ai confini interni italiani, in particolare italo-francesi, da ASGI. Per approfondimenti, vedi il report consultabile [al 17 aprile 2024] al seguente link: <https://medea.asgi.it/wp-content/uploads/2020/11/report-attivita%CC%80-di-monitoraggio-2018-2019-def-1.pdf>. Vedi anche il *Rapport d'observation* 2017-2018 di Anafè, *Persona non grata. Conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne*, 2019. Una testimonianza accurata degli avvenimenti che hanno interessato in particolare Ventimiglia in quegli anni è rappresentata da G. Proglia, *Bucare il confine. Storie dalla frontiera di Ventimiglia*, Milano, 2020, spec. 114 ss. Vedi, in tal senso, anche E. Barnabà, V. Trentin, *Il Passo della Morte. Storie e immagini di passaggio lungo la frontiera tra Italia e Francia*, Formigine, 2019, nonché T. Maffei, A. Selvi, *Les sentinelles. Chroniques de la fraternité à Vintimille*, Paris, 2020. Con riferimento invece alla Val Roja, vedi L. Giliberti, *Abitare la frontiera. Lotte neorurali e solidarietà ai migranti sul confine franco-italiano*, Verona, 2020.

¹² Vedi, in tal senso, quanto ricostruito dall'Observatoire des migration dans les Alpes-Maritimes (ObsMigAM) nello studio *Le manège des frontières. Criminalisation des migrations et solidarités dans les Alpes-Maritimes*, Paris, 2020.

¹³ Il caso di Cédric Herrou è solo il più noto tra i molti esempi di solidarietà diffusa ai migranti in transito che caratterizza in particolare la Val Roja. Per un'analisi etnografica, vedi la ricostruzione di L. Giliberti, *Il ritorno delle frontiere interne in Europa e la solidarietà ai migranti in transito: il caso della Val Roja*, in *Rev. Interdisc. Mobil. Hum.*, vol. 28, 58, abr. 2000, 69-87.

¹⁴ Herrou è condannato in primo grado dal *Tribunal de Grande Instance* di Nizza, 10 febbraio 2017, n. 16298000008, ad una pena pecuniaria di 3.000 euro e in appello dalla *Cour d'Appel* di Aix-en-Provence, 13^e chambre, 8 agosto 2017, a quattro mesi di

favoreggiamento dell'ingresso, della circolazione e del soggiorno di stranieri irregolari, adita la *Cour de cassation*, Herrou solleva dinnanzi ad essa una *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) in riferimento all'art. L. 622-4 CESEDA, per presunta violazione degli artt. 8 e 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, come richiamata dal Preambolo della Costituzione, ed in particolare del «principe constitutionnel de fraternité». Sono due i vizi di incostituzionalità evidenziati: 1) l'«immunité» prevista al punto 3 della disposizione considerata, nella formulazione allora vigente, troverebbe applicazione solo per la condotta di aiuto al «soggiorno» di uno straniero irregolare, e non anche per l'aiuto all'«ingresso» e alla «circolazione»; 2) anche in caso di aiuto al soggiorno, l'*immunité* non coprirebbe ogni atto umanitario privo di scopo di lucro, bensì solo quelli espressamente menzionati dalla disposizione, risultando, pertanto, imprecisa ed eccessivamente restrittiva, anche avuto riguardo ai principi costituzionali di legalità, tassatività ed eguaglianza dinnanzi alla legge.

La *Cour de cassation*, ritenuta la questione rilevante ai fini della decisione e «pas dépourvue de caractère sérieux»¹⁵, sospende il processo e rimette la QPC al *Conseil constitutionnel*¹⁶, il quale accoglie in parte i rilievi presentati.

Come già anticipato, il *Conseil constitutionnel* circoscrive il *délit de solidarité* alla sola ipotesi di aiuto all'ingresso in Francia dello straniero irregolare, ritenendo invece contrario a Costituzione il reato di aiuto alla circolazione (oltre che al soggiorno) dello stesso, se motivato da ragioni esclusivamente umanitarie.

Quel che ci preme evidenziare è il ragionamento seguito dai giudici costituzionali per giungere alla decisione che muove, in particolare, dal concetto di *fraternité*, per la prima volta richiamato espressamente quale «principe à valeur constitutionnelle». Da esso, il *Conseil* deduce una «liberté d'aider autrui», implicita nel fine solidaristico che, come tale, non può tener conto della regolarità o meno della persona straniera presente sul territorio e deve essere attentamente considerata dal legislatore nel bilanciamento (pur possibile ed opportuno) con esigenze ugualmente tutelate di ordine e sicurezza pubblica. La causa di esclusione della punibilità contemplata nell'art. L. 622-4 CESEDA (allora vigente) può trovare applicazione solo a

reclusione, per aver ospitato nella propria abitazione, prestato assistenza e trasporto a circa 200 migranti in condizione irregolare.

¹⁵ Art. 23-2 dell'*Ordonnance* n. 58-1067 del 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*. Per un approfondimento sul filtro effettuato dalla *Cour de cassation* in sede di valutazione della QPC e, più in generale, sul controllo di costituzionalità in Francia dopo la riforma costituzionale del 2008, si permetta il rinvio a S. Benvenuti, *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e "dialogo" tra corti*, Napoli, 2016.

