

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Riscato
A. Vallini, F. Viganò

Sezione I
Monografie

Stefano Zirulia

Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare

Tra *overcriminalisation*
e tutela dei diritti fondamentali



Giappichelli

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Riscato
A. Vallini, F. Viganò

Sezione I
Monografie

12

L'approccio costituzionale al diritto penale – metodo dominante nell'analisi di istituti e norme nella tradizione italiana – ha visto evolvere e amplificare le proprie prospettive con l'ingresso delle fonti sopranazionali, aprendosi, in particolare, al diritto UE ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui, del resto, si riconosce da tempo rango costituzionale o infra-costituzionale. La considerazione di questi nuovi punti di riferimento – unitamente alle influenze incrociate che contaminano la giurisprudenza dei principali tribunali costituzionali – può dirsi oggi passaggio obbligato per affrontare lo studio del diritto penale, in una prospettiva che ambisca a proiettare ricerche su istituti e norme nazionali in una dimensione non squisitamente domestica. In questa direzione, la collana intende ospitare studi di taglio monografico, saggistico, o di carattere collettaneo, caratterizzati da tale prospettiva di inquadramento, e dare spazio ad indagini su temi e problemi attuali del diritto penale, condotte tanto con i tradizionali strumenti della dogmatica classica, quanto con le doverose chiavi di lettura imposte dall'angolatura costituzionale, arricchita dalla progressiva integrazione tra ordinamenti.



Stefano Zirulia

Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare

Tra *overcriminalisation*
e tutela dei diritti fondamentali



Giappichelli

© Copyright 2023 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0394-6

ISBN/EAN 979-12-211-5394-1 (ebook-pdf)

I volumi pubblicati nella presente Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*A Francesca, e alla piccola Nives.
Le frontiere non esistono, le hanno inventate i grandi.*

Grazie...

Al maestro Francesco Viganò, per tutte le volte in cui, con la pazienza e la generosità che lo contraddistinguono, mi ha ascoltato e consigliato; e anche per tutte le altre volte in cui, nell'affrontare un nodo complesso, ho provato semplicemente a chiedermi come lo avrebbe sciolto lui.

A Gian Luigi Gatta, sotto la cui direzione il Dipartimento Cesare Beccaria dell'Università degli Studi di Milano è stato un vero luogo di ricerca, di pensiero libero e critico, oltre che un ambiente di lavoro sereno e amichevole.

Alle direttrici e ai direttori della Collana, nonché agli anonimi revisori, le cui attente e autorevoli osservazioni mi hanno consentito di apportare migliorie e rifiniture alla versione finale del lavoro.

Ai miei genitori e ai miei suoceri, colonne portanti di una complessa organizzazione familiare; nonché a Francesca e alla piccola Nives, alle quali dedico questo libro, promettendo loro che recupereremo tutto il tempo che non abbiamo trascorso insieme nelle fasi più intense del lavoro.

INDICE

	<i>pag.</i>
RAGIONI E OBIETTIVI DELL'INDAGINE	1
CAPITOLO I	
LA CONTROVERSA NOZIONE DI FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE	
1. Un cruciale problema definitorio	9
2. Il traffico di migranti nel diritto internazionale: il Protocollo di Palermo (2000)	11
2.1. Il contesto storico-politico di riferimento	12
2.2. La norma definitoria di « <i>smuggling of migrants</i> » e il relativo obbligo di incriminazione	15
2.3. Le ulteriori condotte oggetto di obbligo di incriminazione	22
2.4. La problematica rilevanza degli elementi della «transnazionalità» e del «coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato»	24
2.5. La disciplina in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria	26
3. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nel diritto europeo: il « <i>Facilitators Package</i> » (2002)	29
3.1. Il contesto storico-politico di riferimento	29
3.2. La norma definitoria di «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» e il relativo obbligo di incriminazione	35
3.3. La disciplina in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria	40
3.4. La cooperazione con i Paesi terzi e le missioni in alto mare	42

4. La nozione di traffico di migranti nelle legislazioni nazionali: sguardo d'insieme sulle tendenze di politica criminale a livello globale	45
5. I frastagliati confini tra traffico di migranti e tratta di persone	49
5.1. Dalla nozione unitaria alla separazione dei concetti di traffico e tratta	49
5.2. Una distinzione netta solo sulla carta	52
5.2.1. Le sovrapposizioni fra traffico e tratta e i loro riflessi sulla disciplina applicabile agli autori dei reati e agli stranieri coinvolti	53
5.2.2. Il nodo delle finalità di tutela	58
5.3. Prime conclusioni sulla problematica distinzione fra traffico e tratta	62
6. Chi sono e come operano gli “ <i>smugglers</i> ”. Sguardo al sostrato fattuale delle nozioni normative esaminate	63
6.1. Le rotte del traffico	63
6.2. Identità e numeri dei migranti “trafficati”	64
6.3. Le diverse figure di trafficanti	66
6.4. Le tariffe e i sistemi di pagamento	68
6.5. I pericoli per i migranti	70
6.6. I multiformi rapporti tra trafficanti e migranti	72
7. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine	74

CAPITOLO II

IL MODELLO ITALIANO DI PROTEZIONE DELLE FRONTIERE MEDIANTE IL CONTRASTO AL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

1. Introduzione	80
2. Cronistoria della legislazione italiana sul contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare	81
2.1. Gli anni '80 e la “legge Martelli”	81
2.2. L'avvento del testo unico sull'immigrazione	83
2.3. La legge “Bossi-Fini”	85
2.4. Le modifiche introdotte dalla legge di conversione del d.l. n. 241/2004	89

pag.

2.5. La legge di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata e dei relativi Protocolli	91
2.6. I “pacchetti sicurezza” 2008 e 2009	92
2.7. La lotta all’immigrazione irregolare via mare e la stagione dei “porti chiusi”	96
2.8. L’ultimo giro di vite: il d.l. n. 20/2023 (c.d. “decreto Cutro”)	99
2.9. Un sintetico bilancio	103
3. Le figure incriminatrici del favoreggiamento dell’immigrazione irregolare	103
3.1. Alcune premesse terminologiche	104
3.2. Il favoreggiamento dell’ingresso irregolare	106
3.2.1. Modello italiano e modelli sovranazionali a confronto: conformità e discrasie	107
3.2.2. Un reato artificiale: l’irregolarità dell’ingresso come unico perno del disvalore	113
3.2.3. (<i>Segue</i>): la violazione del testo unico sull’immigrazione e l’illegalità dell’ingresso	123
3.2.4. (<i>Segue</i>): riflessi sull’accertamento del dolo e sulla disciplina dell’errore	129
3.3. Il favoreggiamento della permanenza irregolare	134
3.3.1. Modello italiano e modelli sovranazionali a confronto: conformità e discrasie	135
3.3.2. I problematici confini tra favoreggiamento della permanenza e dell’ingresso irregolari	139
4. Dal favoreggiamento dell’ingresso irregolare al traffico di migranti	140
4.1. I contrasti giurisprudenziali ricomposti dalla sentenza <i>Mizanur</i>	141
4.2. Il favoreggiamento aggravato tra plurioffensività e profili di irragionevolezza	145
4.3. Il nodo del dolo specifico di profitto	148
5. Dal traffico di migranti alla tratta di persone	151
5.1. Elementi distintivi e profili di sovrapposizione	151
5.2. Oscillazioni giurisprudenziali in punto di unità o pluralità di reati	153
5.3. La strumentalizzazione delle similitudini tra favoreggiamento e tratta da parte del legislatore italiano	158
6. Un diritto penale oltre i confini?	161
6.1. La protezione anticipata delle frontiere e i limiti spaziali all’applicabilità della legge penale	162

6.2.	I criteri di collegamento in caso di traffico di migranti via mare	163
6.2.1.	Critiche all'impostazione giurisprudenziale fondata sulla figura dell'autore mediato	166
6.2.2.	Ulteriori soluzioni per il radicamento della "giurisdizione" italiana nei casi di soccorso in mare	171
7.	La disciplina speciale per la tutela delle frontiere marittime	175
7.1.	Il "decreto sicurezza- <i>bis</i> " (2019)	176
7.2.	Il "decreto Lamorgese" (2020)	180
7.3.	Il "decreto Piantedosi" (2023)	185
8.	Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine	191

CAPITOLO III

LA SOVRA-CRIMINALIZZAZIONE DEL FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO IRREGOLARE

1.	Introduzione	195
2.	La scriminante umanitaria: una disposizione (quasi) inutile	197
2.1.	Natura giuridica ed elementi costitutivi	198
2.2.	Margini di applicabilità	199
3.	I soccorsi in mare (rinvio)	203
4.	Il favoreggiamento dell'ingresso di richiedenti asilo	203
4.1.	Casistica e prime risposte giurisprudenziali	204
4.2.	Ulteriori possibili soluzioni: sul piano della tipicità	206
4.3.	(<i>Segue</i>): sul piano dell'elemento soggettivo	208
4.4.	Profili di politica criminale e prospettive <i>de jure condendo</i>	211
5.	Il favoreggiamento dell'ingresso di famigliari	212
5.1.	Casistica e prime risposte giurisprudenziali	213
5.2.	Profili critici degli orientamenti giurisprudenziali e possibili soluzioni alternative	214
6.	Il favoreggiamento dell'ingresso <i>tra</i> migranti irregolari	217
6.1.	La questione dei "migranti-scafisti"	217
6.1.1.	Orientamenti giurisprudenziali e relative criticità: in fase di identificazione degli indagati	220
6.1.2.	(<i>Segue</i>): in fase di accertamento della tipicità delle condotte	222

pag.

6.1.3. (<i>Segue</i>): in punto di esclusione dello stato di necessità	225
6.1.4. (<i>Segue</i>): in punto di mancato accertamento della minima importanza del contributo prestato alla realizzazione del reato	228
6.2. Il favoreggiamento dell'ingresso di stranieri per impedire un respingimento illegittimo (il caso <i>Vos Thalassa</i>)	230
6.2.1. I fatti e le contrastanti pronunce di merito	230
6.2.2. La sentenza della Corte di cassazione: le questioni risolte e quelle rimaste aperte	237
7. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine	242

CAPITOLO IV

LA CRIMINALIZZAZIONE DELLE ATTIVITÀ DI RICERCA E SOCCORSO IN MARE DI MIGRANTI IRREGOLARI

1. Introduzione	245
2. Soccorsi pubblici e soccorsi privati nella cornice della lotta allo <i>smuggling of migrants</i> lungo il Mediterraneo centrale	247
3. La casistica sui soccorritori accusati di favoreggiamento dell'ingresso irregolare e di altri reati connessi al trasporto di naufraghi-migranti sul suolo italiano	251
3.1. Il precedente <i>Cap Anamur</i> (2010)	252
3.2. La nuova stagione del contrasto alle attività delle ONG (2017-2023); il c.d. caso <i>Iuventa</i>	254
3.3. Il caso <i>Open Arms</i>	258
3.4. Il caso <i>Sea Watch</i> (Carola Rackete)	263
3.5. Sguardo d'insieme alla casistica esaminata	270
4. Profili di diritto internazionale dei soccorsi in mare	271
4.1. La situazione di <i>distress</i>	272
4.2. Gli attori privati dei soccorsi in mare: tra facoltà di ricerca e dovere di salvataggio	275
4.3. L'individuazione di un <i>place of safety</i> (PoS) e lo sbarco	280
5. Favoreggiamento dell'ingresso irregolare via mare e scriminanti: adempimento del dovere di soccorso	290
5.1. Considerazioni preliminari sulla diretta applicabilità al comandante della disciplina internazionale in materia di soccorsi in mare	291

	<i>pag.</i>
5.2. I criteri di risoluzione del conflitto di doveri	293
5.3. L'estendibilità dello schema a illeciti (penali e amministrativi) diversi dal favoreggiamento dell'ingresso irregolare	297
6. (<i>Segue</i>): esercizio di un diritto	300
7. (<i>Segue</i>): stato di necessità	302
8. (<i>Segue</i>): legittima difesa	306
9. Una proposta alternativa: l'esclusione della tipicità del favoreggiamento dell'ingresso irregolare in caso di soccorso in mare	308
10. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine	315

CAPITOLO V

PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DELLA DISCIPLINA EUROPEA E NAZIONALE SUL CONTRASTO AL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

1. Introduzione	320
-----------------	-----

SEZIONE I

LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SUPERIORI SUL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

2. La sentenza della Corte di giustizia UE sul reato di assistenza ai richiedenti asilo (<i>Commissione c. Ungheria</i> , 2021)	322
3. La sentenza del <i>Conseil Constitutionnel</i> sulla scriminante umanitaria francese (caso <i>Cédric Herrou</i> , 2018)	328
4. La sentenza della Corte costituzionale italiana sulla proporzionalità delle pene per alcune ipotesi di favoreggiamento aggravato (caso <i>E.K.</i> , sent. n. 63/2022)	333
5. Uno sguardo oltreoceano: la sentenza della <i>Supreme Court of Canada</i> sul reato canadese di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (caso <i>Appulonappa</i> , 2015)	339

SEZIONE II

L'ILLEGITTIMITÀ DEGLI OBBLIGHI
DI INCRIMINAZIONE EUROPEI E
DELLE NORME PENALI ITALIANE IN MATERIA
DI FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO IRREGOLARE

6. Il favoreggiamento dell'ingresso irregolare al vaglio del principio di proporzionalità	343
7. La sproporzione delle scelte di criminalizzazione	344
7.1. Sproporzione delle scelte di criminalizzazione sottese al <i>Facilitators Package</i> al metro della Carta dei diritti fondamentali	345
7.1.1. I diritti fondamentali incisi dagli obblighi di incriminazione	346
7.1.2. L'illegittimità dell'interferenza al metro dell'art. 52(1) CDF	349
7.2. Sproporzione delle scelte di criminalizzazione sottese all'art. 12 t.u. imm. al metro della Carta dei diritti fondamentali e della Costituzione italiana	362
7.2.1. Premessa sulla necessità del previo esperimento di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, avente ad oggetto la validità del <i>Facilitators Package</i> , al fine di non incorrere in una procedura di infrazione	362
7.2.2. L'illegittimità dell'art. 12 t.u. imm. al metro della Carta dei diritti fondamentali: l'opzione del rinvio pregiudiziale avente ad oggetto il carattere "ostativo" della Carta rispetto alla norma nazionale	364
7.2.3. (<i>Segue</i>): l'opzione della questione di legittimità costituzionale	365
7.2.4. L'estendibilità delle conclusioni raggiunte in punto di illegittimità dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. agli illeciti amministrativi in materia di diritto della navigazione (disciplina dei c.d. "porti chiusi")	370
7.3. L'irragionevole delimitazione della scriminante umanitaria (art. 12, comma 2, t.u. imm.) alle condotte prestate a favore di stranieri già presenti sul territorio italiano	373
8. La sproporzione delle pene previste dall'art. 12 t.u. imm.	378
8.1. La sproporzione della cornice edittale della fattispecie base	379

	<i>pag.</i>
8.1.1. L'irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio tra autore del favoreggiamento e straniero favorito	379
8.1.2. La sproporzione "intrinseca" della cornice edittale nella prospettiva della finalità rieducativa della pena	384
8.1.3. I possibili sbocchi decisori	389
8.2. La sproporzione delle circostanze aggravanti speciali relative al numero di concorrenti e al numero di migranti trasportati	391
8.3. La sproporzione delle pene previste dalla nuova fattispecie di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina»	392
8.4. Chiosa sull'organo giurisdizionale competente ad accertare e correggere la sproporzione delle pene	394
9. Sintesi	395

CAPITOLO VI

RILIEVI CONCLUSIVI E PROPOSTE *DE JURE CONDENDO*

1. Un problema (non solo) definitorio	401
2. Il futuro, tra questioni di legittimità e possibili riforme	406
2.1. A livello europeo	406
2.2. A livello italiano	413
3. Il mercato nero della mobilità e il ruolo del diritto penale	418

BIBLIOGRAFIA	421
---------------------	-----

INDICE DELLE ABBREVIAZIONI DEI PERIODICI	453
---	-----

RAGIONI E OBIETTIVI DELL'INDAGINE

Il 27 agosto 2019 la signora E.K., di nazionalità congolese, veniva tratta in arresto, all'aeroporto di Bologna, per avere tentato di introdurre illegalmente in Italia, mediante esibizione di passaporti falsi al varco di frontiera, la figlia e un'altra minore che viaggiava con loro. Nei suoi confronti veniva avviata un'indagine per favoreggiamento dell'ingresso irregolare (delitto previsto dall'art. 12, comma 1, t.u. imm.), aggravato dall'utilizzo di un servizio internazionale di trasporto e di documenti contraffatti (circostanze speciali all'epoca previste dal comma 3, lett. d) del medesimo art. 12 t.u. imm.): un'accusa per la quale E.K. rischiava la reclusione da cinque a quindici anni e una multa di trentamila euro. Il 10 marzo 2022, in accoglimento della questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Bologna nell'ambito del procedimento contro E.K., la Corte costituzionale dichiarava illegittime entrambe le aggravanti, ritenendo che la sanzione detentiva ad esse collegata, drasticamente più severa di quella prevista per la fattispecie base (da uno a cinque anni di reclusione), non fosse sorretta da alcuna ragionevole giustificazione, tenuto tra l'altro conto della loro incapacità di evocare, a differenza di altre aggravanti previste dal medesimo art. 12 t.u. imm., «*scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti*»¹. La signora E.K. risulta tuttora sottoposta a procedimento per lo stesso reato, in forma tuttavia non aggravata.

La parabola di questa vicenda è rappresentativa, per molti aspetti, della constatazione di fondo che ha messo in moto la presente ricerca. La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm. è stata introdotta, sul finire del secolo scorso, come presidio penalistico all'integrità delle frontiere nazionali. Incriminando pressoché qualunque forma di volontaria agevolazione di ingressi irregolari, il legislatore italiano ha anticipato, in sostanza, gli obblighi di incriminazione che sa-

¹ Corte cost., 8 febbraio 2022, n. 63, Pres. Amato, Red. Viganò (cons. in dir., n. 4.3).

rebbero di lì a poco sopraggiunti tanto a livello internazionale (mediante il Protocollo di Palermo del 2000 per il contrasto allo *smuggling of migrants*), quanto, e in maniera ancor più pervasiva, a livello europeo (per effetto della combinazione della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI, c.d. *Facilitators Package*). Negli anni successivi l'art. 12, comma 1, t.u. imm. ha subito numerose modifiche, le più significative delle quali hanno riguardato, in linea con l'approccio securitario caratteristico del diritto penale dell'immigrazione, il trattamento sanzionatorio, che ha visto un progressivo rialzo delle pene editali e l'arricchimento del catalogo delle aggravanti speciali. Ciò ha accentuato, sul piano del rigore punitivo, quegli elementi di inflessibilità, e soprattutto di tendenziale insensibilità alle variazioni di disvalore delle situazioni concrete, che sin dall'origine avevano caratterizzato il fatto tipico.

La vicenda giudiziaria di E.K. è dunque soltanto il sintomo di un problema di *overcriminalisation* dalle radici più profonde, rispetto al quale l'intervento correttivo della Corte costituzionale, specialmente laddove ha evidenziato la necessità che una norma penale rifletta coerentemente i tipi criminologici suscettibili di esservi attratti, può essere valorizzato non soltanto come rimedio di una specifica sperequazione sanzionatoria, bensì anche come conferma della necessità di avviare una più ampia riflessione sui limiti all'esercizio della potestà punitiva in funzione di protezione delle frontiere nazionali.

Nulla di nuovo sotto il sole, si potrebbe dire, tenuto conto dell'ampia riflessione dottrinale che ha accompagnato, criticamente, il sempre più pervasivo ruolo assegnato al diritto penale, nonché alle misure amministrative plasmate su istituti tradizionalmente penalistici (si pensi alla *immigration detention*), nel controllo dei flussi migratori. Eppure, è innegabile il fatto che, a dispetto della sua ormai rispettabile età, la disciplina nazionale e sovranazionale sul contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare ha finora ricevuto, specie se paragonata alle classiche direttrici che compongono la c.d. *crimmigration*², un'at-

² Il fortunato neologismo "*crimmigration*", coniato nel 2006 dalla giurista americana Juliet STUMPF (*The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *Amer. Univ. L. Rev.*, 2006, 367-419), si riferisce alla progressiva sovrapposizione e fusione del diritto dell'immigrazione con il diritto penale, in funzione di prevenzione e repressione dei fenomeni di immigrazione irregolare. In estrema sintesi, l'espressione "*crimmigration*" indica tre diverse e convergenti strategie politico-criminali: la previsione di conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione; la previsione di conseguenze di diritto dell'immigrazione nei confronti dello straniero autore di illeciti penali; il ricorso a misure private o limitative della libertà personale tradizionalmente penalistiche nell'ambito del diritto

tenzione nettamente inferiore³, solo recentemente aumentata a fronte delle vicende che hanno visto impigliarsi nelle maglie del diritto penale (non solo italiano) condotte animate da finalità altruistiche, umanitarie o addirittura di soccorso.

Del resto, nella storia non mancano certo episodi, più o meno noti, nei quali la solidarietà tra esseri umani ha assunto la forma di un aiuto a superare, clandestinamente, una frontiera: basti pensare ai *Fluchtbelfer* (“complici dei fuggiaschi”) che, negli anni del Muro di Berlino, facilitavano i passaggi dal settore est al settore ovest della città⁴; a coloro che aiutavano gli ebrei a sottrarsi alle persecuzioni naziste, agevolandone la

dell'immigrazione. Nello stesso filone di ricerca si inserisce, a un anno di distanza dallo studio di Stumpf, il fondamentale studio di Stephen LEGOMSKY (*The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Wash. Lee L. Rev.*, 2007, 469-528) che esamina i meccanismi di importazione degli strumenti penalistici nel diritto dell'immigrazione. A livello europeo, tra i primi studi sistematici si segnala l'articolata indagine di Valsamis MITSILEGAS (*The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015), che si snoda lungo un originale percorso “dinamico”, distinguendo tra misure preventive degli ingressi, misure di controllo sul territorio, misure di rimozione dal territorio. Nell'ordinamento italiano il tema è stato oggetto di crescente attenzione, parallelamente all'intensificarsi di politiche di controllo dell'immigrazione di stampo securitario e repressivo. Pur essendo la letteratura in materia ormai molto ampia, un inquadramento delle problematiche fondamentali sottese alla “criminalizzazione dell'immigrazione” è offerto dai seguenti contributi (in ordine cronologico): M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 101-133; F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3, 2010, 13-36; A. DI MARTINO, F. BIONDI DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy*, Pisa university press, 2013; D. MELOSSI, *Crime, Punishment and Migration*, Sage, 2015; A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2017, n. 2, 495-514; G.L. GATTA, *La pena nell'era della “Crimmigration”: tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Tomo II, Giuffrè, 2018, 987 ss.; L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Leg. pen.*, 24 luglio 2019, 1-46; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, 2019; A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, fasc. 4/2022, 43-71.

³ Tra i pochi studi specificamente dedicati alla disciplina di cui all'art. 12 t.u. imm., prima che la stagione dei procedimenti penali nei confronti dei membri delle ONG favorisse una maggiore diffusione dell'interesse per la materia, si possono menzionare: A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato Teorico-Pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2012, 37-94; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, 105-118.

⁴ Su queste vicende, v. G. MITCHELL, *The Tunnels: The Untold Story of the Escapes Under the Berlin Wall*, Transworld Publishers, 2016 (trad. it. a cura di L. Fusari, *Berlino, 1962: sotto il Muro*, Utet, 2017).

fuga in Svizzera o in Svezia⁵; o ancora, risalendo ulteriormente nel tempo, alla famigerata *Underground railroad* (“ferrovia sotterranea”), la rete segreta che, nel Nordamerica del XIX secolo, conduceva le persone ridotte in schiavitù verso gli Stati liberi e il Canada⁶. Al netto delle loro specificità, queste vicende ci ricordano, da un lato, l’esistenza di situazioni nelle quali dal superamento di un confine può dipendere financo la salvezza di una persona; e, dall’altro lato, il fatto che coloro che si prodigano per agevolare tale risultato, violando le regole che in un dato momento storico governano la mobilità delle persone, corrono a loro volta il rischio di essere criminalizzati.

Proprio il problema della c.d. “criminalizzazione della solidarietà” nei confronti di migranti e richiedenti asilo – che alle frontiere dell’Europa contemporanea ha assunto le più svariate forme⁷ e che in Italia si è manifestato, tra l’altro, nei procedimenti penali per le attività di *search and rescue* realizzate a favore dei *boat migrants* lungo la rotta del Mediterraneo centrale⁸ – rappresenta un’ulteriore conferma dell’opportunità, e della tempestività, di uno studio ad ampio spettro, che indaghi le cause profonde delle tendenze sovra-criminalizzanti sin qui accennate, illustri criticamente le loro principali forme di manifestazione, e, infine, proponga soluzioni per il loro superamento.

* * *

⁵ Per un sintetico sguardo d’insieme, v. la voce *Rescue* della *Holocaust Encyclopedia* (encyclopedia.ushmm.org), nella quale si cita, tra l’altro, la vicenda dei pescatori danesi che nel 1943 trasferirono migliaia di ebrei in Svezia a bordo delle proprie imbarcazioni. Su questo specifico episodio si avrà occasione di tornare nel corso della trattazione: v. *infra*, cap. IV, par. 7; cap. VI, par. 1.

⁶ V. la voce *Underground Railroad (United States history)*, in *Encyclopaedia Britannica* (britannica.com). Per una straordinaria versione romanzata di questa vicenda, vincitrice del premio *Pulitzer* per la narrativa nel 2017, v. C. WHITEHEAD, *The Underground Railroad*, Random House USA, 2016 (trad. it. a cura di M. Testa, *La ferrovia sotterranea*, Edizioni SUR, 2017).

⁷ Per un primo inquadramento del problema, v. ad es. il rapporto di Amnesty International *Punishing compassion. Solidarity on trial in Fortress Europe*, 2020; per una disamina di taglio sociologico sulle diverse tipologie di azioni della società civile volte a fornire un sostegno a persone straniere dallo status incerto o irregolare, v. M. AMBROSINI, *Confini, migrazioni, accoglienza: una sfida per le società democratiche*, in M. AMBROSINI, M. D’AMICO, E. PERASSI, *Confini, migrazioni e diritti umani*, Milano University Press, 2022, 47-70, 60-64; Id., *Sociologia delle migrazioni*, III ed., il Mulino, 2020, 46 ss.

⁸ Tema, quest’ultimo, al quale sarà dedicato l’intero cap. IV.

L'indagine prende il via, nel *primo capitolo*, da un problema definitorio destinato a innervare l'intera trattazione: cosa si intende, oggi, per traffico di migranti e per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare? Quali sono i modelli definitivi in base ai quali i legislatori nazionali hanno plasmato le norme incriminatrici? Vengono in particolare esaminate, e messe a confronto, le nozioni tracciate, su scala mondiale, dal Protocollo di Palermo del 2000, nonché, su scala europea, dal *Facilitators Package* del 2002. La trattazione evidenzia come quelle storiche nozioni, alle quali si ricollegano puntuali obblighi di incriminazione a carico degli Stati, siano state il frutto di un processo di astrazione che, da un lato, le ha rese incapaci di riflettere fedelmente la complessità della realtà empirica che miravano a inquadrare; dall'altro lato, ha posto le basi normative dei fenomeni di *overcriminalisation* successivamente generati dalle norme penali nazionali di trasposizione.

Nel *secondo capitolo* l'attenzione si sposta sull'ordinamento italiano, di cui si analizza, anzitutto, l'evoluzione della disciplina per il contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, dalle prime disposizioni, risalenti agli anni '80, fino alle ultime riforme, spesso collocate sul sottile crinale che separa diritto penale e diritto amministrativo, dettate da un'agenda politica particolarmente sensibile alla c.d. "emergenza sbarchi". L'indagine si snoda, quindi, attraverso le numerose categorie del reato messe in tensione da quella complessa disposizione – l'art. 12 t.u. imm. – alla quale il legislatore affida la tutela penale dell'ordinata gestione dei flussi migratori rispetto alle condotte di favoreggiamento dell'ingresso e della permanenza irregolari. La scelta di concentrare l'attenzione sulla disciplina italiana è scaturita da una constatazione che, al contempo, ha costituito una scelta di metodo: in ragione della sua particolare esposizione ai flussi migratori irregolari in ingresso, e quindi anche alle condotte che in vario modo li facilitano, l'Italia rappresenta, attualmente, un terreno di indagine privilegiato nella compagine europea, dove l'interprete può confrontarsi con una casistica e una produzione legislativa verosimilmente senza eguali, paradigmatiche di questioni la cui portata trascende, evidentemente, i confini nazionali.

Nel *terzo capitolo* la trattazione si concentra sullo specifico problema della sovra-criminalizzazione, prendendo in esame tre grandi settori dove lo stesso si manifesta con particolare evidenza e problematicità: il favoreggiamento dell'ingresso di richiedenti asilo, quello di propri familiari e quello di altri migranti irregolari. Per ciascuno di questi settori vengono esaminati e sottoposti a esame critico i più significativi orientamenti giurisprudenziali, mettendo in luce la percorribilità di soluzioni ermeneutiche improntate ad un ragionevole bilanciamento tra

gli interessi in conflitto, ma anche constatando, in ultima analisi, l'insufficienza di tali soluzioni ad arginare gli eccessi punitivi della disciplina vigente.

L'indagine sugli effetti sovra-criminalizzanti dell'art. 12 t.u. imm. prosegue nel *quarto capitolo*, dedicato al settore nel quale, attualmente, tali effetti si manifestano con più urgenza e drammaticità: quello dei soccorsi in mare dei migranti. Anche in questo caso la trattazione prende le mosse dalla casistica più significativa, per poi vagliare, nel quadro della teoria delle cause di giustificazione e della stessa tipicità, l'esistenza di percorsi ermeneutici che consentano di distinguere le condotte meritevoli di sanzione da quelle che, invece, costituiscono il legittimo e doveroso salvataggio di naufraghi.

Constatata l'insufficienza dei correttivi di taglio esecutivo, il *quinto capitolo* si interroga in ordine alla sussistenza di profili di vera e propria illegittimità nella disciplina per il contrasto al favoreggiamento di ingressi irregolari. Muovendo dall'esame di pronunce di Corti superiori (nazionali e sovranazionali) che hanno già avuto occasione, in anni recenti, di correggere l'operato dei legislatori nazionali in questa materia, il capitolo sottopone tanto l'art. 12 t.u. imm. quanto gli obblighi europei sui quali è plasmato ad un vaglio di legittimità al metro del principio di proporzionalità (ricavato, a sua volta, dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali UE), tanto con riferimento alle sottese scelte di criminalizzazione, quanto con riferimento alla dosimetria editale.

Al *sesto* e ultimo capitolo sono consegnate le principali conclusioni del lavoro, non prive di spunti *de jure condendo*, specialmente con riguardo alla necessità di ripensare la nozione di favoreggiamento dell'ingresso irregolare attraverso l'inserimento di elementi selettivi, individuati alla luce di un ragionevole contemperamento tra i diritti fondamentali in gioco, che la affranchino dal mero, e onnicomprensivo, contributo causale all'attraversamento irregolare di una frontiera.

* * *

La materia che ci si accinge ad affrontare, pur non annoverandosi tra i temi tradizionali dello *ius puniendi*, sollecita interrogativi di ampio respiro, al crocevia tra sistematica del reato, tutela dei diritti fondamentali e scelte di politica criminale condizionate dalle contrastanti visioni e ideologie che circondano il controllo dell'ordine pubblico in materia di immigrazione. Proprio il connubio tra diritto penale e diritto dell'immigrazione, del resto, chiama in gioco due tra i settori dell'ordina-

mento che, nel mondo contemporaneo, risultano più esposti alle suggestioni dei populismi di stampo repressivo e autoritario⁹, rendendo perciò irrinunciabile il tentativo di opporre al loro dilagare una qualche forma di *resistenza scientifica*.

La tempestività di uno studio costruito attorno a queste tematiche è del resto corroborata sia dai dati empirici (si pensi al preoccupante incremento di sbarchi irregolari registratosi nell'anno in corso sulle coste italiane e al tragico bilancio delle morti lungo la rotta del Mediterraneo centrale¹⁰); sia, e forse soprattutto, da una prognosi agevolmente formulabile in ordine alle attenzioni che tale fenomeno seguirà a reclamare negli anni a venire: almeno fino a quando i confini nazionali dei Paesi appartenenti al c.d. *Global North* continueranno a costituire barriere *invalidabili legalmente* per una parte significativa della popolazione del *Global South*¹¹.

Mentre scriviamo questa introduzione sono trascorsi pochi mesi dall'ennesimo tragico naufragio di migranti, verificatosi davanti alla costa del Comune calabrese di Cutro. L'immediata reazione del Governo ita-

⁹Sui rapporti tra populismo e immigrazione in Europa, v. di recente V. STOYANOVA, *Populism, Immigration and Liberal Democracies. Inherent Instability or Tipping of the Balance?*, in V. STOYANOVA, S. SMET (eds.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge University Press, 2022, 49-69. Quanto al populismo penale, oggetto ormai di una vasta produzione scientifica, si possono ricordare, tra gli studi in lingua italiana, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95-122; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 123-146; L. RISCATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 73-82; F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, ESI, 2020, 458 ss.; nonché, in prospettiva criminologica, R. CORNELLI, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2019, 128-142.

¹⁰Secondo i dati del Ministero dell'Interno dall'1 gennaio al 15 giugno 2023 sono sbarcati irregolarmente in Italia oltre 55.000 mila stranieri, a fronte dei circa 23 mila e 18 mila registrati nello stesso periodo, rispettivamente, nel 2022 e nel 2021 (cruscotto statistico del Ministero dell'Interno, 16 giugno 2023, www.interno.gov.it). Quanto al numero di ingressi irregolari in Europa, secondo l'agenzia Frontex nel 2022 sono stati circa 330 mila, il valore più alto dal 2016 (*EU's external borders in 2022: Number of irregular border crossings highest since 2016*, 13 gennaio 2023, frontex.europa.eu). Con riferimento alle persone scomparse, il progetto *Missing Migrants* dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni ha conteggiato, dal 2014 al 2023, oltre 22 mila decessi solo nel Mediterraneo centrale.

¹¹Sui diversi livelli di apertura dei confini nazionali, a seconda che la circolazione riguardi merci, capitali o abitanti del "primo mondo", da un lato, ovvero abitanti del "secondo mondo", dall'altro lato, v. Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, Laterza, 2007, 99 s. Sulla tendenziale chiusura delle frontiere esterne europee e la collegata crisi dell'impianto valoriale sul quale l'UE afferma di collocarsi, v. B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*, in M. AMBROSINI, M. D'AMICO, E. PERASSI, *Confini, migrazioni e diritti umani*, cit., 97-122.

liano è stata il varo di un decreto-legge che, da un lato, rischia di aumentare l'irregolarità sul territorio, riducendo l'ambito applicativo della «protezione speciale» (già «umanitaria») ¹²; e, dall'altro lato, al dichiarato scopo di contrastare il traffico di esseri umani, ossia un crimine che in linea di principio nasce per tutelare le *persone*, inasprisce il trattamento sanzionatorio del diverso reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, rafforzando ulteriormente il presidio penalistico dei *confini*. Difficilmente, per usare un eufemismo, la minaccia di pene sempre più severe sortirà effetti deterrenti rispetto a forme di criminalità che traggono la loro linfa vitale da fenomeni epocali come le migrazioni di massa. Eppure – anzi, a maggiore ragione – una riflessione profonda sul senso, le modalità e i limiti della risposta penale in questo settore rappresenta, quanto meno, un tassello imprescindibile nel mosaico degli strumenti di lotta al mercato illecito della mobilità. Una riflessione la cui rotta dovrà seguire, come faro ideale, il ragionevole temperamento tra due esigenze di fondo: da un lato, la ricerca di sostenibili soluzioni di gestione dei flussi migratori e di protezione delle frontiere nazionali; dall'altro lato, la tutela dei diritti fondamentali dei migranti e di coloro che, con modalità e in situazioni tra loro estremamente diverse, difficilmente riconducibili a giudizi assoluti di meritevolezza o rimproverabilità, intervengono a facilitarne i movimenti irregolari.

Milano, 30 giugno 2023

¹² N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *Quest. giust.*, 14 settembre 2023, 10, 19.

CAPITOLO I

LA CONTROVERSA NOZIONE DI FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

SOMMARIO: 1. Un cruciale problema definitorio. – 2. Il traffico di migranti nel diritto internazionale: il Protocollo di Palermo (2000). – 2.1. Il contesto storico-politico di riferimento. – 2.2. La norma definitoria di «*smuggling of migrants*» e il relativo obbligo di incriminazione. – 2.3. Le ulteriori condotte oggetto di obbligo di incriminazione. – 2.4. La problematica rilevanza degli elementi della «transnazionalità» e del «coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato». – 2.5. La disciplina in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria. – 3. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nel diritto europeo: il «*Facilitators Package*» (2002) – 3.1. Il contesto storico-politico di riferimento. – 3.2. La norma definitoria di «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» e il relativo obbligo di incriminazione. – 3.3. La disciplina in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria. – 3.4. La cooperazione con i Paesi terzi e le missioni in alto mare. – 4. La nozione di traffico di migranti nelle legislazioni nazionali: sguardo d'insieme sulle tendenze di politica criminale a livello globale. – 5. I frastagliati confini tra traffico di migranti e tratta di persone. – 5.1. Dalla nozione unitaria alla separazione dei concetti di traffico e tratta. – 5.2. Una distinzione netta solo sulla carta. – 5.2.1. Le sovrapposizioni fra traffico e tratta e i loro riflessi sulla disciplina applicabile agli autori dei reati e agli stranieri coinvolti. – 5.2.2. Il nodo delle finalità di tutela. – 5.3. Prime conclusioni sulla problematica distinzione fra traffico e tratta. – 6. Chi sono e come operano gli «*smugglers*». Sguardo al sostrato fattuale delle nozioni normative esaminate. – 6.1. Le rotte del traffico. – 6.2. Identità e numeri dei migranti «trafficati». – 6.3. Le diverse figure di trafficanti. – 6.4. Le tariffe e i sistemi di pagamento. – 6.5. I pericoli per i migranti. – 6.6. I multiformi rapporti tra trafficanti e migranti. – 7. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine.

1. *Un cruciale problema definitorio.*

Sono trascorsi oltre vent'anni da quanto Kyle e Koslowski, nell'introduzione ad un'importante raccolta di studi dedicati ai profili giuridici e sociologici del traffico di migranti a livello globale, constatavano

come l'individuazione della nozione di «*human smuggling*» fosse ancora allo stato di «*work in progress*»¹. Alla base di tale affermazione i due studiosi ponevano, anzitutto, considerazioni di ordine empirico, ossia il carattere globalizzato, articolato e multiforme che il mercato della mobilità illecita aveva progressivamente acquistato sul finire del XX secolo. In secondo luogo, osservavano come la maggior parte delle informazioni disponibili sul traffico di persone provenissero dai resoconti, diffusi dalle istituzioni e dai media, sulle operazioni di *law enforcement* condotte nei confronti delle organizzazioni criminali internazionali, resoconti a loro volta incentrati soprattutto sugli aspetti violenti e predatori del fenomeno, ma al contempo silenti su una serie di altri profili non meno indispensabili per ottenerne una visione d'insieme: gli effetti della progressiva chiusura dei confini sui flussi migratori irregolari, il ruolo dei trafficanti nell'aiutare i richiedenti asilo a fuggire da guerre e persecuzioni, le tipologie di relazioni che si instaurano tra *passeur* e cliente, e ancora la natura dei collegamenti tra migrazioni irregolari e moderne forme di schiavitù². In terzo luogo, sottolineavano come proprio questa ricchezza di sfaccettature favorisse una certa parzialità delle narrazioni riconducibili ai diversi attori, statali e non statali, che a vario titolo venivano in contatto con vicende di *human smuggling*, ciascuno essendo interessato a metterne in luce determinati aspetti, a scapito di altri, in funzione delle proprie direttrici politiche sulla *governance* delle migrazioni e sulle modalità di controllo delle frontiere³.

Questo primo capitolo prende idealmente le mosse da un momento storico, l'ultima decade del secolo scorso, nel quale alcuni Stati, preoccupati dall'aumento dei flussi migratori irregolari diretti verso i loro confini, hanno avviato interlocuzioni, a livello internazionale e regiona-

¹D. KYLE, R. KOSLOWSKI, *Introduction*, in IDD. (eds.), *Global Human Smuggling. Comparative perspectives*, The Johns Hopkins University Press, 2001, 5. L'espressione «*human smuggling*» fu scelta dai curatori del volume proprio in ragione della sua vaghezza, che consentiva di ricomprendere in un unico concetto fenomeni eterogenei ma anche fortemente intrecciati, segnatamente il traffico di migranti in senso stretto, nelle sue molteplici manifestazioni, da un lato; e il più grave fenomeno della tratta di persone, dall'altro lato.

²D. KYLE, R. KOSLOWSKI, *op. cit.*, 4.

³D. KYLE, R. KOSLOWSKI, *op. cit.*, 5-6: in particolare gli autori constatavano la tendenza a ridimensionare il problema, o comunque a spostare l'attenzione sulle sue cause economico-sociali, da parte dei Paesi di emigrazione, nonché da parte delle formazioni non statali *pro-migranti*; per converso, sottolineavano il ruolo preponderante, nelle comunicazioni istituzionali dei Paesi di transito e destinazione, dei resoconti sulle operazioni delle forze dell'ordine, resoconti a loro volta funzionali a giustificare la necessità di rafforzare il controllo delle frontiere e dedicare cospicue risorse allo smantellamento delle organizzazioni criminali dedite al traffico.

le, per individuare strumenti di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, strumenti la cui ideale base di appoggio, evidentemente, non poteva che essere l'individuazione di una *nozione* condivisa del fenomeno avuto di mira. La domanda di fondo, con la quale ci si confronterà durante l'analisi che segue, è se questi sforzi abbiano consentito di ricomporre il *puzzle* descritto da Kyle e Koslowski, o se invece ancora oggi ci troviamo dinanzi ad una sorta di *work in progress*.

L'indagine prenderà le mosse dalle nozioni di «traffico di migranti» e «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» elaborate, rispettivamente, in seno al diritto internazionale e al diritto dell'Unione europea, focalizzando in particolare l'attenzione sugli obblighi di criminalizzazione ad esse ricollegati (v. *infra*, parr. 2 e 3). La portata di tali nozioni – adottate, come pure vedremo, dalla maggior parte dei Paesi a livello mondiale, con una certa prevalenza del modello europeo (par. 4) – non può essere compresa sino in fondo senza un loro confronto con la figura della tratta di persone, tenuto conto dell'intreccio, sotto certi aspetti inestricabile, tra i rispettivi contorni applicativi e le rispettive finalità di tutela: anche a questi profili occorrerà, pertanto, dedicare particolare attenzione (par. 5). La trattazione procederà, quindi, con sguardo rivolto alla dimensione più strettamente empirica del mercato nero della mobilità internazionale, al fine di saggiare la “tenuta” e la ragionevolezza delle scelte legislative al metro del sostrato fattuale che ambiscono ad inquadrare e disciplinare (par. 6). Nelle conclusioni (par. 7) si evidenzieranno le permanenti criticità del descritto assetto normativo, che a loro volta rappresentano le premesse per l'ulteriore sviluppo dell'indagine di cui ai successivi capitoli.

2. *Il traffico di migranti nel diritto internazionale: il Protocollo di Palermo (2000).*

Attualmente il principale strumento di cooperazione a livello mondiale per il contrasto del “*migrant smuggling*”⁴ è il Protocollo addizio-

⁴ Sulla preferibilità della formulazione “*migrant smuggling*” rispetto alla formulazione, utilizzata dal Protocollo di Palermo (v. nt. successiva), «*smuggling of migrants*», cfr. A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Brill, 2018, 5 s. L'autore sottolinea che il concetto di “*smuggling*” indica un traffico illecito, e su questa premessa osserva che la formulazione “*smuggling of migrants*” parrebbe

nale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, aperto alle sottoscrizioni durante la Conferenza di Palermo del 12-15 dicembre 2000⁵. Nel prosieguo ci si soffermerà sul contesto storico che ha condotto all'adozione di tale strumento, sulla nozione di "traffico di migranti" in esso racchiusa, nonché sui profili di disciplina che vi si ricollegano, evidenziandone di volta in volta i risvolti esecutivi e applicativi di maggiore rilievo.

2.1. *Il contesto storico-politico di riferimento.*

Sebbene il traffico di migranti costituisca un fenomeno antico quanto le migrazioni, o comunque quanto le restrizioni imposte all'ingresso degli stranieri da parte dell'autorità che esercita la sovranità su un determinato territorio⁶, esso ha iniziato a preoccupare alcuni Governi nel corso degli anni '90 del secolo scorso, in un contesto interessato dal progressivo aumento dei flussi migratori irregolari verso i loro confini, flussi spesso facilitati da più o meno organizzati gruppi criminali⁷.

La mobilità verso i Paesi dell'Europa occidentale, in particolare, era stimolata dall'instabilità politica ed economica venutesi a creare a seguito della caduta del Muro di Berlino, della dissoluzione dell'Unione Sovietica e del declino dei regimi comunisti nell'Europa centrale e

alludere alle sole ipotesi nelle quali i migranti, anziché clienti di un servizio illecito, costituiscono gli "oggetti" di uno scambio, situazioni queste ultime di regola riconducibili alla diversa figura del "*trafficking in human beings*". Lo stesso autore, peraltro, sostiene che anche l'espressione "*smuggling*" risulti impropria, in quanto dal punto di vista semantico indica le sole ipotesi nelle quali la mobilità avviene clandestinamente, mentre nel suo ambito di applicazione ricadono pacificamente anche fenomeni che avvengono alla luce del sole (come spesso accade per i barconi che tentano la traversata del Canale di Sicilia).

⁵ *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, adottato mediante risoluzione dell'Assemblea Generale n. 55/25 del 15 novembre 2000 ed entrato in vigore il 28 gennaio 2004.

⁶ In questo senso, TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling. Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Palgrave, 2012, 5. Per uno studio di ampio respiro sui profili storici, sociali e giuridici delle migrazioni a livello globale a partire dal secondo dopoguerra, v. H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Macmillan International Higher Education, 2020.

