

Il diritto d'asilo al bivio tra il delitto di solidarietà e il principio di fratellanza

di **Marta Giacomini** – *Dottore di ricerca, Università di Verona e Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.*

ABSTRACT: This paper analyzes some recent judgments rendered by the Constitutional Council on the constitutional legitimacy of the French law regarding immigration and the so-called crimes of solidarity – *délit de solidarité* or *délit d'hospitalité* –; also, in light of the fraternity principle, focusing on the limits of asylum right and French legislation on immigration and illegal entry and stay of non-nationals in France.

SOMMARIO: 1. Il diritto d'asilo come diritto costituzionale. – 2. Lo scontro tra il delitto di solidarietà e il principio di fratellanza. – 3. (*Segue*) La decisione sulla «*loi Asile et immigration*». – 4. Alcune riflessioni conclusive.

1. Il diritto d'asilo come diritto costituzionale.

Il presente contributo analizza alcune decisioni del *Conseil constitutionnel* che, negli ultimi mesi, si è pronunciato, in via preventiva, sulla costituzionalità della legge «*per una immigrazione controllata, un diritto di asilo effettivo ed una integrazione riuscita*»¹ e, in via incidentale, sul c.d. delitto di solidarietà – *délit de solidarité* o *délit d'hospitalité* –. L'orientamento dei *Sages* di *Rue de Montpensier* ha aperto nuove prospettive in ossequio al principio di fratellanza dimostrandosi, altresì, una cartina tornasole dei limiti del diritto d'asilo e della disciplina dell'ingresso e del soggiorno irregolare degli stranieri.

Il diritto d'asilo presenta una varietà di profili interessanti sia per la sua evoluzione storica, le cui origini «*si perdono nella notte dei tempi*»², sia per la rilevanza che ha maturato nel diritto internazionale e nel diritto umanitario, tanto da diventare uno dei temi di maggiore attualità.

¹ *Loi n. 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

² M. J. FONTANELLA, *Il diritto d'asilo*, in *Justitia*, n. 2/18, cit., p. 175. In particolare, gli studiosi dell'evoluzione storica dell'asilo evidenziano come esso sconti i diversi modi di intendere la sua nozione, le diverse tipologie e i suoi limiti. Si tratta, infatti, di un istituto giuridico che nasce come forma di accoglienza e di ospitalità nella tradizione dei popoli nomadi, si sviluppa come nozione di luogo sacro durante l'epoca greco-romana, diventando un'istituzione

Si tratta di una materia «*di confine*»³, il cui limite tra la salvaguardia dell'ordine pubblico e il raggiungimento di scopi umanitari, tra gli ideali costituzionali⁴ e il rispetto del principio di fratellanza, recentemente argomentato dal *Conseil constitutionnel*, è piuttosto labile.

Gli attuali sviluppi del fenomeno migratorio hanno indotto ad una riflessione sulle politiche di immigrazione e d'asilo scelte dall'Unione europea⁵ e da alcuni Governi europei⁶, in particolare quelle che puniscono coloro che, per scopi umanitari, agevolano l'ingresso o il soggiorno irregolare dei richiedenti asilo.

Ai fini della presente analisi, risalta così l'esperienza francese che, criminalizzando la condotta di quanti prestano assistenza in favore di chi chiede soccorso alla frontiera con la Francia, ha fatto discutere per le conseguenze giuridiche, politiche, umanitarie di tali iniziative⁷.

Secondo la prospettiva del diritto internazionale, la concessione del diritto d'asilo attiene alla protezione accordata dagli Stati agli individui che richiedono l'ingresso nel territorio al fine di sottrarsi alle discriminazioni e persecuzioni perpetrate nel Paese di provenienza⁸. Ciò in virtù delle norme che hanno trovato collocazione in diverse fonti internazionali, tra le quali spiccano la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1948, la Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo di New York del 1967.

È stata la Convenzione di Ginevra, con i suoi successivi Protocolli, che ha dato origine alla nozione contemporanea di «diritto d'asilo», nei termini di un diritto universale che spetta a chi proviene da un Paese nel quale è generalmente impedito l'effettivo esercizio delle libertà

religiosa nella tradizione cristiana e atto umanitario da parte dei principi per poi divenire espressione della sovranità dello Stato durante l'età moderna. Cfr. B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in *Rivista AIC*, 16 ottobre 2009.

³ In tal senso, A. SCIURBA, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, n. 2/ 2018, p. 145 ss. L'Autrice, muovendo dalla tesi di Hannah Arendt che definisce i profughi come coloro che sono «*Privati dei diritti umani garantiti dalla cittadinanza*» e «*si trovarono ad essere senza alcun diritto, schiuma della terra*» (H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano, cit. p. 372), sviluppa una riflessione sul diritto d'asilo come un diritto di confine poiché il suo esercizio comporta l'attraversamento della frontiera di uno Stato ed è posto al confine dei diritti umani.

⁴ L'art. 72-3 della Costituzione francese impegna il popolo francese e quello d'Oltre mare, in un «*idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité*». Sul punto, cfr. CODE CONSTITUTIONNEL ET DES DROITS FONDAMENTAUX COMMENTÉ, Dalloz, 2016, pp. 1415- 1416; G. CARCASSONNE, *La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne*, Éd. du Seuil, 2013, pp. 355-356.

⁵ Il riferimento è ai cc.dd. *punti di crisi* ovvero *hotspot* disciplinati dal Regolamento n. 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 e istituiti nei Paesi di confine dell'Unione europea con l'obiettivo di «*gestire efficacemente l'attraversamento delle frontiere esterne [...] e affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori misti caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori*». Punti 2 e 25.

⁶ Per una riflessione sul tema in chiave comparata, cfr. C. SEVERINO, *La fin du séjour irrégulier des étrangers après la transposition de la « directive retour » en France, en Espagne et en Italie*, Bruylant, 2015.

⁷ In verità, la scelta di inibire determinate condotte solidaristiche – assimilando così l'aiuto fornito ai richiedenti protezione internazionale a quello prestato alle altre categorie di migranti irregolari – è legata alla particolare posizione assolta dal soggetto richiedente asilo che, essendo tesa ad ottenere lo *status* di rifugiato e le tutele che ne conseguono, è spesso vantata anche da chi non ne ha pieno titolo. Ne consegue che colui che aiuta uno straniero, a fare ingresso o a soggiornare irregolarmente sul territorio statale, non può avere sempre esatta contezza dell'effettivo *status* di colui che richiede aiuto. Per una ricostruzione della portata e dei limiti del diritto d'asilo alla luce del delitto di solidarietà, si v. R. GRECO, *Sul "delitto di solidarietà" e i limiti del diritto d'asilo*, *Federalismi.it*, 25 giugno 2018.

⁸ C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Milano, 1958, cit. p. 204.

fondamentali. Tale Convenzione, pur perseverando delle finalità umanitarie, non definisce espressamente il «diritto d'asilo» ma il regime giuridico applicabile a chi ha ottenuto il riconoscimento dello *status* di «rifugiato»⁹.

