Emersione di un principio costituzionale: il *Conseil Constitutionnel* su *fraternité* e azioni umanitarie a favore dei migranti

by Matteo Daicampi

Title: An emerging constitutional principle: the Conseil Constitutionnel on fraternité and humanitarian actions supporting migrants

Keywords: : Principle of fraternity; Facilitation of illegal immigration; Right to help others for humanitarian purposes.

1. – Le dinamiche migratorie rappresentano una delle grandi sfide contemporanee degli ordinamenti europei, ed uno degli argomenti su cui si focalizza maggiormente il dibattito politico. La narrazione pubblica degli eventi ad esse legati si è concentrata negli ultimi anni su alcuni luoghi geografici dove sono avvenuti i fatti più rilevanti ed emerse tensioni e contraddizioni: il Mediterraneo meridionale, la rotta balcanica, Calais, la frontiera italo-francese. Proprio quest'ultima è stata teatro della vicenda che ha portato alla decisione n. 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018 del *Conseil constitutionnel* francese.

Essa trova origine in due procedimenti penali a carico di Pierre-Alain M. e Cédric H., due militanti di associazioni umanitarie condannati per aver fornito aiuto e supporto a migranti stranieri irregolari. Il reato loro contestato è il cosiddetto “reato di solidarietà” (GISTI - Groupe d'information et de soutien des immigrés, *Delit de solidarité: les origines*, in *Plein droit*, 2009/3, n. 82), che punisce il favoreggiamento all'ingresso, circolazione e soggiorno clandestini in Francia, la cui legittimità costituzionale è posta in discussione di fronte al *Conseil* attraverso un *Question prioritaire de constitutionnalité* rinviata dalla Corte di Cassazione.

Nella decisione, particolarmente attesa data l'attualità del tema e la grande attenzione e mobilitazione che i due procedimenti *a quo* hanno suscitato, i giudici, stimolati dalla Cassazione, adottano, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale francese, la *fraternité* del celebre motto repubblicano come principio di riferimento per lo scrutinio della costituzionalità della legislazione penale ad essi sottoposta.

La sentenza risulta quindi molto rilevante, e offre numerosi stimoli alla riflessione, tanto per le sue conseguenze sul piano pratico rispetto alla disciplina in oggetto, quanto sul piano sistemico, per l'emersione di un nuovo parametro di

costituzionalità di portata simbolica e per la rappresentazione di alcune caratteristiche dell'approccio generale del *Conseil* ai rapporti tra giurisdizione costituzionale e discrezionalità legislativa.

2. – Le norme sottoposte al sindacato del *Conseil* sono parte del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (Codice dell'ingresso e soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, d'ora in poi CESEDA), che disciplina organicamente la materia migratoria in Francia. In particolare, come anticipato, è oggetto di scrutinio l'impianto normativo del reato di favoreggiamento all'ingresso, circolazione e soggiorno irregolari, con la norma che lo introduce (art. L. 622-1) e quella che prevede ipotesi di esenzione dalla responsabilità penale per determinati soggetti e comportamenti (art. L. 622-4).

Più in dettaglio, l'art. L. 622-1 sanziona con pena detentiva di cinque anni e 30000 euro di pena pecuniaria chiunque faciliti o tenti di facilitare l'ingresso, la circolazione, o il soggiorno irregolari di uno straniero nel territorio francese, in via diretta o indiretta, ricomprendendo in maniera molto estesa qualunque azione possa rappresentare un supporto a questi fini, dovendosi considerare penalmente irrilevante solo l'aiuto puramente morale. Peraltro, la distinzione tra le fattispecie del favoreggiamento alla circolazione e quello al soggiorno irregolari (di importanza non trascurabile, visto il diretto regime delle esenzioni tra le due condotte, esplicitato *infra*) risulta materialmente poco chiara, e la giurisprudenza di merito ha finito per incriminare a questo titolo azioni volte genericamente a facilitare la presenza dello straniero irregolare sul territorio, senza valorizzare le due figure (si v. a questo proposito il commentario ufficiale alla decisione, disponibile sul sito web del *Conseil* http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm).