⁷ D. KYLE, R. KOSLOWSKI, *Introduction*, cit., 1-5.

orientale⁸. Negli Stati Uniti, sebbene l'immigrazione dall'America centrale e del sud, così come dall'Asia, avesse una storia assai più lunga, il contesto post-guerra fredda era pure contrassegnato da un incremento dell'allarme sociale rispetto all'intensificarsi dei movimenti migratori, accompagnato da una progressiva "securitizzazione" delle politiche di controllo degli stranieri⁹. Un punto di svolta, peraltro, si registrò in corrispondenza dell'incidente della nave *Golden Venture*, incagliatasi nel 1993 nella baia di New York¹⁰. A bordo erano presenti quasi trecento migranti cinesi irregolari che avevano pagato fino a trentamila dollari a un'organizzazione di trafficanti per essere trasportati illegalmente negli USA. Alcuni di loro morirono cercando di raggiungere la costa a nuoto, mentre la maggior parte venne ricondotta nel Paese di provenienza. La vicenda, che ebbe ampia risonanza mediatica, indusse il Governo americano a promuovere l'avvio di forme di cooperazione internazionale per il contrasto al traffico di migranti.

Sotto questa spinta, nello stesso anno fu adottata una prima risoluzione in seno all'Organizzazione Marittima Internazionale, che invitava gli Stati di intensificare la cooperazione per la tutela della sicurezza marittima, mediante, tra l'altro, scambi di informazioni sulle navi sospettate di trasportare migranti irregolari e la conduzione di ispezioni a bordo¹¹. Sempre nel 1993, fu adottata una successiva risoluzione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che richiamava l'attenzione degli Stati sull'urgenza di mettere in campo azioni *coordinate* a carattere sia preventivo che repressivo, tra le quali l'armonizzazione delle norme penali nazionali¹². Nel frattempo, come vedremo, il dibattito sul controllo delle frontiere e il contrasto dei fenomeni criminali capaci di minarne l'integrità andava sviluppandosi esponenzialmente anche tra gli Stati membri delle (allora) Comunità europee, producendo risultati, a livello regionale, sui quali ci soffermeremo nel prosieguo (v. *infra*, par. 3).

⁸ H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 127-130.

⁹ H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 159.

¹⁰ L'episodio è considerato determinante nell'acquisizione di consapevolezza in ordine al problema dello *smuggling of migrants*, sia da parte dei Governi, sia presso l'opinione pubblica: cfr. D. KYLE, R. KOSLOWSKI, *Introduction*, cit., 1-5.

¹¹ Assemblea dell'Organizzazione Marittima Internazionale, *Enhancement of Safety of Life at Sea by the Prevention and Suppression of Unsafe Practices Associated with Alien Smuggling by Ships*, IMO Resolution A.773(18), 4 novembre 1993.

¹² Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Prevention of the Smuggling of Aliens*, GA Res. 48/102, 20 dicembre 1993.

È importante sin d'ora evidenziare che sia la risoluzione delle Nazioni Unite del 1993, sia i successivi resoconti annuali sullo stato della sua esecuzione¹³, riflettevano una concezione del traffico di migranti dove la finalità di controllo delle migrazioni irregolari era inestricabilmente intrecciata alla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri. In base a questa impostazione, rinvenibile anche nella prima letteratura in materia¹⁴, i migranti erano considerati non solo clienti di un servizio illecito, ma anche e soprattutto vittime di organizzazioni criminali che, per garantirsi ingenti profitti, li inducevano ad intraprendere viaggi in condizioni pericolose, li sottoponevano a trattamenti inumani e degradanti, li costringevano a ripagare i debiti attraverso forme di sfruttamento lavorativo, sessuale o mediante il coinvolgimento in ulteriori attività criminali¹⁵.

Sul finire degli anni '90 questi sforzi condivisi assunsero sempre maggiore consistenza, andando a confluire nei negoziati per la stipula di un trattato sul contrasto alla criminalità transnazionale, a sua volta funzionale, secondo la logica del "diritto penale di lotta"¹⁶, alla più ampia esigenza di combattere le nuove forme di criminalità emerse e sviluppatesi parallelamente ai processi di globalizzazione¹⁷. In questa

¹³ La risoluzione aveva infatti aggiunto la questione «*smuggling of aliens*» all'agenda delle riunioni annuali della *United Nations Commission on Crime Prevention and Criminal Justice*. Per i riferimenti ai singoli *reports*, v. A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press, 2014, 31.

¹⁴ Per un importante studio dell'epoca che sovrappone intenzionalmente i due concetti, v. J. SALT, J. STEIN, *Migration as a Business. The Case of Trafficking*, in *Int. Migr.*, n. 4, 1997, 471.

¹⁵ Si veda, a tale riguardo, il preambolo della Risoluzione dell'Assemblea Generale, nel quale gli Stati esprimevano preoccupazione per l'aumento del fenomeno del traffico di migranti non solo in ragione del suo impatto in termini di aumento dei flussi irregolari, ma anche per le sue ripercussioni sulla dignità e la vita degli stranieri, i quali – si legge ancora nel preambolo – venivano convinti a mettersi in viaggio da gruppi criminali transnazionali, che in questo modo si garantivano ingenti profitti illeciti.

¹⁶ Cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Stud. crim.*, n. 2, 2007, 58-60. L'Autore riconduce espressamente gli strumenti sovranazionali che ci si accinge ad illustrare al «*diritto penale di lotta*», ossia a una disciplina finalizzata alla «*vittoria contro un "fenomeno" dannoso o pericoloso*», di cui le singole condotte penalmente rilevanti rappresentano mere rappresentazioni contingenti.

¹⁷ Per una sintetica ricostruzione di tale contesto, v. A. CENTONZE, *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori irregolari*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 1-27. Sulle tappe fondamentali che condussero all'adozione della Convenzione sulla criminalità transnazionale organizzata e i suoi Protocolli, *ivi*, 75-79; A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 33-35; nonché, più estesamente, UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, 2006, in www.unodc.org, ix-xxvi.

fase maturò anche la convinzione secondo cui, per garantire una più efficace tutela dei confini, da un lato, e dei diritti fondamentali delle vittime di sfruttamento, dall'altro lato, fosse opportuno tenere distinti il traffico di migranti inteso come mero favoreggiamento dell'immigrazione irregolare a scopo di lucro (*migrant smuggling*), dal fenomeno, limitrofo ma appunto caratterizzato dalla finalità di sfruttamento, della tratta di persone (*trafficking in persons*)¹⁸. Fu così che, durante la conferenza internazionale svoltasi dal 12 al 15 dicembre 2000 a Palermo, vennero aperti alle sottoscrizioni la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata¹⁹ ed i suoi Protocolli addizionali, dedicati, rispettivamente, alla tratta di persone e al traffico di migranti. Un terzo Protocollo, sul contrasto alla fabbricazione e al traffico illeciti di armi da fuoco, venne aggiunto l'anno successivo.

Nel prosieguo ci concentreremo sul Protocollo per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria (d'ora in avanti "Protocollo di Palermo" o "Protocollo"), prendendo le mosse dalla nozione di «*smuggling of migrants*» in esso racchiusa, alla quale sono ricondotti puntuali obblighi di incriminazione nonché di cooperazione di polizia e giudiziaria.

2.2. La norma definitoria di «*smuggling of migrants*» e il relativo obbligo di incriminazione.

La nozione di «*smuggling of migrants*» dettata dal Protocollo di Palermo rappresenta un punto di riferimento a livello mondiale, trattandosi dell'unica definizione ad oggi prevista da un trattato multilaterale e considerato altresì l'elevato numero di strumenti di ratifica depositati nel corso degli anni²⁰. Si tratta, come anticipato, di una nozione funzionale alla previsione di dettagliati obblighi di cooperazione giudizia-

¹⁸Sul punto v. A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 44; per ulteriori dettagli sul dibattito che ha fatto da sfondo allo sviluppo della distinzione, v. J. SALT, *Trafficking and Human Smuggling: A European Perspective*, in *Int. Migr.*, n. 3, 2000, 33 s.

¹⁹*United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, adottata mediante risoluzione dell'Assemblea Generale n. 55/25 del 15 novembre 2000 ed entrata in vigore il 29 settembre 2003.

²⁰Nel 2023 risultano depositati 151 strumenti di ratifica, incluso l'*approval* dell'Unione europea intervenuto il 6 settembre 2006. Fonte: United Nations Treaty Collections > Depository > Status of Treaties > Chapter XVIII Penal Matters, n. 12b (treaties.un.org).

ria e di polizia (sui quali v. *infra*, par. 2.5), nonché, proprio al fine di porre le premesse per un'efficace cooperazione, di altrettanto puntuali obblighi di armonizzazione del diritto penale sostanziale, che più direttamente ci occupano in questa sede.

In base alla norma definitoria di cui all'art. 3, lett. a) del Protocollo, l'espressione «*smuggling of migrants*», che nella traduzione allegata alla legge italiana di ratifica è tradotta «traffico di migranti»²¹, indica «il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente»²². Il significato dell'espressione «procurare» («*the procurement*» nella versione originale inglese), in assenza di una norma definitoria e nel silenzio degli strumenti interpretativi ufficiali, non è univocamente determinabile²³. Si può tuttavia rilevare che tale espressione risulta semanticamente più ristretta rispetto all'espressione «aiutare» («*to assist*») di cui al corrispondente obbligo di incriminazione europeo (sul quale v. *infra*, par. 3.2): mentre infatti la prima ha come termine di riferimento l'ingresso irregolare (che ne costituisce il complemento oggetto), e pertanto ricomprende a rigore soltanto le condotte causalmente rilevanti rispetto a tale risultato (fermo restando che, come vedremo nel prosieguo, il Protocollo impone anche l'incriminazione del tentativo); la seconda ha come termine di riferimento la condotta dello straniero, e pertanto ricomprende ogni atto che in qualche modo ne agevoli (o, anche qui, sia idoneo ad agevolare) la realizzazione²⁴. Esempificando,

²¹ Legge 16 marzo 2006, n. 146. La traduzione della Convenzione e dei suoi Protocolli addizionali, posta in calce alla legge di ratifica, non è ufficiale. Le lingue ufficiali di questi strumenti internazionali, come indicato nell'ultimo articolo di ciascuno di essi, sono infatti soltanto l'inglese, il francese, lo spagnolo, l'arabo, il russo e il cinese.

²² Nel testo è riportata la traduzione italiana non ufficiale allegata alla legge di ratifica ed esecuzione (v. nt. precedente). La stessa fonte verrà utilizzata per le successive citazioni. Laddove utile verranno riportate, in tutto o in parte, anche le disposizioni nella versione ufficiale in lingua inglese. Quanto alla nozione in esame, essa è così formulata: «*“Smuggling of migrants” shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident.*».

²³ Per questa considerazione, accompagnata dall'illustrazione delle diverse accezioni del concetto di “procurare” e dei problemi che la sua vaghezza comporta, in assenza di una norma definitoria, in fase di attuazione del Protocollo a livello nazionale, v. A. ALJEHANI, *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol*, in *Jour. Cr. L.*, n. 2, 2015, 123-126.

²⁴ Sul punto v. A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019,

l'atto di fornire allo straniero indicazioni sul percorso da seguire, o di vendergli un giubbotto di salvataggio prima di una traversata, senz'altro ne agevola la condotta, ma non ne procura l'ingresso, e pertanto la sua incriminazione non ricade nell'obbligo in esame²⁵.

È invece presente una norma definitoria del concetto di «ingresso illegale», che consiste nel «varcare i confini senza soddisfare i requisiti necessari per l'ingresso legale nello Stato d'accoglienza»²⁶: l'ampiezza della formulazione consente di includervi tanto gli ingressi clandestini, effettuati cioè mediante l'elusione dei controlli alla frontiera; quanto quelli fraudolenti, effettuati, ad esempio, mediante l'esibizione di documenti contraffatti o illegalmente ottenuti, o di documenti altrui²⁷. Viceversa, non dovrebbero a rigore ricadere nella nozione in esame le ipotesi di ingresso formalmente regolare (ad esempio con visto turistico) preordinate alla successiva permanenza irregolare, vale a dire per finalità diverse da quelle previste dal titolo di ingresso o comunque oltre la sua scadenza: nelle intenzioni degli estensori, infatti, tali ipotesi dovevano essere considerate alla stregua di *permanenza* irregolare, fermo restando che l'individuazione degli esatti confini tra le due fattispecie veniva rimessa ai legislatori nazionali, ai quali si raccomandava soltanto di configurarle in maniera tale da non creare lacune di tutela²⁸.

148, il quale puntualmente evidenzia che, mediante la nozione adottata dal Protocollo, «*da un lato, viene riconosciuto al migrante smuggler un ruolo meramente passivo, di "object of conduct", come tale non punibile per il solo fatto di essere stato trafficato (art. 5), mentre, dall'altro lato, alla condotta dello smuggler viene riconosciuto un significato criminoso autonomo, che non costituisce un mero riflesso del disvalore dell'immigrazione irregolare, ma deriva piuttosto dal fatto di causare, attraverso l'ingresso irregolare dello straniero, una violazione dell'interesse statale al controllo dei flussi migratori e in pari tempo dall'usare lo straniero come un oggetto da sfruttare in vista dei propri interessi*».

²⁵ In questo senso, A. ALJEHANI, *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants*, cit., 125 s. *Contra*, A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 365, secondo cui, invece, l'espressione "procurare" dovrebbe essere intesa in senso lato. Il principale argomento a sostegno di tale conclusione è rappresentato dalla valorizzazione delle corrispondenti espressioni utilizzate nelle versioni in lingua francese e spagnola del Protocollo (entrambe ufficiali al pari di quella inglese). Tuttavia, se in effetti l'espressione spagnola appare dai contorni più estesi («*facilitación de la entrada ilegals*»), quella francese risulta assai più restrittiva («*assurer l'entrée ilegals*»), sicché non pare che dalle stesse possano ricavarsi indicazioni univoche.

²⁶ Art. 3, lett. b): «*"Illegal entry" shall mean crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving States*».

²⁷ In questo senso gli strumenti interpretativi ufficiali del Protocollo, segnatamente la *Legislative Guide for the implementation of the Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air*, 2005, 342 (in www.unodc.org).

²⁸ *Legislative Guide*, cit., 342: «*In formulating the two offences, exactly how they are for-*

Centrale, nella configurazione della nozione in esame, è il «fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale». La scelta di arricchire la nozione con questo elemento appare coerente con l'ambito di applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, di cui, come visto, il Protocollo costituisce un'appendice: gli estensori ritenevano infatti che il perseguimento di vantaggi economici o comunque materiali fosse la ragione alla base del crescente coinvolgimento di gruppi criminali senza scrupoli in questo genere di attività illecita²⁹. Soprattutto, come esplicitamente chiarito dagli strumenti interpretativi ufficiali, si intendeva in questo modo escludere dall'ambito dell'illiceità le condotte che, pur concretizzandosi nell'aiuto all'ingresso irregolare, fossero realizzate per finalità di tipo altruistico, o per solidarietà tra familiari, o ancora per favorire la mobilità di richiedenti asilo³⁰. La valorizzazione di ogni altro

mulated or where the boundary is drawn is not critical for conformity with the Protocol. What is essential, both for conformity and effective enforcement, is that drafters ensure that no gaps are created and that no conduct covered by the Protocol is left uncriminalized».

²⁹ UNODC, *The Concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*, Issue paper, 2017, iii): «*"Financial or other material benefit" is the purpose of migrant smuggling. It is the reason behind the growing involvement of organized criminal groups in conduct that often puts the lives of vulnerable migrants in great jeopardy. The financial or other material benefits associated with migrant smuggling are fueling a trade that turns human suffering and resilience against unfair odds, into enormous and unscrupulously procured profits. For these reasons, this critical element of the international legal definition was prioritized for study*». Secondo A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, cit., 149, il perseguimento del profitto economico o di altro vantaggio materiale, pur non comportando che allo straniero possa essere assegnato lo status di vittima in tutti i casi, attrae il disvalore dell'illecito verso una duplice idea di "sfruttamento": sfruttamento dei limiti giuridici alla possibilità di entrare lecitamente in un territorio e sfruttamento del bisogno/desiderio dello straniero di aggirare tali limiti. Nello stesso senso, e con più distesa argomentazione (tra l'altro, rispetto alla rilevanza attribuibile alla "condizione di vulnerabilità" eventualmente riscontrabile in capo allo straniero), ID., *Smuggled Migrants as Victims? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation*, in S. FORLATI (ed.), *The Palermo Convention at Twenty. The Challenge of Implementation*, Brill, 2021, 51-53.

³⁰ Cfr. *Travaux Préparatoires*, cit., 469: «*The reference to "a financial or other material benefit" as an element of the definition in subparagraph (a) was included in order to emphasize that the intention was to include the activities of organized criminal groups acting for profit, but to exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons or on the basis of close family ties. It was not the intention of the protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations*». Sul punto v. anche *Legislative Guide*, cit., 364, n. 68, che riconduce la previsione in esame alla finalità di evitare che l'implementazione del Protocollo sacrifichi le garanzie del diritto internazionale dei rifugiati, sul presupposto che, talvolta, «*the criminal smuggling of migrants may involve the movement of legitimate refugees or asylum-seekers*».

vantaggio materiale era finalizzata a ricomprendere anche compensi diversi da una somma di denaro, ad esempio prestazioni sessuali³¹. Dubbi potrebbero profilarsi in merito all'obbligo di ricomprendervi anche vantaggi di altro genere, come nel caso in cui si procuri l'ingresso di un figlio per garantirgli condizioni di vita complessivamente migliori. Soccorrono, sul punto, i criteri interpretativi letterale e teleologico, i quali, rispettivamente, suggeriscono di escludere le situazioni che non rientrano nel significato ordinario del concetto di vantaggio materiale e la cui incriminazione non rientra tra le finalità del Protocollo³².

In linea di principio, nulla impedisce agli Stati di introdurre norme penali che incriminino condotte prive del requisito della finalità di ricavare un profitto o altro vantaggio materiale³³. Tuttavia, non solo il Protocollo non potrebbe essere invocato come base giuridica di siffatte disposizioni; ma, e soprattutto, per ottemperare all'obbligo di incriminazione, gli Stati devono in ogni caso prevedere *anche* sanzioni *ad hoc* per le condotte caratterizzate dal dolo specifico in esame³⁴.

L'obbligo di elevare il traffico di migranti a illecito di natura *penale* è sancito dall'art. 6, par. 1, lett. *a*) del Protocollo. Tale disposizione, inoltre, arricchisce la nozione sul piano dell'elemento soggettivo, stabilendo che l'agente deve favorire «intenzionalmente» l'ingresso illegale³⁵. Restano perciò escluse dall'obbligo di incriminazione le condotte che, pur essendo materialmente dirette al medesimo risultato e pur garantendo un tornaconto economico, non hanno come finalità quella di favorire l'ingresso irregolare di uno straniero. Si pensi al settore dei trasporti internazionali, i cui servizi possono essere utilizzati, dietro pagamento del titolo di viaggio, per facilitare movimenti irregolari. Pur escludendo l'obbligo di estendere la responsabilità a titolo di traffico di migranti ai vettori commerciali, il Protocollo prevede a carico degli Sta-

³¹ Cfr. *Travaux Préparatoires*, cit., 17: «The words “in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit” should be understood broadly, to include, for example, crimes in which the predominant motivation may be sexual gratification, such as the receipt or trade of materials by members of child pornography rings, the trading of children by members of paedophile rings or cost-sharing among ring members».

³² A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 366.

³³ Il Protocollo, infatti, detta solo “standard minimi” di tutela: v. *infra*, nt. 44.

³⁴ A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 366.

³⁵ Art. 6: «Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit: (a) The smuggling of migrants [...]».

ti, quale specificazione del più generale obbligo di rafforzare i controlli alle frontiere (art. 11, par. 1), l'adozione di misure volte ad impedire che i medesimi vettori siano utilizzati per commettere tale reato (art. 11, par. 2), inclusa l'imposizione dell'obbligo «di verificare che tutti i passeggeri siano in possesso dei documenti di viaggio richiesti per l'ingresso nello Stato di accoglienza» (par. 3), unitamente alla predisposizione di sanzioni (di natura non necessariamente penale) per coloro che non ottemperano (par. 4)³⁶.

Il secondo paragrafo dell'art. 6 del Protocollo disciplina il regime delle norme estensive della punibilità. L'incriminazione del tentativo è considerata essenziale in ragione del carattere non istantaneo delle condotte funzionali all'ingresso irregolare e della conseguente possibilità che, nel corso del loro svolgimento, esse vengano interrotte dall'intervento delle forze dell'ordine³⁷. Vengono peraltro espressamente «fatti salvi i concetti fondamentali dell'ordinamento giuridico» nazionale: si è così inteso tenere conto, da un lato, del fatto che presso alcuni ordinamenti la figura del tentativo non è contemplata (suggerendosi in tal caso di adottare autonome fattispecie a consumazione anticipata)³⁸; dall'altro lato, con riguardo agli ordinamenti che la contemplano, del fatto che la soglia della punibilità può essere collocata a diversi stadi dell'*iter criminis*³⁹. Con riferimento al concorso di persone nel reato, è previsto l'obbligo di incriminare l'organizzazione e la direzione del traffico di migranti, nonché la semplice partecipazione come complici alla sua realizzazione. Nulla è previsto, nel Protocollo, con riferimento alle persone giuridiche: trova tuttavia applicazione l'art. 10 della Convenzione sulla criminalità organizzata, che impone di prevedere un regime di responsabilità, non necessariamente penale, a carico degli enti che «partecipano a reati gravi implicanti un gruppo criminale organizzato», nonché ad altri reati oggetto di obbligo di incriminazione ai sensi della Convenzione.

³⁶Sulla privatizzazione dei controlli di frontiera mediante il meccanismo delle “*carrier sanctions*”, T. BAIRD, *Carrier Sanctions in Europe: A Comparison of Trends in 10 Countries*, in *Eur. Jour. Migr. L.*, 2017, 307-334; per una critica a questo sistema di controllo delle migrazioni, in ragione delle sue ripercussioni soprattutto sui richiedenti asilo, ai quali si preclude una via di fuga sicura, E. GUILD, *Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on “Crimmigration”*, Hart, 2021, 14.

³⁷*Legislative Guide*, cit., 347 s., n. 51.

³⁸*Ibidem*.

³⁹*Ibidem*.

L'area dell'obbligo di incriminazione è ulteriormente ritagliata dall'art. 5 del Protocollo, che testualmente vieta di assoggettare *i migranti stessi* alle norme penali adottate in adempimento dell'art. 6 per il solo fatto di essere stati «oggetto» di condotte di traffico⁴⁰. Interpretata alla lettera, la disposizione risulta superflua: per un verso, gli obblighi di incriminazione del Protocollo fanno evidentemente riferimento alle condotte dei terzi che aiutano gli stranieri irregolari, e non alle condotte di questi ultimi; per altro verso, da essa non appare ricavabile il divieto di criminalizzare la migrazione irregolare in sé e per sé considerata⁴¹. Si potrebbe tuttavia ritenere che, coerentemente con la finalità, a più riprese richiamata, di reprimere le sole condotte realizzate da membri di organizzazioni criminali, l'art. 5 vieti di estendere le pene, mediante la disciplina del concorso di persone, ai migranti che (come di regola accade) abbiano preso attivamente parte alle operazioni finalizzate alla propria migrazione irregolare (c.d. auto-favoreggiamento). Il tenore testuale dell'art. 5, invece, non consente di rinvenirvi un divieto di punire i migranti che abbiano contribuito all'ingresso di altri migranti irregolari⁴².

Il Protocollo di Palermo è silente sui profili relativi all'entità delle pene. Pertanto, i legislatori nazionali hanno come unico vincolo il principio di proporzionalità richiamato dalla Convenzione sulla criminalità organizzata (art. 11, par. 1), le cui norme si applicano anche al Protocollo salvo sia diversamente previsto (art. 1, par. 2 del Protocollo). L'unica indicazione aggiuntiva fornita dal Protocollo, all'art. 6, par. 3, riguarda l'obbligo di prevedere un trattamento sanzionatorio più severo per le ipotesi nelle quali le condotte incriminate determinano un pericolo per la vita e l'integrità fisica dei migranti (lett. *a*), ovvero integrano trattamenti inumani o degradanti, anche ai fini di sfruttamento (lett. *b*)⁴³.

⁴⁰ Art. 5: «*Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol*».

⁴¹ Cfr. *Legislative guide*, cit., 347, n. 50: «*The Protocol itself takes a neutral position on whether those who migrate illegally should be the subject of any offences*». La facoltà degli Stati di elevare l'immigrazione irregolare a reato è confermata dal successivo art. 6, comma 4, secondo il quale nessuna previsione del Protocollo deve essere interpretata come limite per gli Stati alla punizione di condotte che costituiscono reato ai sensi del diritto nazionale.

⁴² In questo senso A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 359, secondo cui la previsione si riferisce alle situazioni nelle quali il migrante è stato esclusivamente oggetto di traffico, non invece a quelle in cui abbia contestualmente facilitato l'ingresso di altri migranti.

⁴³ Diversa e assai più complessa è la questione relativa all'eventuale esclusione, per gli autori di traffico di migranti, dalle garanzie del diritto internazionale dei rifugiati, con riferi-

In conclusione, il nucleo della nozione di traffico di migranti adottata dal Protocollo è rappresentato dal procurare intenzionalmente l'ingresso irregolare di uno o più stranieri su un determinato territorio, senza necessità che ciò avvenga con modalità lesive di diritti fondamentali (modalità la cui eventuale occorrenza deve tuttavia essere valorizzata sul piano dell'aggravamento sanzionatorio); purché si tratti di un contributo causale finalizzato a ottenere un vantaggio economico o comunque materiale, e dunque in linea di principio con esclusione delle condotte espressione di legami famigliari, di solidarietà umana, o comunque a carattere disinteressato. Giova tuttavia ribadire che il Protocollo detta soltanto norme minime sulla criminalizzazione, e che gli Stati restano, in linea di principio, liberi di prevedere fattispecie dai contorni più estesi⁴⁴.

2.3. *Le ulteriori condotte oggetto di obbligo di incriminazione.*

L'area di intervento del diritto penale prevista dal Protocollo di Palermo non si esaurisce nelle condotte di traffico di migranti in senso stretto, ma si estende ad una serie di condotte accessorie. Sebbene queste ultime, a rigore, non contribuiscano alla ricostruzione della nozione in esame, l'obbligo di elevarle a reato riflette l'obiettivo, trasversale all'intero Protocollo, di prevenire ogni possibile lacuna di tutela, sicché pare utile, per completezza, darne sinteticamente conto.

i) *Le falsità documentali*

Anzitutto, ai sensi dell'art. 6, lett. b) gli Stati sono chiamati a elevare a reato la produzione, la fornitura o anche solo il possesso di documen-

mento sia alla possibilità di presentare domanda di protezione, sia di essere espulsi per ragioni di sicurezza e ordine pubblico. Al riguardo si rinvia alla dettagliata trattazione di A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 174 (dove, in sostanza, si conclude nel senso che, pur essendo la questione controversa, l'esclusione dovrebbe operare solo nei casi più gravi di traffico di migranti, ossia laddove vengano in rilievo violazioni dei diritti fondamentali degli stranieri).

⁴⁴ Tale conclusione deriva dal combinato disposto dell'art. 34, par. 3 della Convenzione sulla criminalità organizzata transnazionale («*Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime*»), con l'art. 1, par. 2 del Protocollo («*The provisions of the Convention shall apply, mutatis mutandis, to this Protocol unless otherwise provided herein*»); nonché, a ben vedere, anche dall'art. 6, par. 4 del Protocollo («*Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law*»).

ti «fraudolenti», siano essi di identità (ad esempio il passaporto) o di viaggio (ad esempio il visto). In base alla norma definitoria di cui all'art. 3, lett. c), l'espressione «fraudolenti» abbraccia la falsificazione sia materiale che ideologica, nonché l'utilizzo del documento da parte di un soggetto diverso dal legittimo titolare.

Sul piano della *mens rea*, deve sussistere il duplice elemento soggettivo già esaminato con riferimento alla condotta principale, ossia il dolo intenzionale e quello specifico di profitto. La norma precisa, inoltre, che deve trattarsi di condotte finalizzate a favorire il traffico di migranti⁴⁵: l'inciso, *prima facie* ridondante, è funzionale a rafforzare l'esclusione, dal campo di applicazione dell'obbligo di incriminazione, delle ipotesi in cui ad essere trovato in possesso dei documenti in questione sia il migrante stesso (c.d. auto-favoreggiamento)⁴⁶. Trovano anche qui applicazione le già menzionate norme estensive della punibilità di cui al par. 2 dell'art. 6; con la precisazione che la punibilità del concorso nel procurarsi, fornire o possedere documenti falsi è soggetta ai principi del diritto penale nazionale⁴⁷.

ii) *L'aiuto alla permanenza irregolare*

Il terzo ordine di condotte prese in considerazione dal Protocollo sono quelle consistenti nel «permettere» («*enabling*»), intenzionalmente e a scopo di lucro o per altro vantaggio materiale, la permanenza illecita di stranieri sul territorio nazionale, attraverso i documenti fraudolenti di cui sopra, ovvero mediante qualunque altro mezzo illecito⁴⁸. Come già anticipato, secondo gli strumenti interpretativi del Protocollo lo scopo della previsione è reprimere quella particolare modalità di realizzazione del traffico di migranti («*smuggling scheme*») che consiste nel procurare ingressi formalmente regolari (ad esempio con visto turisti-

⁴⁵ Art. 6, lett. b): «*When committed for the purpose of enabling the smuggling of migrants: (i) Producing a fraudulent travel or identity document; (ii) Procuring, providing or possessing such a document.*»

⁴⁶ Cfr. *Interpretative Notes*, cit., par. 93: «[...] a migrant who possessed a fraudulent document to enable his or her own smuggling would not be included»; nello stesso senso, *Legislative Guide*, cit., 344, n. 41.

⁴⁷ Tale limite è stato introdotto tenendo conto delle preoccupazioni espresse dagli Stati in merito ai rischi di eccessiva estensione dell'ambito della punibilità, anche in ragione della problematica applicabilità del concorso di persone ai reati di possesso (cfr. *Legislative Guide*, cit., 348, n. 52).

⁴⁸ Art. 6, lett. c): «*Enabling a person who is not a national or a permanent resident to remain in the State concerned without complying with the necessary requirements for legally remaining in the State by the means mentioned in sub-paragraph (b) of this paragraph or any other illegal means.*»

co) preordinati alla successiva permanenza irregolare, vale a dire per finalità diverse da quelle previste dal titolo di ingresso o comunque oltre la sua scadenza⁴⁹. A ben vedere, peraltro, la disposizione è formulata in maniera talmente ampia da attrarre nell'obbligo di incriminazione, oltre alle specifiche ipotesi indicate, tutte quelle in cui viene comunque resa possibile la permanenza irregolare, a prescindere dall'accertamento di qualsivoglia legame funzionale con un eventuale ingresso (formalmente) regolare a monte. Trovano anche qui applicazione le già richiamate norme sul tentativo e il concorso di persone di cui al par. 2 dell'art. 6.

2.4. *La problematica rilevanza degli elementi della «transnazionalità» e del «coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato».*

Una questione discussa, meritevole di approfondimento in quanto direttamente afferente all'esegesi dello strumento in esame, è se gli obblighi di incriminazione di cui all'art. 6 del Protocollo debbano considerarsi limitati alle condotte di «natura transnazionale» e realizzate da parte di un «gruppo criminale organizzato», elementi a loro volta definiti dalla Convenzione sulla criminalità organizzata agli artt. 2, lett. a) e 3, par. 2; con conseguente esclusione delle condotte realizzate occasionalmente o comunque non inquadrabili all'interno di schemi associativi su scala internazionale. La domanda sorge in quanto, pur non essendo la transnazionalità e l'organizzazione elementi costitutivi della nozione di «*smuggling of migrants*» di cui all'art. 3 del Protocollo, entrambi sono espressamente considerati alla stregua di limiti all'ambito di applicazione del Protocollo medesimo (art. 4).

L'interpretazione dominante, adottata dagli strumenti interpretativi e sposata dalla dottrina maggioritaria⁵⁰, è nel senso che i legislatori nazionali *non possano* incorporare tali elementi nelle norme incriminatrici, limitandone in maniera corrispondente l'ambito di applicazione⁵¹. Ciò in quanto l'art. 1, par. 1 del Protocollo stabilisce che lo stesso deve essere letto congiuntamente alla Convenzione sulla criminalità organiz-

⁴⁹ *Legislative Guide*, cit., 343, n. 36.

⁵⁰ A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 361 s.

⁵¹ *Legislative Guide*, cit., 333, n. 20: «*while States parties should have to establish some degree of transnationality and organized crime with respect to most aspects of the Protocol, their prosecutors should not have to prove either element in order to obtain a conviction for smuggling of migrants or any other offense established in accordance with the Convention or its Protocols*».

zata, la quale a sua volta prevede che agli obblighi di incriminazione in essa previsti deve essere data implementazione indipendentemente dalla natura transnazionale o organizzata delle condotte illecite (art. 34, par. 2). Sempre secondo questa lettura, il già menzionato art. 4 del Protocollo avrebbe una portata di carattere procedurale, nel senso che si limiterebbe a dettare le condizioni in presenza delle quali scattano gli obblighi di cooperazione di polizia e giudiziaria tra gli Stati parte; mentre non avrebbe rilevanza sul piano sostanziale, non contribuendo cioè a definire gli elementi costitutivi dell'illecito.

A sostegno della lettura di segno opposto, tuttavia, si potrebbe evidenziare che, ai sensi dell'art. 1, par. 2 del Protocollo, le previsioni della Convenzione si estendono ad esso «salvo diversa disposizione»: in questa prospettiva, il citato art. 4 del Protocollo potrebbe essere considerato alla stregua di norma derogatoria. Tale lettura è del resto coerente con l'obiettivo dello strumento in esame di contrastare il traffico *in quanto* attività criminale organizzata volta al trasferimento illecito di persone⁵²; obiettivo a sua volta in linea con la previsione, tra gli elementi costitutivi dell'illecito, della finalità di ricavare un vantaggio economico o comunque materiale⁵³.

La questione resta dunque aperta. È opportuno peraltro ricordare che, anche laddove si optasse per l'interpretazione restrittiva, che ingloba gli elementi della transnazionalità e dell'organizzazione nella nozione di traffico di migranti, gli Stati rimarrebbero comunque liberi di introdurre norme incriminatrici di portata più ampia.

⁵²Sul punto v. anzitutto il quinto considerando del preambolo del Protocollo: «*Concerned at the significant increase in the activities of organized criminal groups in smuggling of migrants and other related criminal activities set forth in this Protocol, which bring great harm to the States concerned*»; argomenti nello stesso senso sono rintracciabili anche nella *Legislative Guide*, cit., 340, n. 28: «*Two basic factors are essential to understanding and applying the Migrants Protocol. The first is the intention of the drafters that the sanctions established in accordance with the Protocol should apply to the smuggling of migrants by organized criminal groups and not to mere migration or migrants, even in cases where it involves entry or residence that is illegal under the laws of the State concerned (see articles 5 and 6, paragraph 4, of the Protocol). Mere illegal entry may be a crime in some countries, but it is not recognized as a form of organized crime and is hence beyond the scope of the Convention and its Protocols*» (questo passaggio, peraltro, presenta profili di ambiguità, in quanto la realizzazione del traffico da parte di gruppi organizzati viene contrapposta al mero ingresso irregolare, lasciando quindi senza risposta il quesito in ordine alla necessità o meno di criminalizzare il favoreggiamento occasionale).

⁵³Così V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law*, in *N. Jour. Eur. Cr. L.*, n. 1, 2019, 69.

2.5. *La disciplina in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria.*

La rilevanza della nozione di traffico di migranti non può essere compresa fino in fondo se non si menzionano i suoi riflessi sul piano degli obblighi, a carico degli Stati, di predisporre e attuare misure preventive e repressive nel segno della reciproca cooperazione, a sua volta imprescindibile per fronteggiare efficacemente un fenomeno dai contorni strutturalmente transnazionali. Osservate dalla prospettiva degli Stati di destinazione dei flussi irregolari, queste pratiche si collocano nella categoria concettuale dell'esternalizzazione delle frontiere, ossia di quella gamma eterogena di misure volte a estendere le restrizioni all'immigrazione oltre i propri confini, grazie alla collaborazione con i Paesi di origine e transito⁵⁴.

Sul piano della prevenzione del traffico di migranti il Protocollo prevede: l'obbligo di scambiarsi informazioni su tutto ciò che riguarda le rotte del traffico, sui soggetti che vi operano e i metodi utilizzati, sui requisiti di autenticità dei documenti di identità e di viaggio, sulle buone pratiche e le tecnologie sviluppate (art. 10); l'obbligo di rafforzare il più possibile i controlli ai confini, mediante, tra l'altro, forme di cooperazione tra le autorità di frontiera, nonché, come già visto, imponendo il controllo dei documenti dei viaggiatori ai vettori commerciali⁵⁵ (art. 11); l'obbligo di emettere documenti non facilmente falsificabili, di garantirne l'integrità e la sicurezza, e in ogni caso di contrastarne efficacemente la falsificazione⁵⁶ (art. 12); l'obbligo di addestrare adeguata-

⁵⁴Su origini, funzioni e meccanismi dell'esternalizzazione delle frontiere, v. estensivamente T. GAMMELTOFT-HANSEN, J.C. HATHAWAY, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Col. Jour. Trans. L.*, n. 2, 2015, 248-257; per una prospettiva storica, A. WOLMAN, *The Role of Departure States in Combating Irregular Emigration in International Law: A Historical Perspective*, in *Int. Jour. Ref. L.*, n. 1, 2019, 30-54. Come osservato da Ö.E. TOPAK, L. VIVES, *A comparative analysis of migration control strategies along the Western and Eastern Mediterranean routes: Sovereign interventions through militarization and deportation*, in *Migr. Stud.*, n. 1, 2020, 72, l'esternalizzazione delle frontiere è spesso accompagnata dalla militarizzazione delle stesse, ossia l'applicazione di logiche, tecniche e tecnologie militari di controllo delle frontiere da parte di attori militari in senso stretto o di polizia militarizzata.

⁵⁵Sul rischio che l'attuazione di questa norma si traduca in forme di *refoulement* nei confronti dei richiedenti asilo che giungono alla frontiera avvalendosi dei trafficanti, A. SCHLOENHARDT, *Smuggling of Migrants and Refugees*, in C. COSTELLO, M. FOSTER J. MCADAM (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, OUP, 2021, 547.

⁵⁶Secondo la *Legislative Guide*, cit., 389, n. 103, questa norma fornisce la base legale per imporre agli Stati di definire gli standard tecnici dei documenti, tenendo anche conto dell'evoluzione tecnologica nel campo dei documenti elettronici e della biometria. Sul tema, v.

mente le risorse umane impiegate nel controllo dell'immigrazione irregolare, valutando la possibilità che gli Stati con maggiore esperienza provvedano alla formazione del personale degli Stati di origine e transito dei migranti (art. 14); gli obblighi di promuovere programmi di informazione sui pericoli connessi al traffico, specialmente a beneficio dei potenziali migranti, nonché programmi di cooperazione finalizzati a contrastare alla radice le cause socio-economiche delle migrazioni irregolari (art. 15).

Con riferimento alla cooperazione di polizia e giudiziaria, la maggior parte delle previsioni sono dettate dalla Convenzione sulla criminalità organizzata e risultano pacificamente estendibili al contrasto del traffico di migranti. Si tratta di una disciplina molto articolata, che tocca molteplici profili e momenti nei quali si dipana la repressione di un fenomeno criminale⁵⁷. In questa sede pare utile soffermarsi, trattandosi di un tema che verrà nuovamente in rilievo, sulle disposizioni relative alla giurisdizione degli Stati. Ai sensi dell'art. 15 della Convenzione, la giurisdizione è obbligatoria per ogni Stato parte in tre situazioni: quando il reato è commesso nel territorio di quello Stato; quando il reato è commesso a bordo di una nave che batte bandiera di quello Stato o di un aeromobile che è registrato secondo le leggi di quello Stato; quando il presunto autore del reato è presente nel territorio di uno Stato che non ne concede l'estradizione in quanto si tratta di un suo cittadino (obbligo di "estradare o perseguire"). La Convenzione, infine, invita gli Stati a estendere la giurisdizione ad altre circostanze (ad esempio, quando il reato è commesso da o contro un cittadino di quello Stato parte), senza tuttavia renderla obbligatoria. Assai limitato, conclusivamente, è lo spazio assegnato dal Protocollo alla giurisdizione extraterritoriale, con il rischio di disfunzioni nel contrasto di condotte che presentano una dimensione strutturalmente transnazionale⁵⁸.

N. VAVOULA, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The Case of Information Systems*, Brill, 2022.

⁵⁷ Seguendo la numerazione degli articoli, vengono in rilievo: condizioni di esercizio dell'azione penale, garanzie per gli accusati, limiti alle misure alternative alle pene detentive (art. 11); sequestri e confische (artt. 12, 13, 14); giurisdizione (art. 15, v. nel testo); estradizione e altre forme di trasferimento (artt. 16 e 17); mutua assistenza tra autorità di polizia e giudiziarie (art. 18); indagini (artt. 19, 20); trasferimento di procedimenti (art. 21); riconoscimento dei certificati dei casellari giudiziari (art. 22); protezione dei testimoni (art. 24); assistenza e protezione delle vittime (art. 25); collaborazione degli autori di reato con le forze dell'ordine (art. 26); ulteriori misure di *law enforcement cooperation* e scambio di informazioni (artt. 27, 28).

⁵⁸ Per questo rilievo critico, v. V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling*, cit., 72-73. Lo stesso autore evidenzia che, ricorrendone le

Il Protocollo prevede ulteriori obblighi di cooperazione con specifico riferimento alle operazioni di contrasto al traffico di migranti via mare, allo scopo di garantire che, a fronte del ragionevole sospetto che una nave sia impiegata nel trasporto di soggetti *sans papiers*, gli Stati si assistano reciprocamente nelle operazioni di abbordaggio, perquisizione e nelle successive operazioni che si rendano necessarie, anche intervenendo su navi non battenti la propria bandiera (artt. 7 e 8), in deroga alla più restrittiva disciplina dettata dagli artt. 27 e 97 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare⁵⁹.

La cornice degli obblighi internazionali tracciata dalla Convenzione e dal Protocollo non solo non esclude, ma anzi contempla espressamente (art. 17 del Protocollo), la possibilità che gli Stati possano stipulare accordi bilaterali o regionali volti a garantire risposte specificamente ritagliate sulle peculiarità del contesto che si trovano a fronteggiare⁶⁰.

condizioni, uno Stato potrebbe altresì fondare la giurisdizione extraterritoriale per traffico di migranti sull'ipotesi di cui all'art. 15, par. 2, lett. c), n. i) della Convenzione. Si tratta della giurisdizione sulle condotte di «partecipazione ad un gruppo criminale organizzato» (come definite dall'art. 5 della Convenzione), che gli Stati possono (facoltativamente) adottare laddove la condotta si sia svolta al di fuori del territorio, ma allo scopo di commettere un «reato grave» (a sua volta definito dall'art. 2, lett. b) della Convenzione) all'interno del territorio.

⁵⁹Sul punto, v. R. BARBERINI, *Il sequestro della Juventa: ong e soccorso in mare*, in *Questione giustizia*, 18 settembre 2017, par. 4.2. Gli artt. 27 e 97 UNCLOS, in sintesi, assegnano tutte le prerogative in materia penale allo Stato di bandiera, fatta eccezione per lo Stato di cui le persone coinvolte hanno la cittadinanza, o per lo Stato costiero rispetto alla nave straniera che transita nelle sue acque territoriali, sempreché sul suo territorio o mare costiero si estendano gli effetti del reato, o vi sia espressa richiesta del comandante della nave o di un'autorità consolare dello Stato di bandiera, o l'intervento sia finalizzato al contrasto al traffico di sostanze stupefacenti.

⁶⁰Cfr. *Legislative Guide*, cit., 391, n. 111, secondo cui l'art. 17 del Protocollo fornisce una base legale sia per veri e propri trattati che per «*less formal agreements and arrangements*». Come osservano A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 96 s., spesso la natura giuridica di tali accordi è controversa e gli obblighi da essi dettati sono mantenuti segreti dagli Stati. Storicamente, gli accordi bilaterali sono stati tra le prime misure adottate per fronteggiare il traffico di migranti. Al netto degli accordi che coinvolgono Stati membri dell'UE (rispetto ai quali v. *infra*, par. 3.4.), si possono qui ricordare gli accordi tra Stati Uniti, da un lato, e Haiti (1981), Cuba (1995-1996) e Repubblica Dominicana (2003), dall'altro lato, aventi ad oggetto il pattugliamento delle coste e dell'alto mare, nonché le conseguenti operazioni di interdizione navale e repressione (cfr. S.H. LEGOMSKY, *The USA and the Caribbean Interdiction Programme*, in *Int. Jour. Ref. L.*, n. 3-4, 2006, 677-695; A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 98-102; T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, 2014, 220-225). Per quanto riguarda l'Oceania, gli elementi chiave delle politiche di esternalizzazione sono stati definiti dalla «Soluzione per il Pacifico» (2001), in cui l'Australia ha messo in campo una mobilitazione militare su larga scala per l'intercettazione di imbarcazioni in collaborazione con le

3. *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nel diritto europeo: il «Facilitators Package» (2002).*

Riproducendo lo schema di analisi seguito per il Protocollo di Palermo, di seguito verranno esaminati gli strumenti europei di contrasto al traffico di migranti; strumenti che, come anticipato, adottano una più ampia nozione di «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina».

3.1. *Il contesto storico-politico di riferimento.*

La caduta del Muro di Berlino, seguita dalla dissoluzione dell'URSS e dei regimi di stampo comunista, rappresentarono fattori fondamentali nell'evoluzione delle migrazioni e di riflesso delle politiche migratorie degli Stati membri delle allora comunità europee⁶¹. Il conseguente improvviso incremento dei flussi in entrata, frutto dell'arrivo sia di migranti economici, attratti dalle migliori condizioni di vita "occidentali", sia di richiedenti asilo in fuga dalle guerre civili, generarono e alimentarono il timore di una vera e propria invasione⁶². Tra gli episodi emblematici di questa fase, non solo per l'Italia, vi fu l'esodo di cittadini al-

autorità indonesiane e malesi (cfr. L. WEBER, M. GREWCOCK, *Criminalizing people smuggling: Preventing or globalizing harm?*, in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.), *The Routledge Handbook of Transnational Organized Crime*, Routledge, 2012, 383; T. GAMMELTOFT-HANSEN, C. HATHAWAY, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, cit., 249).

⁶¹ H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 129-131.