L'asilo e lo *status* di rifugiato attengono, in realtà, a due istituti diversi¹⁰. Il primo consiste nella protezione accordata ad un individuo che fugge dal proprio Paese per chiedere protezione in un altro¹¹; lo *status* di rifugiato è, invece, accordato a chi ha subito, o ha il fondato timore di poter subire, specifici atti di persecuzione¹².

Si deve ugualmente evidenziare che la Convenzione di Ginevra e il Protocollo del 1967 non impongono agli Stati contraenti un obbligo di accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati. L'accoglienza è, piuttosto, di una decisione riservata a ciascun Stato firmatario con l'impegno di non espellere o respingere – il c.d. *refouler* – un rifugiato¹³ verso le frontiere di Paesi nei quali la sua vita o libertà sarebbero minacciate¹⁴.

⁹ In tal proposito, si rinvia alle riflessioni di B. NASCIBENE, C. FAVILLI, *Rifugiati*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5306 ss.

¹⁰ In tal senso la dottrina ha evidenziato che il rapporto tra il richiedente asilo e lo *status* di rifugiato non è qualificabile nei termini di *genus a species*. Sul punto, V. SANTARSIERE, *Stato di rifugiato e diritto d'asilo politico. Tra rilevanza dei presupposti e prove ardue*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, p. 3326.

¹¹ Secondo un profilo giuridico, l'asilo è innanzitutto una prerogativa dello Stato e presuppone una relazione diretta tra uno o più individui e almeno due Paesi: lo Stato, «d'origine», dal quale il richiedente asilo cerca di fuggire e lo Stato, «di accoglienza», nel quale ricerca la protezione. Per un approfondimento sulla natura del diritto d'asilo, cfr. C. A. CASSIN, *Asile*, in *Repertoire de droit international*, Dalloz, aprile 2017.

¹² Il presupposto per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra, attiene al fondato timore dello straniero di essere perseguitato nel proprio Paese d'origine oppure, se apolide, non può o non vuole tornare nel Paese in cui aveva residenza abituale a causa di detto timore. Si tratta di «*colui che per ragioni politiche, religiose o razziali si ripara all'estero allo scopo di sottrarsi alle leggi della madrepatria o comunque allo Stato sul cui territorio permanentemente risiedeva*». G. BISCOTTINI, *Rifugiati* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, 1989, cit., p. 895.

¹³ Sul punto, un contributo interessante è arrivato dal *Conseil constitutionnel* che, nella *décision* n. 92-307 DC ha fissato alcune condizioni per l'ammissione nel territorio francese dei richiedenti asilo, dando piena attuazione al principio del *non refoulement* e stabilendo che l'ingresso alla frontiera non possa essere negato per il solo fatto che il soggetto sia privo di documenti prescritti dalla legge, spettando successivamente al Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli esteri, la decisione di diniego di soggiorno per manifesta infondatezza della domanda d'asilo. Cfr. P. GAÏA, *Note sous décision n° 92-307 DC*, in *R.F.D.C.*, aprile- giugno 1992, n. 10, pp. 311- 317.

¹⁴ Il diritto internazionale non pone delle limitazioni alla disciplina dell'ammissione ed espulsione degli stranieri da parte dei singoli Stati, che restano liberi di stabilire la propria politica in materia di immigrazione. Al contempo, vi sono degli obblighi precisi che discendono dalle numerose convenzioni internazionali sui diritti umani – quali la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo del 1950, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984 – con cui gli Stati si impegnano reciprocamente a tutelare lo straniero, impedendone l'espulsione verso Paesi a rischio e garantendo un trattamento non discriminatorio. L'art. 33 della Convenzione di Ginevra impegna, inoltre, gli Stati firmatari a non espellere o respingere «*in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche*». Anche se il dettato normativo parla espressamente di «*rifugiati*», è diventata opinione comune che il principio di *non refoulement* prescindendo dal riconoscimento formale di siffatta qualifica. In tal senso, cfr. M. J. FONTANELLA, *Il diritto d'asilo*, p. 178 ss.

Tuttavia, sebbene la definizione di rifugiato e il principio di *non refoulement* siano i “pilastri” del sistema di Ginevra¹⁵, non trovano puntuale riscontro nelle politiche dei Governi, spesso finalizzate al controllo del fenomeno migratorio e alla riduzione dell’immigrazione irregolare piuttosto che alla tutela dei migranti e dei richiedenti asilo. In effetti, la ricognizione delle fonti di diritto internazionale, pur definendo e distinguendo il «soggetto richiedente asilo» dal «rifugiato», conferisce una libertà di scelta delle procedure per il suo riconoscimento, conducendo all’affermazione di un diritto che dipende, in larga misura, dalla sovranità di ogni singolo Stato.

L’attribuzione di siffatta autonomia si scontra, peraltro, con la difficoltà di assicurare l’esercizio dei diritti fondamentali poiché «dalla concessione del diritto d’asilo possono gravare obblighi eccezionalmente gravosi per determinati Paesi»¹⁶ contribuendo ad una definizione del diritto d’asilo dai contorni spesso nebulosi. Così, nella giurisprudenza costituzionale francese, il diritto d’asilo – il c.d. *droit d’asile*¹⁷ – ha incontrato un grado di apprezzamento variabile da parte del *Conseil constitutionnel* come pure della classe politica che, talvolta, ha limitato la portata del diritto.

A partire dagli anni Ottanta, il Giudice costituzionale è intervenuto in svariate occasioni richiamando i poteri delle autorità francesi a limitare l’ingresso e il soggiorno degli stranieri¹⁸ e, al contempo, affermando che in uno Stato di diritto – come la Francia – siffatte limitazioni debbano armonizzarsi agli impegni internazionali e ai principi di valore costituzionale¹⁹.

In verità, il diritto d’asilo, pur essendo menzionato nel preambolo della Costituzione del 1946²⁰, al quale rinvia il preambolo della Costituzione del 1958, ha scontato una certa difficoltà per il riconoscimento costituzionale²¹.

¹⁵ B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, cit. p. 22.

¹⁶ Preambolo della Convenzione di Ginevra, considerando 2 e 4.

¹⁷ H. LABAYLE, *Droit d’asile* (voce), in O. DUHAMEL, Y. MENY (a cura di), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992, p. 321 ss.

¹⁸ Nella decisione n. 93- 325 DC, 13 agosto 1993, il *Conseil constitutionnel* afferma, infatti, che «aucun principe non plus qu’aucune règle de valeur constitutionnelle n’assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d’accès et de séjour sur le territoire national [...] les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l’autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques». *Considérant* n. 2.

Per una ricognizione della decisione, v. B. MATHIEU, M. VERPEAUX, in *R.F.D.P.*, n. 1, 1996, p. 181 ss.

¹⁹ Si tratta della *décision* n. 92- 307 DC, 25 febbraio 1992 in cui è evidenziato che lo Stato «est en droit de définir les conditions d’administration des étrangers sur son territoire» ma «sous réserve du respect des engagements qu’il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelles». *Considérant* n. 8.