¹⁶ *Cour de cassation, ch. crim.*, 9 maggio 2018, *affaire* n. 17-85736. A tale ordinanza, se ne aggiunge una seconda, la n. 17-85737, dello stesso 9 maggio 2018, con riguardo ad un caso analogo di favoreggiamento all'ingresso irregolare, ovvero quello relativo a Pierre-Alain Mannoni, anch'egli condannato in primo grado dal *Tribunal de Grande Instance* di Nizza, il 6 gennaio 2017 (*arrêt* n. 16293000004), e poi in appello dalla *Cour d'Appel* d'Aix-en-Provence, l'11 settembre 2017 (*arrêt* n. 2017-628), per aver aiutato alcune persone di origine eritrea a varcare il confine tra Italia e Francia. Di casi analoghi, riferiti a "solidari" sia francesi che italiani, se ne possono segnalare molti. Per la ricostruzione di alcuni di essi e per approfondimenti, vedi www.gisti.org.

favore di colui che, per ragioni familiari o umanitarie, ha favorito il “soggiorno”, e non anche la “circolazione”, di stranieri irregolari; sanzionando penalmente ogni forma di aiuto alla circolazione, compresa quella mossa da fini solidaristici, il legislatore non avrebbe dunque garantito un giusto contemperamento dei diversi interessi in gioco: così posta, la disciplina risulta eccessivamente restrittiva e contraria alla Costituzione per violazione del principio di fraternità. Quest’ultimo, d’altro canto, non comporta il riconoscimento allo straniero di un “diritto assoluto” di soggiorno e circolazione sul territorio francese e non giustifica il comportamento di chi, ancorché motivato dagli stessi intenti umanitari, abbia agevolato l’ingresso irregolare in Francia: la differenza di disvalore tra il contribuire a “determinare” e il contribuire a “mantenere” una situazione di illegalità spiega allora il mero ridimensionamento del *délit de solidarité* e non anche la sua definitiva cancellazione¹⁷.

Ad ogni buon conto, sebbene la decisione non si spinga al punto di censurare il delitto di favoreggiamento all’ingresso irregolare, il richiamo esplicito a valori fondamentali e tradizionali come la fraternità ha inteso ribadire l’opportunità di interventi legislativi equilibrati e non *disproportionnés* rispetto ai fini perseguiti¹⁸.

2.2 (Segue) La decisione n. 2023-863 DC sulla nuova legge sull’immigrazione francese: una conferma di segno garantista

Il 25 gennaio 2024 il *Conseil constitutionnel* torna a pronunciarsi in materia di immigrazione, adito in via preventiva dal Presidente della Repubblica, dal Presidente dell’Assemblea nazionale, da sessanta deputati e da sessanta senatori in riferimento alla legge “*pour contrôler l’immigration, améliorer l’intégration*” adottata dal Senato il 19 dicembre 2023.

Il *projet de loi* era stato presentato al Consiglio dei ministri il 1° febbraio 2023 da Gérald Darmanin, Ministro degli Interni e dei territori *d’outre-mer*, Éric Dupond-Moretti, Ministro della giustizia, e Olivier Dussopt, Ministro del lavoro. Il testo aveva poi subito la *navette* tra i due rami del Parlamento

¹⁷ I rilievi evidenziati dal *Conseil constitutionnel* sono stati accolti dalla *Loi* n. 2018-778 del 10 settembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d’asile effectif et une intégration réussie*, che ha modificato la disciplina del CESEDA secondo le indicazioni del giudice costituzionale. La legge è stata ritenuta costituzionalmente legittima dal *Conseil constitutionnel* in sede di controllo preventivo. L’art. 38 della stessa, inserito nel titolo III volto a «renforcer l’efficacité de la lutte contre l’immigration irrégulière», ha tuttavia introdotto nel nuovo art. L. 823-9 del CESEDA (come mod. dalla *Ordonnance* n. 2020-1733 del 16 dicembre 2020) il riferimento a un *but* «exclusivement» *humanitaire*. Tale formulazione ha di fatto aperto la porta alla possibilità di condannare persone che agiscono per finalità non solo umanitarie, ma anche politiche o militanti.

Relativamente al caso specifico di Cédric Herrou, a seguito della pronuncia del *Conseil constitutionnel*, la *Cour de cassation, ch. crim.*, 12 dicembre 2018, n. 17-85736, ha cassato la decisione della *Cour d’Appel* di Nizza e rinviato alla *Cour d’Appel* di Lione, la quale, il 13 maggio 2020, ha deciso per il rilascio di Herrou, confermato definitivamente in Cassazione il 31 marzo 2021.

¹⁸ In riferimento al concetto di fraternità, alle sue radici profonde in Francia e in Europa e alla sua evoluzione, si permetta il rinvio a S. Benvenuti, *Giudici e solidarietà in tempo di crisi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2017, 209.

francese sino alla nomina di una *commission mixte paritaire* che, superando non poche resistenze, ne aveva consentito la definitiva approvazione. Il disegno iniziale, di soli 27 articoli, nel corso dell'iter parlamentare si era arricchito di molteplici emendamenti, in larga parte introdotti in sede di discussione al Senato, i cui contenuti avevano destato non poche perplessità all'interno dello stesso Esecutivo, a causa di alcune misure di chiaro orientamento lepenista in essi accolte¹⁹.

Così, il testo finale, divenuto di ben 86 articoli e decisamente inasprito rispetto alla precedente versione, è stato sottoposto al vaglio del *Conseil constitutionnel* su iniziativa, primo fra tutti, del Presidente Macron, nel tentativo di favorirne la promulgazione nella sua interezza malgrado le opposizioni interne alla stessa maggioranza.