⁶² Cfr. H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 243, dove si apprende che, nella prima metà degli anni '90, un milione e trecentomila richiedenti asilo provenienti da Romania, Bulgaria, e altri Paesi dell'est Europa giunsero in Germania, Francia e Italia. Molti appartenevano a minoranze etniche, come i Rom. Fitto, nello stesso periodo, fu anche l'afflusso di lavoratori dalla Polonia, Ucraina e altri Stati post-sovietici. La pressione migratoria da est fu oggetto di attenzione, nei primi anni '90, da parte di una serie di incontri tra i ministri competenti in materia di immigrazione degli Stati Membri delle Comunità europee, aperti anche a Stati dell'Europa centrale e orientale. Questi scambi divennero stabili a partire dalla conferenza di Budapest del 15-16 febbraio 1993 (*Conference To Prevent Uncontrolled Migration*), alla quale parteciparono 36 Paesi oltre a Consiglio d'Europa, Commissione europea e altre istituzioni internazionali, le cui raccomandazioni finali toccarono frontiere, visti, espulsioni, traffico e asilo. La modalità di lavoro sviluppata durante questa conferenza è stata poi portata avanti nel corso degli anni, sotto il nome di *Budapest Process*, con un fuoco via via spostato verso Paesi sempre più a est del Vecchio Continente. Per un quadro riassuntivo della genesi e dell'attività svolte dal *Budapest Process* nei suoi primi vent'anni di attività, v. il documento *20+ Years of the Budapest Process. An Analysis of Over Two Decades of Migration Dialogue*, 2013, in www.iom.int.

banesi nel 1991 (seguito da una seconda ondata nel 1997), giunti sulle coste pugliesi a bordo di imbarcazioni sovraccariche le cui immagini hanno fortemente condizionato, da quel momento, l'immaginario collettivo sulle migrazioni di massa dei "boat migrants"⁶³. Faceva così la sua comparsa nei discorsi pubblici l'espressione "crisi migratoria", destinata periodicamente a riaffiorare nei decenni successivi⁶⁴.

La diffidenza verso il fenomeno migratorio, peraltro, era da tempo in fase di incubazione. Mentre infatti l'espansione economica del dopoguerra aveva favorito una tendenziale apertura all'arrivo di lavoratori provenienti da Paesi terzi, spesso *ex* colonie, collocati in Africa, Asia e Caraibi⁶⁵, già negli anni '70, nel contesto di un più ampio processo di ristrutturazione dell'economia mondiale, che vedeva la produzione industriale esternalizzata nei Paesi in via di sviluppo e l'incremento del terzo settore nei Paesi c.d. ad alto reddito, il bisogno di manodopera "extracomunitaria" si era ridotto considerevolmente⁶⁶. La crisi petrolifera del 1973 e la conseguente stagnazione economica avevano ulteriormente indotto gli Stati ad introdurre nuove restrizioni agli ingressi⁶⁷. Ciò nonostante permanevano, nei territori di origine, irresistibili fattori di mobilità, come i ricongiungimenti tra i nuclei famigliari frammentatisi nel corso dei precedenti esodi, la fuga da guerre e persecuzioni, o anche solo la ricerca di condizioni di vita più favorevoli. Questi elementi di spinta e di attrazione determinavano negli anni '80 l'intensificarsi delle migrazioni provenienti dal Maghreb (Marocco, Algeria e Tunisia), dall'Africa Occidentale (Senegal, Mali, Ghana, Nigeria) e dall'America latina (Ecuador, Bolivia, Brasile). Paesi come l'Italia e la Spagna, che fino al decennio precedente erano ancora prevalente-

⁶³ Sulla storia degli esodi di cittadini albanesi verso l'Italia, v. O. MEHILLAJ, *L'immigrazione albanese in Italia. Profili sociologici e politiche di controllo*, in *Al. dir. riv.*, numero unico 2010; sulle strategie di contrasto delle migrazioni irregolari adottate dallo Stato italiano e da quello albanese v. E. BOZHEKU, *Le strategie di lotta all'e(im)migrazione clandestina tra l'Albania e l'Italia*, in F. ROCCHI, E. ROSI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Jovene, 2013, 327-336.

⁶⁴ Per un quadro sinottico delle molteplici "crisi migratorie" dal 1989 al 2019, v. H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 137.

⁶⁵ H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 118-123. Secondo questa ricostruzione i Paesi di maggiore immigrazione in questo periodo furono Inghilterra, Belgio, Germania, Francia, Olanda, Svizzera, Lussemburgo. In Italia l'immigrazione seguì la stessa logica di fondo (necessità di manodopera durante la ripresa economica post-bellica) ma i flussi furono, in questa fase, per lo più interni, da sud verso il triangolo industriale Milano-Genova-Torino.

⁶⁶ H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 124-127.

⁶⁷ *Ibidem*.

mente di emigrazione (o di migrazioni interne), vedevano consolidarsi la propria nuova immagine di destinazione per migliaia di stranieri “extracomunitari”⁶⁸.

La corrispondenza tra domanda e offerta di immigrazione iniziava dunque ad incrinarsi, creando le condizioni per l’incremento di misure restrittive, da un lato, e di flussi irregolari, dall’altro lato. Emergeva, in tale contesto, quel collegamento tra la progressiva impermeabilizzazione dei confini e lo sviluppo del mercato nero della mobilità, che, come la criminologia e la sociologia delle migrazioni hanno nel tempo chiarito, costituisce una delle cifre costanti della materia in esame⁶⁹.

La spinta a rafforzare i controlli sugli ingressi di cittadini di Paesi terzi proveniva soprattutto dalle istituzioni europee⁷⁰. Sebbene infatti i Trattati di Roma, aventi ad oggetto la costituzione del mercato europeo, non prevedessero una politica comune in materia di immigrazione e asilo, essa iniziava a svilupparsi come riflesso dell’eliminazione delle frontiere interne e della conseguente necessità di rafforzare quelle esterne. Al riconoscimento della libertà di circolazione tra gli Stati membri, oggetto dell’Accordo di Schengen del 1985⁷¹, faceva da con-

⁶⁸H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 127-134.

⁶⁹Cfr. A. SCHLOENHARDT, *Smuggling of Migrants and Refugees*, cit., 535; J.C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of “Human Trafficking”*, in *Vir. Jour. Int. L.*, n. 1, 2008, 5. La relazione tra i limiti all’immigrazione e lo sviluppo delle condizioni per l’incremento del traffico di migranti è stata recentemente ribadita nel rapporto del European Network of National Human Rights Institutions intitolato *The human rights of migrants at borders. Regional report*, 2021, 46: «*the restrictive approach towards asylum and migration, coupled with insufficient safe and legal pathways to Europe, have led migrants and asylum seekers to pursue perilous journeys and to resort to human smuggling networks, or to be subject to exploitation or human trafficking*».

⁷⁰Per un quadro dell’evoluzione delle politiche europee sul contrasto all’immigrazione irregolare, v. R. SICURELLA, *Introduzione. Il controllo penale dell’immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in ID. (a cura di), *Il controllo penale dell’immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Giappichelli, 2012, 5-21.

⁷¹Con l’Accordo di Schengen, siglato il 14 giugno 1985, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi si impegnavano alla graduale rimozione dei controlli presso le rispettive frontiere. La successiva Convenzione di Schengen, firmata dagli stessi Paesi il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1995, completava l’accordo e definiva le condizioni e le garanzie inerenti all’istituzione di uno spazio di libera circolazione. Per un quadro di sintesi dell’evoluzione del diritto europeo dell’immigrazione, v. S. PEERS, *Immigration and Asylum*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, II ed., Oxford University Press, 2017, 791-794. Per un’analisi critica dei meccanismi di controllo delle frontiere esterne dell’UE, v. E. FRASCA, F. RAIMONDO, *Le finalità dei controlli alle frontiere tra ambiguità e giustificazione: i metodi di anticipazione, privatizzazione ed esternalizzazione dell’Unione europea*, in E. AUGUSTI, S. PENASA, S. ZIRULIA (a cura di), *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella*

trappeso, di lì a poco, l'Atto Unico Europeo del 1987, che racchiudeva una dichiarazione politica di impegno reciproco al controllo dell'ingresso e dello stabilimento di cittadini di Paesi terzi⁷². Parallelamente, a livello nazionale, il malcontento rispetto alla situazione economica e sociale iniziava ad essere incanalato, specialmente da parte di alcune formazioni politiche, in sentimenti di avversione nei confronti dei migranti⁷³, spesso alimentati dalle inevitabili difficoltà incontrate lungo il percorso di integrazione e generatori di stigmatizzanti descrizioni degli stranieri quali "sottrattori di lavoro", "parassiti del welfare", "falsi rifugiati"⁷⁴ e addirittura "minacce per la sicurezza"⁷⁵.

I fattori indicati, pur venuti a galla in un quadro giuridico ancora intergovernativo⁷⁶, si coagularono attorno all'idea condivisa di costruire una cintura protettiva attorno ai confini esterni dell'Unione, comprensiva anche di strumenti di contrasto al *migrant smuggling*. È questa la chiave di lettura di una serie di previsioni della Convenzione sull'Accordo di Schengen, entrata in vigore nel 1995⁷⁷: rigida distinzione tra frontiere interne ed esterne (artt. 2 e 3); disciplina comune sulla sorveglianza delle frontiere esterne (artt. 6 e 7); disciplina comune dei visti

gestione dell'immigrazione e dell'asilo, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 2022, 7-35.

⁷² Si riporta il testo della dichiarazione, posta, insieme ad altre, in calce all'Atto Unico Europeo: «*Per promuovere la libera circolazione delle persone gli Stati membri cooperano, senza pregiudizio delle competenze della Comunità, in particolare per quanto riguarda l'ingresso, la circolazione ed il soggiorno dei cittadini di paesi terzi*». La seconda parte della stessa dichiarazione sanciva altresì l'impegno reciproco, discutibilmente collegato al tema migratorio, in attività quali «*la lotta contro il terrorismo, la criminalità, gli stupefacenti e il traffico delle opere d'arte e delle antichità*».

⁷³ H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 134: «*The end of the Cold War also prompted the politicization of migration, with politicians in Northwest Europe stoking up fears of massive East-West and South-North migrations. Politicians started to scapegoat migrants for problems not of their making, such as the closure of factories and mines and defunding of public housing. High unemployment and welfare dependency amongst low-skilled migrant workers led to a perception that immigration was a threat to the welfare state, an idea which gained increasing traction. From the late 1980s and early 1990s, politicians and media in countries such as the UK and the Netherlands started to portray asylum seekers as welfare scroungers in disguise. Although refugees represented a minority of immigrants, the 'bogus asylum seeker' became a favourite subject of political fearmongering*».

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Sulle origini della costruzione politica, sociale e giuridica del migrante come minaccia per l'ordine pubblico e le condizioni di sicurezza, v. J. HUYSMANS, *The European Union and the Securitization of Migration*, in *Jour. Comm. Mar. Stud.*, n. 5, 2000, 751-777.

⁷⁶ Sul diritto europeo dell'immigrazione pre-Trattato di Amsterdam, v. S. PEERS, *Immigration and Asylum*, cit., 792.

⁷⁷ V. *supra*, nt. 71.

(artt. 9 ss.); obblighi in capo ai vettori commerciali di verificare la regolarità dei documenti delle persone trasportate, nonché di ricondurre eventuali soggetti irregolari nel territorio di provenienza, sotto minaccia di sanzioni (art. 26); nonché, e per quanto maggiormente rileva ai nostri fini, obbligo di «stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri» (art. 27, par. 1).

Di lì a poco, il Trattato di Amsterdam incorporava il c.d. *acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione ed inseriva nel Trattato istitutivo della Comunità Europea il titolo IV, in materia di «Visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone», così superando la fase intergovernativa e trasferendo la materia in quello che all'epoca era il primo Pilastro. Si poneva così la base giuridica per una serie di norme in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare che sarebbero state adottate nel nuovo secolo lungo il solco delle direttrici politiche individuate dal Consiglio europeo di Tampere del 1999 sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁷⁸.

All'inizio del nuovo millennio le migrazioni verso gli Stati membri continuavano a registrare un andamento in costante espansione: da un milione di persone all'anno negli anni '70, a due milioni negli anni '90, fino a 3 milioni negli anni 2000, con picchi nel 2007 in Spagna e in Italia⁷⁹. Si trattava, beninteso, di numeri comprensivi delle migrazioni intra-UE; nondimeno, mentre queste ultime erano rimaste sostanzialmente stabili, i flussi provenienti da Stati extra-europei erano costantemente aumentati, raggiungendo la soglia dei 2 milioni – 2 milioni e mezzo negli anni 2000⁸⁰.

Come già accaduto a livello internazionale a seguito del caso *Golden Venture*, anche in Europa il passaggio dalle dichiarazioni programmatiche del Consiglio di Tampere del 1999⁸¹ alle proposte normative vere e

⁷⁸ Sulle novità in materia di immigrazione e asilo introdotte mediante il Trattato di Amsterdam, v. ancora S. PEERS, *Immigration and Asylum*, cit., 793 s.

⁷⁹ H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 136.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Si veda, in particolare, la conclusione n. 23, dove ancora si intrecciano in maniera pressoché indistinta i concetti di immigrazione irregolare, tratta di persone e sfruttamento di migranti: «Il Consiglio europeo è determinato ad affrontare alla radice l'immigrazione illegale, soprattutto contrastando coloro che si dedicano alla tratta di esseri umani e allo sfruttamento economico dei migranti. Esso chiede di adottare norme che prevedano sanzioni severe contro

proprie avvenne a seguito di un incidente balzato all'attenzione dell'opinione pubblica, ossia il ritrovamento di oltre cinquanta migranti morti soffocati all'interno di un furgone nel porto di Dover⁸². Un anno dopo – in un contesto ancora sotto *shock* per gli attentati dell'11 settembre 2001, che a torto o a ragione avevano rafforzato la convinzione in ordine alla necessità di contrastare con maggiore vigore l'immigrazione irregolare⁸³, anche per garantire le condizioni essenziali di sicurezza dell'Unione⁸⁴ – una Comunicazione della Commissione europea proponeva l'adozione di norme comuni per la definizione dei reati di *smuggling* e *trafficking*, accompagnate da efficaci misure di cooperazione tra gli Stati membri e con i Paesi terzi⁸⁵.

È da questo contesto, e da questi atti di indirizzo, che scaturivano gli strumenti che ci apprestiamo ad esaminare.

tale grave reato. Il Consiglio è invitato a adottare entro la fine del 2000, sulla base di una proposta della Commissione, una normativa a tal fine. Gli Stati membri, congiuntamente all'Europol, dovrebbero adoperarsi ad individuare e smantellare le organizzazioni criminali coinvolte. I diritti delle vittime di tali attività devono essere garantiti, con particolare attenzione ai problemi delle donne e dei minori».

⁸² L'episodio, avvenuto il 18 giugno 2000, è ricordato da I. VAN LIEMPT, *A Critical Insight into Europe's Criminalisation of Human Smuggling*, in *Eur. Pol. Analys.*, n. 3, 2016, 3. La dinamica dell'incidente, tutto "interno" all'UE, evidenziava uno secondo risvolto dell'immigrazione irregolare nello spazio europeo, quello dei c.d. "movimenti secondari" tra Stati membri, anch'essi spesso facilitati da soggetti terzi.

⁸³ Cfr. Europol, Interpol, *Migrant Smuggling Networks. Joint Europol-Interpol Report*, Executive Summary, maggio 2016, 10: «[...] there is a growing concern that illegal immigration routes and networks may be used by radicalised foreign fighters wishing to return to the EU, or by terrorist organisations as a source of funding for their activities. The links identified by Europol between terrorism and migrant smuggling primarily involve the opportunistic use of migrant smuggling networks and their logistics to support terrorism related activities. Even though Europol has not received concrete data to suggest that terrorist groups consistently rely on, or cooperate with organized crime groups for their illicit activities, it cannot be disregarded that terrorists may use migrant smugglers' resources to achieve their goals. Some incidents have been identified involving terrorists who have made use of migratory flows to enter the EU. In the investigations into the 13 November Paris attacks, it was found that two of the attackers had entered the EU through Greece as part of the large influx of refugees from Syria».

⁸⁴ Sull'approccio "securitario" all'immigrazione caratteristico del periodo post-guerra fredda, anche alla luce del passaggio dalla "minaccia comunista" alla "minaccia islamica" post-11 settembre 2001, v. H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration*, cit., 232-237; A. CAPUTO, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 164-180 ed *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁸⁵ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a Common Policy on Illegal Immigration*, Brussels, 15 novembre 2001 COM(2001) 672 final.

3.2. La norma definitoria di «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» e il relativo obbligo di incriminazione.

La nozione “europea” di traffico di migranti è racchiusa nella direttiva 2002/90/EC⁸⁶, mentre il relativo obbligo di incriminazione è sancito, secondo una tecnica legislativa frequente all'epoca dei tre Pilastri⁸⁷, nella coeva decisione quadro 2002/946/JHA⁸⁸. In luogo dell'espressione «*smuggling of migrants*», attorno alla quale come visto ruota la disciplina internazionale, il legislatore europeo si è avvalso delle espressioni «*facilitation of unauthorised entry, transit and residence*» (nella versione italiana «favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali»), nonché, più sinteticamente, «*facilitation of illegal immigration*» (nella versione italiana «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina»)⁸⁹: per tale ragione, i due strumenti di diritto derivato vengono spesso congiuntamente evocati con la formula «*Facilitators Package*» (nella versione italiana «Pacchetto sul favoreggiamento»⁹⁰).

⁸⁶ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (OJ L 328/17, 5 dicembre 2002).

⁸⁷ Il metodo “*double-text*” veniva utilizzato prima che la Corte di giustizia dell'UE, con la nota sentenza *Commissione c. Consiglio* del 2005 (causa C-176/03), riconoscesse la legittimità degli obblighi di *incriminazione* dettati mediante *direttiva*. In precedenza, ritenendosi che solo gli strumenti del terzo Pilastro (come le decisioni quadro) potessero prevedere siffatti obblighi, una prassi comune consisteva nel definire le condotte illecite attraverso una direttiva (dotata della maggiore forza vincolante tipica degli strumenti del primo Pilastro), adottando contestualmente una collegata decisione quadro contenente l'obbligo di prevedere, per quelle condotte, sanzioni di natura *penale*. Sull'evoluzione della dimensione penale della costruzione europea, v. R. SICURELLA, *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall'“ossimoro polisenso” al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Giuridica, 2021, 52-56.

⁸⁸ Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (OJ L 328/1, 5 dicembre 2002). L'ambito di applicazione della direttiva e della decisione quadro comprende tutti gli Stati membri, tranne l'Irlanda, così come Stati terzi che partecipano all'*acquis* Schengen (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera).

⁸⁹ La prima formula compare nei titoli di entrambi gli strumenti, mentre la seconda è utilizzata solo nel considerando n. 4 della direttiva.

⁹⁰ Si tratta di espressioni ormai entrate nell'utilizzo comune, soprattutto nella versione inglese: cfr., ad es., la Comunicazione della Commissione europea *Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence* (2020/C 323/01); disponibile anche nella versione italiana *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* (2020/C 323/01).

La direttiva ha abrogato l'art. 27 della Convenzione di Schengen (che, come visto, aveva per la prima volta introdotto l'obbligo di prevedere «sanzioni appropriate» in materia) e ha ridefinito, in senso sensibilmente più ampio, i contorni dei comportamenti illeciti. In particolare, l'art. 1, par. 1 individua due diverse categorie di illecito⁹¹: l'*aiuto all'ingresso* o al *transito* di un cittadino straniero in uno Stato membro in violazione della disciplina sull'immigrazione vigente in quello Stato (lett. *a*); l'*aiuto, a scopo di lucro, al soggiorno* di un cittadino straniero in uno Stato membro in violazione della disciplina sull'immigrazione vigente in quello Stato (lett. *b*). Il successivo art. 2 estende l'area dell'illecità, per entrambe le fattispecie, al tentativo e al concorso di persone, morale e materiale.

Rispetto all'art. 27 della Convenzione di Schengen, mentre resta immutata la descrizione della condotta in termini di "aiuto", si colgono due principali differenze: l'inclusione, tra le condotte illecite, del mero aiuto al *transito* all'interno del territorio nazionale (ipotesi che in precedenza poteva tutt'al più rientrare nell'aiuto al soggiorno laddove fosse risultata funzionale a favorire la permanenza sul territorio); nonché, e soprattutto, la riproduzione dello scopo di lucro tra gli elementi costitutivi della sola ipotesi di aiuto al *soggiorno* irregolare, non invece tra quelli delle ipotesi di aiuto all'*ingresso* o al *transito*.

Si consolida, in questo modo, la scelta del legislatore europeo a favore di uno schema di incriminazione di stampo essenzialmente concorsuale, volto cioè ad attrarre nell'ambito della rilevanza penale qualunque condotta si concretizzi nell'agevolare l'altrui violazione della disciplina sull'immigrazione. Mentre, come visto, il Protocollo di Palermo considera lo straniero alla stregua di mero oggetto di una condotta di "contrabbando" (*smuggling*, appunto), condotta portatrice di autonomo disvalore in quanto consistente nel "procurare" illecitamente l'ingresso o la permanenza altrui allo scopo di ricavare un vantaggio economico o comunque materiale; il *Facilitators Package* considera lo stesso straniero irregolare quale portatore del disvalore che intende colpire mediante la criminalizzazione *tout court* di chiunque gli/le presti intenzionalmente "aiuto", e da questo punto di vista polarizza la

⁹¹ Si riporta il testo della disposizione: «Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) 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 relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri».

propria finalità di tutela sulla sola protezione delle frontiere⁹². La differenza è sottile, ma non priva di ripercussioni pratiche sul piano dell'esegesi della condotta punibile, offrendo un ulteriore argomento a sostegno della conclusione, già formulata nel corso dell'analisi del Protocollo, secondo cui il concetto di "aiutare" è stato intenzionalmente utilizzato dal legislatore europeo in ragione del suo significato più ampio rispetto a quello di "procurare"⁹³.

Queste differenze di fondo tra la nozione adottata dal Protocollo e quella europea trovano una verosimile spiegazione nella differente composizione dei rispettivi *legislatori*: da un lato, un altissimo numero di Stati, compresi quelli di *provenienza* dei migranti, e di istituzioni internazionali, riuniti su mandato delle Nazioni Unite allo scopo di mettere a punto strumenti di contrasto della criminalità organizzata transnazionale⁹⁴; dall'altro lato, le istituzioni dell'Unione europea, ossia di un'organizzazione sovranazionale di Paesi di *destinazione* dei flussi migratori, preoccupati di proteggere le proprie frontiere esterne, in uno dei contesti nei quali si esplica il c.d. «diritto penale di lotta marcato UE»⁹⁵. Quanto alla scelta del legislatore europeo di escludere la finalità di profitto dagli elementi costitutivi del favoreggiamento dell'ingresso (e del transito) irregolare, essa è stata motivata sottolineando la difficoltà di tracciare gli scambi di denaro tra migranti e trafficanti, e dunque dotata di una giustificazione essenzialmente investigativa e procedurale⁹⁶.

⁹² Così, lucidamente, A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, cit., 144 s. Nello stesso senso si può leggere la constatazione di V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations*, cit., 78, secondo cui «It is clear that the EU approach aims to prevent entry into EU territory and targets not only the smugglers but also the smuggled». Sulle differenze di fondo tra Protocollo di Palermo e *Facilitators Package* v. da ultimo M. MINETTI, *The Facilitators Package, Penal Populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *N. Jour. Eur. Cr. L.*, n. 3, 2020, 338.

⁹³ V. ancora A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa*, cit., 148.

⁹⁴ Sull'ampia partecipazione di Stati ai negoziati della Convenzione sulla criminalità transnazionale organizzata e i relativi Protocolli, e il ruolo che ciò ha giocato nel restringere la nozione di *smuggling of migrants*, v. A.T. GALLAGHER, *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway*, in *Vir. Jour. Int. L.*, n. 4, 2009, 835 s.

⁹⁵ Per questa suggestiva espressione, v. M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo*, cit., 227. Sulla riconducibilità degli strumenti sovranazionali per il contrasto alle migrazioni irregolari mediante il diritto penale al "diritto penale di lotta" v. anche *supra*, nt. 16.

⁹⁶ V. Commissione europea, *Refit evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package*, Brussels, 22 marzo

Al fine di ridurre i rischi di sovra-criminalizzazione collegati ad una nozione così ampia di favoreggiamento, l'art. 1 della direttiva prevede, al par. 2, che «Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata». L'obiettivamente infelice formulazione della clausola non preclude di coglierne i due elementi essenziali, anche alla luce delle più chiare versioni in lingua inglese e in francese⁹⁷: l'obbligo di incriminazione di cui al primo paragrafo è compatibile con l'esclusione della punibilità, ai sensi del diritto o delle prassi nazionali, nei casi in cui le condotte di aiuto o transito siano realizzate per finalità di assistenza umanitaria; le scelte cruciali in ordine al *se* punire o meno le condotte di assistenza umanitaria, nonché all'individuazione di *quali* condotte rientrano in tale categoria, sono rimesse alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Sotto questi ultimi profili la disposizione in esame è stata bersaglio di innumerevoli critiche, che hanno evidenziato la sua inadeguatezza rispetto allo scopo di prevenire la criminalizzazione della solidarietà verso migranti e richiedenti asilo, i quali spesso si trovano in condizioni di bisogno se non di vero e proprio pericolo⁹⁸. È pur vero, a tale riguardo,

2017, SWD(2017) 117 final, 8 s.: «*payments to migrant smugglers tend to occur in third countries of origin and transit. These are often done in cash [...] The cash intensive nature of the payment methods linked to smuggling makes it difficult to trace illicit financial flows and in turn to conduct investigations on the financial nature of the crime [...] the risks that such difficulties in tracing financial flows connected to migrant smuggling would disproportionately hamper the investigation and prosecution of this crime, affecting States' legitimate interest to control borders and regulate migration flows, have been raised as a reason to avoid including a constituent financial gain element in the offence of facilitating irregular border crossing*». Analoghe preoccupazioni erano state espresse, in precedenza, da una parte della dottrina: cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. ALJHANI, *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants*, cit., 127 s. In senso critico rispetto alla scelta di subordinare la nozione sostanziale a esigenze investigative, V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations*, cit., 79.

⁹⁷ Rispettivamente: «*Any Member State may decide not to impose sanctions with regard to the behaviour defined in paragraph 1(a) by applying its national law and practice for cases where the aim of the behaviour is to provide humanitarian assistance to the person concerned*»; «*Tout État membre peut décider de ne pas imposer de sanctions à l'égard du comportement défini au paragraphe 1, point a), en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée*».

⁹⁸ Cfr. V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations*, cit., 78, il quale dubita che una clausola facoltativa e formulata in termini così vaghi possa davvero fungere da contrappeso all'ampio obbligo di incriminazione delle condotte di aiuto all'ingresso o al transito; critici rispetto al carattere meramente facoltativo della clausola, *ex multis*, S. PEERS, *EU Immigration and Asylum*, cit., 477-478; S. CARRERA, E. GUILD, A. ALIVERTI, J. ALLSOPP, M.G. MANNIERI, M. LEVOY, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Hu-*

che la Commissione europea ha di recente invitato gli Stati membri ad astenersi da qualsiasi iniziativa che si traduca nella criminalizzazione di condotte umanitarie: tale presa di posizione, tuttavia, lungi dallo smentire quanto appena rilevato con riferimento alla portata della direttiva, semmai conferma i rischi inerenti all'applicazione di norme incriminatrici nazionali che ne costituiscono attuazione⁹⁹.

Ai sensi della collegata decisione quadro, gli illeciti definiti dalla direttiva devono essere presidiati da sanzioni di natura penale, aventi i caratteri dell'effettività, della proporzionalità e della deterrenza, che possano comportare l'estradizione (art. 1, par. 1). La stessa decisione quadro si sofferma, più nel dettaglio, sulla tipologia e l'ammontare delle sanzioni. Anzitutto, «se del caso» («*where appropriate*»), le pene possono essere accompagnate da misure quali la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, il divieto di esercitare direttamente o per interposta persona l'attività professionale svolta in occasione della commissione del reato, l'espulsione (art. 1, par. 2). In secondo luogo, è previsto l'obbligo di adottare sanzioni detentive, non inferiori nel massimo a 8 anni¹⁰⁰, nei confronti degli autori del (solo) favoreggiamento dell'ingresso e del transito irregolari, in forma consumata, laddove ricorrano i seguenti ulteriori requisiti: l'illecito sia stato commesso a scopo di lucro; e, alternativamente, sia riconducibile ad un'organizzazione criminale ovvero sia stato realizzato in maniera tale da mettere in pericolo la vita delle persone (art. 1, par. 3)¹⁰¹.

manitarian Assistance to Irregular Migrants, Study for the LIBE Committee (Parlamento europeo), 2016, 106; con particolare riguardo alle ripercussioni negative della facoltatività della clausola sui diritti fondamentali a richiedere asilo e all'unità familiare, v. A. SCHLOENHARDT, *Smuggling of Migrants and Refugees*, cit., 549; per una critica avente ad oggetto, in particolare, il carattere vago e indeterminato della clausola, v. C.M. RICCI, *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the 'Facilitators' Package*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVUOLA (eds.), *Securitisng Asylum Flows Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Brill, 2020, 47-49.

⁹⁹ Commissione europea, *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (2020/C 323/01)*, 6-7. Per un efficace commento nel quale si dimostra, tra l'altro, l'insufficienza della Comunicazione a prevenire la criminalizzazione di condotte solidaristiche da parte degli Stati membri, v. A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance' on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 ottobre 2020.

¹⁰⁰ Ai sensi del successivo par. 4, la soglia è riducibile a 6 anni «qualora ciò sia necessario al fine di preservare la coerenza del sistema di sanzioni nazionale (...) a condizione che rientrino tra le pene massime più rigorose applicate a reati di gravità comparabile».

¹⁰¹ L'opzione a favore della pena detentiva, benché soltanto per le ipotesi aggravate, colloca la previsione in esame nell'ambito del "modello forte" di armonizzazione sanzionatoria:

Infine, la decisione quadro impone di prevedere anche la responsabilità delle persone giuridiche, senza tuttavia specificarne la natura, laddove gli illeciti siano stati «perpetrati per loro conto» da parte di soggetti apicali o in ragione di omessa sorveglianza o controllo da parte loro (art. 2). Le sanzioni indicate, a titolo esemplificativo, per le persone giuridiche comprendono: «a) l'esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico; b) il divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale; c) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; d) un provvedimento giudiziario di scioglimento» (art. 3).

3.3. *La disciplina in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria.*

Anche gli strumenti europei prevedono, in funzione di un più efficace contrasto al traffico di migranti (*rectius*, favoreggiamento dell'immigrazione irregolare), alcuni obblighi a carattere procedurale. In particolare, analogamente alla Convenzione sulla criminalità organizzata, anche il *Facilitators Package* prevede norme minime sulla giurisdizione, con limitate ipotesi di competenza extraterritoriale¹⁰². La decisione quadro prevede infatti che ogni Stato membro debba stabilire la propria giurisdizione ogniqualvolta il comportamento che facilita l'ingresso, il transito o il soggiorno illegale sia commesso, alternativamente, *a*) in tutto o in parte nel suo territorio, *b*) da uno dei suoi cittadini, o *c*) a beneficio di una persona giuridica stabilita nel suo territorio (art. 4). Gli Stati, peraltro, possono decidere di non prevedere la propria giurisdizione nei casi di cui alle lett. *b*) e *c*), tranne quando non concedono l'estradizione dei propri cittadini (art. 5). Quest'ultima possibilità risulta peraltro significativamente ridotta in virtù della sopravvenuta decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI), che di fatto limita la possibilità di non consegnare un proprio cittadino alle ipotesi in cui il MAE è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pe-

a proposito dei diversi modelli di definizione delle pene minime nel diritto derivato UE, v. D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2015, 16-33. Per una critica alle norme europee di armonizzazione sanzionatoria, sia in ragione della centralità che assegnano al carattere “dissuasivo” (anziché rieducativo o ri-socializzante) della pena, sia in considerazione della riconducibilità di tali interventi a valutazioni di carattere contingente ed emergenziale, anziché a direttrici razionali di politica criminale, v. S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 924 s., 928 s.

¹⁰² Per una valutazione critica, cfr. V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations*, cit., 72-73.

na o di una misura di sicurezza privative della libertà e lo Stato richiesto si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno (art. 4, n. 6).

Oltre alle disposizioni specificamente previste dalla decisione quadro, trova ovviamente applicazione, laddove pertinente, l'intero apparato legislativo dell'UE relativo alla cooperazione in materia penale, comprensivo degli strumenti di riconoscimento reciproco e di scambio di informazioni, degli standard minimi comuni per i procedimenti penali, del sostegno alle autorità degli Stati membri nelle attività investigative e giudiziarie da parte dalle competenti agenzie dell'UE. Giova ricordare che, in questo quadro, alcuni atti di diritto derivato richiamano espressamente il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: ad esempio, non è richiesta la verifica della doppia incriminazione ai sensi dell'art. 2, par. 2, della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e dell'art. 3, par. 1, del Regolamento (UE) 2018/1805 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e dei provvedimenti di confisca; il riconoscimento o l'esecuzione di un ordine europeo di indagine non possono essere rifiutati ai sensi dell'art. 11 della direttiva 2014/41/UE; la realizzazione di una figura di reato adottata in esecuzione del *Facilitators Package* è considerata «attività criminosa» ai sensi della direttiva 2018/1673/UE sulla lotta contro il riciclaggio di denaro mediante il diritto penale.

Ancora, particolare rilievo è assegnato, ai fini della prevenzione e della repressione del favoreggiamento, alla cooperazione tra le autorità nazionali e le competenti agenzie dell'UE, segnatamente Europol (Ufficio europeo di polizia), Eurojust (Agenzia per la cooperazione giudiziaria penale), Frontex (l'Agenzia della guardia di frontiera e costiera) e EUAA (Agenzia per l'asilo, che ha sostituito la precedente EASO). Sebbene ognuna di queste agenzie abbia un proprio canale di controllo del traffico di migranti, il loro coordinamento è stato rafforzato al precipuo scopo di allineare i processi di controllo delle frontiere esterne¹⁰³.

¹⁰³ Per un resoconto completo delle competenze e delle attività delle agenzie nel contrasto al traffico di migranti, cfr. S. CARRERA, V. MITSILEGAS, J. ALLSOPP, L. VOSYLIUTE, *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Hart, 2020, 24-54.

3.4. *La cooperazione con i Paesi terzi e le missioni in alto mare.*

Rispetto al Protocollo di Palermo, gli strumenti europei hanno un raggio d'azione esclusivamente *regionale*. Cionondimeno, il rafforzamento della cooperazione con i Paesi terzi rappresenta, sin dal Consiglio di Tampere del 1999¹⁰⁴, un pilastro fondamentale della lotta al favoreggiamento delle migrazioni irregolari¹⁰⁵. Alla base di questa strategia vi è la considerazione secondo cui concentrare gli sforzi preventivi e repressivi sulle sole condotte realizzate, in tutto o in parte, sul suolo europeo, per un verso significherebbe colpire prevalentemente gli ultimi anelli della catena, in quanto la maggior parte dei trafficanti con ruoli direttivi o organizzativi non opera in Europa¹⁰⁶; per altro verso, significherebbe ritardare l'intervento repressivo ad una fase in cui lo straniero ha già varcato la frontiera (o è in procinto di farlo), con conseguente applicabilità nei suoi confronti del divieto di *refoulement*¹⁰⁷. L'esternalizzazione delle frontiere compare, del resto, tra i principali strumenti valorizzati dai due piani d'azione europei per il contrasto al traffico di migranti¹⁰⁸. Tra gli accordi adottati nel corso degli anni in esecuzione di tali politiche si possono ricordare quelli tra Italia e Libia¹⁰⁹, tra UE e

¹⁰⁴ V. in particolare le conclusioni n. 22-27.

¹⁰⁵ P. GARCÍA ANDRADE, I. MARTÍN, V. VITA, S. MANANASHVILI, *EU Cooperation with Third Countries in the Field of Migration, Study for the LIBE Committee* (Parlamento europeo), 2015, 64.

¹⁰⁶ V. Commissione europea, Comunicazione, *A European Agenda on Migration*, Brussels, 13 maggio 2015, COM(2015) 240 final, 8.

¹⁰⁷ Per questa ricostruzione della *ratio* dell'esternalizzazione delle frontiere, concepita in sostanza come sistema di aggiramento delle garanzie del diritto internazionale dei rifugiati, v. T. GAMMELTOFT-HANSEN, J.C. HATHAWAY, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, cit., 239-243; di recente, con riguardo alle tecniche di esternalizzazione mediante *capacity building*, a partire dall'esperienza canadese, v. C. ROBINSON, *Offshoring and Outsourcing Anti-Smuggling Policy: Capacity Building and the Geopolitics of Migrant Smuggling*, in *Geop.*, 18 gennaio 2023.

¹⁰⁸ Si tratta, rispettivamente, delle Comunicazioni della Commissione europea *EU Action Plan against migrant smuggling (2015-2020)*, Brussels, 27 maggio 2015 COM(2015) 285 final; e *A renewed EU action plan against migrant smuggling (2021-2025)*, Brussels, 29 settembre 2021, COM(2021) 591 final. Quest'ultima comunicazione prende le mosse da una sintetica ricostruzione dei risultati ottenuti negli anni precedenti (pp. 9-11) e prosegue sottolineando l'importanza di intensificare, negli anni a venire, la cooperazione con i Paesi di origine e transito dei migranti (pp. 11-16).

¹⁰⁹ M.G. GIUFFRÈ, *From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse*, in *Euroj. Riv.*, 2017; E. VARI, *Italy-Libya Memorandum of Understanding: Italy's International Obligations*, in *Hast. Int. Comp. L. R.*, n. 1, 2020, 105-134; N. MONTAGNA, *Li-*

Libia¹¹⁰, tra Spagna e Paesi dell’Africa occidentale¹¹¹, tra UE e Turchia¹¹², e tra UE, Niger e Mali¹¹³. Sulla base di questi accordi, gli Stati europei si impegnano, in genere, a fornire aiuti economici, tecnologia, mezzi di pattugliamento e programmi di formazione in cambio della cooperazione dei Paesi terzi nel contenimento dei flussi irregolari, nella conduzione di operazioni anti-*smuggling*, nonché nell’esecuzione delle procedure di rimpatrio.

Anche le missioni navali in alto mare, di cui il bacino Mediterraneo è da tempo teatro, possono essere annoverate tra le tecniche di esternalizzazione delle frontiere. Con tale finalità, specialmente nel contesto della “crisi dei rifugiati” culminata nel 2015, l’Unione europea ha intensificato la sua presenza in acque internazionali, mediante missioni coordinate dall’agenzia Frontex¹¹⁴. In questo contesto si è svolta l’operazione di politica di sicurezza e difesa comune denominata *EUNAVFOR MED-Sophia* (*European Union Naval Force Mediterranean*), avente l’obiettivo di contrastare il traffico di migranti attraverso operazioni consistenti nell’intercettazione, ispezione, sequestro e distruzione di imbarcazioni al largo delle coste libiche, oltre che nell’addestramento della Guardia Costiera libica¹¹⁵. Tra gli obiettivi della mis-

bia-Italia: la rotta del Mediterraneo centrale e l’industria della migrazione, in M. COLOMBO (a cura di), *CIRMiB MigraREport*, Vita e Pensiero, 2021, 112-115.

¹¹⁰ Cfr. NGOs Joint Statement, *EU: Time to review and remedy cooperation policies facilitating abuse of refugees and migrants in Libya*, www.hrw.org.

¹¹¹ TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 35-38.

¹¹² M.G. GIUFFRÈ, *From Turkey to Libya*, cit.; S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *The EU-Turkey deal. Reversing ‘Lisbonisation’ in EU migration and asylum policies*, in S. CARRERA, J.S. VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2019, 155-174.

¹¹³ E.M. STAMBØL, *The Rise of Crimefare Europe: Fighting Migrant Smuggling in West Africa*, in *Eur. For. Aff. Rev.*, n. 3, 2019, 287-307.

¹¹⁴ Tra i numerosi studi dedicati alla ricostruzione critica di tale contesto, cfr. V. MORENO-LAX, J. ALLSOPP, E. TSOURDI, P. DE BRUYCKER, *The EU Approach on Migration in the Mediterranean, Study Requested by the LIBE committee* (Parlamento europeo), giugno 2021, 76-80; L. GENNARI, C.L. CECCHINI, G. CRESCINI, *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi*, cit., 133-163; S. CARRERA, E. GUILD, *Migrant smuggling in the EU: what do the facts tell us?*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, CEPS-Brussels, 2016, 11-16.

¹¹⁵ Per approfondimenti, cfr. S. CARRERA et al., *Policing Humanitarianism*, cit., 49-52; V. MITSILEGAS, *Extraterritorial immigration control, preventive justice and the rule of law in turbulent times: Lessons from the Anti-Smuggling Crusade*, in S. CARRERA, J.S. VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies*, cit., 290-

sione, conclusa a marzo 2020¹¹⁶, non era presente, invece, l'attività di pattugliamento e soccorso, sicché gli interventi a favore di imbarcazioni in pericolo potevano essere realizzati soltanto laddove occasionalmente necessari, in base alle regole generali di diritto internazionale del mare¹¹⁷. Altrettanto si può affermare con riferimento alla successiva operazione *EUNAVFOR MED-Irini*¹¹⁸ (prorogata fino al 31 marzo 2025) avente il compito principale di contribuire all'attuazione dell'embargo sulle armi imposto nei confronti della Libia dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite; nonché, tra i compiti ulteriori, quello di contribuire allo smantellamento delle attività delle reti di traffico e tratta di esseri umani attraverso la raccolta di informazioni e il pattugliamento con mezzi aerei. Ulteriori tecniche di esternalizzazione delle frontiere vengono realizzate nei pressi dei valichi di ingresso all'Unione, e comprendono i respingimenti collettivi, la normalizzazione di "stati di emergenza" nel controllo dei confini, le *border procedures* istituite nelle zone di transito o nei pressi delle stesse, e ancora la detenzione di migranti e richiedenti asilo¹¹⁹.

308; per un sintetico quadro sulla genesi dell'operazione e sulle sue caratteristiche di missione militare, V. MILITELLO, A. SPENA, "La cruna dell'ago": il migrante fra mobilità e controllo, Introduzione a V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, 2-4.

¹¹⁶ Cfr. la decisione (PESC) 2020/471 del 31 marzo 2020 che abroga la decisione (PESC) 2015/778 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromediterraneo (EUNAVFOR MED operazione SOPHIA).

¹¹⁷ Cfr. G. BEVILACQUA, *Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*, in G. ANDREONE (a cura di), *The Future of the Law of the Sea. Bridging Gaps between National, Individual and Common Interests*, Springer Open, 2017, 165-189; V. MORENO-LAX, J. ALLSOPP, E. TSOURDI, P. DE BRUYCKER, *The EU Approach on Migration*, cit., 76.

¹¹⁸ Istituita con decisione (PESC) 2020/472 del 31 marzo 2020.

¹¹⁹ Per un quadro critico aggiornato, v. V. MITSILEGAS, *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *Eur. L. Jour.*, n. 4-6, 2022, 1-18; sulle pratiche di *pushback* alle porte dell'Unione europea, v. da ultimo F.L. GATTA, *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2023, 385 ss.

4. *La nozione di traffico di migranti nelle legislazioni nazionali: sguardo d'insieme sulle tendenze di politica criminale a livello globale.*

Ad oggi, come già ricordato, il Protocollo di Palermo risulta ratificato da 150 Stati su 195 riconosciuti come sovrani dalle Nazioni Unite: si può dunque ragionevolmente presumere che le sue disposizioni siano state recepite da tre quarti delle legislazioni penali nazionali a livello globale. Ciò, tuttavia, non significa che le norme incriminatrici di questi Paesi ricalchino la nozione di «*smuggling of migrants*» di cui all'art. 3 del Protocollo: al netto di eventuali difetti di implementazione, infatti, occorre ricordare che il Protocollo detta norme minime e che gli Stati sono liberi di adottare discipline in grado di attrarre un ventaglio più ampio di condotte¹²⁰.

In tal senso risulta anzitutto orientata, come già visto, l'Unione europea: anche dopo l'adesione al Protocollo di Palermo, intervenuta nel 2006, è rimasta in vigore la nozione di «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» di cui al *Facilitators Package* del 2002, ai sensi della quale, come poc'anzi illustrato, l'area dell'illiceità si estende a tutte le condotte di aiuto (o tentato aiuto) all'ingresso e al transito irregolare di stranieri, purché realizzate intenzionalmente, a prescindere dal perseguimento di un vantaggio economico o materiale da parte del soggetto agente. Si tratta di una nozione che è stata ormai recepita da tutti gli Stati membri e che pertanto costituisce, ad oggi, la nozione di traffico di migranti vigente nello spazio europeo¹²¹.

¹²⁰ V. *supra*, nt. 44. In generale, per un inquadramento delle principali problematiche attinenti all'attuazione degli obblighi sovranazionali di incriminazione, si vedano: F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Jovene, 2011, 2645-2704; S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1364-1401; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 91-130.

¹²¹ Lo rileva la Commissione europea nella citata *Refit evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package*, 13 s. Per analisi comparate delle discipline nazionali attuative del *Facilitators Package*, v. A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa*, cit., 154-161; nonché gli scritti raccolti in E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006. Per puntuali ricostruzioni delle discipline vigenti in Germania, Grecia, Portogallo e Spagna, v. i contributi pubblicati sul portale del progetto NESMES, a cura dell'Università di Palermo (2019), in www.unipa.it.nesmes.mi (sezione «contributi scientifici»).

A tale riguardo occorre inoltre evidenziare che solo una minoranza di Stati membri ha dato attuazione, mediante l'introduzione di disposizioni *ad hoc*, all'art. 1, par. 2 della direttiva 2002/90/CE, cioè alla disposizione che consente di escludere la punibilità delle condotte realizzate per finalità umanitarie. Procedendo in ordine di ampiezza dell'esenzione, la disciplina belga considera lecite tutte le condotte poste in essere con finalità umanitaria "prevalente"¹²²; quella spagnola le condotte realizzate con finalità umanitaria "esclusiva"¹²³; quella finlandese le condotte compiute per motivi umanitari o connessi a stretti legami famigliari, tenuto altresì conto delle condizioni di sicurezza nel Paese di provenienza del migrante irregolare¹²⁴; quella greca le condotte di chi trasporta sul suolo nazionale persone soccorse in mare, nonché bisognose di protezione internazionale¹²⁵; ancora, quella maltese attribuisce al *Principal immigration officer*¹²⁶ la facoltà di non avviare un procedimento nei confronti di chiunque presta aiuto o assistenza all'ingresso o all'attraversamento del territorio a un soggetto che si trovi in situazione di imminente pericolo, laddove la condotta sia realizzata allo scopo di fornire assistenza umanitaria¹²⁷. In Fran-

¹²² *Loi 15 Decembre 1980 – Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, art. 77, par. 2. Questa disposizione, riferendosi al par. 1 che incrimina la facilitazione dell'ingresso, del soggiorno e del transito, stabilisce: «L'alinéa 1er ne s'applique pas si l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires».