²⁰ Le garanzie in materia di diritto d’asilo dipendono dunque dal valore e dalla portata del preambolo che dichiara «[...] tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d’asile sur les territoires de la République».

²¹ A tale riguardo, la fonte normativa per uno statuto giuridico dello straniero è costituita sia da una legge *ad hoc* relativa al riconoscimento del diritto d’asilo, la legge n. 893 del 25 luglio 1952 istituiva dell’OFPRA (l’*Office français de protection des réfugiés et apatrides*) e della Commissione dei ricorsi, sia dall’ordinanza n. 2658 del 2 novembre 1945 e successive modifiche, tra cui spiccano le riforme introdotte dalla legge n. 1027 del 24 agosto 1993 e dalla legge n. 396 del 24 aprile 1997, sulle quali il *Conseil constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi con le celebri sentenze del 13 agosto 1993, n. 325 e del 22 aprile 1997, n. 389. Queste fonti normative si completano con la legge n. 98- 349 dell’11 maggio del 1998 che, inserendosi a seguito di una numerosa serie di riforme all’ordinanza n. 45- 2658 del 2 novembre 1945 – tra le quali la legge detta «Pasqua» del 1993 e la revisione costituzionale alla quale condusse –

A tale riguardo, le pronunce degli anni Novanta hanno subito una profonda evoluzione. Se, in un primo momento, il diritto d'asilo è stato inteso come un principio di valore costituzionale che i pubblici poteri e il legislatore erano tenuti a rispettare sotto il vigilante controllo del *Conseil constitutionnel*²², in seguito, è stato accolto come un diritto costituzionale fondamentale e autonomo. Ad aprire una nuova prospettiva è stata la decisione n. 93- 325 DC del 13 agosto 1993 che, per la prima volta, ha affermato il valore costituzionale del diritto d'asilo, come principio fondamentale proclamato dal preambolo della Costituzione del 1946 e direttamente applicabile²³.

Il Giudice costituzionale ha, quindi, riconosciuto l'autonomia del diritto d'asilo secondo un doppio livello: su un piano giuridico, ha affermato chiaramente che il quarto paragrafo del preambolo della Costituzione e la Convenzione di Ginevra debbano essere considerati in maniera indipendente²⁴; su un piano materiale ha, invece, evidenziato che il diritto d'asilo e lo *status* di rifugiato debbano tendere al raggiungimento di garanzie differenti.

In effetti, il diritto asilo e lo *status* di rifugiato, pur essendo degli strumenti di protezione umanitaria, non sono sovrapponibili. La disciplina dello *status* di rifugiato ruota attorno al concetto di «persecuzione» la cui definizione giuridica comprende sia un aspetto dinamico, che tocca i comportamenti e gli agenti persecutori, sia un elemento genetico, attinente alle ragioni della persecuzione²⁵.

enunciava talune disposizioni sul diritto d'asilo, l'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Francia e la recente legge n. 2018-778..

²² Cfr. La citata *décision* n. 92- 307 DC.

²³ Il *Conseil constitutionnel* ha riconosciuto a tutti gli individui il diritto soggettivo all'asilo fondato esclusivamente sul preambolo della Costituzione e il cui rispetto è imposto a tutti pubblici poteri. In tal senso, i *Sage* del *Conseil* hanno evidenziato che «*les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement, selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République*». *Considérant* n. 4.

²⁴ La Convenzione di Ginevra e i suoi protocolli non assicurano un diritto di accesso diretto nel territorio francese, né un diritto assoluto d'asilo. Diversamente, il diritto costituzionale definisce un diritto soggettivo all'asilo, di cui possono beneficiare tutti i richiedenti. Sul punto, cfr. I. DODET-CAUPHY, *La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel*, in *R.F.D.A.*, 1999, p. 469 ss.

²⁵ Analoghe riflessioni sulla portata del diritto d'asilo e dello *status* di rifugiato hanno interessato anche la dottrina giuridica italiana, con riguardo alla natura meramente programmatica o precettiva dell'istituto di cui all'art. 10 terzo comma della Costituzione. Difatti, l'art. 10 della nostra Costituzione, pur avendo una formula garantista tra le più ampie nel panorama europeo (in tal senso, cfr. F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e "vuoto" normativo*, in *Politica del diritto*, n. 1/2004, p. 151 ss.), nel riconoscere il diritto d'asilo allo «*straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche*» costituzionalmente garantite, contiene un espresso rinvio alle «*condizioni stabilite dalla legge*», una legge di attuazione che non è mai stata emanata. Il dettato costituzionale convive, dunque, con l'assenza di una disciplina legislativa attuativa e con l'impulso dato dal diritto dell'Unione europea in materia di asilo conducendo ad ampie riflessioni sul tema sia da parte della dottrina che della giurisprudenza di legittimità. Per un approfondimento, si v. P. BONETTI, *Il diritto d'asilo nella Costituzione italiana*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011, p. 35 ss.; C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, p. 204 ss.; P. BONETTI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, pp. 71- 79. Per un'analisi delle potenzialità applicative del diritto d'asilo costituzionale in assenza di attuazione legislativa alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 10, terzo comma, della Costituzione, si v. M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, p. 14 ss.

La pronuncia del 1993 è stata poi seguita dalla sentenza n. 97- 389 DC, del 22 aprile 1997, nella quale il *Conseil constitutionnel* si è espresso sulla legge n. 97-396 recante «*Misure relative all'immigrazione*»²⁶ volta a contrastare l'immigrazione irregolare con l'irrigidimento del sistema sanzionatorio. Quest'ultima sentenza²⁷, consolidando la portata della precedente decisione del 1993, affronta dei temi centrali in materia, come l'intervento dell'autorità giudiziaria nella convalida del trattenimento ed il diritto ad un contraddittorio effettivo in sede di appello, sancendo che il quarto paragrafo del preambolo del 1946 costituisce una «*exigence constitutionnelle*» e che «*il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales*»²⁸ che discendono dal diritto d'asilo costituzionale.

Pur avendo riconosciuto il diritto d'asilo²⁹ come diritto fondamentale e autonomo³⁰, la recente storia politica francese dimostra una tendenziale difficoltà nella tutela dei diritti fondamentali³¹ incontrando un punto di collisione alla presenza di particolari situazioni di aiuto agli stranieri irregolari sul territorio.

Il percorso di costituzionalizzazione del *droit d'asile*³² funge, dunque, da premessa per introdurre il valore costituzionale della fratellanza che depenalizza il reato di solidarietà e lancia al legislatore un monito, esortandolo ad una maggior cautela nel punire coloro che prestano aiuto agli stranieri irregolari sul territorio francese.

2. *Lo scontro tra il delitto di solidarietà e il principio di fratellanza.*

In Francia, fino alle recenti e ravvicinate pronunce del *Conseil constitutionnel* – n. 2018-717/718 QPC del 6 luglio e la *décision* n. 2018- 770 DC del 6 settembre 2018 – chi aiutava un

²⁶ *Loi n. 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

²⁷ Per una disamina della pronuncia, v. M. CALAMO SPECCHIA, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario in Francia tra "Droit d'asile" e "Droits de résident"*, in *Politica del Diritto*, n. 1, 1998, p. 45 ss.