La legge tocca molteplici aspetti del diritto dell'immigrazione: dall'accesso al lavoro e alle prestazioni sociali, ai percorsi di integrazione e di acquisizione della cittadinanza, dalla disciplina dei permessi di soggiorno e del diritto d'asilo, al controllo delle frontiere e alla lotta all'immigrazione irregolare, alle misure di espulsione per gli stranieri che rappresentino "una minaccia grave" per l'ordine pubblico.

Nella decisione n. 2023-863 DC del 25 gennaio 2024, tuttavia, più di un terzo delle disposizioni approvate vengono censurate in tutto o in parte dai giudici costituzionali: 32 per motivi di procedura, poiché ritenute "*cavaliers législatifs*" (prive, cioè, di un legame sufficiente con il testo iniziale²⁰), e 3 per motivi sostanziali in riferimento a principi e valori costituzionali.

Oltre alle misure più restrittive, limitative - ad esempio - dell'accesso per gli stranieri all'assistenza sanitaria e ad alcune *allocations* (vedi i c.d. *aides personnelles au logement* o le *allocations familiales*), cade l'istituzione di "*quotas migratoires*", che la legge avrebbe inteso attribuire alla decisione, ogni anno, del Parlamento a regolazione degli ingressi. Ugualmente, viene attenuato il rigore della nuova disciplina sui permessi di soggiorno ed eliminate le previsioni che avrebbero voluto inasprire i criteri per il ricongiungimento familiare o condizionare ad un'espressa richiesta in tal senso l'acquisizione della cittadinanza per i nati in Francia da genitori stranieri. I giudici costituzionali ritengono, poi, contraria alla Costituzione l'introduzione dell'obbligo per gli studenti stranieri di versare una "cauzione" (la c.d. "*caution de retour*") che sarebbe stata poi trattenuta nel caso di loro rifiuto a rientrare in patria a studi conclusi.

¹⁹ Il Senato, ad es., aveva previsto la trasformazione per gli stranieri dell'*Aide médicale d'État* (AME) nel più limitato *Aide médicale d'urgence* (AMU). Tuttavia, tale misura viene soppressa dalla *commission mixte paritaire* e non risulta nel testo finale approvato e sottoposto al controllo preventivo del *Conseil constitutionnel*.

²⁰ Ai sensi del comma primo dell'art. 45 della Costituzione, «tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis». Ad avviso del *Conseil constitutionnel*, alcune disposizioni introdotte nel corso della *navette parlementaire* non presentano un simile legame e vengono censurate perché adottate secondo una procedura contraria alla Costituzione, senza che sia necessario vagliarne il contenuto. Tra queste, vi rientrano alcune nuove regole introdotte in materia di permessi di soggiorno, nonché quelle relative all'accesso alle prestazioni sociali o intese a condizionare l'ottenimento della cittadinanza francese.

Infine, l'art. 38 del testo approvato dal Senato avrebbe voluto modificare gli artt. L. 331-2 e L. 813-10 del CESEDA al fine di autorizzare il rilievo, anche senza consenso, di impronte digitali e di immagini fotografiche per lo straniero sottoposto a procedura di controllo. Il legislatore avrebbe inteso così facilitare l'identificazione degli stranieri in condizione irregolare. Tuttavia, la mancata previsione di un'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, preceduta da un'istanza motivata che ne dimostri la necessità in quanto «unique moyen d'identifier la personne qui refuse de s'y soumettre», unita all'esigenza di garantire il diritto all'assistenza legale per lo straniero sottoposto a controllo, conducono il giudice costituzionale francese a ritenere la misura contraria alla Costituzione per violazione della libertà personale, del principio di dignità della persona umana, nonché *ex art. 9* della Dichiarazione del 1789.

La *Loi n. 2024-42 "pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration"* è promulgata dal Presidente della Repubblica il 26 gennaio 2024 tenendo conto delle indicazioni del *Conseil constitutionnel*. Malgrado essa continui a sollevare critiche per l'eccessivo rigore della disciplina e per quella certa "*préférence nationale*" che parrebbe ancora ispirare talune delle misure introdotte, non può essere negata l'importanza dell'intervento del giudice costituzionale nel senso di riequilibrarne quantomeno il tenore nel rispetto di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

2.3 La sentenza n. 63 del 2022 della Corte costituzionale sul favoreggiamento all'immigrazione irregolare

Le considerazioni portate dal *Conseil constitutionnel* a sostegno della decisione n. 2018-717/718 QPC inducono ad una riflessione comparata sulla fattispecie penale italiana del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, recentemente interessata da un'importante pronuncia della Corte costituzionale, la n. 63 del 2022²¹, che pare porsi in linea con quanto affermato dai giudici francesi. La sentenza in questione sembra infatti aprire una breccia nella disciplina vigente – introdotta per la prima volta ad opera della legge n. 39 del 1990 (la c.d. "legge Martelli") e oggi contenuta essenzialmente nell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998 (T.U. Immigrazione)²² – e lascia presagire sviluppi giurisprudenziali ulteriori, di segno marcatamente garantista.