¹²³ *Código penal*, art. 318-bis, par. 1, secondo periodo. Questa disposizione, inserita dopo il primo periodo che incrimina le condotte di facilitazione dell'ingresso o del transito, stabilisce: «Los hechos no seran punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere unicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate».

¹²⁴ Codice penale finlandese, cap. 17, sez. 8, par. 2: «An act which, when taking into account in particular the humanitarian motives of the person committing it or his or her motives relating to close family relations, and the circumstances pertaining to the safety of the foreigner in his or her home country or country of permanent residence, and when assessed as a whole, is to be deemed committed under vindicating circumstances, does not constitute arrangement of illegal immigration» (traduzione a cura del Ministero della Giustizia finlandese).

¹²⁵ Legge n. 3386/2005, art. 88, par. 6: «The above penalties shall not be imposed in case of rescue of people at sea and in case of carriage of people in need of international protection, as dictated by the international maritime law» (traduzione non ufficiale disponibile in *European Database of Asylum Law*, www.refworld.org).

¹²⁶ Tale figura coincide con il *Commissioner of the Malta Police*, il quale gode di un certo margine di discrezionalità nella valutazione degli illeciti da portare all'attenzione della magistratura per lo svolgimento delle indagini. Cfr. il *Country Profile* di Malta offerto dall'OSCE (polis.osce.org).

¹²⁷ *Laws of Malta*, Ch. 217, *Immigration Act*, art. 32, par. 1, ultima parte: «[...] the principal immigration officer may decide not to institute proceedings on any person who aids or assists any other person in any immediate situation of danger to land or attempt to land or

cia e in Italia, infine, l'esenzione da responsabilità penale è limitata ai casi di aiuto, per finalità umanitarie, al transito e alla permanenza di persone già irregolarmente presenti sul territorio nazionale¹²⁸. Ciò non significa che, al di fuori degli ordinamenti indicati, e al di fuori delle esimenti *ad hoc* da ciascuno di essi previste, *tutte le altre* condotte umanitarie siano da considerare penalmente rilevanti. Ben potranno, infatti, venire in rilievo esimenti di portata generale (come, ad esempio, lo stato di necessità o l'adempimento del dovere di soccorso in mare). Ciò che occorre sottolineare, tuttavia, è che il ridotto spazio riconosciuto all'attuazione della clausola di non punibilità di cui all'art. 1, par. 2 della direttiva conferma la propensione degli Stati membri ad adottare una nozione di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare tendenzialmente onnicomprensiva.

Allargando il fuoco dell'attenzione oltre i confini dell'Unione europea, è interessante osservare come analoghe scelte di politica criminale, cioè improntate all'adozione di una nozione particolarmente estesa di traffico di migranti, siano state compiute da un campione significativo di Stati. Tale conclusione si basa su un rapporto del *United Nations Office on Drugs and Crime* che ha analizzato la disciplina anti-*smuggling* vigente presso tredici Paesi (solo tre dei quali appartenenti all'UE), selezionati in maniera tale da garantire un adeguato equilibrio sia in termini geografici che in termini di varietà delle tradizioni giuridiche rappresentate (*common law*, *civil law* e sistemi misti). Trattandosi di un resoconto relativamente recente (2017), è verosimile che ritenere che i dati riportati rispecchino la situazione attuale, soprattutto in considerazione dell'improbabilità che, in un contesto globale di perenne "emergenza migratoria", siano state nel frattempo adottate nozioni di traffico più restrittive. Ebbene, tra i dieci ordinamenti extra-europei esaminati, soltanto due (Messico e Indonesia) si sono allineati alla nozione di *smuggling of migrants* di cui al Protocollo di Palermo, includendo lo scopo di lucro tra gli elementi costitutivi dell'illecito; mentre gli altri otto (Australia, Canada, Malesia, Marocco, Sri Lanka, Tunisia, Regno Unito¹²⁹ e Stati Uniti) hanno invece adottato una nozione estensiva, che

transit through Malta, when such acts have been committed with a view to providing humanitarian assistance».

¹²⁸ Con riferimento all'Italia, v. l'art. 12, comma 2, t.u. imm. (per la cui disamina si rimanda al cap. III, par. 2). Con riferimento alla Francia, v. il recentemente riformato art. L 622-4 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) (per la cui disamina si rimanda al cap. V, par. 3).

¹²⁹ Anche prima della *Brexit*, il Regno Unito non era più obbligato a prevedere sanzioni penali per gli illeciti definiti dal *Facilitators Package*, avendo effettuato l'*opt out* dalla decisione quadro con effetto dal 1° dicembre 2014 ai sensi dell'art. 10(4) Prot. 36 TFUE.

non ricomprende lo scopo di lucro tra gli elementi dell'illecito. Tra questi ultimi Paesi, il Regno Unito prevede una sotto-fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso di richiedenti asilo, che invece richiede lo scopo di lucro tra gli elementi costitutivi¹³⁰, ed è altresì affiancata da una causa di esclusione della responsabilità per le organizzazioni che assistono gratuitamente gli stranieri intenzionati a chiedere protezione internazionale¹³¹. Per quanto riguarda il Canada, come vedremo, la fattispecie incriminatrice è stata ridimensionata nella sua portata applicativa, con esclusione delle condotte umanitarie, di aiuto reciproco tra richiedenti asilo o a favore di famigliari, a seguito di un intervento manipolativo della Corte Suprema. Altri strumenti che consentono di evitare, o quanto meno stemperare, i rischi di sovra-criminalizzazione connessi all'omessa inclusione dello scopo di lucro tra gli elementi costitutivi del reato sono rappresentati dall'applicazione di esimenti di portata generale¹³², dalla eventuale discrezionalità dell'azione penale¹³³, ovvero, a valle, dalla valorizzazione della finalità umanitaria sul piano sanzionatorio¹³⁴.

L'analogia tra le diverse nozioni di traffico di migranti riflette ricorrenti valutazioni di politica criminale relative alla necessità di non imporre alle procure nazionali oneri probatori eccessivamente gravosi. In particolare, il diffuso consenso in ordine alla natura essenzialmente economica del fenomeno criminale, quanto meno nelle sue manifestazioni più gravi, cede il passo alla (ritenuta) preponderante considerazione secondo cui l'efficacia dell'azione repressiva verrebbe indebolita laddove agli inquirenti fosse chiesto di ricostruire scambi di denaro che per definizione avvengono, attraverso canali informali, al di fuori dei confini nazionali, tenuto anche conto che i migranti sono spesso restii a collaborare o comunque considerati inattendibili¹³⁵. Questi timori, pe-

¹³⁰ *Immigration Act*, art. 25A «*Helping asylum-seeker to enter United Kingdom*»: «(1) *A person commits an offence if (a) he knowingly and for gain facilitates the arrival [F109or attempted arrival] in [F110, or the entry [F111or attempted entry] into,] the United Kingdom of an individual, and (b) he knows or has reasonable cause to believe that the individual is an asylum-seeker*».

¹³¹ «(3) *Subsection (1) does not apply to anything done by a person acting on behalf of an organisation which (a) aims to assist asylum-seekers, and (b) does not charge for its services*».

¹³² UNODC, *The concept of "Financial or Other Material benefit"*, cit., 26 s. (Australia), 58 (Stati Uniti).

¹³³ UNODC, *The concept of "Financial or Other Material benefit"*, cit., 29 (Canada), 57 s. (Stati Uniti).

¹³⁴ UNODC, *The concept of "Financial or Other Material benefit"*, cit., 57 (Stati Uniti).

¹³⁵ V. ancora Commissione europea, *Refit evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence*, 8 s.; nonché, per la posizione dei Pae-

raltro, sono solo in parte confermati dalle eterogenee esperienze degli operatori degli isolati ordinamenti dove, invece, è adottata la nozione del Protocollo di Palermo¹³⁶. Allo stesso tempo, e per certi aspetti in maniera contraddittoria, la maggior parte degli operatori di tutti gli Stati oggetto dello studio del UNODC sottolinea che l'attenzione ai flussi di denaro, anche quando lo scopo di lucro non costituisce un elemento dell'illecito, rappresenta un aspetto fondamentale delle indagini, sia perché consente di selezionare le condotte di maggiore gravità, concentrando gli sforzi sulle organizzazioni criminali, sia perché aiuta a distinguere il traffico di migranti dalla tratta di persone¹³⁷.

5. I frastagliati confini tra traffico di migranti e tratta di persone.

La portata delle nozioni di traffico di migranti e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare non può essere compresa fino in fondo senza confrontarla con la nozione, pure dettata da strumenti internazionali ed europei, di tratta di persone. L'esame delle affinità e delle differenze tra i due concetti, tenuto anche conto del sostrato fattuale a cui si riferiscono, consente infatti di cogliere alcuni snodi cruciali della tensione tra protezione delle frontiere e tutela dei diritti fondamentali che attraversa la materia in esame.

5.1. Dalla nozione unitaria alla separazione dei concetti di traffico e tratta.

Si è già accennato come negli anni '90, all'epoca dei negoziati che condussero all'adozione della Convenzione sulla criminalità organizzata transnazionale e dei suoi Protocolli, non fosse stata ancora concettualizzata la distinzione – oggi pacifica, almeno sulla carta – fra traffico di migranti e tratta di persone. Tale visione “unitaria”, se per un verso discendeva da una certa confusione in ordine alle caratteristiche dei due

si extra-UE che non prevedono lo scopo di lucro tra gli elementi dell'illecito, UNODC, *The concept of “Financial or Other Material benefit”*, cit., 66.

¹³⁶ Mentre infatti gli operatori indonesiani negano che la prova dello scopo di lucro presenti particolare difficoltà, di segno contrario sono le dichiarazioni degli operatori messicani (UNODC, *The concept of “Financial or Other Material benefit”*, cit., 20, 24).

¹³⁷ UNODC, *The concept of “Financial or Other Material benefit”*, cit., 67.

fenomeni, dall'altro lato rifletteva, sin dal ricordato caso *Golden Venture*, una strategia di protezione dei confini inscindibilmente legata alla repressione dello sfruttamento dei migranti irregolari.

Solo durante la stesura dei trattati maturò l'idea di separare nettamente la nozione e la disciplina dello «*smuggling of migrants*», sulle quali ci siamo soffermati sin qui; da quelle del «*trafficking in persons*», racchiuse in un autonomo Protocollo¹³⁸ (d'ora in avanti, "Protocollo sulla tratta"). Tale opzione fu di lì a poco replicata, a livello europeo, mediante la pressoché contestuale adozione del *Facilitators Package*, da un lato, e della decisione quadro 2002/629/GAI sulla lotta alla tratta di esseri umani, poi sostituita dalla direttiva 2011/36/UE¹³⁹ (d'ora in avanti, "direttiva sulla tratta"), dall'altro lato.

L'introduzione della prima categoria di illeciti (traffico di migranti e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare) rispondeva all'esigenza di rafforzare la tutela dei confini contrastando le condotte che favorivano l'ingresso, il transito o la permanenza nel territorio¹⁴⁰, tenuto anche conto, benché sul solo piano del *quantum* sanzionatorio, dei rischi per la vita e l'integrità fisica dei migranti¹⁴¹. Si trattava, in ultima analisi, di illeciti primariamente contro lo Stato, realizzati nell'ambito di relazioni negoziali o comunque consensuali tra trafficanti e migranti,

¹³⁸ *Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, adottato mediante risoluzione dell'Assemblea Generale n. 55/25 del 15 novembre 2000 ed entrato in vigore il 25 dicembre 2003. Per un'analisi organica, a partire dalle radici storiche dello strumento, che, salvo quanto si riferirà nel prosieguo, non è possibile illustrare in questa sede, v. A.T. GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2010.

¹³⁹ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI (OJ L 101, 15 aprile 2011). Il fondamento normativo di tale strumento è rinvenibile nell'art. 83, par. 1, TFUE, nonché nel divieto di tratta di esseri umani sancito dall'art. 5, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali UE. Per un'analisi della genesi dello strumento e dei suoi contenuti fondamentali, v. M. BORRACCETTI, *Il contrasto alla tratta di persone a partire dal Consiglio europeo di Tampere 1999: attualità e criticità*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi*, cit., 686-702.

¹⁴⁰ Cfr. A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa*, cit., 142.

¹⁴¹ Esplicito, in questo senso, il preambolo del Protocollo sul traffico di migranti: "Also concerned that the smuggling of migrants can endanger the lives or security of the migrants involved". Per la contrapposizione tra "visione stato-centrica" e "visione disposta a contemperare gli interessi dello Stato con quelli dello straniero", v. ancora A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa*, cit., 142; nonché, *amplius*, ID., *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, cit., 42-52.

aventi ad oggetto l'ingresso, la permanenza o il transito irregolari in un territorio¹⁴².

L'introduzione della seconda categoria di illeciti (tratta di persone) perseguiva, almeno nelle dichiarazioni di intenti, il diverso scopo di prevenire e reprimere gravi forme di sfruttamento di esseri umani su scala internazionale, realizzate mediante coercizione, inganno o altri abusi, aventi spesso (ma non necessariamente) come vittime stranieri irregolari. Dunque, un reato principalmente contro la persona, degradata a merce oggetto di sfruttamento. Il riconoscimento di tali condotte alla stregua di gravissime violazioni dei diritti fondamentali trovava eco nella loro menzione da parte dello Statuto della Corte penale internazionale¹⁴³, nonché, a livello del Consiglio d'Europa, nella previsione di obblighi di prevenzione e repressione da parte della Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani¹⁴⁴ e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴⁵.

Passando dalle dichiarazioni di intenti al *drafting* normativo, la nozione di «*trafficking in persons*» dettata dal Protocollo sulla tratta (art. 3), e recepita dalla direttiva europea con marginali differenze, tra cui la denominazione «*trafficking in human beings*» (art. 2), risulta costruita attorno a tre categorie di elementi cumulativi¹⁴⁶: *un'azione* (alternati-

¹⁴² In questi termini, V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multi-livello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 99; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, cit., 106 s.; P. CAMPANA, F. VARESE, *Exploitation in Human Trafficking and Smuggling*, in *Eur. Jour. Cr. Pol. Res.*, 2016, 92-94.; E. GUILD, *Conclusions: the variable political and legal geography of people smuggling and trafficking in Europe*, in E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, cit., 408.

¹⁴³ L'art. 7, par. 1, lett. c) annovera la «riduzione in schiavitù» tra i crimini contro l'umanità (a condizione che, al pari delle altre fattispecie, sia commessa «nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco»); mentre il successivo par. 2, lett. c) chiarisce che per riduzione in schiavitù «s'intende l'esercizio su una persona di uno o dell'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, anche nel corso del traffico di persone, in particolare di donne e bambini a fini di sfruttamento sessuale» (traduzione non ufficiale allegata alla legge di ratifica n. 232/1999).

¹⁴⁴ *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings* (CETS No. 197), aperta alle sottoscrizioni il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il 10 febbraio 2008.

¹⁴⁵ Per l'espressa riconduzione della tratta di persone all'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 4 Cedu, v. Corte Edu, sez. I, 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, § 282: «*the Court concludes that trafficking itself, within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention, falls within the scope of Article 4 of the Convention*».

¹⁴⁶ Sul piano terminologico, in ragione della sostanziale equivalenza tra i concetti di *traffick-*

vamente il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, nonché, nella sola versione UE, il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone); *un mezzo* (alternativamente la minaccia dell'uso o l'uso effettivo della forza o di altre forme di coercizione, il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra persona); *uno scopo*, consistente nella finalità di sfruttamento. Entrambi gli strumenti precisano, inoltre, che il requisito del *mezzo* non è necessario quando la vittima è un minore di anni diciotto; che il consenso prestato dalla vittima al proprio sfruttamento è irrilevante a fronte dell'utilizzo dei mezzi violenti e coercitivi indicati; nonché, infine, che lo *scopo* di sfruttamento deve alternativamente comprendere, come attività "minime", lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, il prelievo di organi, ovvero, nella sola nozione della direttiva UE, l'accattonaggio o lo sfruttamento di attività illecite. Sempre la direttiva precisa altresì che per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso.

5.2. Una distinzione netta solo sulla carta.

Ancorché chiara sulla carta, la distinzione tra traffico di migranti e tratta di persone – tra un illecito rivolto contro l'interesse pubblicistico all'ordinata gestione dei flussi migratori (e solo eventualmente contro i diritti fondamentali delle persone coinvolte) ed un illecito rivolto contro i diritti fondamentali alla vita, all'integrità fisica, alla libertà personale, alla libertà sessuale ed alla dignità umana (e solo eventualmente contro l'integrità delle frontiere) – mostra ad un più attento esame due ordini di criticità, che nel prosieguo saranno autonomamente affrontati.

king in persons e *trafficking in human beings*, nel prosieguo si utilizzerà, generalmente, l'espressione "tratta di persone", adottata anche dal legislatore italiano (art. 601 c.p.), riservando la formula "tratta di esseri umani" ai casi in cui ci si riferisce esclusivamente al diritto dell'Unione europea. Per una dettagliata disamina degli elementi costitutivi della nozione di tratta di persone, v. A.T. GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, cit., 29-46.

5.2.1. *Le sovrapposizioni fra traffico e tratta e i loro riflessi sulla disciplina applicabile agli autori dei reati e agli stranieri coinvolti.*

La distinzione tra traffico di migranti e tratta di persone, chiarissima sulla carta, tende inevitabilmente a sfumare non appena viene messa alla prova della realtà empirica¹⁴⁷.

Le difficoltà sorgono, anzitutto, sul piano strettamente fattuale e probatorio, non essendo agevole individuare e isolare, nelle complesse e multiformi vicende concrete, gli elementi che fanno propendere per l'una o l'altra qualificazione: estremamente problematico, a mero titolo d'esempio, può essere stabilire se una persona ha prestato consenso al proprio trasferimento o è stata costretta a lasciare la propria terra; se ha subito occasionali violenze e privazioni della libertà personale durante il tragitto migratorio o è stata ridotta in schiavitù; se esercita volontariamente la prostituzione per ripagare un debito oppure è sottoposta a sfruttamento, e via dicendo¹⁴⁸.

Anche quando, per ipotesi, i fatti siano stati compiutamente accertati, la ricorrenza di elementi concreti integranti la nozione di traffico ovvero di tratta può non risultare immediatamente dirimente ai fini qualificatori.

Non è dirimente, anzitutto, che la condotta consista nel trasferimento di persone da un Paese all'altro in violazione della disciplina sull'immigrazione: i migranti irregolari, infatti, rappresentano una percentuale significativa delle vittime di tratta¹⁴⁹ e le rotte utilizzate per la tratta

¹⁴⁷ Si tratta di un problema riconosciuto anche dagli strumenti interpretativi ufficiali (v. *Legislative Guide*, cit., 340, n. 30) e ampiamente studiato in dottrina (v. i contributi di seguito via via citati).

¹⁴⁸ L'essenzialità del consenso ai fini della qualificazione di una vicenda concreta in termini di *smuggling* è stata ridimensionata alla luce della considerazione che l'assenza di autentiche alternative rispetto alla mobilità irregolare rappresenta per molti migranti e richiedenti asilo un fattore di autentico vizio, appunto, del consenso negoziale: cfr. A. ALJEHANI, *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants*, cit., 131-133; A. DIMITRIADI, *The Interrelationship Between Trafficking and Irregular Migration*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*, cit., 66; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., 104; E. PIRJATANNIEMI, *Victims of Trafficking in the Migration Discourse. A conceptualization of Particular Vulnerability*, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNSTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Bloomsbury, 2019, 86.

¹⁴⁹ V. UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, 10: «Migrants make up a significant share of the detected victims in most global regions: 65 per cent in Western and Southern Europe, 60 per cent in the Middle East, 55 per cent in East Asia and the Pacific, 50 per cent in Central and South-Eastern Europe, and 25 per cent in North America». Occorre peraltro evidenziare come la circostanza che la vittima sia un migrante non comporta neces-

transnazionale possono coincidere con quelle del traffico di migranti¹⁵⁰. La circostanza, poi, che il trasferimento sia avvenuto dietro il pagamento di una somma di denaro o il conseguimento di altro vantaggio materiale, pur essendo sintomatica della finalità di profitto che, almeno nella nozione del Protocollo di Palermo, caratterizza il traffico di migranti, certamente non è incompatibile con la tratta di persone¹⁵¹.

Nemmeno gli ulteriori elementi essenziali della tratta di persone consentono di svolgere agevolmente l'*actio finium regundorum* in oggetto, ben potendo concretamente manifestarsi anche in contesti di traffico di migranti e – questo il punto – essere attratti dalle circostanze aggravanti che gli Stati sono obbligati a adottare ai sensi del Protocollo sul traffico e del *Facilitators Package*. Invero, modalità dell'azione violente o coercitive connotano frequentemente, almeno durante alcune fasi del tragitto, il traffico di migranti¹⁵², e sono suscettibili di integrarne le circostanze aggravanti incentrate sul pericolo per la vita o l'integrità fisica, ovvero sui trattamenti inumani e degradanti. Anche la fina-

sariamente che le condotte abbiano avuto dimensione transnazionale, ben potendo essere state interrotte in una fase precedente. Lo stesso *Global Report*, infatti, evidenzia come ben il 65% delle vittime di tratta sia identificata nel Paese di cui ha la cittadinanza (p. 55). Da ultimo, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni ha messo in evidenza, nel *World Migration Report 2022*, i fattori che rendono i migranti una categoria particolarmente esposta al rischio di subire il reato di tratta di esseri umani, tra cui lo status di irregolari (p. 258).

¹⁵⁰ Si tratta del problema dei c.d. *mixed migration flows*. Sulla frequenza di tale fenomeno, v. il documento delle Nazioni Unite *International Migration Policies. Government views and Priorities*, 2013. In dottrina, v. A. DIMITRIADI, *The Interrelationship Between Trafficking and Irregular Migration*, cit., 67; A. TRIANDAFYLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 179 ss., 184, secondo i quali, benché le rotte possano coincidere, può accadere che gli autori di tratta, in quanto interessati al successivo sfruttamento delle vittime, garantiscano condizioni di viaggio meno pericolose rispetto a quelle che caratterizzano il traffico di migranti.

¹⁵¹ In dottrina si è acutamente osservato che, mentre nel traffico di migranti il guadagno è la contropartita dell'attività svolta (cioè la somma pagata dallo straniero per essere trasferito), nella tratta il guadagno discende dallo sfruttamento della vittima. Nel primo caso, dunque, la merce è il *servizio* offerto; nel secondo è la *persona* sfruttata. In questo senso, M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., 107. Si tratta di una distinzione utile per comprendere la *ratio* sottesa alle due incriminazioni, ma che non sembra offrire criteri utili per risolvere il problema qualificatorio in esame nei casi più difficili.

¹⁵² Cfr., *ex multis*, T. BAIRD, *Human smuggling and violence in the east Mediterranean*, in *Int. Jour. Migr. Heal. Soc. Care*, n. 3, 2014, 121-133; C. FERRARA, *Il traffico di migranti nel Mediterraneo in un ufficio giudiziario di frontiera. L'esperienza della Procura della Repubblica di Palermo*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., 199; K. KUSCHMINDER, A. TRIANDAFYLIDOU, *Smuggling, Trafficking, and Extortion: New Conceptual and Policy Challenges on the Libyan Route to Europe*, in *Ant.*, n. 1, 2020, 206-226.

lità di sfruttamento dello straniero, che in linea di principio rappresenta l'elemento caratterizzante della tratta, può annidarsi in molte vicende di *smuggling*¹⁵³, tanto è vero che l'art. 6, par. 3, lett. b) del Protocollo sul traffico menziona lo sfruttamento come una delle possibili manifestazioni dei trattamenti inumani e degradanti da elevare a circostanza aggravante (con il risultato paradossale che l'effettivo sfruttamento dovrebbe integrare una forma aggravata di traffico, mentre la mera finalità di sfruttamento sarebbe riconducibile alla tratta di persone).

Il bandolo della matassa potrebbe essere individuato a partire dagli strumenti interpretativi del Protocollo sul traffico, nella parte in cui prevedono che la circostanza aggravante da ultimo menzionata debba trovare applicazione «senza pregiudizio per l'ambito di applicazione del Protocollo sulla tratta»¹⁵⁴. Pertanto, laddove uno Stato abbia ratificato entrambi gli strumenti, dovrà configurare le proprie norme penali in maniera tale che, al ricorrere di tutti gli elementi della tratta, sia quest'ultima la figura di illecito applicabile, anche laddove la vicenda abbia ad oggetto il trasferimento di migranti irregolari, i quali, per ipotesi, abbiano acconsentito al trattamento subito (come visto, infatti, il consenso è irrilevante laddove siano accertate le modalità coercitive o violente della tratta). Viceversa, dovrebbe essere riconducibile alle norme penali sul traffico di migranti il trasferimento irregolare di persone da un Paese all'altro caratterizzato, alternativamente, solo da modalità violente o coercitive, o solo da episodi di sfruttamento, oppure ancora da entrambi gli elementi ma in presenza di episodi di sfruttamento che non raggiungano la soglia minima indicata dal Protocollo sulla tratta¹⁵⁵. Ancora, il traffico aggravato dallo sfruttamento dovrebbe trovare applicazione in tutti i casi in cui uno Stato non abbia ratificato il Proto-

¹⁵³ Cfr. A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 191 s.; OIM, *World Migration Report 2022*, 260, dove si illustra come lo sfruttamento possa intervenire nel corso del viaggio o una volta giunti a destinazione, sotto forma di costrizione a svolgere attività lavorative o illecite per pagare quanto dovuto ai trafficanti; nello stesso senso, UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants*, New York, 2018, 19. Secondo il modello proposto da Campana e Varese, lo sfruttamento si manifesta in due dei tre scenari-tipo del traffico di migranti (accordo rispettato, senza sfruttamento; accordo rispettato, con sfruttamento; accordo violato, con sfruttamento): v. P. CAMPANA, F. VARESE, *Exploitation in Human Trafficking and Smuggling*, cit., 96-99.

¹⁵⁴ Cfr. *Travaux Préparatoires*, cit., 489.

¹⁵⁵ In base agli strumenti interpretativi ufficiali, esempi di tali situazioni possono essere l'affitto di alloggi in condizioni di sovraffollamento e degrado, oppure il soccorso prestato a persone in pericolo di vita dietro la consegna di tutti i loro averi (UNODC, *Model Law on Migrant Smuggling*, 53).

collo sulla tratta o comunque non si sia dotato di una disciplina penale in materia.

Le descritte difficoltà *qualificatorie*, riconducibili, come visto, a questioni tanto probatorie quanto esegetiche, determinano, a valle, significative ripercussioni in termini di incertezze e oscillazioni nell'individuazione della *disciplina* applicabile agli autori dei reati e agli stranieri coinvolti.

Con riferimento ai primi, l'eventuale erronea qualificazione delle condotte si traduce nell'applicazione di pene non proporzionate al loro disvalore, tanto per eccesso (laddove condotte di traffico di migranti/favoreggiamento siano qualificate come tratta) quanto per difetto (nel caso opposto, problema quest'ultimo in parte temperato laddove siano previste circostanze aggravanti sufficientemente severe).

Con riferimento agli stranieri coinvolti, soltanto la qualificazione della vicenda come tratta comporta il riconoscimento dello status di *vittime*, dal quale discendono una serie di garanzie (in parte obbligatorie e in parte opzionali per gli Stati)¹⁵⁶: si pensi alla protezione della privacy e dell'identità; al diritto di ricevere informazioni e partecipare al procedimento; alla tutela della sicurezza personale; al diritto al risarcimento del danno; all'assistenza medica, psicologica, sociale e legale; all'esclusione di responsabilità per gli eventuali reati commessi sotto costrizione; alla tutela da fenomeni di vittimizzazione secondaria; alle misure speciali di tutela per i minorenni e gli altri soggetti vulnerabili; nonché alla concessione di titoli di soggiorno sul territorio a carattere permanente o temporaneo, per ragioni di protezione, umanitarie o di collaborazione con la giustizia¹⁵⁷ (sul punto v. anche *infra*, par. 5.2.2).

Viceversa, agli stranieri oggetto di traffico di migranti non è riconosciuto lo status di vittime¹⁵⁸ e le tutele obbligatorie in loro favore consi-

¹⁵⁶ A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 71, 552 ss.; A.T. GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, cit., 276 ss.

¹⁵⁷ Cfr. Protocollo sulla tratta, artt. 6, 7, 9, par. 2; Convenzione sulla criminalità organizzata, art. 25; direttiva sulla tratta, artt. da 11 a 17.

¹⁵⁸ Cfr. *Legislative Guide*, 367, n. 77, che espressamente esclude la possibilità di applicare al traffico di migranti gli artt. 24 e 25 della Convenzione sulla criminalità organizzata, in materia di assistenza e protezione delle vittime e dei testimoni. Sul punto, v. anche V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., 99, secondo cui il mancato riconoscimento della condizione di vittime ai «migranti trafficati» rappresenta il «punto dirimente» nella distinzione tra *trafficking* e *smuggling*. Osserva l'Autore che, pur venendo anche nel secondo caso in rilievo una moltitudine di persone in carne ed ossa, «esse però nella logica dei testi normativi che seguono l'impostazione dei Protocolli ONU rilevano come elementi necessari per integrare le condotte vietate, ma restano estranei al fuoco dell'offesa penalmente rilevante».

stono in un mero rinvio a quanto previsto da altri strumenti, i quali a loro volta si limitano a imporre: di contemperare l'azione repressiva con la tutela dei diritti fondamentali (in particolare vita e integrità fisica)¹⁵⁹; di adottare misure protettive rispetto ad aggressioni da parte di terzi¹⁶⁰; di evitare che l'implementazione del Protocollo arrechi pregiudizio alle garanzie e ai diritti riconosciuti dal diritto internazionale dei rifugiati (incluso il *non-refoulement*)¹⁶¹. Inoltre, il permesso di soggiorno può essere rilasciato solo laddove lo straniero collabori con la

¹⁵⁹ V. le previsioni di portata generale di cui all'art. 16 del Protocollo sul traffico: «*In implementing this Protocol, each State Party shall take, consistent with its obligations under international law, all appropriate measures, including legislation if necessary, to preserve and protect the rights of persons who have been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol as accorded under applicable international law, in particular the right to life and the right not to be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*» (par. 1); «*Each State Party shall afford appropriate assistance to migrants whose lives or safety are endangered by reason of being the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol*» (par. 3). Rispetto a quest'ultima previsione, la *Legislative Guide* (p. 365, n. 71) chiarisce che la stessa non può essere considerata fonte di nuovi diritti in capo ai migranti, ma soltanto dell'obbligo per gli Stati membri di fornire un'"assistenza di base" a coloro la cui vita e integrità fisica sono state messe in pericolo da condotte di traffico. L'obbligo di contemperare la repressione del traffico con la tutela dei diritti fondamentali è sancito anche nell'art. 9 del Protocollo, con particolare riguardo alle modalità di svolgimento delle operazioni di polizia marittima. Rispetto a queste ultime, la *Legislative Guide* (p. 367, n. 78) ricorda le preoccupazioni espresse dall'IMO e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati rispetto al rischio che l'esecuzione di perquisizioni e sequestri non necessari produca un effetto deterrente nei confronti dei comandanti delle navi chiamati a soccorrere imbarcazioni in pericolo con a bordo migranti irregolari.

¹⁶⁰ Art. 16, par. 2: «*Each State Party shall take appropriate measures to afford migrants appropriate protection against violence that may be inflicted upon them, whether by individuals or groups, by reason of being the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol*».

¹⁶¹ Art. 19: «*Nothing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein*». Analoga previsione è dettata dall'art. 6 della decisione quadro 2002/946/GAI. Pur trattandosi di disposizioni ricognitive di garanzie riconosciute altrove, esse nondimeno svolgono la fondamentale funzione di chiarire che l'esito delle domande di asilo non può essere condizionato dalla circostanza che lo straniero si sia avvalso di servizi illeciti di traffico per fuggire da persecuzioni, conflitti e violazioni dei diritti fondamentali (A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, cit., 360), né può essere condizionato dalla circostanza che lo straniero sia autore di condotte di traffico (A. SCHLOENHARDT, *Smuggling of Migrants and Refugees*, cit., 540). Fermo restando il divieto di *refoulement* e più in generale il riconoscimento dei diritti dei richiedenti asilo, il Protocollo impone agli Stati di cooperare affinché le procedure di rimpatrio dei migranti irregolari avvengano senza ritardo, favorendo in particolare il rientro dei propri cittadini o di coloro che hanno titolo di residenza permanente sul proprio territorio (art. 18).

giustizia, e per il tempo strettamente necessario alla collaborazione, sempre che lo Stato membro abbia deciso di estendere tale possibilità, obbligatoria solo nei casi di tratta, alle ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 3, direttiva 2004/81/CE¹⁶²). Da tutto ciò consegue, all'evidenza, che un'erronea classificazione di una vicenda concreta come traffico di migranti anziché come tratta di persone può comportare la negazione di fondamentali garanzie ai soggetti stranieri coinvolti¹⁶³.

5.2.2. *Il nodo delle finalità di tutela.*

Passando al secondo ordine di criticità, occorre evidenziare che, oltre a confondersi sul piano applicativo, gli illeciti in esame tendono a sovrapporsi anche sul piano delle finalità di tutela alle quali rispondono¹⁶⁴. Da un lato, infatti, gli Stati sono obbligati a corredare le fattispecie incriminatrici del traffico di migranti con circostanze aggravanti fondate, come visto, sull'esposizione degli stranieri a pericoli per la vita, l'integrità fisica o a trattamenti inumani e degradanti¹⁶⁵. Dall'altro lato, e si tratta dell'aspetto maggiormente problematico, le disposizioni finalizzate alla repressione della tratta di persone offrono, ad un più attento esame, ulteriori e particolarmente pervasivi strumenti di controllo delle frontiere¹⁶⁶.

¹⁶² Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti.

¹⁶³ Evidenzia tale rischio A. SCHLOENHARDT, *Smuggling of Migrants and Refugees*, cit., 551.

¹⁶⁴ Emblematico di questa reciproca sovrapposizione è il seguente passaggio della Comunicazione della Commissione europea *A European Agenda on Migration*, cit., 8: «*Action to fight criminal networks of smugglers and traffickers is first and foremost a way to prevent the exploitation of migrants by criminal networks. It would also act as a disincentive to irregular migration*».

¹⁶⁵ Che il contrasto al traffico di migranti sia concepito anche come strumento di lotta alla tratta di esseri umani è espressamente affermato nel preambolo della direttiva sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: «Occorre pertanto adottare misure volte a combattere l'attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tanto se correlata all'attraversamento illegale della frontiera in senso stretto quanto se perpetrata allo scopo di alimentare le reti di sfruttamento di esseri umani» (considerando n. 2). Come osserva V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations*, cit., 85, la finalità sottesa all'incriminazione dello *smuggling* è tuttora contesa tra protezione dei confini, protezione dei migranti e lotta ad una particolare forma di criminalità organizzata.

¹⁶⁶ Sul punto v. F. VIGANÒ, *Rethinking the Model Offence. From 'Trafficking' to 'Modern*

Quest'ultima considerazione discende, anzitutto, dalla previsione dello «sfruttamento» non già come elemento costitutivo dell'illecito, bensì come mero oggetto di dolo specifico: ne segue che le pene previste per la tratta di persone, e più in generale l'intero apparato di misure preventive e repressive ricollegate a tale illecito, trovano applicazione a fronte di condotte che, nella loro dimensione *materiale*, possono benissimo coincidere con condotte di traffico di migranti aggravato da modalità violente o comunque coercitive¹⁶⁷. Né si potrebbe ritenere che la finalità di sfruttamento possa svolgere, sul piano della *mens rea*, un'efficace funzione selettiva di condotte caratterizzate da un autentico *surplus* di disvalore rispetto al mero traffico di migranti: in assenza di una norma definitoria sufficientemente determinata¹⁶⁸, infatti, la finalità di

Slavery?, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNESTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking?*, cit., 243: «*The truth is that the current framework of international law (as well as many domestic laws, which are closely modelled on it) has since its birth, with the Palermo Protocol, been intimately associated with the idea of criminalization of, and fight against, human trafficking as a tool for controlling illegal immigration*». Sul tema v. anche C. LERNESTEDT, *What does the Trafficker do Wrong and Towards What or Whom?*, *ivi*, 137-158, il quale conduce una serrata analisi delle ragioni in virtù delle quali, al di fuori di un nocciolo duro di condotte, molte manifestazioni “periferiche” della fattispecie di tratta di persone, come configurata dal relativo Protocollo, non possono considerarsi veri e propri reati contro la persona; in senso analogo, T. HÖRNLE, *Human Trafficking. Human Rights Activism and its Consequences for Criminal Law*, *ivi*, 130 s.

¹⁶⁷ V. ancora F. VIGANÒ, *Rethinking the Model Offence*, cit., 243, secondo cui è proprio la centralità assegnata al *trasferimento* delle vittime, anziché al loro *effettivo sfruttamento*, a rivelare l'autentica finalità sottesa all'incriminazione della tratta di persone, ossia il controllo dell'immigrazione irregolare. Ne è conferma quanto osservato dall'OIM nel *World Migration Report 2022*, 277: «*there is a risk that counter-trafficking is leveraged as political currency to confront irregular migration*». Sul tema, v. anche J.C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of “Human Trafficking”*, cit., 7-12, il quale osserva come, nelle convenzioni stipulate all'inizio del XX secolo, la lotta alla schiavitù fosse finalizzata a reprimere anche lo sfruttamento vero e proprio, finalità che invece si è smarrita nel Protocollo sulla tratta, nonostante la lotta alle “forme moderne di schiavitù” sia stata evocata per coagulare consenso politico attorno alla sua adozione e attuazione. Ad avviso di M. THORBURN, *Human Trafficking. Supplying the Market for Human Exploitation*, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNESTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking?*, cit., 164, 171 ss., la struttura dell'illecito in esame discende dalle discipline anglosassoni del XIX secolo sul lotta alla tratta degli schiavi dall'Africa, discipline che si focalizzavano sulle sole fasi del commercio e del trasferimento delle persone, non potendo, e non volendo, intervenire su aspetti, come l'effettivo sfruttamento, che rientravano nella giurisdizione degli Stati dove la schiavitù era ancora legalmente praticata, e dove vi era interesse diffuso a preservare, quanto meno, i diritti acquisiti di proprietà sugli schiavi che erano già stati deportati.

¹⁶⁸ Per una critica alla scelta degli estensori del Protocollo di omettere una vera e propria definizione di sfruttamento, sostituendola con un laconico riferimento a ciò che lo sfruttamento deve ricomprendere “come minimo” (v. art. 3, lett. *a*), ultimo periodo), v. T. HÖRNLE, *Human Trafficking*, cit., 127; per un bilancio più ottimistico sulla capacità di rendimento

sfruttamento rappresenta un concetto irriducibilmente vago, consegnato alla discrezionalità di legislatori nazionali che, oltretutto, spesso si limitano a riprodurlo *verbatim* nei propri ordinamenti¹⁶⁹.

D'altra parte, che gli Stati concepiscano la tratta di persone come forma di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare è confermato dalla scelta, maturata durante i lavori preparatori del Protocollo sulla tratta, di introdurre, tra le misure preventive, anche l'obbligo di rafforzare i controlli di frontiera, inizialmente previsto soltanto per il contrasto al traffico di migranti (art. 11 di entrambi i Protocolli)¹⁷⁰. La previsione offre una sponda utile a giustificare la chiusura dei confini come mezzo di tutela dei diritti fondamentali degli stranieri, malgrado l'evidente scollamento tra l'effettiva violazione di tali diritti e la fase dell'*iter criminis*, assai arretrata¹⁷¹, nella quale si collocano le condotte costituenti il nucleo dell'obbligo di incriminazione¹⁷².

Ulteriore conferma della finalità (anche) contenitiva di flussi migratori indesiderati sottesa agli strumenti di lotta alla tratta è rinvenibile

della nozione di tratta di persone di cui al Protocollo e alla direttiva, v. A.T. GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, cit., 47-51.

¹⁶⁹ Per quest'ultima osservazione, v. F. VIGANÒ, *Rethinking the Model Offence*, cit., 241. Coerentemente, l'Autore propone di affiancare alla fattispecie a consumazione anticipata di tratta, che comunque dovrebbe conservare un'autonoma funzione di "precursor offence", una nuova figura di "modern slavery", incentrata sull'effettivo sfruttamento delle vittime, da definirsi in maniera più determinata (*ivi*, 255-261); nello stesso senso, T. HÖRNLE, *Human Trafficking*, cit., 133 s. Sulla vaghezza e l'eccessiva ampiezza del concetto di sfruttamento di cui al Protocollo sulla tratta, anche in ragione del mutamento di contesto storico e dell'assenza, oggi, di un referente di disvalore chiaro come poteva essere la schiavitù delle persone deportate dall'Africa al Nord America, con conseguente pericolo di attrarre nell'area della punibilità anche condotte lecite, v. M. THORBURN, *Human Trafficking*, cit., 172-175.

¹⁷⁰ Questo passaggio è ben illustrato da J.C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, cit., 30 s.

¹⁷¹ Si noti per inciso che perfino il mero tentativo di tratta è oggetto di obbligo di incriminazione: un (ulteriore) arretramento della soglia di punibilità che attribuisce rilevanza a fasi dell'*iter criminis* nelle quali il dolo specifico di sfruttamento rischia di risultare ancora più evanescente.

¹⁷² Malgrado la scelta di configurare la tratta di persone come reato a consumazione anticipata, l'effettiva violazione dei diritti fondamentali delle vittime è enfaticamente richiamata nei preamboli del Protocollo e della direttiva sulla tratta (rispettivamente: «*effective action to prevent and combat trafficking in persons, especially women and children, requires a comprehensive international approach in the countries of origin, transit and destination that includes measures to prevent such trafficking, to punish the traffickers and to protect the victims of such trafficking, including by protecting their internationally recognized human rights*»; «*La tratta di esseri umani è un reato grave, spesso commesso nell'ambito della criminalità organizzata, e costituisce una seria violazione dei diritti fondamentali esplicitamente vietata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*»).

nel carattere asfittico della disciplina sullo statuto giuridico delle vittime *straniere* presso il Paese di destinazione¹⁷³. Al riguardo, il Protocollo sulla tratta si limita a prevedere la facoltà in capo agli Stati di concedere titoli di soggiorno, temporanei o permanenti, per ragioni umanitarie o personali (art. 7)¹⁷⁴. A livello europeo, l'art. 8 della già richiamata direttiva 2004/81/CE prevede il rilascio di un titolo di soggiorno della durata di almeno sei mesi, rinnovabile, per le vittime di tratta che cooperano con l'autorità giudiziaria, in presenza di tre condizioni cumulative che ne disvelano una funzione più repressiva degli autori del reato e che di autentica tutela delle vittime (tanto è vero che, come già riportato, ai sensi dell'art. 3 della stessa direttiva gli Stati membri possono decidere di estendere questa possibilità anche agli stranieri oggetto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare): la permanenza sul territorio deve essere funzionale alle indagini e al successivo procedimento penale nei confronti dei trafficanti; le vittime devono avere manifestato la volontà di cooperare con le autorità; le stesse vittime devono avere reciso ogni contatto con i soggetti sospettati di avere commesso il reato. In conclusione, laddove lo Stato non abbia esercitato la facoltà prevista dall'art. 7 del Protocollo sulla tratta, e beninteso laddove non sussistano le condizioni per la richiesta di protezione internazionale, gli stranieri vittima di tratta vengono considerati, a tutti gli effetti, stranieri irregolari, e come tali destinatari, salvo i casi di cooperazione con l'autorità giudiziaria, dei conseguenti procedimenti espulsivi¹⁷⁵.

¹⁷³ Lo rilevava già nel 2006, nelle conclusioni di una già citata indagine comparata avente ad oggetto diversi ordinamenti europei, E. GUILD, *Conclusions: the variable political and legal geography of people smuggling and trafficking in Europe*, cit., 409. Un approccio al contrasto della tratta maggiormente incentrato sui diritti fondamentali delle vittime è stato successivamente promosso dal UN *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, del 19 dicembre 2018, che tuttavia costituisce uno strumento non vincolante. Per una sintetica analisi degli obiettivi fissati mediante tale strumento di *soft law* si rinvia a E. GUILD, *Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law*, cit., 19-22.

¹⁷⁴ Il testo originale della disposizione prevede che gli Stati che decidono di avvalersi di tale facoltà la esercitino tenuto conto di «*humanitarian and compassionate factors*». La traduzione italiana allegata alla legge di ratifica n. 146/2006 fa riferimento a «fattori umanitari e personali». La traduzione appare fedele alle intenzioni emerse durante i lavori preparatori. Cfr. *Travaux Préparatoires*, cit., 380: «*Canada, supported by many delegations, expressed the view that the words "compassionate factors" meant personal circumstances such as family situation, age, common-law marital relationship and other factors that should be considered on an individual and case-by-case basis. "Humanitarian factors", on the other hand, were the rights established in the human rights instruments and were applicable to all persons*».

¹⁷⁵ Colloca questi profili tra le principali criticità della disciplina europea anti-tratta M. BORRACCETTI, *Il contrasto alla tratta di persone*, cit., 698-702. A completamento del quadro,

5.3. *Prime conclusioni sulla problematica distinzione fra traffico e tratta.*

Le difficoltà evidenziate non comportano che la distinzione tra i due fenomeni debba essere cancellata a favore di un ritorno alla primigenia visione "unitaria". Tuttavia, possono suggerire che quella risalente visione, per quanto eccessivamente semplificatrice e per certi aspetti ingenua, avesse colto un problema di fondo meritevole di non essere completamente trascurato: ossia, il fatto che le più gravi forme di traffico di migranti tendono ad assumere caratteristiche paragonabili a quelle della tratta di persone, malgrado l'esistenza, in qualche momento o addirittura in maniera costante, del consenso da parte delle persone coinvolte. Coglieva allora forse nel segno un risalente studio che aveva evidenziato come i rapporti tra i due fenomeni dovessero essere descritti, anziché in termini di alterità, come un *continuum*, dove il margine di reale autonomia del migrante, e il livello di sfruttamento, possono variare in maniera considerevole¹⁷⁶.