²⁸ *Considérant* n. 25.

²⁹ Un diritto che l'OFPRA, ha definito «*la protection qu'accorde un État d'accueil à un étranger qui ne peut, contre la persécution, bénéficier de celle des autorités de son pays d'origine*», <https://www.cncdh.fr/fr/dossiers-thematiques/asile>.

³⁰ Cfr. La citata decisione del 1993 e altresì la *décision* n. 79-109 DC, 9 gennaio 1980 nella parte in cui afferma che il diritto d'asilo è garantito dalla legge e dalla Convenzioni internazionali con autorità «*supra-législative*» riconosciuta dai Trattati dall'art. 55 della Costituzione e la *décision* n. 80-116 DC, 17 luglio 1980, in cui è sancito il pieno valore costituzionale del diritto d'asilo per come è riconosciuto nel preambolo del 1946.

³¹ In proposito appare significativo che la Costituzione francese, diversamente da quella italiana, non contiene una dichiarazione delle libertà e dei diritti. Essa è composta di un complesso sistema di valori – i cc.dd. *droits fondamentaux* – che prendono il nome di *droits de l'Homme*: una tra le espressioni più utilizzate nella cultura giuridica e politica attuale (cfr. G. PECES, B. MARTÍNEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux, Maison des Sciences de l'homme, L.G.D.J.*, 2004, cit., p. 21). Invero, la dottrina tende a sostenere che «*La notion de "droits de l'homme", que l'on trouve déjà dans la Déclaration de 1789, s'installe dans le langage commun, dès après la Deuxième Guerre Mondiale dans le sillage de la DUDH de 1948. Cette notion de "droits de l'homme" présente le mérite essentiel de placer l'individu et la personne humaine au centre du droit*». B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, L.G.D.J.*, 2002, cit. p. 13.

³² I. DODET-CAUPHY, *La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel*, in *R.F.D.A.*, 1999, p. 469 ss.

migrante, assolvendo, quindi, ad un dovere di solidarietà, poteva essere penalmente sanzionato in virtù del *délit de solidarité*, il reato di aiuto all'entrata, circolazione e soggiorno irregolare di uno straniero.

L'art. L. 622-1 del CESEDS – il *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* – puniva, infatti, con la reclusione fino a cinque anni ovvero una pena pecuniaria di 30000 euro, chiunque, direttamente o indirettamente, facilitasse l'ingresso, la circolazione o il soggiorno irregolare di uno straniero sul territorio francese.

La denominazione *délit de solidarité* traeva, quindi, l'origine dal contenuto della norma stessa, che perseguiva una condotta legata ad un sentimento di altruismo³³. La fattispecie in questione era già stata oggetto di riforme, l'ultima nel 2012 che aveva allargato le cause di non punibilità previste dall'art. L. 622-4 e depenalizzato il soggiorno irregolare sul territorio francese.

La chiave di volta che ha riempito le cronache, diventando il punto decisivo della decisione del 6 luglio 2018, è strettamente connessa al contenuto dell'art. L. 622-4, terzo punto, relativo alla sola condotta di aiuto al soggiorno di uno straniero irregolare – *aide au séjour irrégulier* –³⁴. Tale comportamento era ritenuto non punibile qualora fosse stato compiuto a titolo gratuito, fornendo consulenza giuridica, vitto, alloggio, cure mediche volte ad assicurare allo straniero delle condizioni di vita «*dignes et décentes*» o a preservarne la sua dignità o integrità fisica. Al contempo, la norma non prendeva in considerazione né l'ingresso, né la circolazione irregolare ritenendo, pertanto, tali condotte implicitamente estranee dalla causa di non punibilità di cui, al contrario, godeva l'*aide au séjour irrégulier*.

L'importante sentenza n. 2018- 717/718 QPC del 6 luglio arriva in un momento di forte scontro in Europa sull'accoglienza dei migranti e risponde al ricorso presentato da Cédric Herrou, un agricoltore divenuto il simbolo degli aiuti ai migranti sul confine franco-italiano, che aveva chiesto l'abolizione del reato di solidarietà, in seguito alla sua condanna per aver offerto sostegno ad alcuni richiedenti asilo.

La vicenda si era compiuta nella Val Roya quando, nel 2016, Cédric Herrou aveva aiutato circa 200 migranti – tra cui dei minori – a rifugiarsi in un vecchio locale abbandonato delle *SNCF* – la Società dei trasporti ferroviari francesi –. L'anno successivo, fu condannato in primo grado, dal *Tribunal de grande instance de Nice*, alla corresponsione di un'ammenda di 3000 euro alle *SNCF* e in appello, dalla *Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, a quattro mesi di detenzione con la sospensione condizionale della pena.

In particolare, i giudici di primo e di secondo grado avevano valutato che la condotta avesse lo scopo di aggirare le disposizioni di legge in materia di immigrazione, sottraendo gli stranieri dalle procedure di controllo realizzate dalle autorità francesi e non fosse, pertanto, ascrivibile all'immunità di cui all'art. L. 622-4, terzo punto.

³³ Cfr. C. SAAS, *Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1894 ss.

³⁴ Per una ricostruzione della vicenda e del contenuto della decisione si rinvia 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 *Osservatorio internazionale Questione Giustizia*, 7 settembre 2018, cit. p. 2.

Lamentando la violazione del principio di fratellanza, di necessità, di proporzionalità dei delitti e delle pene, di legalità e di uguaglianza, la *Cour de cassation* ha così ritenuto di trasmettere una QPC – *question prioritaire de constitutionnalité*³⁵ – al *Conseil constitutionnel* avente come norma oggetto la legittimità costituzionale degli articoli L. 622-1 e L. 622-4 del CESEDA³⁶.

Il ricorso incidentale presentato dalla *Cour de cassation* ruotava attorno a due considerazioni³⁷.

La prima riguardava la non punibilità prevista dall'art. L. 622-4 del CESEDA, che poteva essere accordata solo per la condotta di «aiuto al soggiorno» e non anche a quella di «ingresso» e di «circolazione». Si adduceva pertanto che la formulazione della norma fosse contraria ai principi di *nécessité et proportionnalité*, al principio di *légalité des délits et des peines* e, ugualmente, al principio d'*égalité* davanti alla legge, alla luce del principio di *fraternité* che si chiedeva di erigere a valore costituzionale³⁸. La seconda considerazione, apprezzava che, nel caso di «aiuto al soggiorno», l'immunità non coprisse qualsiasi atto umanitario ma solo quelli espressamente previsti dalla disposizione, apparendo non adeguatamente precisa³⁹.

Il Giudice costituzionale, nel valutare le doglianze presentate, si è pronunciato con una sentenza di non conformità parziale ad effetti differiti.