Quella stessa necessità evidenziata dal *Conseil constitutionnel* di assicurare un corretto bilanciamento tra, da un lato, il bene giuridico protetto dell'ordine pubblico, connesso alla gestione ordinata dei flussi migratori, dall'altro, il principio costituzionale di solidarietà, sotteso all'azione di coloro che prestano aiuto senza scopo di lucro ai migranti presenti nel territorio dello Stato, trova espressione in Italia in una specifica

²¹ Corte cost., decisione del 8 febbraio 2022, in GU 16 marzo 2022, n. 11. A commento, si permetta il rinvio a S. Benvenuti, *Solidarietà contro favoreggiamento all'immigrazione irregolare. Dalla Francia all'Italia la traccia per una strada comune in Europa*, in *Quest. giust.*, dicembre 2022.

²² La disciplina contenuta nel T.U. Immigrazione è stata più volte modificata, anche in adempimento di obblighi internazionali ed europei, e da ultimo con la legge n. 94 del 2009 contenente "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica".

causa di giustificazione – la c.d. scriminante umanitaria – contemplata nel comma secondo dell'art. 12 T.U. Immigrazione. Questo stabilisce che, «[f]ermo restando quanto previsto dall'art. 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato». Come nel caso francese, tuttavia, la scriminante non consente di escludere dall'area della punibilità la condotta di aiuto all'ingresso dello straniero irregolare e ha trovato finora scarsa applicazione in giurisprudenza²³, evidenziando nella sua formulazione, peraltro, qualche dubbio di costituzionalità²⁴.

Anche nel giudizio *a quo* della decisione costituzionale in esame, l'illegittimità della scriminante umanitaria, sollevata dalla difesa per presunta violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.) e del diritto alla dignità umana (art. 2 Cost., artt. 11, 117, 1 Carta dei diritti fondamentali UE), per la parte in cui non prevede la sua applicazione anche a migranti che non si trovino in Italia, non ha trovato accoglimento davanti al Tribunale di Bologna, giudice rimettente. Quest'ultimo, infatti, ha ritenuto la questione irrilevante ai fini del giudizio, non potendosi dirsi provati né la finalità umanitaria perseguita dalla imputata, né lo stato di bisogno delle persone straniere aiutate²⁵.

Il caso di specie riguardava, più precisamente, una donna di origine congolese, giunta all'aeroporto di Bologna con un volo internazionale proveniente da Casablanca insieme alla figlia e alla nipote (entrambe minorenni), esibendo documenti di identità falsi. La donna era stata subito arrestata con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, aggravato dall'utilizzo di un servizio di trasporto internazionale e di documenti contraffatti.

Il reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare è configurato nel comma 1 dell'art. 12 T.U. Immigrazione, mediante la previsione di condotte specifiche tra loro alternative (ovvero il “promuovere”, “dirigere”, “organizzare”, “finanziare” o “effettuare il trasporto” di stranieri nel territorio dello Stato) e di una clausola di chiusura (ovvero il compiere «altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso») che qualifica la fattispecie come reato a forma libera e di pericolo concreto, dunque a consumazione anticipata²⁶. Il comma 3 dello stesso art. 12 enuclea, poi, cinque circostanze aggravanti, alternativamente previste nelle lettere da *a*) a *e*), a cui la disposizione “faceva” in generale (fino alla pronuncia della Corte costituzionale che ne ha ridimensionato la portata) conseguire un notevole inasprimento della cornice edittale: in aggiunta alla multa, già prevista per

²³ In tal senso, vedi C. Siccardi, *L'incostituzionalità parziale dell'art. 12 lett. d) del Testo unico sull'immigrazione: profili sostanziali e processuali*, in *ADiM Blog*, aprile 2022.

²⁴ Vedi i rilievi già precedentemente evidenziati da S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, cit., 163-167.

²⁵ Vedi l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bologna, I sez. penale, 1° dicembre 2020, punto 4; a commento, vedi S. Zirulia, *Alla Corte costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare*, in *Sistema Penale*, 7 dicembre 2020.

²⁶ E. Cipani, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore, la pena illegale e il principio di offensività: la pronuncia della Corte costituzionale n. 63 del 2022 e le sue “ricadute” di sistema*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 3, 2022, 1231-1255, spec. 1235-1236.

il delitto base, la reclusione veniva portata da cinque a quindici anni (quintuplicando il minimo e triplicando il massimo).

La sentenza n. 63 del 2022 prende in esame, in particolare, le due sotto ipotesi di aggravante speciale contemplate nella lett. *d*), relative all'utilizzo di servizi internazionali di trasporto ovvero di documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti. L'aumento della pena detentiva stabilita per le due ipotesi in questione viene ritenuto incostituzionale in riferimento al principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione e al principio di proporzionalità della sanzione penale di cui agli artt. 3 e 27, comma 3, della Costituzione.

La decisione è interessante per almeno due ordini di ragioni. La prima di queste riguarda la fattispecie penale del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: malgrado l'incostituzionalità si limiti ad un aspetto specifico della disciplina, la stessa, per l'impianto argomentativo che la sorregge e per gli approdi giurisprudenziali che ne seguono, lascia presagire un ripensamento complessivo della materia. La seconda ragione di interesse attiene al giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative in materia di immigrazione, il quale, avvalendosi di un test di proporzionalità più stringente, comporta un bilanciamento degli interessi in gioco maggiormente attento ai diritti fondamentali che la Costituzione protegge ugualmente nei confronti dei cittadini e degli stranieri.