L'art. L. 622-4 prevede invece che non sia perseguibile il favoreggiamento al solo soggiorno irregolare nel caso in cui esso sia perpetrato da familiari o congiunti (n. 1 e 2), o da qualunque persona fisica o giuridica a condizione che l'aiuto non abbia dato luogo a corrispettivi diretti o indiretti, e che si estrinsechi nel fornire consulenza legale, oppure vitto, alloggio e cure destinati ad assicurare condizioni di vita dignitose allo straniero, oppure qualunque altro supporto finalizzato a preservare la sua dignità ed integrità fisica (n. 3).

In riferimento a tali norme, la QPC sottoposta dalla Corte di Cassazione al *Conseil* ne ipotizza l'illegittimità parziale per violazione dei principi di *fraternité*, di necessità e proporzionalità della pena e di legalità penale, nella parte in cui si perseguono le condotte di favoreggiamento anche con riferimento ad atti meramente umanitari, senza alcuna contropartita, e nella parte in cui l'esenzione di cui all'art. L. 622-4 non è estesa alle fattispecie di aiuto alla circolazione e all'ingresso.

3. – Occupandosi, in primo luogo, della assunta violazione del principio di fraternità, i giudici procedono innanzitutto (par. 7) alla sua definizione, riconoscendolo, come anticipato, per la prima volta quale principio di valore costituzionale e parametro di legittimità. Tale consacrazione è fondata sull'art. 2 della Costituzione francese, in cui è indicato il celebre motto della Repubblica «*Liberté, Égalité, Fraternité*», nonché sul preambolo e sull'art. 72-3 in cui vi è riferimento agli stessi tre lemmi come ideale comune della nazione, composta da Francia metropolitana e territori d'oltremare. Al

principio di fraternità, sul piano definitorio, è poi ricondotto un significato solidaristico, che si esplica nella libertà dei singoli di portare aiuto ad altri individui a scopo umanitario, a prescindere dalla regolarità del loro soggiorno sul territorio nazionale (par. 8). Tale precisazione assume una rilevanza fondamentale, poiché rappresenta uno dei requisiti dell'ammissibilità delle questioni di costituzionalità. Secondo le previsioni dell'art. 61-1 della Costituzione, infatti, una QPC può essere rinviata dal Consiglio di Stato o dalla Corte di Cassazione non in tutti i casi di violazione di norme di livello costituzionale, ma solo nel caso in cui una disposizione di legge «porti pregiudizio ai diritti e alle libertà garantiti dalla Costituzione».

Tuttavia, dalla fraternità non deriva un diritto incondizionato degli stranieri all'ingresso e soggiorno sul territorio nazionale, e, assunto che nessun principio costituzionale ha carattere assoluto, essa deve essere bilanciata con la salvaguardia dell'ordine pubblico, altro obiettivo di valore costituzionale, di cui è parte integrante la lotta all'immigrazione clandestina (par. 9). La conciliazione tra i due valori deve essere garantita dal legislatore, ed al *Conseil* spetta unicamente il controllo che la soluzione individuata sia equilibrata.

Tale equilibrio, nella ricostruzione dei *Sages*, non è però garantito dalle disposizioni impugnate. Infatti, come già accennato, l'esenzione dalla configurabilità del reato di cui all'art. L. 622-4 si applica esclusivamente alle ipotesi di favoreggiamento del soggiorno irregolare nel territorio francese, cosicché qualunque supporto fornito ad uno straniero per il suo ingresso o circolazione irregolare, di qualunque natura esso sia e qualunque finalità esso si ponga è sanzionato. Queste ultime due fattispecie, però, sono intrinsecamente differenti sul piano dell'offensività, poiché, a differenza dell'ingresso clandestino, l'aiuto alla circolazione non ha come conseguenza necessaria il generarsi di una condizione illecita, che sarebbe in tal caso già sussistente, a prescindere dal supporto fornito (par. 12). La mancata estensione della "clausola di esenzione umanitaria" alle ipotesi di aiuto alla circolazione ispirato da intenti solidaristici è da considerarsi, quindi, illegittima, ed il *Conseil* provvede ad una dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. L. 622-4 limitatamente all'espressione che limita la scriminante all'aiuto «al soggiorno irregolare», sopperendo anche al difetto di chiarezza nella fattispecie criminosa sottolineato *supra* (par. 13).