Riconoscendo, per la prima volta, la fratellanza come un valore costituzionale sancito dal preambolo e dagli articoli 2 e 72-3 della Costituzione, il *Conseil constitutionnel* ha ammesso la libertà di aiutare ciascun individuo in virtù di uno «scopo umanitario», a prescindere dalla sua

³⁵ Si tratta di un particolare strumento di ricorso al Giudice costituzionale che permette alle parti, durante un processo, di sollevare dinanzi al giudice la c.d. *question prioritaire de constitutionnalité* recante una disposizione legislativa che si ritiene pregiudizievole dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione. Tale istituto – entrato in vigore nel marzo 2010 – ha introdotto un controllo di costituzionalità *a posteriori*, riservando al *Conseil constitutionnel* la competenza di decidere sulla QPC e, in seguito al meccanismo del c.d. doppio filtro – *double filtrage* –, nel caso di accoglimento della *question*, di dichiarare la legge contraria alla Costituzione. Per un approfondimento sul controllo di costituzionalità *a posteriori* in Francia, si v. B. MATHIEU, *La question prioritaire de constitutionnalité: une nouvelle voie de droit. À propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et la décision du Conseil constitutionnel n. 2009- 595 DC*, in *La semaine juridique*, n. 52/ 2009, p. 54 ss.; G. CARCASSONNE, *La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne*, p. 305 ss.; D. ROUSSEAU, *La question prioritaire de constitutionnalité: un big bang juridictionnel*, in *R.D.P.*, 2009, p. 631 ss.

³⁶ Si deve evidenziare che il controllo di costituzionalità in via incidentale introdotto con la QPC prevede che la questione sia sottoposta ad un procedimento a *doppio filtro*. Il primo consiste nella verifica (da parte della giurisdizione ordinaria dinanzi alla quale la questione di costituzionalità è sollevata) della sussistenza di requisiti fondamentali per l'ammissione della questione e, qualora questi siano soddisfatti, la giurisdizione competente a conoscere il giudizio principale trasmette la QPC alla giurisdizione superiore. In particolare, l'art. 23- 4 dell'*ordonnance* del 7 novembre 1958, prevede che il *Conseil d'État* o la *Cour de cassation* si pronunci sul rinvio della QPC al *Conseil constitutionnel*, allorché siano soddisfatte le condizioni di cui al comma 1 e 2 dell'art. 23- 2 e la questione sia *nuova* o presenti un carattere *serio*. Ebbene, nel caso di specie, la *Cour de cassation* stimando che la QPC «*en ce qu'elle tend à ériger en principe constitutionnel, la fraternité*» ha ritenuto che presentasse il carattere nuovo. Cfr. *Cour de cassation*, Decisione di rinvio, 9 maggio 2018.

³⁷ Cfr. P. MATHONNET, *Le délit de solidarité à l'épreuve du principe de fraternité*, in *Plein droit*, 2018/3, n. 118, pp. 41- 44.

³⁸ *Paragraphe* n. 5.

³⁹ 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*, p. 4.

regolarità o clandestinità sul territorio della Repubblica francese⁴⁰, sollecitando altresì il legislatore a riformulare, prima di dicembre 2018, le sanzioni relative l'aiuto alla circolazione e al soggiorno irregolare.

Di conseguenza, è stato giudicato incostituzionale il «reato di solidarietà», dichiarando che un sostegno disinteressato ad un migrante per il suo «soggiorno irregolare» non possa essere penalmente sanzionato in nome del «principio di fratellanza»⁴¹.

Nel dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni che limitano le scriminanti all'aiuto al soggiorno il *Conseil constitutionnel* ha differito l'abrogazione della parte della disposizione ritenuta incostituzionale al 1° dicembre 2018, avvalendosi della facoltà di modulazione degli effetti temporali delle proprie decisioni, *ex art.* 62 della Costituzione⁴².

Il Giudice costituzionale ha poi indirizzato un monito al del legislatore, invitandolo a bilanciare il principio di *fraternité* con l'esigenza di mantenere l'ordine pubblico, ferma restando una *réserve d'interprétation*, in forza della quale il punto 3 dell'art. L. 622-4 sarà in armonia con il citato principio solo se interpretato nel senso di ricomprendere ogni *altro* atto di aiuto offerto a scopo umanitario⁴³.

Siffatta riserva di interpretazione è legata ad una definizione larga ma circoscritta di fine umanitario – *but humanitaire* – inteso come la libertà costituzionale di aiutare gli altri⁴⁴. Si tratta di una definizione larga, poiché vi rientra la difesa dell'integrità fisica e della dignità dello straniero; circoscritta, in quanto l'aiuto offerto agli stranieri «*sans considération de la régularité de son séjour*

⁴⁰ «*Il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national*». *Paragraphe* n. 8.

⁴¹ Il *Conseil constitutionnel* ha così ampliato la propria sfera di intervento consacrando il valore costituzionale della fratellanza ed elevandolo da valore al rango di principio. Sul punto, A. GATTI, *La fraternité da valore a principio. Considerazioni sulla sentenza del Conseil constitutionnel francese del 6 luglio 2018*, in *Federalismi.it*, 29 ottobre 2018, p. 9.

⁴² «*[...] des dispositions contestées aurait pour effet d'étendre les exemptions pénales prévues par l'article L. 622-4 aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter l'entrée irrégulière sur le territoire français*». *Paragraphe* n. 23. Per pronunciarsi con effetto immediato, il Giudice costituzionale avrebbe dovuto formulare una riserva interpretativa additiva, che aggiungesse al testo legislativo l'applicabilità delle scriminanti con riferimento agli atti di aiuto alla circolazione degli stranieri irregolari. Questa tecnica decisoria, a differenza della Corte costituzionale italiana, non è propria al *Conseil constitutionnel* che, in rispetto al principio legicentrismo che ha fatto da filo conduttore nella storia costituzionale francese, mantiene un approccio di deferenza nei confronti della discrezionalità del legislatore facendo ricorso alle riserve additive solo eccezionalmente e con portata meramente transitoria (cfr. A. M. LECIS, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un'importante pronuncia sul "reato di solidarietà"*, 30 luglio 2018, <http://www.diritticomparati.it/>). Sebbene le decisioni additive non rientrino nelle tecniche decisorie del *Conseil constitutionnel*, la giurisprudenza costituzionale francese ha talvolta attenuato la sua «posizione ufficiale camuffando le sue riserve di interpretazione additive» nella forma di «riserve d'interprétation neutralisante», come nel caso in esame. Per un approfondimento delle decisioni additive in chiave comparata, si v. TH. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie, Atelier national de reproduction des thèses*, 1996, cit. p. 253.

⁴³ Il *Conseil* ritiene che la condotta di aiuto al soggiorno irregolare benefici di un'esenzione penale esclusivamente per determinati atti definiti per il loro oggetto o scopo, come la consulenza giuridica, l'aiuto per il sostentamento, le cure mediche. È, dunque, in funzione di un fine umanitario che il principio di fratellanza incontra la sua implicazione tangibile conciliandosi con l'obiettivo di valore costituzionale della difesa dell'ordine pubblico. In questo senso, J. ROUX, *Fraternité: nouveau principe à valeur constitutionnelle*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1856 ss.