La Corte muove il suo ragionamento individuando, innanzitutto, l'oggetto di tutela comune all'intera gamma delle ipotesi delittuose descritte dall'art. 12 T.U. Immigrazione: la gestione ordinata dei flussi migratori. Quest'ultima costituisce, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale²⁷, un «bene giuridico strumentale» alla salvaguardia di svariati «beni pubblici finali», di «sicuro rilievo costituzionale», «susceptibili di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata». Tra questi rientrerebbero, in particolare, gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica. Infatti, il potere di disciplinare giuridicamente l'immigrazione – aveva già affermato la Corte²⁸ – costituisce un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio. In tal senso, il presidio delle frontiere e la regolazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri si collegano alla «ponderazione di svariati interessi pubblici»²⁹; ponderazione che rientra nella piena discrezionalità del legislatore e che può legittimamente includere «valutazioni afferenti alla “sostenibilità” socio-economica del fenomeno»³⁰.

L'ampia discrezionalità riconosciuta in materia al legislatore, del resto, risulta limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo della non manifesta irragionevolezza delle scelte legislative; vincolo

²⁷ In particolare, Corte cost., decisione del 5 luglio 2010, n. 250, in GU 14 luglio 2010.

²⁸ Ancora Corte cost., sentenza n. 250 del 2010, spec. cons. dir. 6.3; ma v. anche Corte cost., decisione del 7 maggio 2008, n. 148, in GU 21 maggio 2008, cons. dir. 3 e Corte cost., decisione del 18 dicembre 2003, n. 5, in GU 21 gennaio 2004, cons. dir. 2.2.

²⁹ Così già in Corte cost., decisione del 10 febbraio 1994, n. 62, in GU 2 marzo 1994, cons. dir. 4; poi ripresa in svariate occasioni: v., ad es., Corte cost., decisione del 17 maggio 2006, n. 206, in GU 31 maggio 2006, cons. dir. 4, e Corte cost., sentenza n. 148 del 2008, cit., cons. dir. 3.

³⁰ Corte cost., sentenza n. 250 del 2010, cit.

che, per lungo tempo, è stato interpretato dalla giurisprudenza costituzionale in modo non particolarmente stringente. Anche nella sentenza da ultimo richiamata – la n. 250 del 2010 – la Corte costituzionale ritiene del tutto legittimo il potere di modulare, «in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse», la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia, determinando la risposta sanzionatoria più adeguata agli illeciti perpetrati (cons. dir. 6.3). La possibilità di porre limiti all'accesso degli stranieri nel territorio italiano non incontrerebbe ostacolo assoluto nemmeno nel principio di solidarietà (*ex art. 2 Cost.*), entrando anch'esso nel corretto bilanciamento dei valori in gioco (cons. dir. 8).

Uguualmente, nella già richiamata sentenza n. 206 del 2006, la Corte considera la scelta del legislatore di escludere la legalizzazione dei rapporti di lavoro dei cittadini extracomunitari colpiti da provvedimenti di espulsione con accompagnamento alla frontiera non manifestamente irragionevole, tenuto conto del complesso degli interessi tutelati (cons. dir. 4). Con riferimento al tema dell'espulsione, del resto, lo stesso principio di eguaglianza (*ex art. 3 Cost.*), sotto il profilo della disparità di trattamento, deve essere portato in relazione alla concreta fattispecie oggetto della disciplina. Alla luce della diversa posizione assunta dallo straniero, rispetto al cittadino, circa la libertà di ingresso e permanenza nel territorio italiano, l'attribuzione al giudice del potere di disporre l'immediata espulsione dello straniero extracomunitario sottoposto a custodia cautelare ovvero condannato in via definitiva con pena detentiva non superiore ai tre anni non appare arbitraria e risulta sorretta da criteri logici e razionali³¹.

Infine, fino ad una giurisprudenza recentissima, la Corte ha ritenuto non manifestamente irragionevole condizionare il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo, ancorché il diniego non sia sorretto da uno specifico giudizio di pericolosità sociale riferito al soggetto interessato. Il c.d. "automatismo espulsivo" – spiega la Corte – altro non sarebbe che «un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione»³². Quest'ultimo rilievo, tuttavia, è stato superato dalla più recente sentenza n. 88 del 2023 (su cui torneremo tra poco), la quale ha ritenuto un simile automatismo suscettibile di incidere «in modo sproporzionato e irragionevole» sui diritti fondamentali degli stranieri e, come tale, incostituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione e dell'art. 8 della Cedu³³.

Ritornando alla decisione n. 63 del 2022, cuore delle censure evidenziate dal giudice *a quo* è la manifesta irragionevolezza dell'aumento della pena detentiva stabilito per le due ipotesi aggravate previste nella lettera *d*) del comma 3 dell'art. 12 T.U. Immigrazione (nei termini di una quintuplicazione del minimo e di una triplicazione del massimo), rispetto alla pena prevista per il reato base (*ex comma 1 dell'art. 12 T.U. Immigrazione*). Malgrado la Corte ribadisca l'ampia discrezionalità legislativa nella

³¹ Corte cost., sentenza n. 62 del 1994, cit.

³² Corte cost., sentenza n. 148 del 2008, cit.

³³ Corte cost., decisione del 9 marzo 2023, n. 88, in GU 10 maggio 2023.

quantificazione delle pene, al tempo stesso essa sottolinea in generale il limite della «manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria». Tale limite è da intendersi sia «in relazione alle pene previste per altre figure di reato», sia rispetto alla «intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato»; esso esclude, pertanto, che «la severità della pena comminata dal legislatore possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, in particolare, ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata, vincolando così il giudice all'inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità» (cons. dir. 4.1).