Successivamente, la decisione analizza l'ulteriore aspetto critico della disciplina rappresentato dalla specificazione delle condotte scriminate in base al n. 3 dell'art. L. 622-4 del CESEDA. Infatti, dalla norma di legge si evince che, nel caso di persone fisiche o giuridiche che forniscano prestazioni di aiuto senza contropartita allo straniero in condizione irregolare e che non siano ad esso legate da parentela o matrimonio, l'esenzione penale si applica pienamente solo nel caso di atti di consulenza giuridica, mentre negli altri casi essa è limitata dal perseguimento di determinate finalità (assicurare condizioni di vita dignitose per vitto, alloggio e cure, preservare la dignità ed integrità fisica del migrante per tutti gli altri aiuti).

I giudici, chiarendo ulteriormente la precedente definizione dei contenuti della *fraternité*, allargano e generalizzano lo spettro degli atti solidaristici ricompresi nella clausola di esenzione, imponendo una riserva di interpretazione: atteso che il principio di fraternità comporta il diritto individuale di aiutare liberamente gli altri con intento puramente solidale, e che, in base a quanto poco sopra stabilito, un bilanciamento costituzionale equilibrato consente di considerare esentate le condotte

di aiuto tanto al soggiorno quanto alla circolazione irregolare, le disposizioni dell'art. L.622-4 n. 3, per non violare il principio di fraternità, devono essere interpretate nel senso di estendere l'esenzione a tutti gli atti di favoreggiamento al soggiorno e alla circolazione, di qualunque natura, compiuti a fini umanitari (parr. 14-15).

Per quanto riguarda invece gli ulteriori vizi ipotizzati dalla QPC della Corte di Cassazione, il vizio di indeterminatezza ed equivocità, che integrerebbe la violazione del principio di legalità penale, come definito a partire dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e dall'art. 34 della Costituzione, è ritenuto insussistente (par. 19). Parimenti, la riserva interpretativa sopra ricordata, data la sua portata estensiva delle scriminanti, depotenzia i dubbi legati alla proporzionalità delle pene, che sono in definitiva destinate, per quanto riguarda il favoreggiamento al soggiorno e circolazione irregolari, a chi ponga in essere le condotte con finalità diverse da quelle puramente umanitarie (parr. 20-21).

In conclusione, meritano attenzione le statuizioni finali della decisione in commento. Sulla base della potestà ad esso riconosciuta dall'art. 62 della Costituzione, il *Conseil constitutionnel* ritiene di intervenire sugli effetti della propria pronuncia, e di rinviare al 1° dicembre 2018 l'effetto abrogativo dell'incostituzionalità riconosciuta. Infatti, l'espunzione dell'espressione «al soggiorno irregolare» dal testo di legge avrebbe come effetto l'estensione dell'esenzione penale non solo alle condotte di aiuto alla circolazione, che rappresentava il *vulnus* da riparare, ma anche al favoreggiamento all'ingresso irregolare, che è una condotta legittimamente perseguita. L'applicazione differita degli effetti della decisione consente di attendere l'intervento del legislatore, cui è riservata la piena discrezionalità nel definire la disciplina normativa (par. 23). Tuttavia, giacché risulta necessario, agli occhi dei giudici, fare cessare immediatamente l'incostituzionalità constatata, almeno in via provvisoria, essi provvedono anche a dettare un'indicazione operativa transitoria sull'art. L. 622-4 n. 3, imponendo che l'esenzione penale prevista sia applicata anche agli atti volti a facilitare la circolazione di uno straniero irregolare nel territorio, qualora siano accessori al soggiorno e realizzati per finalità puramente umanitarie (par. 24).

4. – Sono due i profili della decisione in commento che più di altri meritano un'ulteriore, seppur sintetica, analisi.