⁴⁴ *Ibidem*.

sur le territoire national»⁴⁵ deve distinguersi dalle iniziative finalizzate a favorire l'immigrazione irregolare⁴⁶.

Nelle argomentazioni espresse dai *Sages* del *Rue de Montpensier*⁴⁷, si rintracciano almeno tre aspetti interessanti.

In primis, l'aver accolto il valore costituzionale del principio di fratellanza, dal quale deriva la libertà di aiutare gli altri, per scopi umanitari, indipendentemente dalla loro regolarità⁴⁸. Attraverso una «*lezione di umanità*»⁴⁹, il *Conseil* si è così dotato di uno strumento polivalente per l'avvenire poiché difficilmente la fratellanza resterà circoscritta al diritto degli stranieri ma, al contrario, ha le potenzialità per essere allargata alle materie di politica sociale.

In secondo luogo, ha ampliato le discriminanti umanitarie contenute nella parte del Codice penale che punisce il favoreggiamento di immigrazione irregolare. Prima di detta sentenza, la discriminante era applicata solo a circostanze particolari e molto ristrette, ora comprende tutti i fatti con scopi umanitari che, pertanto, non sono più punibili.

Infine, emerge un aspetto connesso non ai contenuti materiali della decisione ma ai rapporti funzionali tra il Giudice costituzionale e il legislatore⁵⁰. Difatti, il *Conseil constitutionnel*, in coerenza con la tradizionale impostazione legicentrista, riconosce i limiti della propria potestà e la discrezionalità esclusiva riservata, invece, al legislatore nel definire nel dettaglio il bilanciamento tra valori costituzionali⁵¹, il rapporto tra fatto delittuoso e pena⁵², e le modifiche di disciplina necessarie per superare l'incostituzionalità⁵³.

Ai profili innovatori della sentenza, se ne aggiungono, però, altri di critici.

Sebbene il principio di fratellanza sia assunto a valore costituzionale, non importa il riconoscimento di un diritto generale e assoluto di accesso e di soggiorno nel territorio francese. Invero, si tratta di un principio che deve essere bilanciato con altri valori costituzionali, tra i quali primeggia l'ordine pubblico che, secondo il *Conseil constitutionnel*, giustifica la differenziazione tra l'aiuto alla circolazione e l'aiuto all'ingresso⁵⁴.

⁴⁵ *Paragraphe* n. 8.

⁴⁶ Così, in armonia alle parole del *Conseil constitutionnel*, l'*Assemblée nationale* nella legge n. 2018-778 sull'immigrazione, all'art. 38 ha espressamente allargato l'esenzione penale ad ogni forma di aiuto al soggiorno «*dans un but exclusivement humanitaire*».

⁴⁷ Per un'analisi strutturata che tiene conto altresì dell'evoluzione storica delle norme analizzate dalla pronuncia, si rinvia al *Commentaire* disponibile sul sito del *Conseil constitutionnel*: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm

⁴⁸ *Paragraphe* n. 8.

⁴⁹ J. E. SCHOETTL, *Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté*, in *R.F.D.A.*, 2018, cit., p. 966.

⁵⁰ Sul punto, cfr. M. DAICAMPI, *Emersione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *Casi e Questioni, DPCE on line*, 2018/3, pp. 675- 676.

⁵¹ *Paragraphe* n. 10.

⁵² *Paragraphe* n. 18.

⁵³ *Paragraphe* n. 23.

⁵⁴ «*En réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public*». *Paragraphe* n. 13.

L'argomentazione che distingue l'antigiuridicità della condotta in forza del fatto che lo straniero irregolare si trovi *oltre* o *entro* il confine nazionale mostra dei punti di debolezza. In particolare, non sembrerebbe così significativa «la differenza di disvalore tra il *contribuire a "creare"* e il *contribuire a "mantenere"* una situazione di illegalità»⁵⁵.

In effetti, aderire a questa logica implicherebbe ammettere che l'assistenza disinteressata offerta ad un migrante in Italia, per condurlo sul territorio francese, sia penalmente perseguibile. Diversamente, si direbbe lecito l'aiuto destinato ad un migrante che, clandestinamente, ha già superato il confine con la Francia senza, peraltro, dipanare il limite tra l'ingresso nel territorio e l'aiuto all'entrata in Francia⁵⁶.

Rimane poi da sottolineare che il *Conseil* non ha abrogato il *délit de solidarité*, lo ha piuttosto "rimodulato" in rispetto alla fratellanza. La solidarietà è stata, dunque, "ristrutturata": da comportamento penalmente perseguibile, oggetto giuridico del reato – *délit de solidarité* – a scopo che consente di non sanzionare quello stesso reato, in virtù di una finalità solidaristica – *but humanitaire* –.

Il legislatore ha così riscritto la disciplina della scriminante stabilendo che essa non si applichi alla sola ipotesi di aiuto all'ingresso irregolare sul territorio francese che continuerà, pertanto, ad essere reato indipendentemente dalle condizioni personali e dalle finalità di chi l'ha

3. (Segue) La decisione sulla «loi Asile et immigration».

Il contenuto della pronuncia del 6 luglio 2018 è stato tradotto nel progetto di legge n. 162, adottato dall'*Assemblée Nationale* il 26 luglio 2018. Il progetto si è immesso in un'ampia riforma in tema di immigrazione⁵⁷, incontrando diverse difficoltà nel corso dell'*iter* parlamentare, tanto da essere l'oggetto di un ricorso di costituzionalità preventivo⁵⁸ – attraverso la cd. *saisine*

⁵⁵ In tal senso, 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*, cit. p. 5.

⁵⁶ La decisione in esame conclude sostenendo che «*Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que l'exemption pénale prévue au 3° de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile doit s'appliquer également aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter, hormis l'entrée sur le territoire, la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire*» senza tuttavia esplicitare cosa debba intendersi per «circolazione accessoria». *Paragraphe n. 24.*

⁵⁷ La citata «*Legge per una immigrazione controllata, un diritto di asilo effettivo ed una integrazione riuscita*».

⁵⁸ La qualificazione di controllo di costituzionalità *a priori* e *a posteriori* attiene al momento, anteriore o successivo, in cui il sindacato di costituzionalità interviene rispetto all'entrata in vigore della legge. In particolare, il controllo preventivo è la forma tipicamente adottata in Francia con l'intento di impedire la promulgazione della legge laddove la verifica di costituzionalità *preventiva* giunga a conclusioni negative. Si tratta di un controllo astratto – in virtù di ciò che la legge "potenzialmente" dispone – che, per definizione, prescinde dall'applicazione concreta della norma. All'opposto, il controllo *a posteriori* considera la legge in modo concreto ed è azionabile in un qualsiasi momento *dopo* l'entrata in vigore della legge. Per un approfondimento del controllo di costituzionalità *a priori*, v. J. BONNET, P.Y. GAHDOUN, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, L.G.D.J., 2016, p. 111 ss.

parlementaire, ex art. 61, secondo comma, della Costituzione⁵⁹ – presentato da oltre sessanta deputati e senatori.