Con riferimento al caso di specie, ne consegue che la previsione di una sanzione penale di carattere detentivo (reclusione da uno a cinque anni) per il reato base di favoreggiamento all'ingresso irregolare può dirsi proporzionata rispetto al fine perseguito, nonché perfettamente in linea con gli obblighi internazionali ed europei. Diversamente, risulta «manifestamente irragionevole» (e anche «un'assoluta anomalia "intrasistemica" rispetto alle scelte sanzionatorie del codice penale e della legislazione di settore» - cons. dir. 4.4.2) il drastico innalzamento della cornice edittale previsto per le ipotesi aggravate attribuite nel caso in questione (utilizzo di servizi internazionali di trasporto e di documenti falsi), poiché né l'una né l'altra condotta implicano necessariamente il coinvolgimento dell'agente in un'attività di traffico internazionale di migranti. Occorre infatti distinguere, e dunque differenziare nel trattamento sanzionatorio, le diverse fattispecie concrete riconducibili alla figura delittuosa complessa descritta dall'art. 12 T.U. Immigrazione, tenendo separato il caso, astrattamente ascrivibile alla fattispecie, dell'illecito episodico o occasionale, commesso («una tantum») da singoli o gruppi di individui, prestando aiuto altruistico e senza finalità di lucro, in ragione del particolare legame con gli stranieri agevolati: trattasi di fenomeno radicalmente diverso rispetto all'attività di trasporto illegale di migranti posta in essere da organizzazioni criminali a scopo di lucro o sfruttamento.

Sul piano criminologico, peraltro, la differenza trova riscontro nel trattamento ben più severo previsto dalle circostanze aggravanti di cui ai commi 3-bis e 3-ter dell'art. 12³⁴. Come la Corte aveva già avuto modo di affermare nella sentenza n. 331 del 2011³⁵, la figura delittuosa in considerazione «viene (...) a ricomprendere fattispecie concrete marcatamente differenziate tra loro», che possono assumere «le più disparate connotazioni». È ragionevole distinguere, allora, «il fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, rigidamente strutturato e dotato di ingenti mezzi, che specula abitualmente sulle condizioni di bisogno dei migranti, senza farsi

³⁴ Le pene sono infatti ulteriormente aumentate nel caso in cui concorrano due o più delle circostanze considerate (comma 3-bis), emergano finalità di prostituzione, sfruttamento sessuale o lavorativo, l'ingresso riguardi minori da impiegare in attività illecite ovvero qualora i fatti siano stati commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto (comma 3-ter). Sul punto, v. S. Zirulia, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestato un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2022.

³⁵ Corte cost., decisione del 12 dicembre 2011, n. 331, in GU 21 dicembre 2011.

scrupolo di esporli a pericolo di vita», dall'azione (pur illecita) di aiuto solidale commessa dal singolo o da gruppi senza finalità di lucro³⁶.

Inoltre, in caso di favoreggiamento individuale o altruistico, lo straniero risulta essere "beneficiario" della condotta illecita, e non "vittima" della stessa, come invece accade quando esposto, per fini criminali o di profitto, a pericolo per la propria vita o incolumità, a trattamenti inumani e degradanti o al rischio di sfruttamento sessuale o lavorativo (v. le altre ipotesi aggravanti). La maggiore severità punitiva trova infatti ragione nella volontà di proteggere anzitutto i diritti fondamentali delle persone trasportate o illegalmente introdotte nel territorio dello Stato, che spesso versano in stato di estremo bisogno, e non solo l'ordine e la sicurezza dei confini³⁷. Anche per questo motivo, l'aggravante censurata risulta affetta da manifesta irragionevolezza: le modalità di condotta selezionate sono «radicalmente prive di *surplus* di disvalore rispetto alla fattispecie base» (nel caso di utilizzo di servizi internazionali di trasporto) o risultano già adeguatamente sanzionate (nel caso di utilizzo di documenti contraffatti, alterati o illegalmente ottenuti) nell'ambito dei reati di falso.

Con particolare riguardo a quest'ultimo caso, inoltre, può essere facilmente superata anche l'obiezione formulata dall'Avvocatura dello Stato, a giustificazione della maggiore severità sanzionatoria, per cui l'azione di procurarsi un documento falso implicherebbe, di regola, il contatto dell'agente con l'organizzazione criminale: può ben trattarsi, infatti, di contatto episodico, che non implica necessariamente il coinvolgimento stabile dell'agente in un'organizzazione criminale dedita al traffico internazionale di migranti (cons. dir. 4.5).

Infine, relativamente all'utilizzo di mezzi internazionali di trasporto, vista la dimensione transnazionale del fenomeno dell'immigrazione irregolare, tali modalità di condotta sono da ritenersi assolutamente ordinarie e persino «fisiologiche»³⁸.

In definitiva, la Corte costituzionale – come il *Conseil constitutionnel* aveva già fatto nella decisione n. 2018-717/718 QPC – ribadisce (certamente) la rilevanza e meritevolezza del bene giuridico sotteso alla disciplina – la gestione ordinata dei flussi migratori –, e riconosce al legislatore discrezionalità nel regolare (anche penalmente) l'ingresso sul territorio italiano e nel contemperare con esigenze di solidarietà interessi ugualmente protetti dall'ordinamento, quali la sicurezza e l'ordine pubblico. Al tempo stesso, tuttavia, il giudice costituzionale sembra voler attenuare l'eccessivo rigore della disciplina italiana, non giustificabile a motivo dell'attuazione di obblighi internazionali e dell'Unione europea (ben più

³⁶ Nella sentenza n. 331 del 2011, cit., in ragione della eterogeneità delle fattispecie rinvenibili in concreto, la Corte dichiara illegittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, prevista allora nel comma 4-*bis* dell'art. 12 T.U. Immigrazione, dal momento che essa implica «una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del "minore sacrificio necessario"».