Tali considerazioni potrebbero essere valorizzate per razionalizzare la risposta penale in questa materia, tanto sul piano della politica criminale, quanto a livello di esegesi e applicazione della normativa vigente. Per un verso, rimarcare le *differenze* tra traffico e tratta è fondamentale per assicurare che ai rispettivi autori siano applicate pene ritagliate sulle specificità delle rispettive condotte, senza incorrere in sproporzioni sanzionatorie per eccesso o per difetto. Nella stessa prospettiva, è importante che, contrariamente a quanto accade oggi, le politiche di contrasto dei due fenomeni siano per quanto possibile concettualmente e (di riflesso) contenutisticamente *sganciate* le une dalle altre, onde evitare che l'evocazione di scenari di tratta sia strumentalizzata per reprimere più severamente mere forme di facilitazione di ingressi irregolari o per giustificare i periodici giri di vite nei meccanismi di controllo delle frontiere. Per altro verso, le *analogie* che in concreto possono presentarsi tra i due fenomeni, segnatamente nell'ambito degli scenari di traf-

si può aggiungere che il Protocollo sulla tratta prevede obblighi di cooperazione tra gli Stati ai fini del rapido rimpatrio dei soggetti irregolari (art. 8) del tutto analoghi a quelli previsti dal Protocollo sul traffico (art. 18). Come osserva E. GUILD, *Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law*, cit., 19, il rischio di espulsione costituisce, oltretutto, un fattore di inefficacia della risposta penale, in quanto disincentiva le vittime a rivolgersi alle autorità per denunciare gli autori della tratta.

¹⁷⁶J. SALT, J. STEIN, *Migration as a Business*, cit., 33 s.: «*Trafficking and more voluntary forms of undocumented migration are best thought of as a continuum, with room for considerable variation between the extremes*».

fico di migranti caratterizzati da gravi forme di violenza e sfruttamento, potrebbero essere valorizzate allo scopo di estendere – preferibilmente in via normativa, ma *medio tempore* anche in via di applicazione analogica – alcune delle tutele attualmente previste solo per le vittime della tratta anche ai migranti oggetto di traffico.

6. *Chi sono e come operano gli “smugglers”. Sguardo al sostrato fattuale delle nozioni normative esaminate.*

Le nozioni di *smuggling of migrants* e favoreggiamento dell’immigrazione irregolare configurate a livello sovranazionale, e fedelmente attuate dai legislatori nazionali dei principali Paesi di destinazione, sono contrassegnate, come visto, dalla scelta di fondo a favore della criminalizzazione *tout court* dell’agevolazione dei flussi migratori irregolari, facendo astrazione dalle molteplici forme di manifestazione concreta che l’illecito in questione può assumere. Queste ultime, tuttavia, non possono essere completamente trascurate, sia nell’ottica di coltivare una comprensione più profonda e circostanziata del fenomeno in esame, sia allo scopo di porre alcune premesse di ordine empirico che torneranno utili, nel corso della trattazione, ai fini di una più ampia valutazione in ordine alla ragionevolezza delle scelte legislative.

6.1. *Le rotte del traffico.*

Sebbene i mercati neri della mobilità germoglino in qualsiasi epoca e luogo dove esistano restrizioni normative alle migrazioni¹⁷⁷, le dimensioni e la specifica fisionomia che di volta in volta assumono dipendono dalle condizioni storiche, geografiche e sociopolitiche in cui si collocano. Nell’attuale scenario globale, le rotte del traffico di migranti collegano una moltitudine di aree e possono essere raggruppate all’interno di quattro macro-insiemi¹⁷⁸: *i*) le rotte interne al continente africano, dirette verso gli Stati costieri del Nord e dell’Ovest, oppure verso il Sud Africa; *ii*) le rotte dirette in Europa, in particolare la rotta del Mediterraneo occidentale (dal Marocco o dai Paesi africani che si affacciano

¹⁷⁷ In questo senso, A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 5.

¹⁷⁸ V. UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants*, cit., 71 ss.

sull'Atlantico verso la Spagna, principalmente via mare ma anche via terra attraverso il confine con le enclavi di Ceuta e Melilla), la rotta del Mediterraneo centrale (verso l'Italia e Malta, via mare), la rotta del Mediterraneo orientale (dalla Turchia verso la Grecia, principalmente via mare ma anche via terra, in questo caso anche verso la Bulgaria), alle quali si aggiungono le rotte *infra*-europee dei c.d. movimenti secondari irregolari (tra le quali spicca per dimensioni la rotta balcanica)¹⁷⁹; *iii*) le rotte che collegano i Paesi dell'Asia meridionale al Golfo Persico, all'Europa (allacciandosi alla rotta del Mediterraneo orientale), al Nord America, all'Australia; *iv*) le rotte che collegano il Sud America e il Centro America agli Stati Uniti e al Canada.

Non solo ciascuno di questi macro-insiemi presenta caratteristiche proprie, ma al loro interno ogni singola rotta presenta determinate peculiarità. Non essendo possibile, in questa sede, restituire un affresco esaustivo di un fenomeno così articolato e ricco di sfaccettature, ci si limiterà a mettere in luce le principali *variabili* che affiorano dalla sua analisi, fornendo di volta in volta alcune esemplificazioni.

6.2. Identità e numeri dei migranti "trafficati".

Le persone che decidono di rivolgersi al mercato nero della mobilità possono essere sia migranti c.d. economici (categoria eterogenea al cui interno si rinvencono molteplici forme di ricerca di migliori condizioni di vita), sia richiedenti asilo, sia ancora soggetti che decidono di spostarsi sulla base di una pluralità di *push factors*. Come è noto, infatti, la libertà di movimento dal *Global South* è fortemente limitata, anche per coloro che dovrebbero essere accolti per ragioni umanitarie, da una se-

¹⁷⁹ V. UNODC, *Global Study*, cit., 159-162. Sul problema del favoreggiamento di movimenti secondari irregolari si è recentemente espressa anche la Commissione europea nel documento *A renewed EU action plan against migrant smuggling 2021-2025*, 5: «*Smuggling does not stop at the external borders of the EU. The offer for facilitation services for unauthorised movements within the EU is diverse. Smuggling networks continue to exploit routes within the EU from Spain, Italy or Greece to France, Germany and others, facilitating movements of irregular migrants by land, on foot or in vehicles, boats and airplanes. A common modus operandi is the concealment in closed compartments or the use of rental cars. Smugglers offer their services online and at places where most migrants are present, such as in the neighbourhoods of reception centres. Smugglers use document fraud to facilitate travel by air and, at times, offer services to legalise the residence status of migrants. Irregular migrants often aim to reach countries within the EU or the United Kingdom where they have family, friends or diaspora present, and where they consider to have the best prospects for getting a job and providing for themselves*».

rie di ostacoli di ordine materiale e giuridico¹⁸⁰. Emblematica, sotto questo profilo, la situazione dei cittadini siriani, i quali, pur essendo astrattamente in possesso dei requisiti per ottenere lo status di rifugiati in Europa, spesso non riescono ad ottenere un visto di ingresso presso le ambasciate degli Stati membri presenti in Medio Oriente¹⁸¹, né ad accedere ai (ridottissimi) corridoi umanitari ufficiali. Misure come quella della sostanziale liberalizzazione dell'ingresso in Europa a favore dei cittadini ucraini in fuga dalla guerra, fondata su una risalente previsione alla quale finora non era mai stata data attuazione¹⁸², rappresentano virtuose eccezioni in un panorama complessivamente ostile verso i richiedenti asilo.

Premesso che calcolare le dimensioni di un fenomeno sommerso è sempre un esercizio difficile e inevitabilmente impreciso, Europol stima che circa il 90% dei migranti giunti nell'UE irregolarmente abbia usufruito di servizi di *smuggling*¹⁸³. Calcoli più precisi possono essere effettuati con riferimento alle rotte dove è ragionevole ipotizzare che la maggior parte dei migranti irregolari, se non tutti, siano transitati grazie al mercato nero. Tra gli indicatori presi in considerazione si possono ricordare la necessità di attraversare un tratto di mare o impervie zone terrestri, l'utilizzo di documenti contraffatti, la corruzione delle autorità quando è sistematica e coinvolge ufficiali di alto rango¹⁸⁴. Ad esem-

¹⁸⁰ Sulle difficoltà che incontrano i richiedenti asilo nel raggiungere un luogo sicuro, e la conseguente necessità, anche per loro, di rivolgersi al mercato nero della mobilità, v. J.C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, cit., 6: «*refugees must routinely rely upon smugglers and even traffickers in order to escape their own country because no State grants refugees legal authorization to travel for the purpose of seeking asylum*»; nello stesso senso, E. GUILD, *Conclusions*, cit., 410.

¹⁸¹ UNODC, *Global Study*, cit., 38.

¹⁸² Si tratta dell'art. 5 della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi. A tale previsione è stata data attuazione mediante la decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 «che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea». Per un'articolata analisi di questa disciplina v. A. DI PASCALE, *L'attuazione della protezione temporanea a favore degli sfollati dall'Ucraina*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2023, 1-72.

¹⁸³ Europol, *Migrant smuggling in the EU*, 2016, 5. Il dato si riferisce al 2015, ma è ripreso testualmente nella più recente Comunicazione della Commissione europea, *A renewed EU action plan against migrant smuggling (2021-2025)*, 2.

¹⁸⁴ UNODC, *Global Study*, cit., 55.

pio, applicando questi criteri alle rotte del Mediterraneo, si è stimato che, nel 2016, circa 370,000 migranti siano giunti in Europa avvalendosi dei trafficanti¹⁸⁵.

6.3. *Le diverse figure di trafficanti.*

Un'altra variabile interessante è rappresentata dalle caratteristiche dei trafficanti/facilitatori che intervengono nelle diverse fasi dell'itinerario clandestino¹⁸⁶. Emerge, a tale riguardo, la coesistenza di vere e proprie organizzazioni criminali, che gestiscono il traffico e/o traggono beneficio da pratiche estorsive e di sfruttamento dei migranti¹⁸⁷; e di soggetti che agiscono su base locale e tendenzialmente autonoma, fornendo contributi logistici di vario genere (trasporto in automobile, conduzione a piedi, ospitalità), anche nell'ambito di attività formalmente lecite ovvero di rapporti familiari o di conoscenza¹⁸⁸. Anche gli operatori "autonomi", peraltro, possono essere a loro volta ingaggiati dai trafficanti professionisti, senza che ciò necessariamente comporti la loro affiliazione al gruppo: in questi casi, evidentemente, la distinzione tra traffico organizzato e "amatoriale" tende a sfumare. Le stesse organizzazioni transnazionali, peraltro, non presentano strutture rigidamente piramidali, bensì policentriche, ramificate in diversi *hub* e cellule locali, ragione per cui si ritiene più appropriato parlare di *smuggling net*-

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Per uno sguardo d'insieme, v. UNODC, *Global Study*, cit., 51 ss.

¹⁸⁷ Cfr. A. TRIANDAFYLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 73, che rilevano la presenza di «*mafia-like organisations*» nelle rotte che collegano la Turchia alla Grecia; con riferimento alle organizzazioni attive lungo la rotta del Mediterraneo centrale, v. C. FERRARA, *Il traffico di migranti nel Mediterraneo in un ufficio giudiziario di frontiera*, cit., 198-203.

¹⁸⁸ G. VERMEULEN, Y. VAN DAMME, W. DE BONDT, *Perceived involvement of "organised crime" in human trafficking and smuggling*, in *Rev. int. droit pén.*, n. 1, 2010, 255 ss., dove, pur sottolineando la carenza di dati disponibili, si dimostra l'infondatezza della diffusa convinzione che il traffico di migranti sia esclusivo appannaggio di gruppi criminali strutturati e gerarchicamente organizzati, dovendosi al contrario riconoscere il ruolo di familiari, conoscenti e altri soggetti i quali, pur essendo talvolta mossi da interessi economici, si relazionano in maniera essenzialmente orizzontale. In tema, v. anche A. TRIANDAFYLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 198 s., dove si osserva che, a livello locale, il traffico può godere del sostegno di negozianti, taxisti, guide, proprietari di appartamenti, che arrotondano le proprie entrate fornendo contributi fungibili e anche solo occasionali. Sul fondamentale ruolo di guide e taxisti locali nell'attraversamento della frontiera tra Iran e Turchia, v. *ivi*, 144 s.

*works*¹⁸⁹. A livello locale possono esservi soggetti che assumono le vesti di *leader*, senza però che questo si traduca necessariamente nella formazione di clan e associazioni di tipo mafioso¹⁹⁰.

Figure-chiave dei *network* sono i “reclutatori”, ossia gli intermediari che all’inizio del tragitto, ma anche tra i diversi segmenti che lo compongono, mettono i migranti in contatto con i trafficanti che direttamente si occupano dell’organizzazione del percorso, o di una sua porzione, e della sua materiale esecuzione¹⁹¹. In alcuni casi i reclutatori sono migranti che hanno rinunciato al proprio iniziale progetto migratorio, o che sono rimasti bloccati per mancanza di risorse economiche e

¹⁸⁹ G. VERMEULEN, Y. VAN DAMME, W. DE BONDT, *Perceived involvement of “organised crime”*, cit., 256; A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 198: «*Smuggling networks are loosely structured but highly differentiated organizations. There are the ‘big snakeheads’, the ‘bosses’ in each local smuggling network, but there is no overall hierarchy nor any encompassing, transnational form of organization or of criminal network. They should rather be seen as multicephalous and polycentric networks of criminals located in different countries*». Tale ricostruzione è stata di recente confermata con specifico riferimento alle organizzazioni attive lungo rotta del Mediterraneo centrale, con ulteriori ramificazioni all’interno dello stesso continente europeo, anche alla luce delle risultanze delle indagini “Glauco” I, II, e III condotte dalle autorità italiane a seguito del naufragio del 3 ottobre 2013, nel quale persero la vita oltre 360 migranti (cenni a questo filone di indagini in F. LA CHIOMA, *Organizzazioni criminali transnazionali e traffico di migranti. L’esperienza nel Canale di Sicilia*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., 83). Sulla conformazione delle reti di *smugglers* che procurano ingressi irregolari in Europa, v. UNODC, *Global Study*, cit., 148: «*Migrant smuggling into Europe seems to be largely based on flexible and ad hoc agreements and interactions among different local and transnational networks, rather than on highly structured and hierarchical organizations*». Nello stesso senso, P. CAMPANA, *Out of Africa: The organization of migrant smuggling across the Mediterranean*, in *Eur. Jour. Crim.*, n. 4, 2018, 490: «*even in networks involved in the supply of a truly transnational commodity, namely the movement from the Horn of Africa to Northern Europe, the local dimension is still crucial*»; V. PUNZO, *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Aspetti criminologici e tendenze evolutive*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., 38-41. Ulteriori esempi di reti scarsamente strutturate sono quelle del Sahara Occidentale, dirette verso la Spagna (cfr. A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 58), nonché quella Sudamericana, diretta verso gli Stati Uniti (UNODC, *Global Study*, cit., 98 s.).

¹⁹⁰ Cfr., con riferimento alla rotta dal Corno d’Africa all’Europa, passando per la Libia, v. P. CAMPANA, *Out of Africa*, cit., 491: «*There is quantitative evidence of rudimentary hierarchies active in the network under scrutiny [...]. However, the reach of these hierarchies tends to remain local in scope and there is no indication that the network is a single hierarchical organization*»; con riferimento alla rotta che congiunge l’Africa con la Turchia e la Grecia, v. A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 103: «*migrant-smuggling networks are involved in organized crime but should not be conceived as ‘mafias’; there are no families, nor clans, nor any specific people pulling the string. These networks are task-driven*».

¹⁹¹ A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 198 s.

cercano di ottenere quelle che occorrono loro per proseguire il viaggio. Si tratta di figure utili ai trafficanti in quanto ad essi più facilmente si rivolgono persone della stessa provenienza o etnia¹⁹². I migranti possono essere coinvolti nel traffico anche assegnando loro piccoli compiti logistici, come accompagnare le persone nelle *connection houses* e rifornirle di generi di prima necessità¹⁹³. Ancora, nelle tratte marittime, a fronte dell'intensificarsi dei controlli delle autorità, è sempre più raro che i trafficanti accompagnino i migranti fino a destinazione, e pertanto a uno o più passeggeri possono essere assegnati ruoli operativi, come tenere il timone, la bussola o il telefono per allertare i soccorsi al momento opportuno¹⁹⁴. Frequente, infine, è il coinvolgimento delle autorità amministrative e di polizia degli Stati di transito, che mediante pratiche corruttive vengono indotte a rilasciare documenti falsi o a consentire il passaggio di frontiere e posti di blocco¹⁹⁵.

6.4. *Le tariffe e i sistemi di pagamento.*

Le tariffe dei viaggi clandestini sono estremamente variabili e dipendono da una moltitudine di fattori, quali le distanze, le caratteristiche dei territori da attraversare, il livello dei controlli di frontiera, il mezzo di trasporto utilizzato, e financo la nazionalità del migrante. Ad esempio, i cittadini afgani diretti in Europa pagano cifre comprese tra i 4.000 e i 6.000 dollari se scelgono una rotta di terra, tra i 20.000 e i 25.000 dollari per un viaggio aereo comprensivo di documenti falsi¹⁹⁶. Il costo della traversata dalle coste turche alle isole greche oscilla tra i 900 e 7.000 euro, in funzione della sicurezza del mezzo di trasporto, della stagione (nei periodi più pericolosi dell'anno il viag-

¹⁹² UNODC, *Global Study*, cit., 54; con particolare riferimento alla situazione dei migranti che transitano dalla Grecia, diretti verso altri Stati membri dell'UE, v. A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 175: «*smuggling networks partly recruit from or are composed of desperate migrants, who serve other desperate migrants*».

¹⁹³ V. BILGER, *Modeling migrant smuggling: Testing descriptive types against recent findings*, in *N. Persp. Turk.*, 2018, 53; A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 142.

¹⁹⁴ Si tratta di una prassi riscontrata lungo tutte le tratte del Mediterraneo, v. A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 57. Per approfondimenti sul tema dei "migranti-scafisti", v. *infra*, cap. III, par. 6.1.

¹⁹⁵ V. BILGER, *Modeling migrant smuggling*, cit., 55; A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 62, 73, 108 s.

¹⁹⁶ UNODC, *Global Study*, cit., 113.

gio è più economico), del numero di tentativi ricompresi nel “pacchetto”, della nazionalità del cliente (ai siriani, ad esempio, vengono chieste le cifre più alte, in quanto si presume che dispongano di maggiori risorse rispetto alla media degli altri clienti). Anche la traversata dalla Libia all'Italia presenta costi assai variabili, che oscillano tra i circa 1.000 euro per i migranti subsahariani che accettano di stare sottocoperta, fino ai 2.500 euro per i migranti, come i siriani, che possono permettersi posti più sicuri¹⁹⁷. Tra i diversi *network* esiste una vera e propria concorrenza in termini di tariffe e tipologie di servizi¹⁹⁸. Di solito i pagamenti vengono effettuati direttamente nelle mani dei trafficanti, in parte all'inizio del viaggio e poi a mano a mano che esso procede¹⁹⁹. Presso alcune rotte asiatiche e africane è diffuso il sistema *hawala*, che prevede che il migrante, al momento della partenza, trasferisca l'intera somma o anche solo una parte di essa presso un garante (*hawaladar*), il quale trattiene una percentuale per sé e provvede poi a versare singole “rate” ai trafficanti ogni volta che il migrante gli comunica, identificandosi attraverso un codice o inviando una propria fotografia, di avere effettuato un segmento dell'itinerario²⁰⁰. I migranti che intraprendono un viaggio clandestino possono farlo acquistando “pacchetti” che comprendono un servizio completo fino a destinazione, oppure suddividendo il viaggio in più parti, anche solo per procurarsi i soldi necessari a proseguire, raggiungendo via via i diversi *hub* nei quali l'offerta e la domanda di questo genere di servizi si incontrano²⁰¹.

Incrociando i dati sul costo delle tratte con quelli relativi al numero stimato di migranti che si avvalgono dei servizi di *smuggling*, è possibile stimare il giro d'affari del fenomeno in esame: ad esempio, le rotte mediterranee, per le quali come visto si è stimato nel 2016 un traffico di circa 370,000 migranti, potrebbero avere fruttato in quell'arco temporale tra i

¹⁹⁷ UNODC, *Global Study*, cit., 149. Per una tabella riassuntiva delle tariffe applicate alle principali rotte a livello mondiale, v. *ivi*, 46 s.

¹⁹⁸ A. TRIANAFYLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 128, con particolare riferimento alle rotte dall'Asia all'Europa.

¹⁹⁹ V. ad esempio CAMPANA, *Out of Africa: The organization of migrant smuggling across the Mediterranean*, cit., 493.

²⁰⁰ UNODC, *Global Study*, cit., 45; V. BILGER, *Modeling migrant smuggling*, cit., 57; A. TRIANAFYLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 134. Per ulteriori dettagli sul metodo *hawala* e sulle specifiche figure di reato, attinte dalla normativa antiriciclaggio, alle quali è riconducibile nell'ordinamento italiano, v. A. QUATTROCCHI, *La rilevanza penale del sistema di pagamento “hawala” nelle condotte di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Dir. pen. cont. (arch.)*, fasc. n. 2/2019, 21-38; C. FERRARA, *Il traffico di migranti*, cit., 214-218.

²⁰¹ UNODC, *Global Study*, cit., 48-49.

320 e 550 milioni di dollari²⁰²; oppure, ipotizzando che la quasi totalità degli ingressi irregolari in Europa nel 2015 sia stata illegalmente facilitata almeno in qualche fase del tragitto, si è stimato per quell'anno un giro d'affari tra i 3 e i 6 miliardi di euro²⁰³. È chiaro, peraltro, che si tratta di dati non solo approssimativi ma anche aggregati, che poco o nulla dicono rispetto ai ricavi effettivamente ottenuti dalle numerose ed eterogenee figure che, come visto, compongono il mercato nero della mobilità.

6.5. *I pericoli per i migranti.*

Praticamente tutte le rotte sono caratterizzate da frequenti, talvolta sistematiche, violazioni dei diritti fondamentali dei migranti²⁰⁴. I “clienti” vengono spesso trasportati in condizioni inumane ed estremamente pericolose, a bordo di gremiti pick-up²⁰⁵, di imbarcazioni sovraccariche e inadeguate ad affrontare la traversata²⁰⁶, o ancora nascosti all'interno di container e autocarri²⁰⁷. I numeri di morti e dispersi lungo tratte marittime²⁰⁸, desertiche²⁰⁹ o comunque remo-

²⁰² UNODC, *Global Study*, cit., 56.

²⁰³ Europol, *Migrant Smuggling in the EU*, cit., 13.

²⁰⁴ Per uno sguardo d'insieme, v. UNODC, *Global Study*, cit., 38 ss.

²⁰⁵ Si tratta del tipico mezzo di trasporto utilizzato per le lunghe traversate desertiche: UNODC, *Global Study*, cit., 86.

²⁰⁶ Ciò accade sistematicamente, ad esempio, lungo le rotte del Mediterraneo centrale e orientale: v. ancora UNODC, *Global Study*, cit., 150, 154.

²⁰⁷ Ad esempio, una volta giunti in Grecia, molti migranti si nascondono a bordo degli autocarri o di altri veicoli che vengono poi imbarcati sui traghetti diretti in Italia: A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 162 ss. Il rischio di morire soffocati all'interno di furgoni e camion è documentato anche rispetto ad altre tratte, come quella messicana verso gli Stati Uniti: UNODC, *Global Study*, cit., 100.

²⁰⁸ La rotta del Mediterraneo centrale, in particolare, è considerata la più pericolosa al mondo (in questo senso, UNODC, *Global Study*, cit., 150). Secondo il progetto *Missing Migrants* dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, dal 2014 al 2023 nel Mediterraneo sono morti oltre 28 mila migranti, di cui oltre 22 mila nella rotta centrale. Come rilevato nella descrizione del progetto, tenuto conto delle condizioni in cui si svolgono le traversate e i naufragi, il numero reale di decessi è certamente maggiore rispetto a quello indicato. Per ulteriori dettagli v. <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

²⁰⁹ È noto, ad esempio, che durante l'attraversamento del Sahara un numero elevatissimo (ancorché non determinabile con precisione) di migranti perde la vita per mancanza di cibo ed acqua, e che i migranti più deboli o ammalati vengono talvolta abbandonati dai trafficanti al proprio destino: v. UNODC, *Global Study*, cit., 87. Con riferimento alla stima dei decessi, v. quanto riporta (a settembre 2023) il progetto *Missing Migrants* dell'OIM (sul quale v. nt.

te²¹⁰ parlano univocamente di una strage ininterrotta. Inumane sono anche le condizioni di vita all'interno delle c.d. *connection houses* o delle altre strutture dove i migranti sono "ospitati" (talvolta trattenuti) nei periodi di attesa tra le diverse tappe del tragitto.

Numerose rotte migratorie, inoltre, sono presidiate da gruppi criminali (talvolta legati ai trafficanti, talvolta autonomi) che si rendono responsabili di ogni genere di violenza nei confronti dei migranti, in particolare sequestri a scopo di estorsione, violenze sessuali e perfino uccisioni²¹¹. Talvolta sono gli stessi trafficanti a "vendere" i propri clienti a gruppi tribali e milizie che controllano il territorio, i quali poi ne subordinano la liberazione al pagamento di un riscatto²¹². Per nulla marginale, infine, è il rischio, già in precedenza evidenziato (v. *supra*, par. 5.2) che i migranti più vulnerabili subiscano pratiche di sfruttamento sessuale o lavorativo, o siano costretti a svolgere attività illecite come il trasporto e lo spaccio di stupefacenti²¹³, con la conseguenza che, nei casi estremi, da "clienti" diventano vittime di tratta di persone. Ciò può accadere durante il tragitto op-

precedente): «Missing Migrants Project dataset has documented the deaths of more than 2,000 people transiting through the Sahara Desert since 2014, but many experts believe the number is far higher. The vast majority of recorded incidents involve the death of one or two people in remote areas. Thus, it is likely that other incidents go unrecorded and that the deaths of many people in the Sahara Desert are unaccounted for in the data».

²¹⁰ Si pensi alle rotte asiatiche che attraversano le catene montuose del Pakistan e del confine tra Iran e Turchia, caratterizzate da pericoli naturali estremi, e dove i migranti in difficoltà vengono spesso abbandonati: UNODC, *Global Study*, cit., 113. La cifra dei morti nelle più remote rotte di terra è peraltro destinata a rimanere quasi del tutto oscura, ma secondo alcuni potrebbe essere addirittura superiore a quella dei morti in mare: cfr. A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 63.

²¹¹ La situazione in Libia è tra le più estreme da questo punto di vista, alla luce delle documentate pratiche di vendita dei migranti come schiavi, torture, estorsione di denaro alle famiglie delle vittime: v. K. KUSCHMINDER, A. TRIANDAFYLLIDOU, *Smuggling, Trafficking, and Extortion*, cit., 219; N. MONTAGNA, *Libia-Italia*, cit., 115-118; UNODC, *Global Study*, cit., 150. Analoghe situazioni sono state peraltro segnalate rispetto ad altre rotte, ad esempio quelle percorse dagli afghani attraverso il Pakistan: v. UNODC, *Global Study*, cit., 113 s.

²¹² A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 56, 125, 197: ancora con riferimento alla Libia, ma anche al confine tra Iran e Turchia. Gli stessi autori notano come le rotte meno organizzate, come quella del Sahara Occidentale, siano caratterizzate da minori livelli di violenza, spesso proprio perché il ruolo di *passer* è svolto da soggetti radicati localmente ed è più marcato il rapporto di fiducia con i clienti (v. *ivi*, 60, 63).

²¹³ A. TRIANDAFYLLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling*, cit., 114, con riguardo alla tratta dal Nord Africa alla Grecia; *ivi*, 158, con riferimento ai migranti che, una volta giunti in Grecia, cercano di procurarsi il denaro necessario per proseguire verso altri Stati membri dell'UE.

pure una volta giunti a destinazione, per ripagare i debiti accumulati durante il viaggio²¹⁴.

6.6. *I multiformi rapporti tra trafficanti e migranti.*

Quanto sopra riferito in merito agli aspetti innegabilmente atroci del traffico di migranti nel mondo contemporaneo non deve tuttavia completamente assorbire il discorso, più complesso, relativo ai rapporti tra migranti e trafficanti. Sebbene infatti questi ultimi, come poc'anzi illustrato, si rendano spesso in prima persona responsabili delle sofferenze e dei pericoli patiti dai migranti, sarebbe sbagliato affermare che si tratti dell'unico *modus operandi* rintracciabile. Invero, nonostante i Governi dei Paesi che subiscono forti pressioni migratorie tendano ad accentuare gli aspetti violenti e predatori del traffico per giustificare l'adozione di misure preventive e repressive sempre più robuste²¹⁵, corretta appare l'impostazione di chi suggerisce di concettualizzare il fenomeno in esame lungo una retta ai cui vertici si collocano, rispettivamente, le più gravi forme di sfruttamento dei soggetti irregolari, confinantanti, se non coincidenti, con la tratta di persone; e l'aiuto prestato a superare le frontiere per spirito di solidarietà, per finalità umanitarie o per ragioni di soccorso²¹⁶. Nella storia, del resto, non mancano gli

²¹⁴ UNODC, *Global Study*, cit., 162.

²¹⁵ Cfr. S. WATSON, *The Criminalisation of Human and Humanitarian Smuggling*, in *Migr. Mob. Displ.*, n. 1, 2015, 41, il quale osserva che la descrizione dello *smuggling of migrants* come fenomeno esclusivamente lucrativo per le organizzazioni criminali e pericoloso per i migranti sia il frutto di una narrazione parziale, funzionale a giustificare il rafforzamento del controllo delle frontiere e limitare la mobilità delle persone. Questo approccio unilaterale e securitario è agevolmente rintracciabile, a livello europeo, nei documenti periodici di Europol (in particolare gli *Annual Reports* pubblicati dal *European Migrant Smuggling Centre*), nonché nelle Comunicazioni della Commissione europea dedicate alla lotta al traffico di migranti (cfr., ad esempio, *A renewed EU action plan against migrant smuggling (2021-2025)*, cit., 1: «*Migrant smuggling is a cross-border criminal activity that puts the lives of migrants at risk, showing disrespect for human life and dignity in the pursuit of profit, and undermines the migration management objectives of the EU and the fundamental rights of the people concerned*»).

²¹⁶ In questo senso J. DOOMERNIK, D. KYLE, *Introduction*, in *Jour. Int. Migr. Integr.*, n. 3, 2004, 269: «*If we do not restrict ourselves to definitions developed for policy purposes, we can conceptualize human smuggling as an act whereby a migration merchant assists migrants (including refugees) to cross an international border [...] Hence we can conceptualize actors and acts on a continuum. At one end is altruistic assistance from family members or those who help refugees (not unlike the "underground railroad" that helped slaves in the 1800s escape to safe areas). At the other end is clear exploitation based on the criminal intent of syndicates who can illegal immigrants into slavery at the destination. Although news stories tend to focus on*

esempi di “*fair smuggling*”: vicende, già menzionate in apertura del presente lavoro, il cui nucleo significativo è rappresentato dalla *meritevolezza* delle condotte di coloro che hanno aiutato altre persone a superare, ancorché illegalmente, un confine territoriale²¹⁷. In mezzo a questi estremi vi sono una miriade di situazioni nelle quali i migranti vanno incontro, nei rapporti con il medesimo trafficante o con i diversi trafficanti che si succedono lungo il tragitto, a esperienze di segno diverso, nelle quali gli episodi di sopraffazione, inganno o violenza, a loro volta di intensità variabile, si alternano a momenti nei quali ottengono il servizio che avevano sperato di trovare.

Di recente, scenari di “*service smuggling*” sono descritti nelle testimonianze dei rifugiati eritrei che si sono avvalsi di *passeurs* locali (detti *pilots*) per attraversare il confine con l’Etiopia, reso estremamente pericoloso dalla presenza dell’esercito eritreo, di gruppi criminali e, non da ultimo, di animali feroci. Parimenti positive sono le esperienze degli eritrei che, dopo essere arrivati in Etiopia, hanno deciso di proseguire il viaggio verso la Libia, attraversando il Sudan, rivolgendosi ai *delaloch* (“trafficienti” in amarico), ossia reti di persone che interagiscono sulla base di rapporti famigliari e fiduciari, organizzando trasporti e alloggi sicuri per i migranti²¹⁸.

Un altro recente esempio attinge ad una realtà che ha certamente avuto maggiore risonanza mediatica in Europa: quella dei cittadini siriani che, a fronte dell’impossibilità di fuggire dalla guerra civile mediante canali umanitari legali, si sono trovati costretti a rivolgersi al mercato nero della mobilità²¹⁹. Pur avendo dovuto pagare ingenti somme di danaro per ottenere i servizi richiesti, e pur avendo dovuto fronteggiare situazioni di oggettivo pericolo per la vita (come la traversata del tratto di mare

one of these extremes – mostly the latter – the empirical reality is much messier and includes a mix of people with both altruistic (or at least sympathetic to the migrants’ need to leave economically and politically bankrupt countries) and profit-making goals». La complessità delle relazioni tra trafficanti e migranti, e del contesto storico e sociale nel quale si collocano, è efficacemente scolpita nel racconto di F. MANNOCCI, *Io Khaled vendo uomini e sono innocente*, Einaudi, 2019.

²¹⁷ V. *supra*, *Ragioni e obiettivi dell’indagine*, nt. n. 4, 5, 6 e testo corrispondente.

²¹⁸ Queste esperienze sono descritte in T.A. MENGISTE, *Refugee Protections from Below: Smuggling in the Eritrea-Ethiopia Context*, in *Annals AAPSS*, March, 2018, 57-76. L’espressione “*service smuggling*” è utilizzata da V. BILGER, *Modeling migrant smuggling*, cit., 45, per indicare le ipotesi nelle quali si instaura un equilibrato rapporto negoziale tra migranti e trafficanti, tanto in fase di stipulazione dell’accordo quanto nelle fasi della sua esecuzione.

²¹⁹ L. ACHILLI, *The “Good” Smuggler: The Ethics and Morals of Human Smuggling among Syrians*, in *Annals AAPSS*, March, 2018, 77-96.

dalla Turchia alla Grecia), gli intervistati hanno descritto almeno alcuni dei loro *passseur* come persone genuinamente interessate alla tutela della loro incolumità e al buon esito dell'operazione, persone che agivano in conformità ad un preciso codice etico e perfino mosse dall'ideale di alleviare le sofferenze umane provocate dalle guerre e dalla cieca chiusura dei confini²²⁰. Sempre con riferimento al bacino Mediterraneo, e in particolare alla rotta che collega il Nord Africa all'Italia, alcune indagini condotte da Procure della Repubblica siciliane hanno messo in luce l'esistenza di associazioni transnazionali finalizzate al favoreggiamento di ingressi irregolari mediante traversate rapide e sicure, destinate a stranieri facoltosi in grado di pagare somme di denaro elevatissime²²¹.

Volgendo lo sguardo oltreoceano, relazioni positive tra *smugglers* e clienti sono riportate anche nelle rotte che collegano il Sud e il Centro America con gli Stati Uniti. Le testimonianze dei migranti in merito alle loro esperienze con i *coyotes* restituiscono un mosaico molto più frastagliato rispetto ai resoconti istituzionali: accanto a vicende caratterizzate da violenza, raggiri e altre forme di sfruttamento, vi sono altrettante situazioni nelle quali i migranti hanno espresso soddisfazione e financo gratitudine per il servizio ottenuto²²².

7. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine.

Provando a tirare le fila della lunga analisi condotta, e dunque a rispondere all'interrogativo che le ha dato il via, ci pare di poter affermare che, ad oggi, non esista una nozione minima, generalmente accettata, del fenomeno comunemente etichettato come traffico di migranti o, in ambito europeo, favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. L'impressione, piuttosto, è quella di trovarsi ancora nel mezzo del *work in progress* di cui Kyle e Koslowski avevano dato conto a inizio secolo.

²²⁰ L. ACHILLI, *The "Good" Smuggler*, cit., 79, 83, 87-90.

²²¹ Cfr. F. LA CHIOMA, *Organizzazioni criminali transnazionali*, cit., 110-113; C. FERRA, *Il traffico di migranti*, cit., 194.

²²² Sul punto v. le interviste riportate nei seguenti studi: G. SANCHEZ, *Portrait of a Human Smuggler. Race, Class, and Gender among Facilitators of Irregular Migration on the US-Mexico Border*, in M. BOSWORTH, A. PARMAR, Y. VÁZQUEZ (eds.), *Race, Criminal Justice, and Migration Control: Enforcing the Boundaries of Belonging*, Oxford University Press, 2018, 29-42; J. SLACK, D.E. MARTÍNEZ, *What Makes a Good Human Smuggler? The Differences between Satisfaction with and Recommendation of Coyotes on the U.S.-Mexico Border*, in *Annals AAPSS*, March, 2018, 152-173.

Il diritto internazionale è rimasto fedele al concetto di «*smuggling of migrants*» racchiuso nel Protocollo di Palermo, ossia ad una nozione coincidente con l'idea del "mercato nero della mobilità": la condotta di aiuto all'ingresso o alla permanenza irregolare acquista rilevanza nella misura in cui è motivata dal perseguimento di un profitto economico o di altro vantaggio materiale. Si è in questo modo inteso, come visto alla luce dei lavori preparatori del Protocollo, prevenire il rischio di criminalizzare condotte animate da finalità altruistiche, come l'aiuto tra familiari o l'assistenza umanitaria a richiedenti asilo e altri soggetti in condizioni di bisogno. Diversamente, il diritto dell'Unione europea, nonché un campione significativo di legislatori nazionali (non solo di Stati membri UE), hanno abbracciato una nozione "sociale" di traffico di migranti, meglio fotografata dall'espressione favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, la quale, almeno con riferimento alla fase dell'ingresso nel Paese, quando cioè si verifica l'offesa vera e propria all'integrità dei confini, conferisce rilievo al mero atto di aiutare qualcuno a eludere la disciplina nazionale sull'immigrazione, a prescindere da qualunque indagine sul tornaconto ottenuto (o comunque avuto di mira) dal soggetto agente. In questi casi, alla finalità umanitaria o altruistica eventualmente perseguita può essere conferita una rilevanza di carattere esimente o attenuante, che in ogni caso si attesta su un piano diverso da quello definitorio in senso stretto.

Gli studi empirici, a loro volta, confermano che ci troviamo di fronte ad un fenomeno complesso e multiforme, difficilmente inquadrabile all'interno di rigidi modelli descrittivi, e tanto meno riducibile ad un'unica nozione. Si spazia da condotte descrivibili in termini di partecipazione a vere e proprie organizzazioni criminali transnazionali, fino al contributo agevolatore occasionalmente offerto a livello locale, passando per una ricca e fluida serie di situazioni intermedie che, intrecciandosi, alimentano un vero e proprio *network* della mobilità illecita. Anche le relazioni tra trafficanti e migranti si declinano in modi estremamente diversi, e pur essendo spesso connotate da forme di violenza, coercizione e sfruttamento, talvolta invece riflettono autentici scambi negoziali, avulsi da logiche predatorie ed anzi occasionalmente animati da spirito di solidarietà. D'altra parte, in un contesto internazionale caratterizzato da frontiere sempre più impermeabili, non è infrequente che i canali illeciti rappresentino l'unica *chance* per sfuggire a guerre, persecuzioni o altre situazioni a rischio, risultando da questo angolo di osservazione funzionali alla tutela di diritti fondamentali non meno rilevanti degli interessi che si intendono proteggere mediante un'ordinata gestione dei flussi migratori.

Proprio questa complessità potrebbe, almeno in parte, spiegare la preferenza degli Stati per nozioni caratterizzate da un marcato grado di astrazione, come tali capaci di intercettare le molteplici forme di agevolazione suscettibili di manifestarsi in concreto, senza generare lacune di tutela. Il prezzo da pagare a questa tecnica, tuttavia, è la rinuncia a differenziare l'inquadramento giuridico di condotte dotate di eterogenei livelli di disvalore; problema che si pone in maniera particolarmente acuta rispetto alla nozione europea, dove manca il filtro del dolo specifico di profitto. Certo, un adeguato sistema di circostanze aggravanti dovrebbe, in linea di principio, scongiurare il rischio di irragionevoli parificazioni sanzionatorie, ma resta comunque il problema della riconduzione di tutte le condotte agevolatrici, indistintamente, sotto un identico *nomen iuris*. D'altra parte, in un contesto permeato da un sentire politico e sociale generalmente ostile all'immigrazione dal *Global South*, la scelta di agganciare obblighi di incriminazione a nozioni ampie di traffico/favoreggiamento appare coerente con l'obiettivo di rafforzare i presidi delle frontiere con ogni strumento disponibile, incluse le sanzioni penali e le misure di cooperazione tra Stati funzionali alla loro applicazione.

È solo apparente la contraddizione tra queste ultime considerazioni e una certa insistenza, nei *policy papers* e in altri documenti istituzionali, a rappresentare il traffico di migranti come fenomeno esclusivamente predatorio, governato da organizzazioni criminali che lucrano sulla disperazione degli stranieri irregolari, calpestandone i diritti fondamentali alla vita, all'integrità fisica e alla libertà personale. A ben vedere, infatti, questi resoconti offrono carte facilmente spendibili nella giustificazione della priorità, e delle ingenti risorse, che gli Stati destinano alle attività di *border control*. Detto altrimenti, la convivenza tra una narrazione strettamente predatoria del traffico e una perimetrazione assai più estesa delle norme incriminatrici sembrerebbe riflettere un certo intreccio, in parte irrisolto e in parte intenzionalmente coltivato, tra protezione *dei migranti* e protezione (delle frontiere) *dai migranti*. Un intreccio che raggiunge il suo apice nel tendenziale accostamento, pure frequente da parte delle istituzioni e delle agenzie di *law enforcement*, tra *migrant smuggling* e *trafficking in persons*²²³. Sullo sfondo di una (al-

²²³ L'accostamento tra *migrant smuggling* e *trafficking in human beings* è ricorrente in entrambi gli *EU Action Plans against migrant smuggling* (2015-2020; 2021-2025), cit.; nonché nella Risoluzione del Parlamento europeo *The situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration*, del 12 aprile 2016. Da ultimo, si vedano l'*EU Action Plan for the Central Mediterranean* elaborato dalla Commissione europea in vista del Consi-

meno sulla carta) netta separazione tra i due fenomeni, non è mai del tutto scomparsa quell'antica sovrapposizione che aveva caratterizzato le analisi dottrinali e le interlocuzioni tra Governi a cavallo del secolo scorso. Una sovrapposizione che, come vedremo, potrebbe per certi aspetti contribuire ad un ripensamento della nozione di traffico di migranti; ma dalla quale, per ora, trae giovamento soltanto l'arsenale di norme penali messo a disposizione della protezione delle frontiere, di fatto arricchito da fattispecie incriminatrici e strumenti di cooperazione la cui popolarità è comparativamente superiore a quella di cui godono gli strumenti di contrasto del "mero" traffico di migranti.

Giunti a questo punto, occorre aumentare lo *zoom* del nostro ideale obiettivo su un ordinamento, quello italiano, che rappresenta, almeno a livello europeo, un terreno privilegiato per la conduzione del presente studio. Nel prossimo capitolo, in particolare, si focalizzerà l'attenzione sugli strumenti normativi, di natura penale e amministrativa, messi in capo dal legislatore italiano per fronteggiare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, nonché sugli orientamenti giurisprudenziali che ne accompagnano l'applicazione, esaminandone le molteplici criticità. Nei due capitoli successivi si rivolgerà lo sguardo alla casistica che consente di toccare con mano l'odierno e drammatico conflitto tra la protezione delle frontiere, da un lato, e la tutela dei diritti fondamentali di *tutti* i soggetti a diverso titolo coinvolti nel loro irregolare attraversamento, dall'altro lato.

glio straordinario giustizia e affari interni del 25 novembre 2022, nel quale l'azione I, n. 4 è formulata nei seguenti termini: «*Develop and implement a new regional programme to fight against the smuggling of migrants and the trafficking of human beings in North Africa*»; nonché l'*EU Action Plan on the Western Balkans*, elaborato dalla Commissione a seguito del citato Consiglio europeo del 25 novembre, nel quale l'azione n. 13, specificamente rivolta al contrasto del "*migrant smuggling*" è formulata nei seguenti termini: «*Resume and conclude negotiations on the Commission proposal to sanction transport operators involved in facilitating the smuggling of migrants or trafficking of people*». Suggestisce che la sovrapposizione tra *smuggling* e *trafficking* sia in qualche modo intenzionale da parte delle istituzioni, in quanto funzionale a giustificare il rafforzamento delle misure di contrasto allo *smuggling* mediante argomenti fondati sulla violazione dei diritti fondamentali, J. BRACHET, *Manufacturing Smugglers: From Irregular to Clandestine Mobility in the Sabara*, in *Annals AAPSS*, March, 2018, 27-31.

CAPITOLO II

IL MODELLO ITALIANO DI PROTEZIONE DELLE FRONTIERE MEDIANTE IL CONTRASTO AL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cronistoria della legislazione italiana sul contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. – 2.1. Gli anni '80 e la “legge Martelli”. – 2.2. L'avvento del testo unico sull'immigrazione. – 2.3. La legge “Bossi-Fini”. – 2.4. Le modifiche introdotte dalla legge di conversione del d.l. n. 241/2004. – 2.5. La legge di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata e dei relativi Protocolli. – 2.6. I “pacchetti sicurezza” 2008 e 2009. – 2.7. La lotta all'immigrazione irregolare via mare e la stagione dei “porti chiusi”. – 2.8. L'ultimo giro di vite: il d.l. n. 20/2023 (c.d. “decreto Cutro”). – 2.9. Un sintetico bilancio. – 3. Le figure incriminatrici del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. – 3.1. Alcune premesse terminologiche. – 3.2. Il favoreggiamento dell'ingresso irregolare. – 3.2.1. Modello italiano e modelli sovranazionali a confronto: conformità e discrasie. – 3.2.2. Un reato artificiale: l'irregolarità dell'ingresso come unico perno del disvalore. – 3.2.3. (*Segue*): la violazione del testo unico sull'immigrazione e l'illegalità dell'ingresso. – 3.2.4. (*Segue*): riflessi sull'accertamento del dolo e sulla disciplina dell'errore. – 3.3. Il favoreggiamento della permanenza irregolare. – 3.3.1. Modello italiano e modelli sovranazionali a confronto: conformità e discrasie. – 3.3.2. I problematici confini tra favoreggiamento della permanenza e dell'ingresso irregolari. – 4. Dal favoreggiamento dell'ingresso irregolare al traffico di migranti. – 4.1. I contrasti giurisprudenziali ricomposti dalla sentenza *Mizanur*. – 4.2. Il favoreggiamento aggravato tra plurioffensività e profili di irragionevolezza. – 4.3. Il nodo del dolo specifico di profitto. – 5. Dal traffico di migranti alla tratta di persone. – 5.1. Elementi distintivi e profili di sovrapposizione. – 5.2. Oscillazioni giurisprudenziali in punto di unità o pluralità di reati. – 5.3. La strumentalizzazione delle similitudini tra favoreggiamento e tratta da parte del legislatore italiano. – 6. Un diritto penale oltre i confini? – 6.1. La protezione anticipata delle frontiere e i limiti spaziali all'applicabilità della legge penale. – 6.2. I criteri di collegamento in caso di traffico di migranti via mare. – 6.2.1. Critiche all'impostazione giurisprudenziale fondata sulla figura dell'autore mediato. – 6.2.2. Ulteriori soluzioni per il radicamento della “giurisdizione” italiana nei casi di soccorso in mare. – 7. La disciplina speciale per la tutela delle frontiere marittime. – 7.1. Il “decreto sicurezza-bis” (2019). – 7.2. Il “decreto Lamorgese” (2020). – 7.3. Il “decreto Piantodosi” (2023). – 8. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine.