Le doglianze dei ricorrenti, che si fondavano sia sulla procedura di adozione della legge-sintetizzata dalla dottrina in «*loi Asile et immigration*»⁶⁰ – sia su alcune delle sue disposizioni, sono apparse fin dal principio «*flebili*»⁶¹ tant'è che, con la decisione n. 2018-770 DC, il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato gran parte degli articoli di leggi contestati conformi alla Costituzione.

Ciò che più interessa ai fini della presente analisi, è la parte della pronuncia che si situa in stretto prolungamento con la n. 2018- 717/718 QPC. In particolare, il Giudice costituzionale ha dichiarato conformi alla Costituzione le disposizioni dell'art. 38 che, in concordanza con la sentenza del 6 luglio, estendono le esenzioni penali attribuite ai soggetti che rispondono per il reato di aiuto al *soggiorno* irregolare alle persone perseguite per il reato di aiuto alla *circolazione* irregolare di uno straniero. I ricorrenti accusavano, precisamente, che questa esenzione non fosse stata estesa anche al reato di aiuto all'ingresso irregolare sul territorio francese.

I *Sages* di *Rue de Montpensier*, ripercorrendo, all'evidenza, le argomentazioni già esposte, hanno esordito facendo espresso riferimento al principio di fratellanza, affermando che da esso discenda la libertà di aiutare gli altri per un fine umanitario, a prescindere dalla regolarità sul territorio di chi chiede soccorso⁶².

Il *Conseil* citando poi il contenuto del *paragraphe* n. 12 della decisione n. 2018-717/718 QPC, ha ricordato che appartiene al legislatore il compito di conciliare il principio di fratellanza con l'ordine pubblico e che, a differenza dell'aiuto dato ad uno straniero per la sua circolazione o il suo soggiorno, quello offerto ad uno straniero per il suo ingresso irregolare nel territorio francese conduce, necessariamente, ad una situazione di illegalità.

Ciò tenendo presente che, in applicazione dell'art. 122-7 del Codice penale, qualunque soggetto, di fronte ad un pericolo attuale o imminente, compia un atto necessario alla salvaguardia della persona, non è penalmente responsabile, salvo che sussista una sproporzione tra i mezzi utilizzati e la gravità della minaccia.

Di conseguenza, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che l'assenza di un'esenzione al reato di aiuto all'ingresso irregolare sul territorio francese, anche se finalizzata ad un *but humanitaire* non importasse un disequilibrio – una «*conciliation manifestement déséquilibrée*»⁶³ – tra la fratellanza e l'obiettivo costituzionale di difesa dell'ordine pubblico.

⁵⁹ Per una ricostruzione delle *saisine parlementaire*, cfr. G. CARCASSONNE, *La saisine parlementaire*, (in) P. PASQUINO, B. RANDAZZO, *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*, Milano, 2006, p. 45 ss.

⁶⁰ Cfr. *Le juge constitutionnel se montre clément à l'égard de la loi Asile et immigration*, in *AJDA*, 2018, p. 1703 ss.; S. ZOUAG, *Étrangers – Loi Asile et immigration – De la controverse à la validation*, in *Juris associations*, 2018, n. 585, p. 7.

⁶¹ J. E. SCHOETTL, *Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté*, cit. p. 963.

⁶² *Paragraphe* n. 104.

⁶³ *Paragraphe* n. 92.

La disamina della pronuncia rileva un altro elemento interessante, vale a dire l'art. 6 della legge sottoposta al controllo di costituzionalità che mirava a ridurre i termini di istruzione per la domanda d'asilo sollevate davanti OFPRA e ad alleggerire la procedura di rimpatrio alla frontiera.

In particolare, l'art. 6 anticipava il limite massimo per la richiesta d'asilo: se prima il termine era di 120 giorni, la norma in esame non consentiva la presentazione della domanda oltre novanta giorni dall'ingresso del richiedente sul territorio francese.

I ricorrenti rilevavano che, in caso di ricorso dinanzi alla *Cour nationale du droit d'asile*, una siffatta disciplina avrebbe comportato una riduzione del termine dell'esame delle richieste da parte della stessa Corte, causando una violazione del diritto ad una procedura giusta ed equa, con conseguente violazione del diritto di difesa, del diritto di asilo e del principio di uguaglianza davanti alla legge.

Il *Conseil constitutionnel* ha, però, dichiarato la procedura conforme alla Costituzione, stabilendo che non impedisca all'OFPRA di procedere ad un esame individuale delle domande, nel rispetto delle garanzie procedurali previste dal legislatore tenendo conto, altresì, che il richiedente asilo mantiene il diritto di rimanere in Francia durante l'esame della sua richiesta⁶⁴.

4. *Alcune riflessioni conclusive.*

Al netto delle considerazioni svolte, le decisioni in commento permettono di osservare il rapporto tra le esperienze nazionali e il complesso processo di costruzione del diritto d'asilo prestandosi, peraltro, ad una lettura non esclusivamente giuridica, almeno in senso stretto.

Esse sono lo specchio di situazioni paradossali, teoricamente inconcepibili in uno Stato democratico, nelle quali chi aiuta un migrante, assolvendo ad un dovere di solidarietà, poteva essere penalmente sanzionato in virtù del reato di aiuto all'entrata, circolazione e soggiorno irregolare di uno straniero anche qualora il "movente" rispondesse ad un sentimento di altruismo⁶⁵.

È proprio riguardo a queste situazioni che risalta il rapporto, non armonico, tra uno Stato di diritto – come la Francia – e il sentimento solidaristico profuso da quanti si impegnano alla realizzazione del bene comune⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. V. AVENA-ROBARDET, *Impact de la loi «Immigration» sur les familles*, in *AJ Famille* 2018, p. 494 ss.

⁶⁵ A tale riguardo, appaiono interessanti le parole pronunciate da Cédric Herrou in un comunicato rilasciato il giorno della sua condanna in appello, autoproclamandosi uno dei tanti «*delinquenti della solidarietà*». In particolare, egli ha affermato che il suo comportamento non voleva nascondere o dissimulare delle persone ma, al contrario, mostrarle per «*suonare un campanello di allarme*». Secondo Cédric Herrou la vera questione non essere a favore o contro i migranti, poiché impedire loro di oltrepassare la frontiera è «*semplicemente impossibile*». È proprio per questo che chiedeva il controllo di questi flussi per evitare la clandestinità affermando che la sua lotta giuridica, assieme a quella di molti altri, era rispettosa delle leggi della Repubblica francese al punto da definirsi una «*lotta giusta per l'immagine di una Francia che si impegna a salvaguardare i diritti dell'uomo*». <https://www.roya-citoyenne.fr/2017/08/communique-de-cedric-herrou-le-8817/>

⁶⁶ A prescindere dal caso francese, è stato osservato che senza la solidarietà di chi facilita l'ingresso e il soggiorno irregolare, al richiedente asilo difficilmente sarebbe riconosciuto lo *status* di rifugiato. In realtà, punire la condotta di quanti aiutano un richiedente asilo a fare ingresso in un altro Paese priva la disciplina dello *status* di rifugiato del suo effetto utile. In tal senso, R. GRECO, *Sul "delitto di solidarietà" e i limiti del diritto d'asilo*, cit. p. 8.