³⁷ Così, Corte cost., decisione del 5 aprile 2017, n. 142, in GU 28 giugno 2017.

³⁸ Si veda, in proposito, l'opinione scritta presentata in veste di *amicus curiae* dall'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM) in riferimento alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 3, lett. d), del T.U. Immigrazione, sollevata con ord. del 1° dicembre 2020 dal Tribunale di Bologna (GU 1° Serie Speciale - Corte cost. del 30 giugno 2021, n. 26).

contenuti nelle misure richieste). E anche il confronto con altri paesi europei non varrebbe a sostenere l'opportunità di una simile severità punitiva; compreso quello con la Francia, ove il ricorso a servizi internazionali di trasporto è irrilevante ai fini delle aggravanti previste dall'art. 622-5 del CESEDA, mentre l'uso di documenti falsi è punibile (*ex art. 441-1 del Code pénal*) con una pena detentiva fino a tre anni e 45 mila euro di *amende*.

3. Sviluppi giurisprudenziali e tendenze evolutive in Europa: rilievi conclusivi

La giurisprudenza costituzionale francese e italiana più recente in materia di immigrazione pare, in definitiva, accogliere una visione complessiva del fenomeno immigrazione garantista dei diritti fondamentali degli stranieri e orientata ai principi di solidarietà ed eguaglianza sanciti dalla Costituzione. Se per un verso, infatti, i giudici confermano l'ampia discrezionalità legislativa nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, per un altro richiamano il legislatore ad una più attenta considerazione delle possibili fattispecie rinvenibili in concreto, cui deve conseguire una diversa modulazione dell'esercizio del potere punitivo.

In proposito, è interessante osservare l'impiego incrementale del principio di ragionevolezza nel giudizio sulle scelte legislative operato dalla Corte costituzionale italiana; giudizio che si avvale, nell'argomentazione, di un test di proporzionalità (della pena, ma non solo) esplicitato con maggior precisione nei contenuti e, conseguentemente, sempre più dirimente nella decisione sulla fondatezza o meno della questione di costituzionalità³⁹.

Conferma del recente orientamento è la sentenza n. 88 del 2023 (*supra* ricordata)⁴⁰, successiva alla decisione n. 63 del 2022 e perfettamente in linea con questa nel porre l'attenzione sulla sfera dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione «nei confronti del cittadino e del non cittadino» e suscettibili di risultare lesi dalla disciplina dell'immigrazione.

La questione veniva sollevata dal Consiglio di Stato con riguardo all'art. 4, comma 3, T.U. Immigrazione, che stabilisce le condizioni di ammissione dello straniero nel territorio italiano e fa discendere dalla condanna per alcune tipologie di reati (compreso il c.d. "piccolo spaccio" di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, più volte modificato) la conseguenza automatica del diniego di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro. L'automatismo posto dalla norma pone un dubbio di costituzionalità con riferimento ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità (di cui all'art. 3 Cost.), anche alla luce dell'art. 8 della Cedu, richiamato come parametro interposto (*ex art. 117, primo comma, Cost.*); dubbio che la Corte ritiene fondato.

Nel bilanciamento tra due diritti – spiega in generale la Corte – il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative «si avvale del test di

³⁹ Per una ricostruzione anche comparatistica del tema, si veda F. Falorni, *Verso una compiuta elaborazione del "test di proporzionalità"? La Corte costituzionale italiana al passo con le altre esperienze di giustizia costituzionale*, in *DPCE*, 4, 2020, 5307.

⁴⁰ Vedi la nota di LV. Lo Giudice, *Immigrazione e stupefacenti: dalla Consulta il richiamo a ragionevolezza e proporzionalità*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della giurisprudenza, maggio 2023.

proporzionalità». Esso impone di valutare (come da giurisprudenza costante) se la norma oggetto di scrutinio (nella misura e nelle modalità applicative) sia «necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti». Tale è la norma che, tra più misure appropriate, «prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»⁴¹.

Riportato al caso di specie, un simile vaglio implica il bilanciamento tra le ragioni che giustificano la misura dell'allontanamento dello straniero in conseguenza della commissione di un reato e quelle che si pongono a tutela del diritto dell'interessato «a non essere sradicato dal luogo» in cui lo stesso intrattiene «la parte più significativa dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi»⁴². La discrezionalità riconosciuta al legislatore in materia di immigrazione, infatti, «non è assoluta»⁴³: deve ragionevolmente contemperare l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato con la salvaguardia dei diritti dello straniero; non può dunque giustificare la previsione di un meccanismo automatico come quello in questione, tipico delle presunzioni assolute, che non consente all'Amministrazione di fondare la propria decisione circa il rilascio o meno del permesso di soggiorno sulla «conoscenza e la valutazione ad ampio raggio della situazione individuale dello straniero colpito dal provvedimento restrittivo»⁴⁴.