1. *Introduzione.*

L'analisi condotta nel precedente capitolo si è conclusa con la constatazione che, tanto a livello globale (mediante il c.d. Protocollo di Palermo sul traffico di migranti), quanto a livello regionale (sulla base del c.d. *Facilitators Package* o Pacchetto sul favoreggiamento), i tentativi di inquadrare i variegati fenomeni riconducibili al concetto di agevolazione delle migrazioni irregolari entro schemi definitivi soddisfacenti, funzionali a trarne coerenti conseguenze ai fini della predisposizione di efficaci strumenti di contrasto, hanno finora generato risultati assai modesti. Numerosi, infatti, sono i profili che ad oggi rimangono irrisolti: se la repressione debba preferibilmente indirizzarsi al solo mercato nero della mobilità, ovvero estendersi a ulteriori forme di favoreggiamento, e in ogni caso quali rimedi possano essere predisposti per prevenire gli eccessi di criminalizzazione; in che modo conciliare una strategia capillare di contrasto con l'esigenza di differenziare il trattamento di condotte agevolatrici contrassegnate, come evidenziano le indagini empiriche, da livelli di disvalore marcatamente eterogenei; dove collocare il baricentro della tutela, conteso tra la difesa dei migranti dalle attività predatorie di trafficanti senza scrupoli e la protezione delle frontiere nazionali dai flussi irregolari in ingresso.

Queste criticità, come vedremo nel prosieguo dell'indagine, si sono riversate nella disciplina italiana sul contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, il cui impianto attuale è il frutto di un'evoluzione normativa cominciata sul finire del secolo scorso. Come già sottolineato nell'introduzione del presente studio (v. *supra*, Ragioni e obiettivi dell'indagine), l'analisi dell'ordinamento italiano riveste un interesse che travalica i confini nazionali, tenuto conto della circostanza che, da oltre trent'anni, la Penisola rappresenta una delle principali porte di accesso irregolare all'Europa. Concentrare l'attenzione sul nostro ordinamento significa, pertanto, aprire una finestra su una realtà empirica in continuo divenire, attingere a una casistica giurisprudenziale particolarmente ricca, accedere a un terreno di sperimentazione di soluzioni normative ed esegetiche di rilevanza tutt'altro che "domestica".

2. *Cronistoria della legislazione italiana sul contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.*

La disciplina italiana sulla lotta al traffico di migranti, e più in generale al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, è il frutto di un intenso lavoro legislativo cominciato nella seconda metà degli anni '80 del '900. Ripercorrere le principali tappe di questa evoluzione, anche alla luce degli obblighi sovranazionali di incriminazione sopravvenuti nei primi anni 2000, non serve solo a comprendere le origini della disciplina attualmente vigente, ma anche, e soprattutto, a fare emergere le due direttrici politico-criminali che hanno ispirato i legislatori succedutisi nel tempo, a prescindere dal loro colore politico: allargare progressivamente le maglie degli illeciti (principalmente penali ma anche, come vedremo, amministrativi), onde ricomprendervi un catalogo sempre più ampio di condotte agevolatrici dell'immigrazione irregolare; inasprire progressivamente il relativo trattamento sanzionatorio, spingendosi anche oltre a quanto richiesto dalle fonti sovranazionali (fino a sconfinare, come pure vedremo, sul terreno della manifesta sproporzione).

2.1. *Gli anni '80 e la "legge Martelli".*

L'interesse del legislatore italiano per la repressione del traffico di migranti era sorto prima dell'avvento del testo unico immigrazione¹. Come già rilevato nel precedente capitolo, a partire dagli anni '70 del secolo scorso venivano progressivamente meno le condizioni economiche che, nel dopoguerra, avevano determinato una significativa domanda di forza lavoro straniera da parte dei Paesi c.d. occidentali, inclusa l'Italia. La conseguente contrazione dei canali di immigrazione regolare, tuttavia, non si accompagnava alla diminuzione del numero di

¹Per una densa analisi dell'evoluzione della disciplina italiana in materia di immigrazione, v. di recente M. PASTORE, N. ZORZELLA, *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 104-132, a cui si rinvia anche per gli ulteriori imprescindibili riferimenti bibliografici. Per un lucido sguardo al fenomeno migratorio in Italia dal punto di vista sociale, economico e politico, con particolare attenzione alla decostruzione delle narrazioni fuorvianti che spesso avvelenano il dibattito circostante, v. M. AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza, 2020.

migranti e richiedenti asilo in arrivo, i quali iniziavano così ad alimentare sempre più consistenti flussi irregolari e, inevitabilmente, il mercato della mobilità illecita.

Ad una prima figura di reato settoriale, volta a reprimere il traffico transfrontaliero di *lavoratori* migranti², veniva pochi anni dopo affiancata, nell'ambito di una più ampia riforma della disciplina sull'immigrazione (c.d. legge Martelli³), la prima norma incriminatrice di portata generale: da quel momento risultavano punibili, con la reclusione fino a due anni o la multa fino a due milioni di lire, le «attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente decreto» (art. 3, comma 8). Il delitto era punibile a titolo di dolo generico, mentre la realizzazione del fatto a scopo di lucro configurava una mera aggravante, così come la sua realizzazione da parte di tre o più persone in concorso⁴.

Già si rinvenivano, in questo assetto, le fondamentali direttrici politico-criminali che, negli anni seguenti, avrebbero plasmato la norma incriminatrice del favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12 del testo unico immigrazione: da un lato, la configurazione di un reato a consumazione anticipata, volto a colpire le condotte agevolatrici a prescindere dall'effettivo ingresso dello straniero, riflesso della funzione di protezione *avanzata* delle frontiere assegnata alla sanzione penale; dall'altro lato, l'estensione dell'area della punibilità fino a ricomprendervi qualunque contributo volontario all'ingresso irregolare, riflesso della funzione di protezione tendenzialmente *assoluta* delle frontiere, ossia non limitata ai più gravi fenomeni di traffico di migranti. Agli elementi ritenuti sintomatici del traffico vero e proprio – ossia lo scopo di lucro e il concorso di tre o più persone – la legge Martelli con-

² Si trattava dell'art. 12 della legge 30 dicembre 1986, n. 943, recante «Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine» (adottata in attuazione della Convenzione OIL n. 143/1975 sui lavoratori migranti, entrata in vigore il 9 dicembre 1978 e ratificata dall'Italia con legge 10 aprile 1981, n. 158), che puniva con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 2 a 10 milioni di lire per ogni lavoratore reclutato le attività di «intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti», ovvero l'impiego di stranieri «in condizioni illegali al fine di favorirne lo sfruttamento». Per una sintetica analisi di questa disposizione v. M. MUSSO, voce *Immigrazione*, in *Digesto disc. pen.*, Vol. VI, Utet, 1992, 164.

³ D.l. 30 dicembre 1989, n. 416, conv. con modif. in legge 28 febbraio 1990, n. 39, recante «Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato».

⁴ Per la qualificazione in termini di circostanze, v. Cass. pen., sez. I, 27 novembre 1996, Musletang, in *Cass. pen.*, 1998, n. 943, s.m.

feriva, infatti, rilevanza solo sul piano del *quantum*, e non dell'*an*, della pena.

2.2. *L'avvento del testo unico sull'immigrazione.*

Sul finire degli anni '90, nell'ambito del complesso intervento di riforma e riordino della disciplina sull'immigrazione operato attraverso la legge 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. legge Turco-Napolitano), di lì a poco confluita nel c.d. testo unico immigrazione (d'ora in avanti anche t.u. imm.)⁵, il legislatore rimetteva mano anche alle norme penali sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, abrogando le figure di reato esistenti e sostituendole con l'art. 12 t.u. imm.⁶.

Era sorta, anzitutto, l'esigenza di colmare la lacuna di tutela venutasi a creare per effetto dell'entrata in vigore della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che imponeva agli Stati membri di prevedere «sanzioni appropriate» (non necessariamente penali) nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare, a scopo di lucro, l'ingresso o la permanenza irregolare di stranieri nel territorio di alcuno di essi⁷. Mentre con riferimento alla repressione dell'aiuto all'ingresso irregolare l'Italia risultava già adempiente, ed anzi come appena visto apprestava una risposta sanzionatoria non limitata alle condotte realizzate a scopo di lucro; con riferimento all'aiuto alla permanenza si rendeva necessario prevedere una nuova figura di illecito, che veniva inserita nel comma 5 dell'art. 12 t.u. imm. L'opzione, in questo caso, a favore di un reato d'evento e a dolo specifico di «ingiusto profitto» determinava la previsione di pene più severe rispetto a quelle comminate per il favoreggiamento dell'ingresso irregolare (pur ritoccate al rialzo

⁵ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», adottato in attuazione della delega di cui all'art. 47 della legge Turco-Napolitano.

⁶ Relazione introduttiva al disegno di legge Turco-Napolitano (d.d.l. n. 3240, presentato il 19 febbraio 1997, dal titolo «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»): «È convinzione del Governo che il presente disegno di legge, sancendo con norme e scelte precise una chiara volontà di rafforzare i controlli alle frontiere, di contrastare col massimo rigore l'immigrazione clandestina e la connessa attività di agguerriti gruppi criminali, corrisponda pienamente agli impegni assunti per la partecipazione dell'Italia all'Accordo di Schengen» (p. 4). La stessa relazione collocava il «contrasto dell'immigrazione clandestina e dello sfruttamento criminale dei flussi migratori» in cima alla lista degli obiettivi della riforma, prima della politica degli ingressi regolari programmati e dell'integrazione degli stranieri (p. 4).

⁷ Per una più estesa descrizione del contesto storico nel quale si inserisce la Convenzione di Schengen, v. cap. I, par. 3.1.

dalla stessa riforma, come vedremo nell'immediato prosieguo), ossia la reclusione fino a quattro anni e multa fino a trenta milioni di lire.

Nel comma 1 dell'art. 12 veniva travasata la figura di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, senza alterarne la struttura⁸. Significative modifiche *in peius* riguardavano, invece, l'apparato sanzionatorio: la nuova cornice edittale prevedeva la reclusione fino a tre anni e la multa fino a trenta milioni di lire; era prevista la confisca obbligatoria del mezzo di trasporto utilizzato (ad eccezione dei mezzi destinati a pubblico servizio di linea o appartenenti a persona estranea al reato); il catalogo delle circostanze aggravanti veniva arricchito con nuove ipotesi e corredato da incrementi sanzionatori più severi⁹. In particolare, al comma 3 era prevista la pena da quattro a dodici anni e la multa di trenta milioni di lire per ogni straniero irregolare nei casi in cui il reato risultasse commesso «a fine di lucro», o da tre o più concorrenti, o a favore di cinque o più stranieri, ovvero mediante l'utilizzo di servizi di trasporto internazionale o di documenti contraffatti (ipotesi queste ultime recentemente dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, come vedremo meglio nel prosieguo). Inoltre, sempre al comma 3 venivano introdotte due ulteriori circostanze volte ad intercettare quelle situazioni che si collocano nella zona grigia tra traffico di migranti e tratta di persone: la realizzazione del fatto «al fine di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione», ovvero nei confronti di «minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento». Per entrambe queste ipotesi era prevista la reclusione da cinque a quindici anni e la multa di cinquanta milioni di lire per ogni straniero.

La nuova disciplina sostanziale veniva accompagnata dal rafforzamento dell'apparato destinato al loro *enforcement*, attraverso le misure di «potenziamento e coordinamento dei controlli di frontiera» di cui all'art. 11 t.u. imm.; la previsione dell'arresto facoltativo in flagranza di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, di lì a poco trasformato in arresto obbligatorio (art. 12, comma 4, t.u. imm.)¹⁰; nonché l'assegnazione di specifici poteri di controllo, ispezione e perquisizione dei mezzi di trasporto e delle cose trasportate in capo alle autorità di frontiera (art. 12, comma 7).

⁸ Per l'analisi della fattispecie e dei primi orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi attorno ad essa, v. A. CASADONTE, *Profili penalistici*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, 2004, 648-656.

⁹ Sulla natura di mere circostanze aggravanti, v. Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 2000, n. 5360, Visse, CED 218087.

¹⁰ Art. 2, comma 1, d.lgs. 13 aprile 1999, n. 113.

Unica novità in senso restrittivo della responsabilità penale era rappresentata dall'introduzione, all'art. 12, comma 2, di una causa di giustificazione speciale così formulata: «Fermo 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». Questa "scriminante umanitaria" era destinata a rimanere immutata, oltre che, come vedremo nel prossimo capitolo, quasi inapplicata, fino ai giorni nostri.

Per completezza occorre ricordare che, sul terreno del diritto amministrativo, l'adeguamento alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen imponeva, in un'ottica di "privatizzazione delle frontiere"¹¹, il rafforzamento delle sanzioni introdotte dalla legge Martelli a carico dei vettori commerciali internazionali che avessero omesso di controllare i documenti dei passeggeri e di riferire eventuali irregolarità alle autorità nazionali (c.d. "*carrier sanctions*")¹².

2.3. La legge "Bossi-Fini".

A poco più di tre anni di distanza dalla legge Turco-Napolitano, la nuova maggioranza al governo, formata da partiti che avevano collocato il binomio immigrazione-sicurezza al centro dei propri programmi elettorali, realizzava un'ampia riforma del testo unico immigrazione mediante la legge 30 luglio 2002, n. 189, meglio nota come Bossi-Fini¹³.

¹¹ Sugli obblighi sovranazionali in materia di "*carrier sanctions*", v. *supra*, cap. I, parr. 2.2 e 3.1.

¹² Alla sanzione amministrativa pecuniaria, la cui cornice edittale veniva significativamente inasprita (da uno a cinque milioni di lire per ciascuno degli stranieri trasportati), veniva affiancata, «nei casi più gravi», la sospensione ovvero la revoca della licenza, autorizzazione o concessione inerenti all'attività professionale svolta e al mezzo di trasporto utilizzato (art. 12, comma 6, t.u. imm.). Successivamente, al fine di attuare le modifiche nel frattempo apportate all'art. 26 della Convenzione di Schengen dalla direttiva 2001/51/CE, l'art. 1, d.lgs. 7 aprile 2003, n. 87 da un lato specificava con maggiore dettaglio gli obblighi di rimpatrio dei passeggeri irregolari (art. 10, comma 3, t.u. imm.), dall'altro lato adeguava la sanzione amministrativa pecuniaria per i vettori inadempienti agli importi minimo e massimo stabiliti dalla citata direttiva, introducendo una cornice edittale da 3.500 a 5.500 euro per ogni persona trasportata (art. 12, comma 6, t.u. imm.).

¹³ Per un quadro delle novità, v. B. NASCIBENE, *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2003, 532-540; con particolare riferimento ai profili penalistici, v. M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della legge "Bossi-Fini"*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1343-1350; con particolare riguardo

Il crescente fenomeno degli sbarchi irregolari, inserito in un contesto globale ancora scosso dagli attentati dell'11 settembre 2001, alimentava un senso di insicurezza che a sua volta coagulava il consenso sociale, o quanto meno una parte di esso, attorno alla necessità di imprimere un giro di vite alle politiche migratorie e di rafforzare gli strumenti di lotta all'immigrazione irregolare¹⁴. Questa chiave di lettura consente di inquadrare anche le specifiche novità riguardanti l'art. 12 t.u. imm.

Anzitutto, veniva riformulata la condotta tipica di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, mediante la sostituzione della formula «attività dirette a favorire l'ingresso» con quella, tuttora vigente, «atti diretti a procurare l'ingresso». Sul piano testuale, la modifica in parte estendeva l'ambito di applicazione della fattispecie, facendo venire meno quella «persistenza» che risultava insita nel concetto di «attività»¹⁵; in parte lo

all'art. 12 t.u. imm., A. ABUKAR HAYO, *La nuova normativa sul contrasto del mercato dell'immigrazione clandestina*, in *Giust. pen.*, 2003, II, 321-329.

¹⁴ Emblematico del clima politico e sociale che circondava la questione migratoria in quegli anni è il seguente passaggio della relazione introduttiva al disegno di legge della Bossi-Fini (d.d.l. n. 795, intitolato «Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo», del 2 novembre 2001, 4): «Non si ferma, dunque, il pericolo di una vera invasione dell'Europa da parte di popoli che sono alla fame [...]. Nel frattempo, si accrescono in Italia le dimensioni del lavoro prestato 'in nero', lo sfruttamento di ogni tipo di manodopera e la sua utilizzazione per ogni sorta di traffico illecito, compreso quello della droga, oltre al coinvolgimento degli immigrati in ogni forma di violenza, anche ipotizzabile, purtroppo, in scenari terroristici. È indispensabile, dunque, affrontare il problema di fondo, concernente l'immigrazione clandestina, in vario modo, ma, comunque, con determinazione». Sull'approccio securitario quale elemento caratterizzante l'intera evoluzione della disciplina italiana sul controllo dei flussi migratori v., anche per ulteriori riferimenti, R. SICURELLA, *Introduzione. Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in ID. (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Giappichelli, 2021, 22-26.

¹⁵ In questo senso O. FORLENZA, *Per configurare il reato di favoreggiamento non è necessaria la violenza fisica o psichica*, in *Guid. dir.*, n. 7, 2003, 80; F. BOTTALICO, *Art. 12 d. legisl. 25 luglio 1998, n. 286*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Cedam, 2007, 2619. La modifica non consentiva di dissipare, invece, i dubbi in punto di rilevanza delle condotte omissive (si pensi all'agente di polizia di frontiera che omette di controllare i documenti dello straniero, consentendone l'ingresso illegale nel territorio dello Stato), anche in ragione della contestuale sostituzione del termine «favorire» con il più pregnante «procurare»: in senso favorevole alla configurabilità del favoreggiamento dell'ingresso mediante omissione, v. F. BOTTALICO, *Art. 12 d. legisl. 25 luglio 1998, n. 286*, cit., 2619; A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato Teorico-Pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2012, 48; *contra* A. CALLAIOLI, *Art. 12. Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementa-*

restringeva, tenuto conto della maggiore precisione del concetto di «procurare», e, come meglio vedremo, della sua capacità di selezionare, nel più ampio *genus* delle condotte agevolatrici, solo quelle concretamente idonee a realizzare l'obiettivo illecito¹⁶. A fronte di questa parziale *abolitio criminis*, si assisteva, come illustrato nell'immediato prosieguo, ad un significativo irrobustimento della risposta sanzionatoria¹⁷.

Sempre con riferimento alla fattispecie incriminatrice di cui al comma 1, la legge Bossi-Fini includeva tra le condotte tipiche anche il favoreggiamento dell'ingresso in uno Stato diverso dall'Italia, imponendo così *ex lege* il superamento del consolidato orientamento giurisprudenziale che, in contrasto con gli obblighi di tutela dei confini *europèi* discendenti dalla Convenzione di Schengen¹⁸, escludeva la rilevanza penale del mero trasporto di stranieri irregolari da frontiera a frontiera, o della mera agevolazione della loro uscita dal territorio italiano attraverso frontiere che non avevano titolo per superare (c.d. favoreggiamento dell'emigrazione irregolare)¹⁹. Si ponevano co-

ri, Giuffrè, 2007, 1656; E. LANZA, *Diritto penale dell'immigrazione*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, V ed., Maggioli, 2021, 301.

¹⁶Cfr. A. ABUKAR HAYO, *La nuova normativa sul contrasto del mercato dell'immigrazione clandestina*, cit., 321. Per un'esplicita presa di posizione in giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. I, 10 ottobre 2003, n. 40307, Kutepov, CED 226065, in *Riv. pen.*, 2004, 189: «mentre la condotta del "favorire" è (...) estremamente vaga e indifferenziata (...) e può consistere in qualsivoglia apporto di mera agevolazione ovvero in un modesto aiuto di forma e tipologia indefinita, la condotta del "procurare" implica un apporto connotato di maggiore precisione, causalmente e efficiente a determinare in via diretta il risultato finale». La stessa pronuncia si spingeva ad affermare che la modifica aveva l'effetto di restringere l'area della rilevanza penale al solo «mercante di clandestini», affermazione quest'ultima rimasta priva di ulteriori riscontri nella prassi, in quanto a ben vedere priva di sicuri appigli testuali. Sul punto v. ancora ABUKAR HAYO, *loc. cit.*, che sul punto osserva: «La repressione penale è calibrata [...] sulla condotta del "mercante" di clandestini. È questa certamente la ratio della norma; è dubbio tuttavia che il testo normativo sia del tutto conseguente alla sua finalità politica».

¹⁷Sul punto v. Cass. pen., sez. III, 29 febbraio 2012, n. 20880, M. e altro, CED 252911, secondo cui la *ratio legis* della sostituzione terminologica «può agevolmente individuarsi dall'interprete proprio nella intenzione di evitare, dopo il rilevante aggravamento delle sanzioni apportato dalle nuove disposizioni, interpretazioni applicative che estendessero la norma penale anche a fattispecie di poco rilievo sul piano concreto del disvalore e dell'offesa all'interesse tutelato dalla norma».

¹⁸Come si ricorderà, tale strumento imponeva agli Stati di sanzionare l'aiuto all'ingresso irregolare non solo nel proprio territorio, ma più in generale «nel territorio di una Parte contraente» (art. 27).

¹⁹Cfr., rispettivamente, Cass. pen., sez. I, 29 novembre 1999, n. 6548, Amato, in *Riv. pen.*, 2000, 142; Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 2000, n. 4060, Durante, *ivi*, 2001, 461; suc-

si le premesse normative per la criminalizzazione del favoreggiamento dei c.d. movimenti secondari irregolari dall'Italia verso altri Stati membri.

Sul piano sanzionatorio, la novella aumentava significativamente l'importo della multa, sostituendo la precedente cornice (fino a 30 milioni di lire) con un importo base di 15 mila euro da moltiplicarsi per ogni straniero favorito. Inoltre, alcune delle circostanze aggravanti speciali di cui al comma 3 venivano riformulate in senso estensivo, e, soprattutto, trasformate in fattispecie autonome, senza alternarne la cornice edittale. Tra queste, la circostanza del «fine di lucro», che veniva ridescritta in termini di «fine di trarre profitto anche indiretto»²⁰. Tali nuove fattispecie venivano, contestualmente, aggiunte all'elenco dei reati di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, con le conseguenti preclusioni e limitazioni alla concessione dei benefici penitenziari. Ancora, venivano introdotte nel comma 3-*bis* due nuove aggravanti a effetto comune, ossia il pericolo per la vita o per l'incolumità degli stranieri coinvolti e la loro sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti²¹. Per tutte le aggravanti speciali veniva esclusa la possibilità di bilanciamento con eventuali attenuanti diverse da quella di cui all'art. 98 c.p. (minore infradiciottenne imputabi-

cessivamente, per l'espreso riconoscimento della natura di nuova incriminazione della fattispecie introdotta dalla novella in esame, v. Cass. pen., sez. III, 12 dicembre 2019, n. 4412, Morelli, CED 278394.

²⁰ Le altre circostanze aggravanti trasformate in fattispecie autonome erano quelle incentrate sull'utilizzo di servizi internazionali di trasporto, sull'utilizzo di «documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti» (in precedenza rilevavano solo i documenti «contraffatti»), nonché sulla realizzazione del fatto da parte di tre o più persone in concorso. Sulla natura autonoma di tali ipotesi si esprimevano concordemente dottrina (A. CASADONTE, *Profili penalistici*, cit., 657) e giurisprudenza (Cass. pen., sez. I, 25 gennaio 2006, n. 11578, Rufai Kuku, CED 233872; Cass. pen., sez. I, 22 gennaio 2008, n. 7157, Karpeta, CED 239304). Conservavano invece la natura di mere aggravanti le ipotesi di sfruttamento della prostituzione (estesa allo «sfruttamento sessuale») e dello sfruttamento di minori in attività illecite. Esse venivano contestualmente spostate nel comma 3-*ter* e il loro ambito di applicazione veniva espressamente limitato alle nuove fattispecie aggravate di cui al riformato comma 3. In dottrina si è dubitato della ragionevolezza di tale limitazione (A. CALLAIOLI, *Art. 12. Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, cit., 1662), che infatti sarebbe stata eliminata dal «pacchetto sicurezza» del 2009, con conseguente applicabilità delle aggravanti in parola, da quel momento, anche alle ipotesi base di cui al comma 1 (v. *infra*).

²¹ Analogamente a quanto osservato per le circostanze del comma 3-*ter* (v. nota precedente), anche per queste circostanze, inserite nel comma 3-*bis* accanto alla già prevista ipotesi dell'introduzione di cinque o più stranieri, l'ambito di applicazione era limitato alle sole fattispecie aggravate di cui al comma 3, con esclusione della fattispecie base di cui al comma 1: tale incongruenza sarebbe stata superata dalla riforma del 2004 (v. *infra*).

le) e all'art. 114 c.p. (concorrente autore di condotta di minima importanza)²².

Al fine di potenziare gli strumenti processuali per la repressione del traffico di migranti veniva introdotta una circostanza attenuante in caso di collaborazione con le autorità (comma 3-*quinquies*). Infine, al precipuo scopo di contrastare il crescente fenomeno degli “sbarchi clandestini”, vedevano la luce una serie di disposizioni attributive alle forze di polizia e militari di poteri di fermo, ispezione e sequestro esercitabili nei confronti di natanti (e aeromobili) in presenza di elementi indicativi del loro coinvolgimento nel trasporto illecito di migranti (commi da 9-*bis* a 9-*sexies*).

2.4. *Le modifiche introdotte dalla legge di conversione del d.l. n. 241/2004.*

Un ulteriore giro di vite all'apparato sanzionatorio dell'art. 12 t.u. imm. si registrava in corrispondenza di quella singolare eterogenesi dei fini che ha caratterizzato gli sviluppi normativi conseguenti alle sentenze della Corte costituzionale nn. 222 e 223/2004. Queste ultime avevano censurato, rispettivamente: la disciplina sull'espulsione, nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera dovesse svolgersi *prima* della sua esecuzione (art. 13, comma 5-*bis*, t.u. imm.), in violazione dell'art. 13 Cost.; la previsione dell'arresto obbligatorio per una mera contravvenzione, quale all'epoca era il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14, commi 5-*ter* e *quinquies*, t.u. imm.), in violazione degli artt. 3 e 13 Cost. Al dichiarato scopo di assicurare piena efficacia alle garanzie costituzionali sottese alle due pronunce, ma in realtà perpetuando, per altra via, le finalità securitarie sottese alle disposizioni censurate, il d.l. 14 settembre 2004, n. 241 da un lato introduceva il meccanismo della convalida dell'espulsione coattiva davanti al giudice di pace; dall'altro lato, per effetto di un emendamento inserito in sede di conversione (legge 12 novembre 2004, n. 271), trasformava la contravvenzione di inottemperanza all'ordine di allontanamento in delitto, corredandolo dall'obbligo di arresto in flagranza²³. Sempre in fase

²² Art. 12, comma 3-*quater*. L'eccezione per l'art. 114 c.p. veniva introdotta successivamente, dall'art. 5, comma 2, legge 14 febbraio 2003, n. 34.

²³ Su queste vicende v. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri*

di conversione, in base alla prassi tanto censurabile quanto frequente di arricchire la decretazione d'urgenza con disposizioni di contenuto eterogeneo rispetto all'impianto originario, venivano introdotte una serie di modifiche dalla disciplina qui in esame²⁴.

Con riferimento alla fattispecie base di cui all'art. 12, comma 1, in luogo della reclusione fino a tre anni veniva introdotta una cornice edittale da uno a cinque anni, rendendo da quel momento la pena detentiva per il favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare più grave rispetto a quella prevista per il favoreggiamento della *permanenza* irregolare (reclusione fino a quattro anni). All'interno del comma 3 veniva lasciata la sola fattispecie aggravata dal dolo specifico di profitto, alla quale pertanto veniva assegnato, in linea con la nozione di *smuggling of migrants* di cui al Protocollo di Palermo del 2000, il compito di marcare il passaggio dal mero favoreggiamento dell'ingresso irregolare al traffico di migranti vero e proprio; il relativo massimo edittale veniva portato da dodici a quindici anni di reclusione. Le altre fattispecie aggravate venivano declassate a mere circostanze ad effetto comune, aggiungendole all'elenco di aggravanti di cui al comma 3-*bis*²⁵. Infine, per le circostanze incentrate sullo sfruttamento degli stranieri

del diritto, II ed., Giappichelli, 2021, 220 ss., 285 ss., e *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici. Come è noto, il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento sarebbe stato successivamente censurato, in ragione delle severe pene detentive comminate e della loro incompatibilità con l'effetto utile della c.d. "direttiva rimpatri", dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (sent. 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU), nell'ambito di una complessa vicenda estranea all'oggetto della presente indagine: cfr. L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio articolo 14*, in *Dir. pen. cont. (arch.)*, 4 maggio 2011; A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, *ivi*, 26 luglio 2011; C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazioni dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni del c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, 2786-2797.

²⁴ Art. 1-*ter*, d.l. 14 settembre 2004, n. 241. L'emendamento non risulta essere stato accompagnato da dibattito parlamentare, se non per l'osservazione critica in ordine all'elusione dei presupposti di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost., considerato che «*Il decreto, infatti, va ben oltre le pronunce della Consulta, ridisegnando parte della materia (...) Si scavalca, così, ancora una volta il procedimento normale di formazione delle leggi*» (Intervento del sen. Turroni durante la trattazione in Assemblea del 6 ottobre 2004).

²⁵ Il comma 3-*bis*, a questo punto, conteneva, oltre alle aggravanti del fatto commesso a favore di cinque o più persone, del pericolo per la vita e l'incolumità dei migranti, nonché della loro sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti, anche quelle del fatto commesso da tre o più persone in concorso tra loro, o utilizzando servizi internazionali di trasporto, o ancora utilizzando documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti. L'ambito di applicazione di tutte queste circostanze veniva al contempo esteso anche alla fattispecie base di cui al comma 1, superando così la segnalata incongruenza della legge Bossi-Fini.

(comma 3-ter) veniva previsto un più severo incremento sanzionatorio²⁶.

2.5. La legge di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata e dei relativi Protocolli.

Posto che l'ordinamento italiano già contemplava, al momento dell'entrata in vigore del Protocollo di Palermo sul contrasto allo *smuggling of migrants* (28 gennaio 2004), una disciplina in larga parte conforme agli obblighi di cooperazione internazionale da esso sanciti, le novità introdotte dalla legge di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata e dei relativi Protocolli (legge 16 marzo 2006, n. 146) sono, per quanto rileva ai nostri fini, numericamente ridotte, ancorché non insignificanti²⁷: anzitutto, per i delitti di cui all'art. 12, commi 3, 3-bis, 3-ter e 5 veniva prevista la responsabilità da reato degli enti, con sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a mille quote²⁸; in secondo luogo, veniva introdotta una nuova disciplina delle operazioni sotto copertura, applicabile alle ipotesi di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 12 t.u. imm.²⁹. Un'ulteriore importante novità,

²⁶ Ossia l'aumento da un terzo alla metà della pena detentiva prevista dal comma 3, al quale soltanto, per il momento, rimanevano applicabili, oltre alla multa di 25 mila euro per ogni straniero.

²⁷ Per l'analisi delle novità conseguenti alla ratifica della Convenzione sulla criminalità organizzata in Italia, v. A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 11-25; A. CENTONZE, *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori irregolari*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 96-134.

²⁸ Tale disciplina, inizialmente dettata dall'art. 10, comma 7 della stessa legge n. 146/2006, è stata successivamente trasferita (dall'art. 30, comma 4, legge 17 ottobre 2017, n. 161) nel corpo del d.lgs. n. 231/2001, mediante l'aggiunta all'art. 25-duodecies dei seguenti commi: «1-bis. In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. 1-ter. In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 12, comma 5, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a duecento quote. 1-quater. Nei casi di condanna per i delitti di cui ai commi 1-bis e 1-ter del presente articolo, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a un anno».

²⁹ Art. 9, legge n. 146/2006. In precedenza, la riforma di cui al d.l. n. 241/2004, come modificato in sede di conversione, aveva reso applicabili ai procedimenti per il reato di cui all'art. 12, comma 3 le disposizioni in materia di operazioni sotto copertura di cui all'art. 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228. In argomento v. A. MANGIARCINA, *Tecniche investigative*

benché non limitata alla materia in esame, era l'introduzione della circostanza aggravante del reato transnazionale, inizialmente racchiusa nell'art. 4 della stessa legge n. 146/2006 e successivamente trasferita nell'art. 61-bis c.p., *ratione poenae* applicabile anche al delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, laddove realizzato con il contributo di un gruppo criminale organizzato transnazionale.

2.6. I “pacchetti sicurezza” 2008 e 2009.

In linea di continuità con le riforme del 2002 e del 2004, i c.d. pacchetti sicurezza del 2008³⁰ e del 2009³¹ portavano avanti il percorso di rafforzamento dell'apparato repressivo nei confronti degli stranieri irregolari, considerati, insieme alla «criminalità organizzata», le principali cause di ulteriori «fenomeni di illegalità diffusa» nel Paese³². Sebbene le più controverse novità introdotte da queste riforme riguardassero la criminalizzazione degli stessi stranieri irregolari (nel 2008 mediante la

nel contrasto ai traffici di migranti, stupefacenti e sigarette, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, 128-130.

³⁰D.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modif. in legge 24 luglio 2008, n. 125. Tra i commenti a questa riforma, v. R.G. MARUOTTI, *Le altre modifiche in materia di immigrazione nel segno della “tolleranza zero”*, in S. LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Cedam, 2008, 313; L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, 2008, 3-41.

³¹Legge 15 luglio 2009, n. 94, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica». Per una lettura d'insieme della riforma e degli eterogenei fenomeni ricondotti dal legislatore sotto il concetto di “sicurezza pubblica”, a sua volta elevata a ennesima emergenza da affrontare secondo la logica della “tolleranza zero”, v. E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Introduzione*, in S. CORBETTA, G.L. GATTA, A. DELLA BELLA (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Ipsoa, 2009, XXI-XXVIII; O. MAZZA, F. VIGANÒ, *Introduzione*, in IDD. (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Giappichelli, 2009, VII-XXIV. Sulle novità introdotte dalla riforma alla disciplina dell'immigrazione, v. L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, *ivi*, 27-82.

³²Così il preambolo del d.l. 23 maggio 2008, n. 92. L'equazione tra irregolarità migratoria e pericolosità sociale, esplicitata nel preambolo del decreto-legge, è un *topos* ricorrente nella materia in esame, oggetto peraltro di puntuali decostruzioni da parte di autorevoli studiosi: v. D. MELOSSI, *The Connections between Migration, Crime and Punishment. Historical and Sociological Questions*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on “Crimmigration”*, Hart, 2021, 81-99; A. CAPUTO, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, cit., 172-175.

c.d. aggravante della clandestinità³³; nel 2009 attraverso l'introduzione di un autonomo reato di ingresso o permanenza irregolare³⁴), venivano altresì apportate alcune significative modifiche all'art. 12 t.u. imm., conferendogli, quanto meno sul piano strutturale, le caratteristiche essenziali che ha conservato fino ad oggi.

Procedendo in ordine cronologico, il "pacchetto 2008" rafforzava le disposizioni relative al favoreggiamento della *permanenza* irregolare³⁵: anzitutto, in coda al comma 5 veniva introdotta un'aggravante a effetto speciale per i fatti commessi da due o più persone, ovvero riguardanti la permanenza di cinque o più stranieri irregolari; in secondo luogo, veniva introdotto un nuovo comma 5-*bis*, recante la fattispecie speciale di dazione di alloggio o cessione di immobile, a titolo oneroso, a uno straniero privo di titolo di soggiorno, corredata dalla confisca obbligatoria dell'immobile³⁶. Mediante l'introduzione di un reato a dolo generico si intendeva colpire autonomamente il favoreggiamento della permanenza realizzato attraverso la fornitura di un alloggio al clandestino. In sede di conversione del decreto, peraltro, al fine di evitare che venissero attratte nell'ambito della punibilità la fornitura di alloggio a lavoratori domestici irregolari e le attività delle organizzazioni socioassistenziali operanti nel settore dell'immigrazione³⁷, anche il comma 5-*bis* veniva corredato dal dolo specifico di «ingiusto profitto» già previsto per il comma 5³⁸.

³³ Art. 61, n. 11-*bis*, c.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sent. n. 249/2010.

³⁴ Art. 10-*bis* t.u. imm., ritenuto, invece, immune da censure di illegittimità costituzionale dalla sent. n. 250/2010.

³⁵ Ciò al fine di colpire il «*consolidamento sul territorio della situazione di clandestinità*»: così S. CORBETTA, *Modifiche alla "Bossi-Fini"*, in AA.VV., "Decreto sicurezza": tutte le novità, Ipsoa, 2008, 194. Sempre nella prospettiva di colpire le condotte in grado di favorire il radicamento sul territorio degli stranieri irregolari, la riforma interveniva anche sull'art. 22, comma 12, t.u. imm., recante la contravvenzione di impiego di stranieri clandestini alle proprie dipendenze, trasformandola in delitto punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 euro per ogni straniero.

³⁶ La *ratio* della nuova incriminazione era riconducibile, secondo alcuni, al carattere particolarmente insidioso della condotta di favoreggiamento realizzata mediante dazione di alloggio, tenuto conto della sua spiccata capacità di radicare la presenza dello straniero irregolare sul territorio (S. CORBETTA, *Modifiche alla "Bossi-Fini"*, loc. cit.); secondo altri, invece, era espressione dell'intento del legislatore di fare «terra bruciata» attorno ai clandestini, ostacolando la soddisfazione di un bisogno primario come quello all'abitazione (L. MASERA, *Immigrazione*, cit., 22; nello stesso senso, A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, fasc. n. 4/2022, 65).

³⁷ La *ratio* dell'emendamento è così ricostruita da S. CORBETTA, *Modifiche alla "Bossi-Fini"*, cit., 197 s., con richiami ai lavori parlamentari.

³⁸ Per ulteriori dettagli sui rapporti tra comma 5 e 5-*bis* v. *infra*, par. 3.3.1.

Il “pacchetto 2009”, dal canto suo, interveniva principalmente sulla disciplina del favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare (e solo marginalmente su quella del favoreggiamento della permanenza³⁹). Quanto all'ipotesi base di cui al comma 1, invariate le pene, la condotta tipica veniva arricchita mediante l'indicazione di una serie di modalità alternative per la sua realizzazione («promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri...»). Considerato peraltro il permanere, *sub specie* di clausola di chiusura, della precedente e onnicomprensiva formulazione («...ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente»), la modifica non determinava alcuna alterazione dell'area della tipicità, ma si lasciava comunque apprezzare nella misura in cui conferiva alla fattispecie una maggiore aderenza ai principi di precisione e tassatività⁴⁰.

Il comma 3 veniva completamente riscritto. Il ruolo di marcare il discrimine tra mero favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e traffico di migranti tornava ad essere assegnato, verosimilmente per ragioni di semplificazione probatoria⁴¹, a indici diversi dalla finalità di profitto

³⁹ In particolare, nella fattispecie di cessione a titolo oneroso di immobile (comma 5-bis) veniva inserita la precisazione che la condizione di irregolarità dello straniero doveva sussistere al momento della stipula o del rinnovo del contratto. Tanto al fine di escludere la responsabilità penale del locatore in caso di *sopravvenuta* carenza di titolo da parte del conduttore straniero, rischio quest'ultimo paventato da una parte della dottrina: cfr. G. BARBUTO, *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, in S. CORBETTA, G.L. GATTA, A. DELLA BELLA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica"*, cit., 268 s. Secondo L. MASERA, *"Terra bruciata"*, cit., 56 s., la modifica risultava inutile (in quanto agli stessi risultati si poteva pervenire mediante l'esclusione del dolo in capo al locatore) e dannosa (poiché rendeva il reato inapplicabile alle ipotesi in cui il contratto fosse stato volontariamente stipulato poco prima della scadenza del titolo di soggiorno, sfruttando a proprio vantaggio la condizione di precarietà dello straniero).

⁴⁰ Così G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1338, il quale osserva che la descrizione della fattispecie legale, da un lato, «è stata resa più precisa attraverso l'indicazione, a carattere esemplificativo, di condotte che costituiscono 'atti diretti a procurare l'ingresso illegale' dello straniero», dall'altro lato, «non amplia l'area di applicabilità della fattispecie legale, atteso che le condotte sopra indicate erano senz'altro riconducibili al concetto di 'atti diretti a procurare l'ingresso illegale'». In quest'ultimo senso anche G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, n. 4, 2009, 73; E. LANZA, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 301.

⁴¹ La difficoltà di ricostruire le transazioni tra migranti e *smugglers* sarebbe stata valorizzata dalla Commissione europea, qualche anno dopo, a sostegno della scelta di non includere il fine di profitto tra gli elementi costitutivi della nozione di favoreggiamento dell'ingresso irregolare adottata dalla direttiva 2002/90/CE. Sul punto v. *supra*, cap. I, par. 3.2.

– la quale veniva declassata a mera aggravante speciale (comma 3-ter, lett. b) – e segnatamente ai seguenti elementi specializzanti previsti in via alternativa: a) realizzazione del fatto a favore di cinque o più migranti; b) esposizione dei migranti a pericolo per la vita o l'incolumità; c) sottoposizione dei migranti a trattamenti inumani o degradanti; d) realizzazione del fatto da parte di tre o più persone in concorso, o mediante servizi internazionali di trasporto ovvero utilizzando documenti contraffatti o alterati o illegalmente ottenuti; e) disponibilità di armi o esplosivi da parte degli autori del reato. A parte quest'ultima ipotesi, si trattava di quelle che in precedenza rappresentavano le aggravanti speciali di cui al comma 3-bis, alle quali veniva ricollegata una più severa pena detentiva (da cinque a quindici anni di reclusione), soggetta ad un ulteriore aumento fino a un terzo, ai sensi del novellato comma 3-bis, in caso di sussistenza di due o più delle ipotesi di cui alle lettere da a) a e). Questa riscrittura del comma 3 avrebbe generato un contrasto giurisprudenziale in ordine alla sua natura autonoma o circostanziale, ricomposto nel 2018 da un intervento delle Sezioni unite di cui si dirà nel prosieguo.

Il nuovo comma 3-ter continuava a contenere, alla lett. a), le aggravanti incentrate sullo sfruttamento, senza variazioni del quadro edittale; mentre nella lett. b) veniva inserita, come già anticipato, l'ipotesi del dolo specifico di «profitto, anche indiretto». Entrambe le circostanze venivano rese applicabili anche alla fattispecie base del comma 1.

Sul piano degli strumenti repressivi di ordine processuale, la riforma confermava il regime dell'arresto in flagranza per tutti i casi di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (comma 4) e, per le sole ipotesi di cui al comma 3, introduceva una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza (comma 4-bis), successivamente trasformata in presunzione relativa dalla Corte costituzionale⁴². Veniva inoltre modificato l'art. 407 c.p.p., aggiungendo l'ipotesi di cui all'art. 12, comma 3 tra quelle per le quali la durata massima delle indagini è pari a due anni.

⁴² Cfr. la sent. n. 331/2011, che ha dichiarato la disposizione illegittima «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

2.7. *La lotta all'immigrazione irregolare via mare e la stagione dei "porti chiusi"*

Per i dieci anni successivi al "pacchetto sicurezza" del 2009, l'art. 12 t.u. imm. è rimasto invariato, con l'eccezione dell'estensione dei limiti di accesso ai benefici penitenziari *ex art. 4-bis* ord. pen. (limiti fino a quel momento previsti solo per le ipotesi aggravate, come stabilito dalla legge Bossi-Fini) anche alla fattispecie base di cui al comma 1⁴³.

Nella seconda decade del XXI secolo ha preso il via una nuova fase, segnata dall'adozione di misure normative e amministrative in senso stretto volte a rafforzare il controllo delle frontiere marittime, oltre che, come meglio vedremo nel quarto capitolo, dall'avvio di procedimenti penali per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (e altri reati) nei confronti dei soccorritori dei *boat migrants*⁴⁴. Questo complessivo giro di vite risulta spiegabile alla luce della comparsa, sul già travagliato scenario dell'immigrazione in Italia, di nuovi fattori di (ritenuta) allarme: l'aumento degli sbarchi di migranti e richiedenti asilo, specialmente in seguito alle c.d. Primavere arabe nel Nord Africa e dunque nel contesto della successiva c.d. crisi dei rifugiati⁴⁵; la condanna inflitta all'Italia, nel 2012, dalla Corte di Strasburgo per i respingimenti illegali in Libia, fino a quel momento utilizzati come strategia di controllo dei flussi via mare⁴⁶; il tentativo da parte di organizzazioni non governative di compensare gli insufficienti sforzi statali di tutela della vita nel Mediterraneo mediante l'organizzazione di siste-

⁴³ Cfr. l'art. 3-*bis* del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, che ha modificato l'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, inserendo l'art. 12, comma 1 nel relativo elenco.

⁴⁴ Per un quadro d'insieme su tale contesto v. L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Feder.*, n. speciale 2/2019, 18-24.

⁴⁵ Per un quadro di sintesi, v. H. DE HASS, S. CASTLES, M.J. MILLER, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Macmillan International Higher Education, 2020, 137.

⁴⁶ Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*. Sulle prassi di respingimento alla frontiera, nella prospettiva dei limiti imposti dal diritto internazionale, v. in generale I. PAPANICOLOPULU, G. BAJ, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2020, 23-50. Osserva efficacemente che «l'epurazione dello straniero comincia con i respingimenti in alto mare, denominati anestetivamente – con eloquente impostura linguistica – operazioni di push back», L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, 2019, 45.

matiche attività di ricerca e soccorso, presto stigmatizzate come *pull factor* di ulteriori partenze verso il continente europeo⁴⁷.