In primo luogo, evidentemente, al centro del quadro tracciato dalla sentenza si pone l'inedito utilizzo della *fraternité* come parametro di legittimità delle norme impugnate. La tecnica attraverso cui si riconosce valore giuridico al celebre lemma parte della *devise* repubblicana testimonia la proverbiale laconicità dello stile decisorio del *Conseil*. I giudici, infatti, si limitano ad indicare l'ancoraggio testuale all'interno della Costituzione in cui si trova citazione della fraternità e a dichiararne la natura di principio di valore costituzionale, senza ulteriore ricostruzione, come avevano fatto anche in passato in riferimento, ad esempio, al principio della dignità umana (decisione n. 94-343/344 DC del 27 luglio 1994).

Più interessante risulta invece il passaggio successivo, in cui il *Conseil* fa discendere dalla fraternità la libertà di aiutare altre persone a fini umanitari, in un tipico processo di estrazione di una regola da un principio generale (sul punto, più in generale, si v. R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992). La dottrina francese, in assenza di esplicite pronunce del giudice delle leggi, valorizzava in larga parte la

fraternité nella sua dimensione di solidarietà collettiva, come valore costituzionale di giustizia concretizzatosi nei diritti e legislazione sociale, in un’ottica in certo senso redistributiva che non è estranea anche, ad esempio, alla natura dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» di cui all’art. 2 della Costituzione italiana (P. Secretan, *Réflexion sur la fraternité*, in *Autre temps*, 1992, n. 36, pp. 54-63; M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, Paris, 1993). I *Sages*, invece, propongono una prospettiva individuale della fraternità, legata alla gratuità dei gesti di aiuto dell’altro, nell’ottica umanitaria che giustifica la dichiarazione di illegittimità delle norme sottoposte al loro scrutinio.

D’altra parte, non è la prima volta che questo stesso principio viene richiamato in questioni controverse di attualità, anche se la precedente definizione dei suoi contenuti è dovuta all’azione di istituzioni non giurisdizionali. Infatti, nel processo di approvazione della legge 2010-1192 dell’11 ottobre 2010 che impone il divieto di dissimulazione del viso nei luoghi pubblici, con particolare riferimento a *burqa* e *niqab*, un report emanato dalla Commissione parlamentare competente considerava tale misura necessaria a garantire il diritto generalizzato a «*vivre ensemble*», diretta concretizzazione proprio del principio di *fraternité*. Proprio tale argomento, dedotto dalla difesa del governo francese, è stato poi accolto dalla Corte EDU nella sentenza *S.A.S. v. France* del 1 luglio 2014 per negare che il divieto violasse la Convenzione, facendo leva sul margine d’apprezzamento riservato agli stati contraenti e sulla particolare rilevanza della *fraternité* per l’ordinamento giuridico francese.

Il riconoscimento attuato nella sentenza in commento, quindi, non chiude la questione dei significati attribuibili alla fraternità nell’ordinamento costituzionale francese, ma al contrario, definendo per la prima volta la funzione giuridica di tale principio apre a futuri nuovi sviluppi e nuove integrazioni di significato in via interpretativa.

Quanto alla natura del principio in questione, infine, è importante sottolineare il passaggio in cui il *Conseil* ne afferma, coerentemente con la natura di principio costituzionale ad esso assegnata, la bilanciabilità con altri principi di egual valore, tra cui la salvaguardia dell’ordine pubblico, concretizzata nell’obiettivo del contrasto all’immigrazione clandestina. Da ciò consegue una valutazione molto equilibrata operata dai giudici nelle questioni ad essi sottoposti, che li porta a dare solo parziale accoglimento alle richieste formulate dai ricorrenti e presentate nella QPC rinviata dalla Cassazione. Se quest’ultima paventava l’illegittimità della repressione di tutte le condotte puramente umanitarie di aiuto a stranieri irregolari, la decisione invece introduce la sopra citata distinzione tra favoreggiamento all’ingresso e favoreggiamento alla circolazione, sulla base dell’offensività delle due condotte. La sentenza del *Conseil*, dunque, riconosce di certo la rilevanza sociale e giuridica degli atti umanitari e impone un allargamento delle maglie dell’incriminazione di questi stessi comportamenti, ma non comporta certo una rivoluzione dell’approccio dell’ordinamento francese alla gestione dei flussi migratori né un’“apertura delle frontiere”, come invece emerge da alcuni incauti commenti a caldo di stampo giornalistico (citati da M. Cavino, *La fraternité non apre le frontiere francesi*, in www.lacostituzione.info, 8 luglio 2018)

5. – Un altro aspetto di massimo interesse riguarda invece non tanto i contenuti materiali della decisione, quanto i rapporti funzionali tra giudice costituzionale e

legislatore. Il percorso argomentativo della sentenza in oggetto, infatti, si gioca in un continuo equilibrio del *Conseil* tra attivismo e *self-restraint*.