Il descritto approdo giurisprudenziale, del resto, si pone in linea con gli orientamenti della Corte di Strasburgo in riferimento all'art. 8 della Cedu. Già nella sentenza 18 ottobre 2006, *Üner c. Olanda*, la *Grande Chambre* aveva specificato i criteri che consentono di valutare se la misura dell'allontanamento di uno straniero potesse dirsi «necessaria» e «proporzionata», individuando tra questi: la natura e la serietà del reato commesso, la durata della permanenza nel territorio dello Stato, il tempo trascorso dalla commissione del reato, la situazione familiare dello straniero, ecc. Tali criteri, confermati e arricchiti dalla giurisprudenza successiva della Corte Edu, sono espressamente richiamati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 88 del 2023, a sostegno dell'opportunità di una valutazione in concreto di tutti gli elementi del caso e dunque del superamento del precedente orientamento: «l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e convenzionale in tema di proporzionalità» – conclude la Corte – «si è sviluppata particolarmente con riguardo all'art. 8 Cedu» e «impone ora la diversa soluzione qui adottata»⁴⁵.

Infine, a conferma di una tendenza progressivamente più garantista dei diritti fondamentali degli stranieri, si segnala il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea deciso dal Tribunale di Bologna, Prima sezione penale, il 17 luglio 2023, con riguardo proprio al caso su cui era intervenuta la pronuncia della Corte costituzionale n. 63 del 2022. Le

⁴¹ Corte cost., sentenza n. 88 del 2023, cit., cons. dir. 6.3.1.

⁴² Corte cost., ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, n. 217 del 2021, decisione del 21 ottobre 2021, in GU 24 novembre 2021, n. 47.

⁴³ Corte cost., decisione del 3 luglio 2013, n. 202, in GU 24 luglio 2013, spec. cons. dir. 4.3.

⁴⁴ Corte cost., sentenza n. 88 del 2023, cit., cons. dir. 6.3.2.

⁴⁵ Corte cost., sentenza n. 88 del 2023, cit., cons. dir. 6.4.1.5. La Corte, in proposito, supera le conclusioni cui era pervenuta nella sentenza n. 148 del 2008, cit.

questioni pregiudiziali interrogano il giudice europeo circa la compatibilità della normativa UE (il c.d. “*Facilitators Package*” di cui *supra*) e dell’art. 12 T.U. Immigrazione, che ne costituisce attuazione, rispetto alla Carta dei diritti fondamentali e, segnatamente, al principio di proporzionalità di cui all’art. 52, § 1, letto congiuntamente al diritto alla libertà personale e al diritto al patrimonio (*ex artt. 6 e 17*), nonché ai diritti alla vita e all’integrità fisica (*ex artt. 2 e 3*), al diritto di asilo (*ex art. 18*) e al rispetto della vita familiare (*ex art. 7*). La disciplina italiana, infatti, malgrado l’intervento riformatore della legge 5 maggio 2023, n. 50, in adempimento dell’obbligo europeo sanziona ancora, come in diversi altri casi in Europa⁴⁶, la condotta di favoreggiamento all’ingresso irregolare ancorché posta in essere senza scopo di lucro e finalizzata a prestare assistenza umanitaria allo straniero. Tale criminalizzazione – evidenzia il giudice rimettente – non pare tuttavia necessaria al perseguimento degli obiettivi di gestione efficace dei flussi migratori. Ancor prima, allora, la soluzione normativa adottata dal legislatore europeo nel *Facilitators Package* risulterebbe violare i canoni della ragionevolezza intrinseca. Gli orientamenti espressi dalla Commissione sull’attuazione delle norme UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno irregolari, del resto, già ribadivano l’obiettivo principale di «smantellare il modus operandi delle organizzazioni criminali che mettono a rischio la vita dei migranti e minacciano la sicurezza delle nostre società», evitando però «il rischio di criminalizzare coloro che danno assistenza umanitaria ai migranti in difficoltà». Il diritto dell’Unione europea, infatti, «non intende configurare come reato l’assistenza umanitaria». E in effetti, nella sua risoluzione sulla questione⁴⁷, il Parlamento europeo ha invitato gli Stati membri «a recepire la deroga per motivi di assistenza umanitaria prevista dalla direttiva sul favoreggiamento». Stante la resistenza di molti Stati ad accogliere l’invito, la decisione della Corte di giustizia potrebbe spingersi ad imporre una simile previsione, contribuendo così non solo ad uniformare le discipline nazionali, ma anche ad orientarle in senso garantista.

Con cauto ottimismo, si intravede allora all’orizzonte la possibilità di percorrere finalmente una strada comune in Europa, orientata a principi e valori condivisi, quali la solidarietà, l’eguaglianza, la ragionevolezza e la proporzionalità, e finalizzata a ridefinire i contorni della materia a salvaguardia dei diritti fondamentali degli stranieri e non solo dei confini nazionali.

Sara Benvenuti
Dipartimento di Scienze Giuridiche

⁴⁶ Soltanto in Germania, Irlanda, Lussemburgo e Portogallo si prevede espressamente che il favoreggiamento all’ingresso irregolare sia punito solo se motivato da uno scopo di lucro. Il fine umanitario è causa di esclusione della punibilità nel diritto interno di soli otto Stati membri dell’Unione europea, tra cui Finlandia, Belgio e Spagna, menzionati in particolare dal giudice rimettente. Vedi in tal senso M. Porchia, *La fine del délit de solidarité? Il Tribunale di Bologna rimette alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sulla criminalizzazione del favoreggiamento dell’ingresso irregolare di stranieri*, in *ADiM Blog*, settembre 2023.

⁴⁷ 2018/27 69 (RSP).

Università di Firenze
sara.benvenuti@unifi.it