Tra le principali iniziative adottate dai Governi italiani succedutisi in questo frangente si ricordano la stipula di accordi bilaterali con i Paesi terzi di partenza e di transito, aventi ad oggetto l'impegno al contenimento dei flussi in cambio di aiuti logistici ed economici⁴⁸; la previsione di un «codice di condotta» per le organizzazioni non governative impegnate nelle attività di soccorso in mare⁴⁹; la sistematica sottoposi-

⁴⁷ La «teoria del *pull factor*» compare nel *Risks Analysis for 2017* dell'Agenzia europea Frontex (in frontex.europa.eu), dove si afferma che trafficanti e migranti confidano nell'intervento dei soccorritori (sia privati che pubblici), e che pertanto le attività di ricerca e soccorso, specie laddove condotte in prossimità delle coste libiche, «*unintentionally help criminals achieve their objectives at minimum cost, strengthen their business model by increasing the chances of success*» (p. 32). L'ipotesi viene poi coltivata, benché con toni più dubitativi e limitandosi a riferire le opinioni del direttore di Frontex e del Procuratore capo di Catania Zuccaro, nell'ambito dell'«Indagine conoscitiva sul contributo dei militari italiani al controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo e l'impatto delle attività delle organizzazioni non governative» (cfr. il documento conclusivo approvato nella seduta del 16 maggio 2017 dalla 4ª Commissione permanente del Senato, p. 9). Tracce di questa teoria si rinvencono anche nel Regno Unito, in particolare nel Report della House of Lords, *Operation Sophia, the EU's naval mission in the Mediterranean: an impossible challenge*, European Union Committee, 14th Report of Session 2015-16, 13 maggio 2016. Sulla teoria del «*pull factor*» si tornerà nel cap. IV, par. 4.2, anche al fine di illustrare le obiezioni che le sono state rivolte.

⁴⁸ Per un quadro e un'analisi critica degli accordi bilaterali tra Italia e Libia, Italia e Tunisia, UE e Turchia, v. F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *DUDI*, n. 1, 2018, 5-27; sugli accordi italo-albanesi del 1997 e italo-libici del 2007, v. T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, 2014, 220-225; sul memorandum d'intesa italo-libico del 2017 e i suoi riflessi pratici nella gestione dei flussi migratori lungo il Mediterraneo centrale, v. L. GENNARI, C.L. CECCHINI, G. CRESCINI, *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, cit., 133 ss.; A. FAZZINI, *Il caso S.S. and Others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2020, 86-113; nonché V. FAGGIANI, *Il dovere di soccorso in mare tra politica dei porti chiusi e Covid-19*, in E. AUGUSTI, S. PENASA, S. ZIRULLA (a cura di), *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 2022, 43-47.

⁴⁹ Il «codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare» è stato redatto dal Governo italiano, con il sostegno dei Ministri dell'Interno UE riunitisi a Tallinn il 6 luglio 2017, e proposto per la sottoscrizione alle organizzazioni svolgenti attività sistematiche di *search and rescue* nel Mediterraneo centrale. Rinviando per ulteriori dettagli al cap. IV, par. 4.2, in questa sede ci si limita a riportare alcuni degli specifici impegni dettati dalle clausole del documento: «non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazione di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e

zione delle navi facenti capo alle medesime ONG a ispezioni portuali seguite dall'adozione di provvedimenti di fermo per ritenuta non conformità dell'equipaggiamento alle attività svolte⁵⁰; il trattenimento *de facto* degli stranieri a bordo delle navi soccorritrici per numerosi giorni prima di assegnare un porto sicuro e autorizzare lo sbarco⁵¹. La novità di maggiore rilievo, ai fini della presente indagine, è rappresentata dal conferimento al Ministro dell'interno del potere di emanare provvedimenti limitativi o interdittivi della circolazione di navi italiane e straniere nelle acque territoriali, corredato dalla previsione di severe sanzioni per i trasgressori, inizialmente di natura amministrativa (decreto sicurezza-*bis* 2019), poi di natura penale (decreto Lamorgese 2020), infine nuovamente di natura amministrativa (decreto Piantedosi 2023). Si

[...] non ostacolare l'attività di *Search and Rescue* (SAR) da parte della Guardia costiera libica»; «non effettuare comunicazioni o inviare segnalazioni luminose per agevolare la partenza e l'imbarco di natanti che trasportano migranti, fatte salve le comunicazioni necessarie nel corso di eventi SAR per preservare la sicurezza della vita in mare: con l'intento di non facilitare i contatti con i soggetti dediti alla tratta e al traffico di migranti»; «non trasferire le persone soccorse su altre navi, eccetto in caso di richiesta del competente MRCC e sotto il suo coordinamento anche sulla base delle informazioni fornite dal Comandante della nave»; «assicurare che le competenti autorità dello Stato di bandiera siano tenute costantemente informate dell'attività intrapresa dalla nave ed immediatamente informate di ogni evento rilevante ai fini di *maritime security*»; «cooperare con l'MRCC, eseguendo le sue istruzioni ed informandolo preventivamente di eventuali iniziative intraprese autonomamente perché ritenute necessarie ed urgenti»; «l'impegno a una cooperazione leale con l'Autorità di Pubblica Sicurezza del previsto luogo di sbarco dei migranti, anche trasmettendo le pertinenti informazioni di interesse a scopo investigativo alle Autorità di Polizia, nel rispetto della normativa internazionale sui rifugiati e sulla protezione dei dati nonché dei differenti mandati e competenze delle persone giuridiche interessate come previsto dal diritto nazionale ed internazionale»; «recuperare, durante le attività, una volta soccorsi i migranti e nei limiti del possibile, le imbarcazioni improvvisate ed i motori fuoribordo usati dai soggetti dediti al traffico/tratta di migranti e ad informare immediatamente l'ICC (*International Coordination Centre*) dell'operazione TRITON».

⁵⁰ Cfr. F. DE VITTOR, *Il Port State Control sulle navi delle ONG che prestano soccorso in mare: tutela della sicurezza della navigazione o ostacolo alle attività di soccorso?*, in DUDI, n. 1, 2021, 103-127; I. PAPANICOLOPULU, G. LOSI, *La Sea Watch davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: rapporti tra fonti, rapporti tra Stati e regolazione (indiretta) delle attività di soccorso in mare*, in *Dir. imm. cit.*, n. 1, 2023, 235-254.

⁵¹ Si pensi alle note e controverse vicende dei trattenimenti a bordo delle navi militari *Diciotti* e *Gregoretti*, nonché della nave *Open Arms* dell'omonima ONG, vicende sulle quali cfr., per i profili di diritto internazionale, E. CARLI, *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, in DUDI, n. 3, 2020, 689-707; nonché, per i risvolti penalistici, F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3, 2020, 428-443; L. MASERA, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *Leg. pen.*, 22 aprile 2022, 2-3, 20-22; ID., *Immunità della politica e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, 1-32.

tratta di una disciplina evidentemente diversa, ma al contempo complementare, rispetto a quella dettata dall'art. 12 t.u. imm., sulla quale si tornerà più nel dettaglio nella parte conclusiva del capitolo.

2.8. *L'ultimo giro di vite: il d.l. n. 20/2023 (c.d. "decreto Cutro").*

L'attuale legislatore è tornato a mettere mano all'art. 12 t.u. imm., inasprendone ulteriormente le pene, ed ha altresì introdotto la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12-*bis* t.u. imm.⁵².

Con riferimento alla figura base di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, la pena detentiva è stata elevata di un anno sia nel minimo che nel massimo edittale, e dunque attualmente è pari alla reclusione da due a sei anni; analogamente, l'aumento di pena previsto per le aggravanti speciali di cui al comma 3 è stato portato alla reclusione da sei a sedici anni. La relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione non illustra la *ratio* di queste novità, verosimilmente da individuarsi nell'intenzione di rimarcare, anche solo simbolicamente, l'intransigenza del Governo nei confronti di qualunque forma di favoreggiamento di ingressi irregolari, incluse quelle non aggravate⁵³.

La principale novità penalistica è rappresentata dalla nuova fattispecie di cui all'art. 12-*bis* t.u. imm., rubricato «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina»⁵⁴. In questo

⁵² Art. 8, d.l. 10 marzo 2023, n. 20, recante «Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare», conv. con modif. dalla legge 5 maggio 2023, n. 50. Per un primo commento alle novità del decreto in materia penale, v. L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Quest. giust.*, 3 aprile 2023.

⁵³ In questo senso L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023*, cit., il quale osserva che, sebbene l'aumento del massimo edittale consenta ora di disporre le intercettazioni anche per la fattispecie base (art. 266 c.p.p.), in ogni caso la modifica in esame riveste «un significato più mediatico che reale», tenuto anche conto che nella prassi la fattispecie base riceve scarsissima applicazione, a vantaggio delle ipotesi di cui al comma 3 (per le quali le intercettazioni erano già ammesse).

⁵⁴ Sebbene la disposizione configuri, a prima vista, una fattispecie autonoma, in ragione della compiuta descrizione del fatto tipico e dell'autonomo corredo sanzionatorio (qualificazione del resto corrispondente alla *voluntas legis*, secondo quanto riporta la Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 591 di conversione del decreto-legge, 10 marzo 2023, p. 9), non mancano argomenti che potrebbero determinare la sua qualificazione in termini di mera circostanza aggravante: sul punto v. ancora L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023*, cit.

caso la finalità perseguita dal Governo risulta già evidente alla luce della stretta connessione temporale tra la novella e il tragico naufragio avvenuto davanti alla costa del Comune di Cutro il 26 febbraio 2023, nel quale sono morte oltre novanta persone, tra cui molti minorenni. Sebbene, come vedremo nell'immediato prosieguo, la norma presenti un ambito di applicazione non limitato al favoreggiamento dell'immigrazione via mare, la sua introduzione è stata espressamente giustificata con lo scopo di colpire i trafficanti dei *boat migrants* e i c.d. scafisti⁵⁵.

Si tratta di un reato complesso ottenuto mediante l'innesto, su una condotta dolosa di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, della causazione di uno o più eventi non voluti di morte o lesioni personali⁵⁶. La nuova disposizione, pertanto, rileva solo piano del *quantum* sanzionatorio, senza alcun effetto espansivo dell'area del penalmente rilevante. A differenza dell'art. 12 t.u. imm., la condotta base è a forma vincolata, sussistendo solo «quando il trasporto o l'ingresso sono attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sottoponendole a trattamento inumano o degradante». In assenza di tali presupposti, pertanto, in caso di morti o lesioni conseguenti a condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare continuerà ad applicarsi, come accaduto finora, la disciplina del concorso formale *ex artt.* 12 t.u. imm., 586, 589 o 590 c.p.⁵⁷.

Il coefficiente soggettivo che collega la condotta all'evento lesivo è descritto solo in negativo (l'evento non deve essere voluto); sicché, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata al principio di colpevolezza, deve consistere nella colpa *sub specie* di prevedibilità in concreto dell'evento stesso⁵⁸. È evidente, peraltro, che una volta accer-

⁵⁵In questo senso le dichiarazioni del Presidente del Consiglio in sede di conferenza stampa del 9 marzo 2023, immediatamente successiva al varo del d.l. n. 20/2023.

⁵⁶Il comma 1 recita: «Chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o in qualunque modo effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, quando il trasporto o l'ingresso sono attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sottoponendole a trattamento inumano o degradante, è punito con la reclusione da venti a trenta anni se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, la morte di più persone. La stessa pena si applica se dal fatto derivano la morte di una o più persone e lesioni gravi o gravissime a una o più persone».

⁵⁷Cfr., di recente, Cass. pen., sez. I, 7 dicembre 2021, n. 15556, *Essaush*.

⁵⁸Sulla necessità di correggere in via interpretativa le ipotesi di responsabilità oggettiva basate sulla logica del *versari in re illicita*, aggiungendo il requisito della prevedibilità in concreto dell'evento lesivo non voluto conseguente a una condotta-base dolosa, cfr. F. BASILE,

tato il dolo rispetto alla condotta consistente in un trattamento inumano o degradante, ovvero, e soprattutto, rispetto alla condotta generatrice di un pericolo per la vita o l'incolumità, l'accertamento della colpa, pur non potendo ridursi a un mero automatismo, non presenterà particolari difficoltà.

Le pene sono di eccezionale severità: ai sensi del comma 1 è prevista la reclusione da venti a trenta anni in caso di morte di più persone, ovvero di morte di una o più persone e lesioni gravi o gravissime a una o più persone; mentre ai sensi del comma 2 è prevista la reclusione da quindici a ventiquattro anni in caso di morte di una sola persona, ovvero da dieci a venti anni in caso di lesioni gravi o gravissime a una o più persone. Al di là della discutibile scelta di introdurre un reato con coefficiente soggettivo di dolo misto a colpa presidiato da una pena detentiva fino a trent'anni⁵⁹, sul piano pratico l'effetto della novella non è tanto quello di introdurre pene più severe per i casi più gravi (invero, la reclusione fino a trent'anni poteva infatti essere raggiunta già attraverso l'applicazione congiunta delle aggravanti di cui all'art. 12, commi 3, 3-bis e 3-ter); bensì quello di inasprire il trattamento sanzionatorio per i casi *meno* gravi, prevedendo minimi edittali particolarmente elevati. È sotto quest'ultimo profilo che, come vedremo, la disposizione presta il fianco a censure di incostituzionalità per manifesta sproporzione⁶⁰.

Come già anticipato, la norma incriminatrice risulta di per sé applicabile a qualunque vicenda di favoreggiamento dell'ingresso irregolare dalla quale derivino la morte e/o le lesioni di uno o più trasportati. Si pensi, per citare casi tristemente noti alle cronache, alla morte per soffocamento di migranti nascosti nel vano di un furgone o sotto un carico di merci. È chiaro peraltro che, nello specifico contesto italiano, carat-

La colpa in attività illecita: un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva, Giuffrè, 2005, 769-792; ID., voce *Colpa in attività illecita*, in M. DONINI (diretto da), *Enc. dir. – I Tematici*, Vol. II, *Reato colposo*, Giuffrè, 2021, 152 s.; per il recepimento della tesi in giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, Ronci, CED 243381; per un commento alla pronuncia, attento ai profili rimasti irrisolti, R. BARTOLI, "Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1047-1053; per una più recente e approfondita indagine, M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bononia University Press, 2020, 93 ss.

⁵⁹Le uniche altre ipotesi in cui, per un fatto colposo, è prevista la pena detentiva pari a trent'anni sono quelle della morte, come conseguenza non voluta, del soggetto sequestrato a scopo di estorsione (art. 630, comma 2, c.p.) o a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-bis c.p.) ovvero del soggetto vittima di tortura (art. 613-bis, comma 5, c.p.).

⁶⁰Così L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023*, cit. Sul punto v. *funditus* cap. V, par. 8 ss.

terizzato da una particolare pressione migratoria sulle frontiere marittime, la norma è destinata a trovare più frequenti applicazioni nei casi di naufragio o comunque di incidenti occorsi durante le traversate del Mediterraneo.

È prevista un'aggravante a effetto comune per i casi in cui ricorrono le ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, lett. *a*) (favoreggiamento di cinque o più persone), *d*) (fatto commesso da tre o più persone in concorso); *e*) (disponibilità di armi o materie esplosive). Il mancato richiamo alle lett. *b*) e *c*) deriva dal fatto che le modalità in esse previste sono state elevate, come visto, ad elementi costitutivi del reato. Un'ulteriore aggravante, a effetto speciale, è prevista quando concorrono almeno due delle ipotesi di cui alle indicate lettere, ovvero quando ricorrono le aggravanti incentrate sulle finalità di sfruttamento o di profitto di cui all'art. 12, comma 3-*ter*. Sempre con riferimento al regime delle circostanze, è previsto il divieto di bilanciamento di eventuali attenuanti, diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114 c.p., con le aggravanti indicate.

Per effetto di una serie di richiami all'art. 12, contenuti nel comma 5 dell'art. 12-*bis*, trovano applicazione anche per quest'ultimo la c.d. attenuante della collaborazione (art. 12, comma 3-*quinqies*); l'arresto in flagranza (art. 12, comma 4); la presunzione (divenuta relativa per effetto della già richiamata sent. cost. n. 331/2011) di adeguatezza della custodia in carcere (comma 4-*bis*); la confisca obbligatoria del mezzo di trasporto (comma 4-*ter*).

Particolarmente significativa, specie alla luce delle criticità che si riscontrano – come vedremo dettagliatamente *infra* – nell'individuazione di validi criteri di collegamento tra l'ordinamento italiano e le vicende che si esauriscono in acque internazionali, è la previsione di cui all'ultimo comma del nuovo art. 12-*bis*, in base alla quale «Fermo quanto disposto dall'articolo 6 del Codice penale, se la condotta è diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, il reato è punito secondo la legge italiana anche quando la morte o le lesioni si verificano al di fuori di tale territorio».

La novella provvede, infine, ad allargare al nuovo reato l'ambito di applicazione di una serie di ulteriori disposizioni: in particolare, l'art. 12-*bis* viene inserito, ai fini dei limiti all'accesso ai benefici penitenziari, nell'art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, ord. pen.; ai fini della competenza delle procure distrettuali (peraltro, esattamente come per l'art. 12, commi 3 e 3-*ter*, solo laddove costituisca il reato scopo di un'associazione per delinquere), nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.; nonché, ai fini dell'estensione a due anni del termine di durata massima delle indagini preliminari, nell'art. 407, comma 2, lett. *a*), n. 7-*bis*, c.p.p.

2.9. *Un sintetico bilancio.*

Sin dagli anni '90 del secolo scorso, con largo anticipo rispetto agli obblighi di incriminazione di fonte internazionale ed europea, l'Italia si è dotata di un apparato repressivo del favoreggiamento delle migrazioni irregolari caratterizzato da norme incriminatrici di ampio spettro applicativo, severe pene detentive e pecuniarie, pervasivi strumenti di *enforcement*. Questo *trend* politico-criminale, avviato a fronte delle prime “crisi migratorie”, non solo non è mai stato invertito, a prescindere dal colore politico delle maggioranze che si sono avvicendate alla guida del Paese, ma anzi ha generato riforme accomunate dall'irrobustimento della risposta punitiva, le quali, come vedremo, hanno finito per spingere l'ordinamento italiano ben oltre a quanto richiesto dai sopravvenuti strumenti sovranazionali. L'indagine diacronica suggerisce, in conclusione, che le attuali sembianze dell'art. 12 t.u. imm., così come le disposizioni sui “porti chiusi” ad esso ancillari, non rappresentino il frutto di meditate scelte di politica criminale sulle modalità più efficaci di contrasto dell'immigrazione irregolare, bensì il risultato dell'affastellarsi di riforme di stampo meramente securitario, presentate all'elettorato come indispensabili per combattere il mercato nero della mobilità. Ne costituisce conferma – l'ultima in ordine cronologico – l'introduzione dell'art. 12-*bis* t.u. imm. da parte del d.l. n. 20/2023, che si prefigge l'ambizioso scopo di contrastare il traffico di *boat migrants* attraverso la mera predisposizione di un apparato di pene (ancora) più severe di quelle che già consentivano di colpire i medesimi fenomeni.

Giunti a questo punto, si tratta di valutare quale sia stata, finora, la capacità di rendimento delle norme penali in esame di fronte alle sfide che la realtà dei flussi migratori irregolari verso l'Italia ha generato nel corso degli anni. A tal fine sarà indispensabile fare riferimento alla ricca produzione giurisprudenziale che si è confrontata con le multiformi manifestazioni delle condotte di aiuto all'ingresso e alla permanenza irregolare, soffermandosi sui principali nodi esegetici emersi e sottoponendo ad analisi critica le soluzioni di volta in volta raggiunte.

3. *Le figure incriminatrici del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.*

Come emerso dalla disamina sin qui condotta, al netto delle “*carrier sanctions*” e delle sanzioni amministrative previste per le navi soccorri-

trici che non si conformano alle prescrizioni dettate dalla decretazione d'urgenza in materia di "porti chiusi", la risposta italiana al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare risulta oggi affidata alle norme penali racchiuse nell'art. 12 t.u. imm., al quale è stato da ultimo affiancato l'art. 12-*bis* per i casi in cui dal favoreggiamento derivino, quale conseguenza non voluta, la morte dei trasportati o lesioni personali ai loro danni. Posto che quest'ultima disposizione, nel momento in cui si scrive, non ha ancora ricevuto applicazioni, nel prosieguo si concentrerà l'attenzione sull'art. 12 t.u. imm., cominciando dalle figure di reato in esso racchiuse: il favoreggiamento dell'ingresso irregolare (comma 1) e il favoreggiamento della permanenza irregolare (comma 5), quest'ultimo declinato anche nella forma speciale di dazione di alloggio allo straniero irregolare (comma 5-*bis*). Prima di procedere conviene, tuttavia, svolgere alcune preliminari considerazioni di ordine terminologico.

3.1. *Alcune premesse terminologiche.*

L'art. 12 t.u. imm. non indica il *nomen iuris* delle figure di reato in esso racchiuse. La generica rubrica «Disposizioni contro le immigrazioni clandestine» riflette il carattere eterogeneo della disciplina ivi dettata, comprensiva di fattispecie incriminatrici, circostanze aggravanti e attenuanti, una causa di giustificazione, ipotesi di confisca, norme processuali e sulle operazioni di polizia, illeciti amministrativi. Gli interpreti spesso si riferiscono all'art. 12, comma 1, mediante le espressioni «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» e «favoreggiamento dell'emigrazione clandestina», a seconda che l'agevolazione abbia ad oggetto, rispettivamente, l'ingresso in Italia o in altro Stato. Tale nomenclatura, pur trovando riscontro in altre disposizioni del testo unico che richiamano l'art. 12, a ben vedere non appare in grado di riflettere fedelmente il contenuto delle condotte incriminate. Il problema non riguarda, se non marginalmente, il termine "favoreggiamento": esso, infatti, pur potendo astrattamente presentare profili di ambiguità in ragione delle omonime figure codicistiche contro l'amministrazione della giustizia, può anche, e senza forzature, costituire un sinonimo di "agevolazione"⁶¹; tanto è vero che proprio in questo senso viene esplicita-

⁶¹ In maniera non dissimile da quanto accade rispetto al "favoreggiamento" della prostituzione ex art. 3, n. 8, legge n. 75/1958. Esprimono, invece, perplessità rispetto all'utilizzo di tale espressione, ritenendo preferibile quella di "agevolazione", A. DI MARTINO, L. RICCI, *L'inos-*

mente utilizzato dalla versione in lingua italiana del *Facilitators Package*. Problematico, invece, risulta l'utilizzo dell'aggettivo «clandestina» riferito all'immigrazione, in quanto testualmente allusivo al solo attraversamento *occulto* delle frontiere: come vedremo, infatti, il reato si applica anche nelle ipotesi di ingresso irregolare procurato con mezzi fraudolenti o addirittura alla luce del sole (come spesso accade nelle traversate lungo la c.d. rotta del Mediterraneo centrale)⁶². Parimenti problematico appare il sostantivo «emigrazione»: sia perché, letteralmente, ricomprende le sole ipotesi di espatrio⁶³, e pertanto non riflette con sufficiente precisione semantica tutte le situazioni, pur ricomprese nella norma incriminatrice, in cui è agevolato l'ingresso irregolare in uno Stato diverso dall'Italia; sia, e più in radice, perché dal punto di vista strutturale non vi è alcuna differenza tra tale ipotesi e il favoreggiamento dell'ingresso irregolare in Italia, trattandosi pur sempre di agevolare l'attraversamento illegale di una frontiera⁶⁴.

Al fine di superare i due evidenziati ordini di ambiguità, pare preferibile riferirsi all'art. 12, comma 1, in termini di «favoreggiamento dell'ingresso irregolare», precisando di volta in volta, laddove ciò abbia rilevanza, se si tratta di ingresso in Italia o in altro Paese. Si utilizzerà, invece, la più ampia espressione «favoreggiamento dell'immigrazione irregolare», almeno in parte mutuata dal diritto europeo⁶⁵, per indica-

servanza delle limitazioni o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto, in *Leg. pen.*, 1° marzo 2021, 15.

⁶² Per analoghe considerazioni critiche rispetto all'utilizzo dell'espressione «*smuggling*» nel diritto internazionale, v. A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Brill, 2018, 5 s.

⁶³ In questa accezione il termine è utilizzato, ad esempio, nel reato di frode in emigrazione: cfr. P. MAGRI, *Art. 645*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo III, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 2760.

⁶⁴ V. ancora A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, cit., 18: «*Outbound smuggling, therefore, is itself, structurally, inbound smuggling, in the sense that what makes it a crime is not helping someone to exit from a foreign country but helping him or her to (irregularly) enter another foreign country*». L'autore peraltro ritiene che la distinzione tra *inbound smuggling* e *outbound smuggling* possa essere mantenuta nella misura in cui consente di chiarire che lo Stato incrimina tali condotte non solo nel proprio interesse ma anche nell'interesse di altri Stati, nel quadro della cooperazione internazionale per la lotta contro il traffico di migranti.

⁶⁵ Come visto nel precedente capitolo (par. 3), infatti, gli strumenti che compongono il *Facilitators Package* si avvalgono dell'espressione «*facilitation of illegal immigration*» (nella versione italiana: «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina») per indicare in maniera unitaria le condotte di «*facilitation of unauthorised entry, transit and residences*»

re, in maniera onnicomprensiva, tanto le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui al comma 1, quanto le ipotesi di favoreggiamento della permanenza irregolare di cui al comma 5 dell'art. 12 t.u. imm.

Con riferimento, infine, all'espressione «traffico di migranti», che non trova una corrispondente figura di reato nel nostro ordinamento, essa verrà utilizzata, laddove specificamente indicato, come traduzione del concetto di «*smuggling of migrants*» di cui all'art. 3 del Protocollo di Palermo (in linea con la versione italiana del Protocollo stesso, allegata alla legge di ratifica ed esecuzione n. 146/2006); ovvero, in assenza di ulteriori precisazioni, come concetto volto a ricomprendere le condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare caratterizzate da un *surplus* di disvalore rispetto alla mera agevolazione dell'ingresso irregolare (in particolare in ragione della presenza di una o più delle circostanze aggravanti di cui ai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*). Nell'ultimo capitolo la medesima espressione verrà invece utilizzata in ottica *de jure condendo*, ossia per riferirsi ad una figura di illecito la cui introduzione, *in sostituzione* dell'attuale figura di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, potrebbe sanare le criticità che, come vedremo nel corso della trattazione, affliggono la disciplina vigente.

3.2. *Il favoreggiamento dell'ingresso irregolare.*

L'art. 12 t.u. imm. racchiude, al comma 1, la figura di delitto alla quale l'ordinamento affida, ormai da un quarto di secolo, la protezione delle frontiere rispetto al favoreggiamento dell'ingresso irregolare di soggetti rientranti nella categoria degli «stranieri»⁶⁶. Per effetto delle modifiche introdotte dal c.d. decreto Cutro (d.l. n. 20/2023, conv. con modif. dalla legge n. 50/2023), la pena detentiva consiste nella reclu-

(nella versione italiana: «favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali»).

⁶⁶ Si riporta, per agevolare la lettura, il testo della disposizione: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona». Per la nozione di «straniero», v. l'art. 1 t.u. imm., ai sensi del quale la disciplina dettata dal medesimo testo unico si applica «salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri».

sione da due a sei anni (in precedenza da uno a cinque anni), mentre la multa è rimasta, sin dalla legge Bossi-Fini, pari a 15.000 euro per ogni straniero favorito. In base al diritto vivente, la disposizione rappresenta l'unica fattispecie autonoma di favoreggiamento dell'ingresso irregolare prevista dall'art. 12 t.u. imm., mentre le ipotesi di cui ai successivi commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* costituiscono mere circostanze aggravanti speciali (alle quali sono peraltro ricollegati, come vedremo, drastici incrementi sanzionatori)⁶⁷.

3.2.1. Modello italiano e modelli sovranazionali a confronto: conformità e discrasie.

La norma incriminatrice di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm. incorpora gli elementi essenziali della nozione di favoreggiamento dell'ingresso irregolare dettata dalla direttiva 2002/90/CE⁶⁸: si tratta, infatti, di un illecito di agevolazione e a dolo generico, capace di sanzionare l'aiuto volontariamente prestato, in qualunque forma, allo straniero che intenda fare ingresso in Italia o in altro Stato membro senza averne i requisiti ai sensi del diritto dell'immigrazione nazionale⁶⁹.

La specificazione di diverse tipologie di condotte («promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto»), accanto alla clausola di

⁶⁷ La natura di mere aggravanti delle ipotesi di cui al comma 3 è stata affermata dalle Sentenze unite con la sentenza *Mizanur* del 2018. Sul punto v. *infra*, par. 4.1.

⁶⁸ Come si ricorderà tale direttiva costituisce, insieme alla collegata decisione quadro 2002/946/GAI, il c.d. *Facilitators Package*, ossia il complesso di disposizioni europee che vincolano gli Stati membri a criminalizzare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: v. cap. I, par. 3.

⁶⁹ L'opzione a favore di un'autonoma figura di agevolazione, in sé e per sé considerata, risulta coerente con la finalità perseguita dal legislatore storico, ossia incriminare il contributo prestato ad una condotta altrui (l'ingresso irregolare da parte dello straniero) che, all'epoca dell'introduzione dell'art. 12 t.u. imm., era penalmente irrilevante (per una ricca disamina delle ipotesi di agevolazione di condotte non costituenti reato, v. G. DENORA, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, ESI, 2006, 19-30). Dopo l'introduzione del c.d. reato di clandestinità ad opera del "pacchetto sicurezza" del 2009 (art. 10-*bis* t.u. imm.), l'art. 12 assolve alla diversa finalità di tipizzare in via autonoma il contributo atipico offerto all'ingresso irregolare, rendendo possibile la criminalizzazione del concorso nel tentativo di ingresso irregolare (altrimenti non punibile stante la natura contravvenzionale dell'art. 10-*bis* t.u. imm.) e ricollegandovi un apparato sanzionatorio estremamente più severo rispetto a quello che risulterebbe dalla disciplina del concorso di persone. Cfr., *mutatis mutandis*, quanto rilevato dalla Corte costituzionale in punto di struttura del favoreggiamento della prostituzione: «Il favoreggiamento, del resto, non è altro che una forma di concorso materiale nella prostituzione altrui (pur con la particolarità che [...] nell'occasione è punito solo il compartecipe e non l'autore del fatto)» (sent. n. 141/2019, cons. in dir., n. 8).

chiusura («altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso»), *non* risponde alla finalità di dettare discipline differenziate (distinguendo, cioè, le condotte più complesse, evocative del coinvolgimento di gruppi criminali più o meno organizzati⁷⁰, da quelle a carattere meramente occasionale o di rilevanza marginale⁷¹); al contrario, risponde alla finalità di livellare la comminatoria edittale, in linea con la scelta di fondo di punire il favoreggiamento non in quanto mercificazione o comunque forma di sfruttamento dello straniero irregolare, bensì in quanto mera *partecipazione* al suo (anche solo tentato) ingresso *sine titulo*. Risultano pertanto riconducibili alla fattispecie in esame tanto il trasporto nel territorio nazionale di uno o pochi stranieri senza i documenti in regola⁷², quanto il traffico organizzato di migranti⁷³, senza peraltro che – giova

⁷⁰ Si tratta delle condotte di promozione, direzione e organizzazione, le quali evocano sia l'aggravante codicistica del concorrente che abbia promosso, organizzato o diretto l'attività illecita (art. 112, comma 1, n. 2, c.p.), sia le condotte tipiche ai sensi delle fattispecie associative *ex* artt. 416 e 416-*bis* c.p. Proprio muovendo dalle nozioni elaborate sul terreno dei reati associativi, si è rilevato che la promozione indica «*l'impulso iniziale all'operazione diretta all'ingresso illegale*»; l'organizzazione «*l'attività di coordinamento dei diversi fattori (logistici, finanziari ecc.) chiamati a concorrere nella realizzazione dell'operazione*»; la direzione «*il ruolo di chi, nel contesto organizzativo, assume un ruolo di supremazia*»; il finanziamento «*il contributo meramente economico alla realizzazione dell'operazione*» (così A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, cit., 49). Lo stesso autore, peraltro, si mostra critico rispetto all'opzione legislativa in esame, che da un lato descrive le condotte avvalendosi di una terminologia mutuata dal settore dei reati associativi, e dall'altro lato le svincola dalla necessaria sussistenza di una struttura organizzata vera e propria così finendo per determinare «*un'asimmetria tra le condotte oggetto della specificazione normativa e la condotta-base di favoreggiamento dell'immigrazione contra ius, un'asimmetria che rende ragione della non agevole ricostruzione della portata delle singole nozioni*» (*ibidem*).

⁷¹ V. ancora A. CAPUTO, *loc. cit.*, che osserva come la mera effettuazione del trasporto si collochi «*su un piano diverso da quello evocato dalle condotte fin qui analizzate*», ben potendo riferirsi «*a fattispecie concrete mono-soggettive e a vicende di favoreggiamento non particolarmente articolate*».

⁷² Cfr. Cass. pen., sez. I, 25 novembre 2014, n. 12542, E.M. avente ad oggetto una vicenda nella quale uno straniero era stato clandestinamente trasportato in Italia dal fratello, a bordo di un'automobile a sua volta imbarcata su un traghetto proveniente dalla Grecia.

⁷³ Cfr. Cass. pen., sez. I, 5 aprile 2018, n. 37303, H.A. e altri, relativa a un'associazione per delinquere che reclutava migranti in Libia e ne organizzava il trasferimento via mare verso l'Italia. Naturalmente in simili casi potranno trovare applicazione, ricorrendone i presupposti, le rilevanti ipotesi associative, nonché la circostanza aggravante del reato transnazionale di cui all'art. 61-*bis* c.p. Per un quadro delle diverse tipologie di organizzazioni criminali operanti nel Mediterraneo cfr. V. MILITELLO, *I traffici illeciti fin nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali. Una introduzione alla ricerca NESMeS*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., 7-13; sugli strumenti di contrasto della criminalità organizzata finalizzata al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, v. C. FERRARA, *Il traffico di migranti nel Mediterraneo in un*

anticiparlo sin d'ora – l'apparato di circostanze aggravanti previsto dal medesimo art. 12, ai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, offra una soddisfacente diversificazione del relativo trattamento sanzionatorio.

Sotto certi profili, il legislatore italiano si è addirittura spinto oltre quanto richiesto dal diritto europeo. Anzitutto, ha introdotto un reato a consumazione anticipata, sebbene la direttiva si limiti a imporre l'estensione della punibilità al tentativo. Il reato, pertanto, si perfeziona anche nei frequenti casi in cui l'*iter criminis* viene interrotto per intervento delle autorità o per altra causa, quali i naufragi che spesso si verificano durante le traversate del Mediterraneo. In secondo luogo, il legislatore ha finito per introdurre, per effetto dell'accumularsi di riforme orientate al progressivo inasprimento delle pene, un apparato sanzionatorio assai più severo rispetto agli standard minimi fissati dalla decisione quadro 2002/946/GAI⁷⁴.

Sotto altri profili, invece, l'avvento del Pacchetto sul favoreggiamento avrebbe richiesto interventi di adeguamento della disciplina italiana, che tuttavia non sono mai stati adottati, e sui quali è opportuno svolgere qualche considerazione. Il primo problema riguarda l'utilizzo del termine «procurare» (introdotto nel 2002 dalla legge Bossi-Fini in luogo del precedente «favorire»), che risulta più fedele alla formulazione utilizzata dal Protocollo di Palermo («*to procure*») rispetto a quella utilizzata dalla direttiva 2002/90/CE («*to assist*»; «aiutare» nella versione italiana). Il delta semantico intercorrente tra la nozione internazionale, da un lato, e quella europea, dall'altro lato, non appare, almeno sulla carta, trascurabile, giacché riflette le due principali classi di significati attribuibili alla categoria concettuale dell'agevolazione⁷⁵: il più pre-

ufficio giudiziario di frontiera. *L'esperienza della Procura della Repubblica di Palermo*, ivi, 201-208.

⁷⁴ L'art. 1, par. 3 della decisione quadro impone la previsione di pene detentive, il cui massimo non può essere inferiore a otto anni, soltanto per il favoreggiamento dell'ingresso irregolare realizzato a scopo di lucro e sempreché, alternativamente, l'illecito sia riconducibile a un'organizzazione criminale oppure abbia l'effetto di porre in pericolo la vita delle persone.

⁷⁵ Tra i contributi imprescindibili in materia, limitandoci alla letteratura italiana, si vedano: L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, 1981, la cui indagine è attraversata dallo sforzo interpretativo teso ad evitare, attingendo alla teoria della causalità e del concorso di persone, che le figure speciali di agevolazione scivolino «dal sicuro terreno del fatto a quello insidioso del tipo di autore o del sospetto» (p. 158); F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, 1984, lavoro che, pur soffermandosi specificamente sull'agevolazione colposa, svolge una preliminare analisi di più ampio respiro sul concetto di agevolazione in diritto penale (pp. 16-57); nonché G. DENORA, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, cit., al quale si rinvia per uno sguardo d'insieme sulle diverse proposte rico-

gnante termine «procurare» ha infatti come termine di riferimento il *risultato* finale avuto di mira dal soggetto aiutato (tipica, pertanto, è la condotta *causale* in senso stretto); il più ampio termine «favorire», dal canto suo, ha come termine di riferimento la *condotta* altrui (tipica, pertanto, è la condotta che in qualsiasi modo facilita il soggetto aiutato, incidendo sulle *modalità* attraverso le quali realizza l'offesa)⁷⁶.

È evidente, alla luce della diversa portata selettiva dei due termini, che la scelta del legislatore italiano di utilizzare il primo in luogo del secondo potrebbe tradursi, nella prospettiva del legislatore europeo, in una lacuna di tutela e dunque in un difetto di trasposizione. Tale lacuna, si badi, non potrebbe considerarsi colmata dall'inserimento, ad opera del “pacchetto sicurezza” del 2009, dell'elenco di condotte specificamente tipizzate: esse, infatti, essendo tutte incentrate sul «trasporto» di stranieri, paiono piuttosto suffragare la lettura restrittiva della clausola di chiusura, anziché estenderne i contorni applicativi⁷⁷. Né il problema appare superato dalla considerazione che la fattispecie italiana, essendo configurata come delitto di attentato⁷⁸, non incrimina sol-

struttive emerse in dottrina (pp. 52-64), nonché per lo sforzo teso alla ricostruzione di un modello generale di agevolazione, anche alla luce di spunti comparatistici e dei progetti di riforma del codice penale (cap. IV e cap. V).

⁷⁶In questo senso, pur con sfumature diverse, L. STORTONI, *Agevolazione*, cit., 80-93, 125-130; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione*, cit., 55; G. DENORA, *Condotta di agevolazione*, cit., 82-87. Con specifico riferimento all'art. 12 t.u. imm., in dottrina si è osservato che il passaggio dall'originario utilizzo del termine «favorire» al più pregnante termine «procurare» restringe l'ambito della tipicità alle condotte causalmente efficienti, con esclusione degli apporti di minima importanza che pure abbiano facilitato il verificarsi dell'evento: così A. ABUKAR HAYO, *La nuova normativa sul contrasto del mercato dell'immigrazione clandestina*, cit., 321.

⁷⁷In base ad una consolidata tecnica di interpretazione della clausola di chiusura, infatti, queste ultime traggono precisione e determinatezza dalle condotte specificamente tipizzate che le precedono: paradigmatica, a tale proposito, la sent. Corte cost. n. 327/2008, che – al di là dei nodi irrisolti in punto di configurabilità del “disastro ambientale” ex art. 434 c.p., sui quali v. *ex multis* F. GIUNTA, *I contorni del “disastro innominato” e l'ombra del “disastro ambientale”, alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3530-3544 – ha ricostruito i contorni del “disastro innominato” valorizzando le caratteristiche comuni ai disastri “tipici” rinvenibili tra i delitti di comune pericolo mediante violenza.

⁷⁸Si tratta, come è noto, di una figura che ricorre quando «il fatto costituente reato viene descritto in forma aperta così da ricomprendere qualunque comportamento caratterizzato dalla direzione verso il risultato descritto dalla norma, ma la cui realizzazione è estranea alla struttura obiettiva della fattispecie» (G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 694). Storicamente, questa tecnica di formulazione della norma incriminatrice trova le sue principali giustificazioni o nell'importanza del bene giuridico tutelato, come nelle ipotesi di attentato alla vita e alla libertà del Presidente della Repubblica; o nella constatazione che la verifica dell'evento lesivo por-

tanto la condotta che *cagiona* l'ingresso irregolare, bensì anche quella *aumenta la probabilità* di verifica del medesimo⁷⁹. Sebbene infatti tale configurazione consenta di colpire anche le ipotesi nelle quali l'ingresso non viene materialmente "procurato"⁸⁰, il panorama giurisprudenziale italiano non si presenta sufficientemente omogeneo, rispetto all'estensione attribuibile alla condotta tipica, per potersi escludere a priori il permanere di lacune di implementazione del diritto europeo: da un lato, infatti, sono rintracciabili pronunce che, pur senza avvalersi esplicitamente dello strumento dell'interpretazione orientata al diritto UE, applicano il concetto di «procurare» in maniera estensiva, al punto da renderlo difficilmente distinguibile dal mero «favorire»⁸¹; dall'altro lato non mancano pronunce che intendono il termine

terebbe con sé l'impossibilità di perseguire il colpevole, come nelle ipotesi di attentato contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato (M. PELISSERO, *Delitti di attentato*, in ID. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato Teorico-Pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2010, 24). Rispetto all'art. 12 t.u. imm., tuttavia, non pare ricorrere nessuna di tali giustificazioni. Piuttosto, è plausibile ritenere che il legislatore abbia inteso anticipare la soglia della punibilità allo scopo di introdurre uno strumento di *prevenzione* degli ingressi indesiderati, per finalità di tutela dell'ordine pubblico e anche in considerazione delle difficoltà che notoriamente circondano l'esecuzione dell'espulsione degli stranieri irregolari. Tale conclusione è coerente con la natura di reato di pericolo indiretto che, come vedremo, è in ultima analisi riscontrabile nell'illecito in esame, e dunque con la sua riconducibilità alla logica del "diritto di polizia".

⁷⁹ Più precisamente, in linea con la dominante lettura oggettiva dei delitti di attentato, ciò che si incrimina è la condotta dotata dei presupposti dell'univocità e dell'idoneità lesiva caratteristici del tentativo: cfr. E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, 1966, 191 ss., 262 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, cit., 695 s.; M. PELISSERO, *Delitti di attentato*, cit., 25-28.

⁸⁰ È pacifico, ad esempio, che integrano il reato in esame le condotte consistenti nell'ottenere, mediante false dichiarazioni di assunzione e falsi documenti, i nulla osta al lavoro e i visti necessari a procurare l'ingresso, anche quando nessuno straniero riesce di fatto a raggiungere l'Italia (cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982, Mizanur, CED 273937; Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2017, n. 45734, B.L. e altri; Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2014, n. 40624, Scarano, CED 259923; Cass. pen., sez. I, 22 maggio 2014, n. 28819, Pancini, CED 259915); così come è pacifico che integrano il reato in esame le condotte consistenti nell'organizzare la traversata del Mediterraneo, anche laddove l'operazione si concluda con il naufragio dell'imbarcazione (cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2018, n. 29832, Ahmad e altro, nonché le pronunce citate *infra*, par. 6.2).

⁸¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2013, n. 6110, Singh e altri, CED 259406, che ha confermato la condanna di un soggetto che si era limitato a mettere in contatto gli organizzatori del viaggio clandestino e gli stranieri interessati a intraprenderlo. Per una critica alla tendenza giurisprudenziale ad estendere i contorni applicativi degli «atti diretti a procurare» l'ingresso irregolare, fino a ricomprendervi meri atti preparatori, v. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILI-

«procurare» in senso restrittivo, ossia accertando l'univocità e idoneità degli atti rispetto alla verifica dell'evento-ingresso irregolare⁸².

Il secondo, e forse più rilevante, profilo di disallineamento tra la nozione italiana e quella europea riguarda l'agevolazione del mero *transito* di uno straniero irregolare attraverso il territorio dello Stato. Mentre infatti il *Facilitators Package* impone agli Stati di criminalizzare anche questa tipologia di condotte, l'art. 12 non le ricomprende espressamente, sicché le stesse acquistano rilievo penale soltanto laddove, alternativamente, siano riconducibili al favoreggiamento dell'ingresso irregolare dall'Italia verso un altro Paese (dunque a condizione che il transito sia finalizzato a favorire il proseguimento del viaggio attraverso un'altra frontiera che lo straniero non ha titolo per attraversare); ovvero siano qualificabili in termini di favoreggiamento della *permanenza* irregolare (dunque alla duplice condizione che il transito abbia in qualche modo contribuito a radicare la presenza dello straniero sul territorio e che

TELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, 110. Nello stesso senso si muove la giurisprudenza relativa ai c.d. "scafisti", le cui condotte, come vedremo nel prossimo capitolo, vengono considerate tipiche a prescindere da puntuali verifiche in ordine all'effettivo contributo offerto da ciascuno alla traversata.