Spiccano, dunque, alcuni interrogativi e spunti di riflessione legati alla tutela dei diritti sociali, principalmente nelle situazioni di crisi economica.

Anzitutto vi è un paradosso, che vede l'espansione di tali diritti in misura inversamente proporzionale alla loro attuazione a causa, spesso, della finitezza delle risorse economiche. In effetti, in tempo di crisi, sono i diritti sociali, «*stante la loro strutturale predisposizione a soddisfare l'universo dei bisogni della persona in una prospettiva di solidarietà sociale*», la categoria che risente «*maggiormente della congiuntura negativa*»⁶⁷. Dal momento che il diritto dell'immigrazione, i diritti sociali degli stranieri, il diritto d'asilo sono strettamente connessi a situazioni di crisi incontrano, inevitabilmente, numerose difficoltà per il loro riconoscimento che, parafrasando le parole del *Conseil*, potrebbero essere superate dal legislatore qualora, in concerto con le risorse disponibili, trovasse un punto di equilibrio tra la protezione dell'ordine pubblico e i diritti stessi⁶⁸.

In secondo luogo, diventa centrale una riflessione sul tema della solidarietà. Un concetto che, dal punto di vista positivistico, varia nel tempo e nello spazio mentre dovrebbe essere un *unicum*, indirizzato a fini solidaristici intesi in termini di aiuto reciproco. Tuttavia, le analisi mostrano che, almeno sul piano legislativo, non vi è ancora un significato univoco di solidarietà, *in primis* per la mancanza di una valutazione di insieme da parte dei Governi. Sembra, infatti, che nell'ambito dell'accoglienza degli stranieri regni un senso di smarrimento di cui la più recente giurisprudenza costituzionale francese è stata la portavoce.

In terzo luogo, un interrogativo ruota attorno ai diritti fondamentali e alla loro tenuta⁶⁹ quando si parla di diritti sociali e, specialmente, di diritti sociali degli stranieri. In vero, dalle restrizioni a tali diritti, dato l'incessante aumentare delle condizioni per accedere agli stessi, ci si può legittimamente chiedere se sia ancora possibile parlare di diritti fondamentali per ciò che attiene agli immigrati e agli stranieri irregolari⁷⁰.

⁶⁷ Così, D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, cit. p. 1.

⁶⁸ In verità, la tutela dello straniero come titolare della tutela giurisdizionale è un tema controverso e dibattuto anche nell'ordinamento italiano. Sebbene sia, teoricamente, fuori discussione che lo straniero irregolare o clandestino, debba godere dei diritti costituzionali fondamentali, «*tali e tante sono le strategie argomentative messe in campo dalla dottrina e dalla Corte costituzionale*», restano degli interrogativi aperti: «*quali diritti di titolarità dei cittadini possono essere estesi allo straniero?*» Ovvero, capovolgendo la domanda, «*quali diritti della persona possono essere circoscritti a favore solo di alcuni, in quanto cittadini?*». In tal senso, A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, (Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009), Napoli, Jovene, 2010, cit. pp. 335- 337.

⁶⁹ Per un'analisi critica sul tema si rinvia alla recente studio di R.BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, in particolare pp. 15- 18 e pp. 42- 45.

⁷⁰ L'affermazione del principio di eguaglianza fra cittadini e stranieri in ordine al godimento dei diritti fondamentali non risolve il problema di *quali* siano, in concreto, i diritti fondamentali che vanno necessariamente riconosciuti anche agli stranieri. Difatti, se la spettanza di alcuni diritti fondamentali ai cittadini si ritiene incontestata, diventa opportuno interrogarsi sull'esistenza di altri diritti dello stesso tipo. In tal senso, richiamandosi all'esperienza italiana, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, fasc. 2, cit., p. 222.

Infine, si può rilevare un altro paradosso: si assiste sempre di più di frequente ad una forte “territorializzazione” – il c.d. *fort ancrage territorial* – dei diritti sociali degli stranieri che, alla luce delle norme in vigore, evidenzia come, la classica dicotomia “cittadini/stranieri” possa essere sostituita con quella di “cittadini/stranieri in condizioni di regolarità”, da un lato, e di “stranieri irregolari”, dall’altro⁷¹. Nella misura in cui si ritenesse coerente tale distinzione, ci si potrebbe allora chiedere come si potrebbe (e dovrebbe) riconoscere la salvaguardia di alcuni diritti primari.

In questo senso, la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* può essere d’aiuto poiché individua taluni aspetti che potrebbero essere applicati nel diritto positivo.

In primo attiene ad un sentimento comune di appartenenza che forgia il rispetto per l’individuo, il senso di reputazione per la violenza. Il secondo è legato, piuttosto, alla solidarietà che trova la sua massima espressione nella lotta contro la povertà, la protezione sociale.

La *fraternité* esprimerebbe, pertanto, la sua massima portata non solo sul piano giuridico ma su quello sociale.

Si deve riconoscere altresì che nella «*triade rivoluzionaria*»⁷² «*liberté, égalité, fraternité*», quest’ultima è la sola a non avere una collocazione costituzionale. Difatti, contrariamente agli altri due elementi della «*divisa repubblicana*»⁷³, il principio di fratellanza non è declinato né nella Dichiarazione dei diritti dell’Uomo del 1789, né negli altri testi componenti il cd. *bloc de constitutionnalité*.

La fratellanza entra allora a far parte della Costituzione non come principio giuridico *supra-constitutionnel* bensì come ideale, ispirazione ad un sentimento comune di solidarietà.

Così, tra delle potenzialità e criticità che si evidenziano nelle argomentazioni del *Conseil*, si rintracciano degli spunti interessanti, che non sembrano escludere un’interpretazione del principio di fratellanza più ampia, capace di sviluppare un nuovo approccio alle questioni di irregolarità, che superi la concezione del diritto d’asilo come diritto di confine.

A ciò si può aggiungere una riflessione che funge da auspicio alle parole dei *Sages* del *Conseil*. Se la tutela dell’effettività del diritto a condizioni di vita degne e decenti per lo straniero⁷⁴ dovrebbe nascere *prima* del suo arrivo sul territorio francese, saranno le dinamiche che si instaureranno *dopo* il suo ingresso a connotare un vero e proprio banco di prova della tenuta del principio di fratellanza.

⁷¹ In tal senso, C. SEVERINO, intervento al convegno dal titolo *Cittadinanza, immigrazione e diritti: i sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie – Citoyenneté, immigration et droits: les systèmes de protection sociale à l’épreuvedes nouvelles dynamiques migratoires*, 27 ottobre 2017, Università degli studi di Udine.

⁷² 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*, cit., p. 4.

⁷³ J. E. SCHOETTL, *Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté*, cit. p. 966.

⁷⁴ Condizioni declinate dall’art. L. 622-4, terzo punto, e ampiamente argomentate dal *Conseil* nella citata decisione n. 2018- 717/718 QPC.