Tenendo a mente quanto siano forti nella cultura costituzionale francese il rispetto per le attribuzioni del Parlamento in rappresentanza del corpo elettorale e la avversione per il rischio di *gouvernement des juges*, non sorprende che il linguaggio della deferenza sia un filo conduttore della presente decisione. I *Sages*, infatti, in coerenza con la loro tradizionale impostazione, in ben tre passaggi riconoscono esplicitamente i limiti della propria potestà e la discrezionalità esclusiva riservata invece al legislatore nel definire nel dettaglio il bilanciamento tra valori costituzionali (par. 10), il rapporto tra fatto delittuoso e pena (par. 18), e le modifiche di disciplina necessarie per superare una incostituzionalità rilevata dai giudici (par. 23). D'altra parte, è testimonianza di tale carattere il fatto che nell'armamentario del *Conseil* manchino strumenti manipolativi paragonabili a quelli utilizzati da altre corti nazionali: in riferimento alla mancata estensione delle esenzioni penali alle condotte di favoreggiamento alla circolazione, esso provvede, al par. 13, come già accennato, ad una dichiarazione *tranchant* di illegittimità parziale, poiché non fa parte della sua prospettiva la possibilità di una sentenza additiva (illegittimità della norma di legge «nella parte in cui non prevede» l'applicazione anche all'aiuto alla circolazione). Il giudice delle leggi francese valuta quindi di lasciare intatto lo spazio di azione del legislatore, e rinvia di qualche mese l'applicazione della propria decisione, per consentire la necessaria integrazione legislativa della disciplina.

Allo stesso tempo, però, la riserva interpretativa posta dal *Conseil* ai parr. 14 e 15 rappresenta, con ogni evidenza, una manipolazione in senso estensivo della normativa oggetto di sindacato, che, pur evitando di intervenire sul testo di legge, raggiunge il medesimo obiettivo, integrando la “clausola di esenzione umanitaria” con nuovi significati, a partire dal contenuto giuridico “assegnato” alla *fraternité*. A maggior ragione il fatto che, in via transitoria, sia imposta l'applicazione di tale riserva a tutte le autorità coinvolte (par. 24) fa emergere l'immagine di un *Conseil* maggiormente proattivo, e considerare come il rispetto dei ruoli nei rapporti tra giudice delle leggi e Parlamento si giochi su un piano declamatorio e formale, mentre le conseguenze per la disciplina concreta del reato in questione sono immediate e direttamente scaturenti dalla decisione dei *Sages* (come rimarcato in un'altra nota alla presente sentenza, da A.M. Lecis Cocco Ortu, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un'importante pronuncia sul “reato di solidarietà”*, disponibile su www.diritticomparati.it, 30 luglio 2018).

6. – L'equilibrio sembra essere, quindi, il tratto che caratterizza in maggior misura la decisione n. 2018-717/718 QPC: equilibrio tra valorizzazione della *fraternité* e riconoscimento del bilanciamento con la salvaguardia dell'ordine pubblico, equilibrio tra deferenza nei confronti del legislatore ed attivismo nel ridefinire i contorni della disciplina. D'altra parte, è innegabile il grande rilievo simbolico dell'avvenuto inquadramento giuridico, proprio nell'attuale frangente storico, di questo valore basilare della cultura repubblicana francese, diventato, nella sua accezione solidale ed umanitaria, parametro di lettura delle controverse vicende contemporanee. Aperta la strada della rilevanza costituzionale della *fraternité*, rimane l'attesa per scoprire se la decisione qui annotata si rivelerà solamente un episodio singolo, o se proseguirà il

processo di definizione progressiva dei significati di questo nuovo (ma antico) principio costituzionale.