⁸² Così Cass. pen., sez. III, 29 febbraio 2012, n. 20880, M. e altro, CED 252911, che ha ritenuto atipici in quanto meramente diretti a «favorire» l'ingresso, e non invece a «procurarlo», atti consistiti nel fornire a cittadine brasiliane consigli su come entrare nel territorio italiano mediante visto turistico, trattandosi di informazioni pubbliche e ampiamente accessibili (sul diverso problema relativo al carattere "irregolare" dell'ingresso con visto turistico finalizzato *ab origine* alla permanenza irregolare, v. *infra*, par. 3.2.3); Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2022, n. 45963, A.G. e altri (caso *Agaish*), che ha ritenuto atipica la condotta consistita nel fornire agli stranieri irregolari i biglietti di treno per spostarsi verso diverse destinazioni del Nord Italia, nonché le informazioni per proseguire il tragitto verso altri Paesi europei (si riporta un passaggio significativo della motivazione: «*comprare il biglietto di treno Sicilia-Roma con la consapevolezza che è parte di una tratta più lunga che arriva in Francia, combinato con le indicazioni per il viaggio in Francia, può essere visto come agevolazione all'emigrazione illegale in Francia. Tuttavia, la sentenza si arresta alla constatazione che A. ha fornito un concreto contributo in funzione del trasferimento a Roma del F., per il quale l'imputato si limitava a dare consigli, e se anche egli avesse avuto consapevolezza dell'eventuale destinazione finale del viaggio, deve concludersi che non ricorre il contestato reato, perché i consigli e le informazioni non sono funzionali a "procurare" l'ingresso in Francia, ma, al più, lo favoriscono*»). Per una prima lettura di questa importante pronuncia, con puntuale ricostruzione dei fatti e delle statuizioni di diritto, v. C. CAPRIOGLIO, *Il fatto non sussiste: brevi note sulla sentenza di Cassazione nel processo Agaish in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Quest. giust.*, 14 febbraio 2023; per un più esteso commento, nell'ambito di una riflessione di ampio respiro sulla criminalizzazione delle diverse tipologie di aiuto all'ingresso irregolare, v. A. DI MARTINO, *Supporto organizzato e supporto individuale a migranti non autorizzati. Incrocio pericoloso tra favoreggiamento della migrazione, associazione per delinquere, non punibilità "umanitaria"*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2023, 1-26.

l'agente abbia realizzato la condotta al fine di trarre un ingiusto profitto)⁸³. Si tratta, in entrambi i casi, di soluzioni che non consentono di colmare l'evidenziata lacuna normativa, posto che non criminalizzano il favoreggiamento del transito *di per sé*, bensì solo in presenza degli elementi addizionali indicati.

Al netto delle criticità evidenziate, peraltro mai censurate in sede europea, non si può comunque dubitare che, nel complesso, l'impianto normativo italiano risponda alle richieste di tutela penale provenienti da Bruxelles, senz'altro più stringenti di quelle cristallizzate nel Protocollo di Palermo. La mancata inclusione della finalità di profitto tra gli elementi costitutivi dell'illecito comporta, infatti, che il legislatore del testo unico immigrazione non si sia limitato a criminalizzare il «traffico di migranti» come definito dall'art. 3 del Protocollo (scelta che, del resto, lo avrebbe esposto a una procedura di infrazione europea), bensì abbia esteso la risposta penale a qualunque (o quasi) condotta agevolatrice capace di minare l'integrità delle frontiere nazionali. La previsione di una norma incriminatrice di così ampio spettro applicativo rappresenta il primo e fondamentale tassello di una disciplina che, come vedremo, presta il fianco a molteplici critiche in punto di inefficacia e, più in radice, di illegittimità al metro della Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

3.2.2. *Un reato artificiale: l'irregolarità dell'ingresso come unico perno del disvalore.*

L'intero disvalore del reato di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm. ruota attorno al concetto di ingresso *irregolare*, ossia al risultato avuto di mira dallo straniero e dal soggetto agente che lo favorisce. L'irregolarità, a sua volta, è definita sia in termini di contrarietà alle disposizioni del testo unico immigrazione, sia mediante l'avverbio «illegalmente».

⁸³ In questo senso, v. ancora Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2022, n. 45963, A.G. e altri (caso *Agaişh*), che ha annullato le condanne inflitte per favoreggiamento del transito in Italia anche in ragione dell'assenza di prove in ordine all'intenzione di procurare l'ingresso in un Paese terzo ovvero alla finalità di profitto. In precedenza la Suprema Corte aveva ritenuto che integrasse favoreggiamento della permanenza irregolare la condotta consistita nel procurare la fuga di minori stranieri da una comunità, dietro pagamento di ingenti somme di denaro da parte delle loro famiglie (Cass. pen., sez. II, 11 ottobre 2013, n. 933, D.H.B.M. e altri). Da ultimo, tuttavia, la Corte ha confermato, con motivazione piuttosto laconica, la qualificazione ai sensi dell'art. 12, commi 1 e 3 della condotta consistita nell'aver procurato la fuga di migranti da un centro di accoglienza, consentendone così il mero spostamento sul territorio nazionale (Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2022, n. 48005, Abrha e altri).

Gli altri elementi che concorrono alla perimetrazione della fattispecie – ossia l'aiuto a varcare una frontiera prestato a una persona che ricade nella nozione di «straniero» – risultano, in sé e per sé considerati, giuridicamente neutri. Alla figura del migrante, in particolare, è assegnato il ruolo di mero oggetto materiale del reato⁸⁴, ovvero, secondo altra impostazione, di soggetto necessario (ancorché non punibile) dell'illecito⁸⁵; mentre, come vedremo, la sua qualità di persona offesa risulta meramente eventuale, sussistendo soltanto laddove le modalità attraverso cui si realizza il favoreggiamento integrino alcune delle aggravanti speciali di cui ai commi 3 e 3-ter, sulle quali ci soffermeremo nel prosieguo⁸⁶.

Ci troviamo, in altre parole, dinanzi a un reato “artificiale”, un *malum quia prohibitum*⁸⁷: la norma penale non recepisce, per sanzionarlo,

⁸⁴ Così M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 106; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in F. ROCCHI, E. ROSI, *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Jovene, 2013, 240.

⁸⁵ In questo senso V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giappichelli, 2018, 38-42. Seguendo questa impostazione, l'art. 12, comma 1, t.u. imm. rappresenta una fattispecie plurisoggettiva necessaria impropria, posto che la sussistenza del reato richiede la partecipazione di almeno due soggetti, uno dei quali (lo straniero) non è tuttavia sottoposto a pena per il medesimo reato (può esserlo, invece, per la contravvenzione di ingresso irregolare di cui all'art. 10-bis t.u. imm.). Sulla distinzione tra fattispecie plurisoggettive necessarie proprie e improprie e le implicazioni pratiche della bipartizione, v. per tutti M. ROMANO, *Pre-art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, ed. IV, Giuffrè, 2012, 149-154.

⁸⁶ V. ancora M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore*, cit., 116, secondo cui «le incriminazioni che puniscono il favoreggiatore sanzionano anche fatti che non sono per nulla pericolosi per la dignità o l'incolumità o il patrimonio del singolo extracomunitario [...]».

⁸⁷ Pur non dovendosi sopravvalutare le capacità euristiche della tradizionale distinzione tra *malum in se* e *malum quia prohibitum*, essa appare comunque utile, a scopo descrittivo, per identificare le figure di reato, come quella in esame, il cui disvalore non può essere avvertito dai consociati in assenza della norma incriminatrice. Per uno studio critico sul proliferare delle fattispecie a condotta neutra, a fronte delle quali «*da strumento per la protezione di un ordine naturale, il diritto penale diventa strumento per rafforzare un ordine normativo artificiale*», v. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, il Mulino, 1990, 12-14 e *passim*; per un quadro di sintesi sulla distinzione in parola, funzionale a indagarne la rilevanza sul piano della colpevolezza (profilo sul quale v. *infra*) v. A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Giappichelli, 2003, 305-307; per una perspicua analisi della dicotomia, accompagnata dalla proposta di riconsiderarne i termini in senso non già alternativo, bensì come qualità che, in misura anche significativamente variabile, connotano tutti i reati, v. S.P. GREEN, *The Conceptual Utility of Malum prohibitum*, in *Dial. Canad. Phil. Rev.*, n. 1, 2016, 33-43, disponibile

un preesistente disvalore sociale; bensì conferisce essa stessa disvalore ad una condotta umana altrimenti neutra, e lo fa mediante il richiamo, in blocco, al *corpus* normativo che disciplina l'ingresso degli stranieri sul territorio nazionale. Si tratta di una caratteristica trasversale al diritto penale dell'immigrazione italiano, concepito come presidio della disciplina amministrativa di settore⁸⁸; nonché, e per quanto maggiormente rileva in questa sede, di un precipitato della nozione europea di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, la quale, adottando una prospettiva «*stato-centrica*»⁸⁹, pone come già visto al centro il mero volontario contributo causale all'attraversamento *sine titulo* di una frontiera.

Alla luce di queste considerazioni è possibile svolgere alcune ulteriori precisazioni in ordine all'inquadramento sistematico della figura delittuosa in esame.

Anzitutto, si tratta di un illecito *monoffensivo*, i cui (scarni) elementi costitutivi fotografano l'offesa arrecata a un bene giuridico intermedio, descrivibile, con le parole della Corte costituzionale, in termini di «*ordinata gestione dei flussi migratori*»; interesse a sua volta strumentale alla tutela di un insieme eterogeneo di beni giuridici, anch'essi tendenzialmente superindividuali, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata, «*quali, in particolare, gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica*»⁹⁰. Nessun elemento della fattispecie,

anche nella traduzione italiana (a cura di A. CORDA), *L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum*, in *Crim.*, 2016, 15-26.

⁸⁸ Per questo rilievo, in senso critico, v. A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., 230. Sul punto v. anche A. ABUKAR HAYO, *Brevi cenni sulla rilevanza penale della c.d. clandestinità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Giappichelli, 2011, 408 s., il quale, dopo avere evocato, rispetto al diritto penale dell'immigrazione, la categoria dei *mala quia prohibita*, evidenzia l'irrinunciabilità di una risposta sanzionatoria ai fenomeni di irregolarità, purché rifletta bilanciamenti ragionevoli tra i molteplici interessi in gioco.

⁸⁹ Sulla prospettiva «*stato-centrica*» dell'incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, contrapposta alla prospettiva tesa a tutelare (anche) i diritti dei migranti, v. A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., 142.

⁹⁰ Così, da ultimo, Corte cost. n. 63/2022 (sulla quale v. *infra*, par. 4.2), cons. in dir., n. 4.2, richiamando quasi testualmente la precedente sent. n. 250/2010. Quest'ultima, nel respingere le censure di illegittimità rivolte alla c.d. contravvenzione di clandestinità (art. 10-bis t.u. imm.) – censure secondo cui, in sintesi, tale disposizione avrebbe configurato un illecito di mera disobbedienza, fondato su un'arbitraria presunzione di pericolosità sociale (in questo senso, con accenti diversi, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore*, cit., 126; A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1199; L. RISICATO, *Diritto alla sicu-*

giova ribadirlo, giustifica, invece, l'estensione dello scopo di tutela agli *undocumented migrants*⁹¹: ad essere punita non è, infatti, la mercificazione delle persone, bensì l'introduzione di corpi estranei, indesiderati, all'interno dei confini nazionali, a prescindere dalle modalità utilizzate (modalità che, in linea di principio, potrebbero essere assolutamente rispettose della dignità umana, senza che ciò determini il venire meno dell'illecito)⁹².

Allo scopo di disinnescare, o quanto meno ridurre, il rischio che un'oggettività giuridica come poc'anzi descritta smarrisca, in ragione della sua inafferrabilità concettuale, qualunque capacità selettiva delle condotte tipiche, non è superfluo sforzarsi di "concretizzarla" maggiormente, alla luce delle specificità della condotta tipica⁹³. Ebbene,

rezza e sicurezza dei diritti, cit., 32-39; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., 232-236; ID., *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 58-62) – aveva osservato, tra l'altro, che «Il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico "di categoria", che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero. [...] La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, difatti, "collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione" (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla "sostenibilità" socio-economica del fenomeno.» (cons. in dir., n. 6.3).

⁹¹In questo senso è chiaramente orientata anche la giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. pen., sez. I, 9 gennaio 2018, n. 21955, D.A., la quale, nel negare l'applicabilità all'art. 12 t.u. imm. della circostanza attenuante comune del concorso del fatto doloso della persona offesa, ha osservato che il delitto «offende gli interessi dello Stato al controllo del territorio e alla intangibilità dei confini», sicché «l'immigrato non è la persona offesa del reato (in realtà, ne è il beneficiario), ma solo eventualmente un danneggiato»; Cass. pen., sez. I, 13 maggio 2016, n. 9636, Ben Ali Aymen, CED 269351, che, nel negare l'applicabilità dell'attenuante comune del danno patrimoniale di speciale tenuità in ragione del modesto importo del compenso corrisposto o promesso dallo straniero favorito, ha osservato che la norma incriminatrice «tutela l'interesse dello Stato alla sicurezza interna e alla cooperazione [internazionale] senza che occorra la realizzazione di un ingiusto profitto da parte dell'agente, il cui perseguimento aggrava, invece, il reato base». *Contra*, a sostegno della plurioffensività v. F. BOTTALICO, *Art. 12 d. legis. 25 luglio 1998, n. 286*, cit., 2629; M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della legge "Bossi-Fini"*, cit., 1347.

⁹²Cfr. A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 64: «ciò che rileva non è la tutela del migrante, ma la tutela dell'ordine pubblico, della 'regolarità dei flussi' dal migrante».

⁹³A proposito della «crisi del principio di offensività», alimentata, tra l'altro, dalla teorica dei beni giuridici intermedi e della tutela di mere funzioni amministrative, V. MANES, *Il*

essendo quest'ultima incentrata, quanto meno sul piano della direzione finalistica, sul momento dell'*ingresso* irregolare, ecco allora che il bene giuridico dalla stessa minacciato viene ad assumere le sembianze di una particolare articolazione dell'ordinata gestione dei flussi migratori, ossia la *funzione di sorveglianza e protezione delle frontiere* legittimamente spettante allo Stato⁹⁴. Certo, nemmeno in questo modo la norma incriminatrice si sottrae alle critiche di quella parte della dottrina che nega la legittimità di incriminazioni riconducibili al diritto penale "di lotta"⁹⁵; ovvero di incriminazioni volte alla tutela di funzioni, ritenendo che dietro queste ultime si celino indebite presunzioni di pericolosità e/o la punizione di mere disobbedienze⁹⁶. Tuttavia, il consolidamento di questa tecnica legislativa, e soprattutto l'avallo che la stessa ha ricevuto, con importanti *caveat*, da parte della prevalente dottrina⁹⁷

principio di offensività nel diritto penale, Giappichelli, 2005, 86-106; sulla scarsa selettività del principio in parola, specialmente con riguardo alla legislazione complementare, v. già M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Digesto disc. pen.*, Vol. XIV, Utet, 1999, 271; per più recenti bilanci, sempre in chiave critica, in punto di incapacità del principio di offensività di arginare le scelte di criminalizzazione, v. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, Giappichelli, 2014, 42-44; G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1524-1527. Sull'attività ermeneutica consistente nella «concretizzazione» dei beni giuridici, proprio nell'ottica di preservarne, per quanto possibile, una certa capacità selettiva, v. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1220-1221.

⁹⁴In senso analogo A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, cit., 92, secondo il quale il bene giuridico in questione può essere descritto come «quella specificazione della nozione di 'ordine pubblico' rappresentata dal controllo statale sui movimenti migratori»; ad avviso di A. CALLAIOLI, *Art. 12. Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, cit., 1655, la struttura impressa alla norma incriminatrice «tradisce un intento meramente repressivo e, forse, la volontà di bloccare non solo il traffico illecito di esseri umani, bensì i flussi migratori tout court».

⁹⁵Cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Stud. crim.*, 2007, 2, 55-87. Sulla riconducibilità degli obblighi sovranazionali di incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare al paradigma del diritto penale "di lotta", v. *supra*, cap. I, par. 2.1, nt. 16, nonché par. 3.2, nt. 95.

⁹⁶In termini generali, e per ulteriori riferimenti, v. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 16-26; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 347 ss.; con specifico riferimento al diritto penale dell'immigrazione, v. A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., 230 ss.

⁹⁷Contrario a un «rifiuto pregiudiziale delle tutela penale di beni c.d. funzionali e dell'inosseranza di regole cautelari», a condizione beninteso di tratteggiare un «modello di illecito penale minore» conforme ai principi costituzionali di proporzione, offensività e sussidiarietà, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 123-134; più di recente, v. ID., *Il principio di offensività*.

e della giurisprudenza costituzionale⁹⁸, suggeriscono, sul piano metodologico, di portare allo scoperto i profili di illegittimità dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. adottando un approccio diverso, e possibilmente più efficace in termini di capacità di rendimento dei rimedi rescissori: l'approccio, come vedremo nel quinto capitolo, incentrato sul vaglio di proporzionalità, tanto delle scelte di incriminazione, quanto della dosimetria sanzionatoria⁹⁹.

Dalla penalistica italiana ai programmi europei, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2013, che così sintetizza il quadro dottrinale in materia: «La posizione prevalente anche da noi, oggi, risulta nel senso della possibile valorizzazione di beni intermedi, strumentali, dotati però di adeguata concretizzazione» (p. 13, nt. 31). Per una posizione di cauta apertura v. anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 100, secondo cui «la compatibilità con il principio di offensività dipenderà dal grado di prossimità della condotta descritta in fatti-specie, e sottoposta a sanzione, rispetto al bene finale, dalla connotazione lesiva della stessa – pur immediatamente focalizzata sull'interesse intermedio (o sulla “funzione”) – rispetto al bene scopo. E quindi, in ultima analisi, dal profilo di definizione della tutela, di cui è immediata proiezione il grado di anticipazione della stessa».

⁹⁸Cfr. D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Editoriale scientifica, 2012, 38 s.: «Il riferimento al bene giuridico [...] non ha funzionato come selezione di oggetti legittimi di tutela nei giudizi di legittimità costituzionale: di fronte a norme incriminatrici che non siano del tutto insensate [...] è normale rintracciare un qualche interesse teoricamente proponibile come oggetto della tutela voluta dal legislatore». Lo stesso autore evidenzia che, anche nelle sentenze in cui la Corte costituzionale ha eccezionalmente rilevato l'inesistenza di un bene giuridico tutelabile, come quella che ha dichiarato l'illegittimità del reato di esposizione di bandiere estere senza autorizzazione (n. 189/1987), «il parametro costituzionale applicato è il principio d'uguaglianza, sullo sfondo di un diritto di libertà compreso dalla norma impugnata» (ivi, nt. 39). Sul mancato recepimento, da parte del giudice delle leggi, della nota teorizzazione in ordine alla necessaria rilevanza costituzionale dei beni giuridici meritevoli di tutela, ossia della loro «assunzione [...] tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale» (così F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Utet, 1973, spec. 15-20), v. F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giappichelli, 2023, 84: «è un fatto incontestabile che non risultano ad oggi sentenze che abbiano dichiarato l'incostituzionalità di una norma incriminatrice in base all'argomento determinate ed esclusivo che il bene giuridico tutelato non avesse rilevanza costituzionale». Per un bilancio parzialmente più ottimista, tenuto anche conto che i più frequenti riferimenti ai principi di ragionevolezza e proporzione «contengono, pur senza esaurirne il contenuto, il seme dell'offensività», v. G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità*, cit., 1531-1534.

⁹⁹Da tempo, del resto, è stato autorevolmente osservato come il tendenziale *self restraint* della Corte costituzionale nell'utilizzo del principio di offensività in chiave rescissoria sia in qualche modo compensato dallo sviluppo di «moduli di giudizio duttili, a carattere sempre più spiccatamente “aperto” e valutativo e anche complesso»; in altre parole, «nel controllo di costituzionalità sulle leggi penali, la Corte si ispira assai più a canoni di razionalità politico-criminale che a rigidi modelli precostituiti» (F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 358 ss., spec. 371 s.). Ciò non comporta, beninteso, la completa fuoriuscita del bene giuridico dal sindacato di legittimità costituzionale, bensì la sua valorizzazione «nel giudizio sulla correttezza del bilanciamento

La seconda caratteristica strutturale che emerge dall'analisi della norma incriminatrice è la sua natura di *reato di pericolo*. Parte della dottrina sostiene si tratti di pericolo concreto, facendo leva, in particolare, sull'identità strutturale tra i delitti di attentato e il tentativo e dunque sull'obbligo, per l'interprete, di accertare caso per caso l'idoneità della condotta a procurare il risultato illecito avuto di mira¹⁰⁰. Altri autori ritengono invece si tratti di pericolo astratto, ma non illustrano le ragioni a sostegno della conclusione, che perciò verosimilmente ritengono evincibile *ictu oculi* dalla struttura dell'illecito¹⁰¹. La giurisprudenza, pur non avendo affrontato *funditus* la questione, mostra di aderire alla tesi del pericolo concreto ogniqualvolta, interpretando restrittivamente il verbo «procurare», si premura di accertare che l'agevolazione, pur non essendo andata a buon fine, avesse *ex ante* delle *chances* di successo¹⁰². In senso parzialmente contrario, tuttavia, una recente sentenza ha affermato che l'accertamento dell'idoneità lesiva in concreto non sarebbe necessario laddove vengano contestate le condotte specificamente tipizzate dal legislatore (nel caso di specie, si trattava della condotta di «trasporto»)¹⁰³.

La tesi del pericolo astratto trova conforto, anzitutto, nelle macro-dimensioni del bene giuridico tutelato: si tratterebbe, cioè, di una di quelle

tra beni, dunque come uno dei molteplici indici caratteristici di una valutazione di "ragionevolezza" della legge» (ivi, 372).

¹⁰⁰ A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 46 s.; F. BOTTALICO, *Art. 12 d. legisl. 25 luglio 1998, n. 286*, cit., 2619; M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2013, 96.

¹⁰¹ E. LANZA, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 300; F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., 158.

¹⁰² Sul punto v. *supra*, par. 3.2.1.

¹⁰³ Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2018, n. 29832, Ahmad e altro. Il caso riguardava il trasporto dall'Egitto all'Italia di numerosi migranti, collocati a bordo di un'imbarcazione fatiscente che veniva soccorsa in acque internazionali da un mercantile svedese. I difensori dei due imputati, accusati di favoreggiamento per essere stati individuati come conduttori dell'imbarcazione ("scafisti"), avevano valorizzato l'inidoneità degli atti posti in essere dai loro assistiti a procurare l'ingresso irregolare in Italia, sostenendo che le condizioni dell'imbarcazione fossero talmente precarie da rendere impossibile il raggiungimento della destinazione senza l'intervento dei soccorritori. La Suprema Corte ha respinto l'argomento in base alla considerazione secondo cui l'imputazione non si fondava sulla generica realizzazione di «atti diretti a procurare l'ingresso irregolare», bensì sulla condotta di «trasporto». La pronuncia sembra dunque tracciare, più o meno esplicitamente, una distinzione tra le condotte tipiche ai sensi della clausola di chiusura, per le quali sarebbe imprescindibile il giudizio di idoneità a procurare l'ingresso; e le modalità di agevolazione incentrate sul trasporto, rispetto alle quali, viceversa, il pericolo sarebbe stato presunto dal legislatore.

ipotesi in cui, non potendo l'ordinata gestione dei flussi migratori essere messa in pericolo da singole condotte (specialmente quelle dirette a procurare uno o pochi ingressi irregolari), bensì soltanto dal cumularsi nel tempo di condotte seriali, l'unica tecnica di incriminazione efficace risulterebbe quella che, appunto, prescinde dall'accertamento della pericolosità caso per caso¹⁰⁴. In quest'ottica, la configurazione del reato in termini di pericolo astratto non risulterebbe incompatibile con i principi di offensività e ragionevolezza, quanto meno laddove ci si allineasse con la consolidata giurisprudenza costituzionale che avalla tale tecnica normativa a condizione che la valutazione in ordine alla generale pericolosità della condotta tipizzata per il bene tutelato non risulti arbitraria¹⁰⁵. In secondo luogo, dare credito all'opzione (giurisprudenziale) intermedia, poc'anzi esaminata, che assegna natura di pericolo astratto alle sole condotte tipizzate, risulterebbe conforme al canone interpretativo dell'effetto utile, posto che solo in questo modo si assegnerebbe autonoma portata incriminatrice ad una porzione della fattispecie destinata, altrimenti, a fotografare ipotesi già riconducibili alla clausola di chiusura.

¹⁰⁴ Sulla capacità di rendimento dei reati di pericolo astratto in punto di efficacia nella protezione dei beni giuridici e determinatezza della fattispecie, v. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale. Scritti in memoria di Girolamo Bellavista – Vol. I*, 1977, 187 ss.; per la considerazione secondo cui determinati beni giuridici superindividuali risultano offendibili soltanto mediante il ripetersi nel tempo delle condotte tipizzate, sicché in tali ipotesi il ricorso ai reati di pericolo astratto non comporta la punizione di mere disobbedienze o di presunzioni di pericolosità, bensì svolge una specifica funzione di tutela, ferma restando la sindacabilità delle sottese scelte legislative in punto di ragionevolezza del fondamento empirico, determinatezza, sussidiarietà e proporzione, v. G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, cit., 707 ss.; in senso adesivo v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2001, 568 s.

¹⁰⁵ Si veda, da ultimo, Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 278, in materia di favoreggiamento della prostituzione, secondo cui «il principio di offensività [...] non esclude il ricorso al modello del reato di pericolo (sentenza n. 225 del 2008), anche presunto (sentenze n. 133 del 1992, n. 333 del 1991 e n. 62 del 1986), a condizione che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto non risulti irrazionale o arbitraria (sentenza n. 109 del 2016)» (cons. in dir., n. 3.1). In dottrina, in senso adesivo, oltre ai contributi citati alla nt. precedente, v. D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 42-44. Nel senso dell'illegittimità costituzionale delle fattispecie di pericolo presunto, nell'ambito di un'impostazione che le mantiene distinte dalle fattispecie di pericolo astratto, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990, 386 ss.; in senso analogo, G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità*, cit., 1535 s. *Contra*, nel senso dell'incompatibilità delle fattispecie di pericolo astratto con un diritto penale del fatto di stampo liberale e garantista, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 368-374. Sulla relatività della definizione delle soglie di tutela, in quanto pur sempre dipendenti dalla previa identificazione del bene giuridico tutelato, operazione a sua volta caratterizzata da ampi margini di incertezza, v. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 361.

Questi argomenti, per quanto sulla carta plausibili, perdono tuttavia mordente non appena si rivolge lo sguardo alla natura e all'entità della pena prevista dall'art. 12, comma 1, t.u. imm. A tale riguardo, giova ricordare che il canone di proporzionalità della pena, dotato di sicuri addentellati di rango costituzionale e sovranazionale¹⁰⁶, impone al giudice comune di tenere conto dell'entità della cornice edittale nelle scelte esegetiche che incidono sulla portata della fattispecie, optando a favore di interpretazioni restrittive ogniqualvolta la comminatoria risulti, appunto, proporzionata a condotte di significativo disvalore¹⁰⁷: ebbene, a fronte di una pena privativa della libertà personale da due a sei anni (ma il discorso non sarebbe cambiato a fronte della cornice edittale, da uno a cinque anni, precedente alle recentissime modifiche), pare decisamente preferibile, alla luce del citato canone costituzionale, un'interpretazione che ne restringa l'ambito applicativo alle sole condotte connotate da concreta pericolosità¹⁰⁸. Quanto ai problemi di accertamento dell'offesa, poc'anzi menzionati a sostegno della tesi del pericolo astratto, essi si stemperano non appena si "concretizza" maggiormente l'oggettività giuridica in questione, ridescrivendola, come visto, in termini di funzione statale di protezione dell'integrità delle frontiere nazionali: ciò consente, per un verso, di assegnare una seppur minima portata offensiva ad ogni singolo ingresso irregolare, ossia all'evento che costituisce il termine di riferimento naturalistico del giudizio di idoneità¹⁰⁹; per altro verso, consente altresì di espungere dall'area della rilevanza penale le condotte

¹⁰⁶ Per uno sguardo d'insieme sui fondamenti normativi del diritto a non subire pene sproporzionate, rintracciabili nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, 226-230.

¹⁰⁷ V. ancora F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 257, che individua il giudice comune tra i destinatari del divieto di infliggere pene sproporzionate, ricavandone a suo carico, tra l'altro, l'obbligo di interpretare restrittivamente le fattispecie dotate di elevati quadri sanzionatori, in particolare nel minimo edittale.

¹⁰⁸ È chiaro che in questo modo si rinuncia ad assegnare autonoma portata incriminatrice alle condotte specificamente tipizzate. Non per questo, tuttavia, le si priva di qualsivoglia funzione: come già segnalato, infatti, i loro connotati comuni possono essere valorizzati nella prospettiva di definire il contenuto della formula «altri atti diretti a procurare l'ingresso» in maniera più aderente ai canoni di determinatezza, precisione e tassatività, secondo una nota tecnica di interpretazione costituzionalmente orientata delle clausole di chiusura (v. *supra*, par. 2.6).

¹⁰⁹ Sulle tipologie strutturali del pericolo e i limiti costituzionali alla criminalizzazione di condotte "pericolose", v. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 217 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 279 ss.

agevolatrici che risultino *ex ante* prive di serie possibilità di procurare l'attraversamento *sine titulo* del confine.

La terza, e ultima, saliente caratteristica strutturale dell'art. 12, comma 1 è rappresentata dal suo essere una *norma penale parzialmente in bianco*. La fattispecie astratta è infatti descritta in parte dalla stessa norma incriminatrice e in parte dalla disciplina extrapenale richiamata mediante il contestuale riferimento alla violazione del testo unico immigrazione e al carattere "illegale" dell'ingresso¹¹⁰. L'inquadramento nel novero delle norme penali (parzialmente) in bianco – rilevante, tra l'altro, ai fini della disciplina della successione di leggi penali nel tempo¹¹¹ e dell'errore (v. *infra*, par. 3.2.4) – discende dalla considerazione che è la stessa descrizione della fattispecie astratta ad essere affidata, benché solo in parte, a norme extrapenali, le quali pertanto intervengono in funzione di riempimento (o integrazione) del precetto. Si tratta di una tecnica normativa diversa, come è noto, da quella che si avvale di elementi normativi: malgrado il comune denominatore rappresentato dal collegamento della norma penale con altre disposizioni, gli elementi normativi presentano un significato autonomo, e le norme richiamate costituiscono criteri di attribuzione, in concreto, della qualifica espressa dall'elemento normativo stesso; le norme penali in bianco, invece, non contengono alcun precetto, ovvero ne contengono uno incompleto, che acquista significato solo in connessione con la norma richiamata, senza la quale sarebbe impossibile individuare la norma di comportamento imposta dal legislatore¹¹².

¹¹⁰ Sebbene le norme penali in bianco vengano talora definite, nei capitoli dei manuali dedicati alle fonti del diritto penale, come norme incriminatrici il cui contenuto è in tutto o in parte riempito da norme sub-legislative, in realtà la stessa etichetta può essere utilizzata per descrivere fenomeni di eterointegrazione da parte di norme di legge extrapenale di rango primario (come, per quanto rileva in questa sede, le norme del testo unico immigrazione): cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 114. Sulla distinzione tra norme penali «totalmente in bianco» e norme penali «parzialmente in bianco» v. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976, 239 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Giuffrè, 2004, 95-100; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, 2008, 76 s.: in breve, le prime contengono solo la sanzione e rinviano ad altre norme per la definizione dell'intero precetto; le seconde rinviano ad altre norme per la definizione di una parte soltanto del precetto.

¹¹¹ Su questo specifico profilo, e segnatamente per l'illustrazione delle ipotesi di *abolito criminis* totale o parziale di norme penali (totalmente o parzialmente) in bianco conseguenti dalla modifica delle norme integratrici richiamate, v. ancora G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., 257-263.

¹¹² Sulla distinzione tra norme penali contenenti meri elementi normativi e norme penali (totalmente o parzialmente) in bianco, v. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del*

Giunti a questo punto, occorre esaminare più da vicino i rapporti tra la norma incriminatrice e le norme extrapenali dalla stessa richiamate.

3.2.3. (Segue): *la violazione del testo unico sull'immigrazione e l'illegalità dell'ingresso.*

Dal punto di vista terminologico, le formule che ci appresta ad esaminare potrebbero essere definite, in via di prima approssimazione e per ragioni di sintesi, come clausole di illiceità espressa o speciale. A ben vedere, tuttavia, non solo tali espressioni indicano categorie concettuali diverse tra loro; ma, a rigore, nessuna delle due pare inquadrare correttamente il fenomeno di eterointegrazione al quale si è fatto riferimento in chiusura del precedente paragrafo. Premesso che la distinzione in parola non è immanente all'utilizzo di determinate espressioni linguistiche da parte del legislatore, bensì deriva da un'attività esegetica da operarsi caso per caso sulle singole norme incriminatrici, può condividersi l'autorevole opinione secondo cui le clausole di illiceità *espressa* non hanno alcuna funzione descrittiva del fatto tipico, rappresentando un (superfluo) richiamo all'illiceità penale generale ovvero al possibile operare di scriminanti; le clausole di illiceità *speciale*, d'altro canto, condividono struttura e funzione degli elementi normativi del fatto¹¹³. Ebbene, come poc'anzi illustrato, i richiami alla disciplina in materia di immigrazione dettati dall'art. 12, comma 1, t.u. imm., oltre evidente-

reato, cit., 214 ss., 239 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., 95-100. A livello pratico, si tratta di valutare, come lucidamente illustra G.L. GATTA, *Abolition criminis*, cit., 80-82, se il concetto mediante il quale la norma penale effettua il richiamo possiede o meno un significato autonomo (come tale, «*comprendibile*») rispetto alla norma richiamata: in caso affermativo (ad esempio laddove la norma penale si avvalga di concetti generici quali «in violazione di legge», come nell'abuso di ufficio) ci si trova al cospetto di un elemento normativo; in caso negativo (ad esempio laddove la norma penale effettui riferimenti specifici, come quello dell'art. 73 t.u. stupef. alle tabelle ministeriali sulle sostanze stupefacenti e psicotrope interessate dal divieto), si tratta di una norma penale in bianco. Alla luce di tale criterio, l'art. 12, comma 1, t.u. imm. rappresenta una norma penale in bianco: la formula «in violazione delle disposizioni del presente testo unico», richiama univocamente un preciso *corpus* normativo, rispetto al quale non vanta alcuna autonomia; alla stessa conclusione, inoltre, è possibile pervenire anche rispetto alla formula «illegalmente», posto che, come vedremo, per non risultare superflua essa deve essere intesa come un richiamo alle discipline sull'immigrazione diverse da quella italiana, trovando applicazione nelle ipotesi di favoreggiamento dall'Italia verso un altro Paese.

¹¹³ In questo senso D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 70 ss.; in senso adesivo L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., 153-161; per un'impostazione parzialmente differente, v. G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Giappichelli, 2002.

mente a non potersi considerare superflui, nemmeno possono considerarsi alla stregua di meri elementi normativi. Conviene, conclusivamente, rinunciare all'utilizzo delle formule in parola e affidarsi a perifrasi inevitabilmente meno sintetiche ma funzionali ad evitare indesiderabili fraintendimenti concettuali.

La condotta è tipica, anzitutto, quando costituisce fattore idoneo a procurare un ingresso «in violazione delle disposizioni del presente testo unico». L'ampiezza della formula consente di considerare tipiche non solo le condotte dirette a procurare ingressi “clandestini”, ossia elusivi dei controlli dei documenti ai varchi di frontiera, in violazione dell'art. 4 t.u. imm. (si pensi – attingendo dalla casistica più frequente – all'occultamento di uno o più stranieri a bordo di mezzi di trasporto pubblico o privato¹¹⁴, ovvero all'organizzazione o materiale effettuazione delle traversate del Mediterraneo a bordo di imbarcazioni di fortuna¹¹⁵); bensì anche le condotte volte a procurare ingressi “fraudolenti”, in particolare condizionando in maniera illecita, mediante false dichiarazioni o falsi documenti, i procedimenti amministrativi funzionali al rilascio di nulla osta e visti di ingresso¹¹⁶.

¹¹⁴ Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2021, n. 27349, S.K.E. (trasporto in furgone di dodici migranti in Italia); Cass. pen., sez. I, 13 maggio 2016, n. 9636, B.A.A. (trasporto di quattordici migranti verso la Francia); Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2015, n. 48673, Frigo Hellas Company LTD (trasporto di decine di migranti all'interno di vani specificamente allestiti a bordo di autocarri); Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2013, n. 6110, Singh e altri, CED 259406 (trasporto di numerose persone dall'Italia verso altri Paesi UE, avvalendosi di mezzi sia privati che di linea); Cass. pen., sez. I, 25 novembre 2014, n. 12542, E.M. (trasporto di un migrante nascosto a bordo di un'automobile, caricata su un traghetto proveniente dalla Grecia); Cass. pen., sez. II, 28 novembre 2013, n. 51127, A.B. e altro (trasporto di cinque migranti nascosti nel doppio fondo di un camper); Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2012, n. 3679, Y.D.N. (trasporto di dieci migranti nel vano frigorifero di un autoarticolato che trasportava angurie).

¹¹⁵ Tra le più recenti v. Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2022, n. 8175, Garouz; Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652, Jomaa Laamami e altri; Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 2021, n. 27854, S.I.; Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 2021, n. 15084, Rouibà e altro; Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2020, n. 13734, K.D.

¹¹⁶ Cfr., *ex plurimis* e tra le più recenti, Cass. pen., sez. I, 12 settembre 2019, n. 39570, P.D. e altri (associazione per delinquere di datori di lavoro e intermediari che procurava titoli di ingresso a cittadini indiani mediante false dichiarazioni di assunzione); Cass. pen., sez. I, 30 maggio 2019, n. 35510, Fantini e altri (associazione per delinquere che procurava falsi documenti utili al rilascio di permessi di soggiorno per ricongiungimento famigliare o per lavoro); Cass. pen., sez. I, 16 maggio 2019, n. 35848, S.H. e altri; Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982, Mizanur, CED 273937; Cass. pen., sez. I, 7 febbraio 2018, n. 33708, L.L. e altri (tutte relative a condotte consistite nella presentazione di false dichiarazioni di assunzione, a favore degli stranieri interessati a fare ingresso in Italia, corredate da documenti materialmente falsificati, funzionali alla richiesta di nulla osta al lavoro).

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la violazione del testo unico dovrebbe essere riferita, oltre che all'ingresso dello straniero, anche alla condotta del soggetto agente, sicché l'area della tipicità si estenderebbe fino a ricomprendere gli atti diretti a procurare ingressi formalmente regolari, laddove preordinati ad una successiva permanenza irregolare¹¹⁷. A sostegno di tale impostazione vengono portati argomenti di ordine sia testuale che teleologico. Quanto ai primi, si valorizzano l'ampiezza semantica del rinvio in blocco al testo unico e il mutamento della sua collocazione nella norma incriminatrice operato dalla legge Bossi-Fini¹¹⁸; nonché la formulazione di alcune delle circostanze aggravanti speciali di cui al comma 3, in particolare laddove fanno riferimento, alternativamente, all'ingresso *o alla permanenza* irregolari¹¹⁹. Quanto agli argomenti di ordi-

¹¹⁷ L'orientamento è stato inaugurato da Cass. pen., sez. I, 7 aprile 2004, n. 17973, Grotto, CED 228540, relativa al trasferimento in Italia di cittadini rumeni, all'epoca (quando la Romania non era ancora uno Stato membro dell'UE) legittimati ad entrare per scopi turistici mediante mera esibizione del passaporto, destinati ad attività di lavoro in nero. Di lì a poco, la Suprema corte adottava una posizione di segno opposto, destinata tuttavia a rimanere isolata, negando che il reato potesse venire in essere a fronte del procurato ingresso di stranieri in possesso di regolare visto turistico, «a nulla rilevando i progetti, le intenzioni o le speranze [degli stranieri medesimi], eventualmente difforni da quanto consentito dal visto» (Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2004, n. 49258, Dukov, CED 230159). Successivamente la giurisprudenza di legittimità si è consolidata a favore dell'orientamento estensivo inaugurato dalla sentenza *Grotto*: cfr. Cass. pen., sez. I, 10 ottobre 2007, n. 42985, Turbatu e altro, CED 238120 (organizzazione di viaggi solo apparentemente turistici di cittadini rumeni, finalizzati alla successiva permanenza irregolare); Cass. pen., sez. I, 26 novembre 2013, n. 50895, Martínez Sanchez, CED 258349 (organizzazione dell'ingresso di una cittadina uruguaiana con visto turistico, finalizzato al suo successivo avviamento alla prostituzione); Cass. pen., sez. V, 5 maggio 2016, n. 23052, M.E. e altri. (introduzione di una giovane macedone, con visto turistico, al fine di celebrare un matrimonio concordato); Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2020, Gozzoli, CED 278979 (organizzazione dell'ingresso di cittadine brasiliane con visto turistico, finalizzato al loro successivo avviamento alla prostituzione).

¹¹⁸ Mentre infatti nella versione originaria della fattispecie incriminatrice, introdotta dalla legge Turco-Napolitano nel 1998, il riferimento alla violazione del testo unico era collocato *dopo* la descrizione della condotta («chiunque compie attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico»); a partire dalla legge Bossi-Fini del 2002 lo stesso inciso si trova collocato *prima* della condotta («chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, ecc.»), e dunque sotto questo profilo non sembra più costituire un attributo esclusivo dell'ingresso (bensì, appunto, anche della condotta).

¹¹⁹ Si tratta di circostanze aggravanti introdotte dalla legge Bossi-Fini nel 2002 e poi rimate, mutando solo collocazione e aspetti testuali di scarso rilievo, fino alla versione attualmente vigente, dove si trovano collocate al comma 3, lett. *a*), *b*) e *c*). In dottrina si è sostenuto che questo argomento testuale valga a giustificare la tesi estensiva limitatamente alle ipotesi aggravate nelle quali la permanenza irregolare è espressamente menzionata: in questo

ne teleologico, si osserva che, adottando l'interpretazione restrittiva, la norma incriminatrice potrebbe facilmente essere elusa procurando l'ingresso di stranieri provenienti da Paesi che hanno stipulato con l'Italia accordi relativi alla circolazione delle persone (in particolare, mediante visto turistico o mera esibizione del passaporto).

La tesi estensiva appena illustrata presta il fianco a molteplici e difficilmente superabili critiche. Dal punto di vista testuale, è agevole osservare che la norma incriminatrice è esplicitamente costruita, ancorché in forma di illecito a consumazione anticipata, attorno alla fase dell'*introduzione* irregolare nel territorio, sicché appare una forzatura, sconfinante nell'analogia *in malam partem*, estenderla alle ipotesi in cui ad essere irregolare non è l'ingresso bensì la successiva permanenza¹²⁰. Quanto all'argomento teleologico, esso reca con sé il rischio di criminalizzare la cooperazione in una condotta che, in un momento successivo, potrebbe rivelarsi del tutto lecita (essendo possibile che il progetto dello straniero di protrarre illegalmente la propria permanenza non si realizzi, vuoi per difficoltà oggettive, vuoi per ripensamento dello stesso interessato o per altre ragioni); ciò a maggiore ragione se si considera che lo schema del delitto di attentato comporta un significativo arretramento dell'intervento penale rispetto al momento in cui la permanenza irregolare (eventualmente) si concretizza¹²¹. Ancora, sul piano sistematico, non si può trascurare che il favoreggiamento della permanenza irregolare dello straniero nel territorio dello Stato è autonomamente sanzionato dal comma 5 dell'art. 12, cioè da una disposizione che prevede pene meno severe e oltretutto richiede, quale elemento costitutivo, il dolo specifico di in-

senso A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 61. A questa posizione intermedia si può tuttavia obiettare che essa introduce una differenza di disciplina rispetto alla quale non è agevole individuare una ragionevole giustificazione.

¹²⁰ Detto altrimenti, i principi costituzionali di tassatività e determinatezza indirizzano verso l'esclusione di una soluzione interpretativa, come quella che equipara l'ingresso irregolare *tout court* all'ingresso regolare finalizzato a diventare irregolare, che finisce per dilatare i confini applicativi del precetto in maniera tale da renderne le conseguenze sanzionatorie difficilmente prevedibili: in questo senso, sostanzialmente, F. BOTTALICO, *Art. 12 d. legisl. 25 luglio 1998, n. 286*, cit., 2620 s., secondo il quale il problema delle eventuali lacune di tutela dovrebbe essere risolto dal legislatore mediante una diversa formulazione del richiamo alla normativa in materia di immigrazione.

¹²¹ Pone in relazione la tendenza giurisprudenziale a "soggettivizzare" la fattispecie con la perdita di determinatezza della stessa M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., 111, secondo cui la tesi che qui si critica «pregiudica la determinatezza della fattispecie, in quanto il fatto tipico è condizionato dall'intenzione del migrante, regolarmente entrata in territorio italiano, di permanervi poi illegalmente».

giusto profitto. Che il comma 5 (e non il comma 1) rappresenti la fattispecie destinata ad intercettare questa tipologia di condotte lo si ricava anche da una sua interpretazione orientata al Protocollo di Palermo, i cui strumenti interpretativi giustificano la previsione dell'obbligo di criminalizzare l'aiuto al soggiorno irregolare proprio allo scopo di colpire coloro che strumentalizzano i canali di accesso regolare al fine di ottenere permanenze irregolari, sul presupposto – questo il punto, già evidenziato nel precedente capitolo – che tale «*smuggling scheme*» sfugge alla nozione di *smuggling of migrants* in senso stretto.

Il legislatore ha descritto l'ingresso penalmente rilevante non solo, come appena visto, mediante il riferimento al contrasto con una qualsiasi disposizione del testo unico, ma anche, in aggiunta, mediante l'avverbio «illegalmente». A prima vista, si tratta di una specificazione inutile, posto che l'illegalità sembrerebbe essere nient'altro che il riflesso della violazione della disciplina in materia di immigrazione. Richiamando la dicotomia tra illiceità espressa e illiceità speciale poc'anzi ricordata, ci troveremmo al cospetto di un'espressione ricadente nella prima categoria, come tale avente, a tutto concedere, la funzione di richiamare il giudice al compito di accertare l'insussistenza di cause di giustificazione. Ad un più attento esame, tuttavia, all'espressione «illegalmente» può essere conferito un autonomo significato selettivo sul piano del fatto tipico, coerente con la natura parzialmente in bianco della norma incriminatrice. A tale proposito occorre ricordare che l'art. 12 t.u. imm., conformemente agli obblighi di incriminazione sovranazionali, sanziona il favoreggiamento dell'ingresso nel territorio italiano o nel territorio di altri Stati. Ebbene, posto che in quest'ultima categoria di casi l'illegalità dell'ingresso deve essere valutata al metro della normativa nazionale di riferimento (e non, evidentemente, del testo unico immigrazione), ecco allora che l'espressione in parola può (anzi, a ben vedere *deve*) essere considerata come un richiamo alle discipline sull'immigrazione vigenti negli altri Paesi che di volta in volta costituiscono la destinazione dello straniero, discipline alla luce delle quali soltanto è possibile predicare il carattere *contra ius* dell'ingresso. Ne deriva che la responsabilità penale per il procurato ingresso in un Paese diverso dall'Italia è subordinata ad un duplice accertamento. Anzitutto, la puntuale individuazione dell'ordinamento verso il quale lo straniero è diretto, come del resto ha affermato anche la Corte costituzionale nella pronuncia con la quale ha respinto le censure di indeterminatezza rivolte alla fattispecie in esame, osservando che eventuali difficoltà nell'accertamento della destinazione non si riflettono sulla formulazione del

precetto, configurando mere questioni di fatto¹²². In secondo luogo, l'accertamento *incidenter tantum* dell'incompatibilità di un eventuale ingresso dello straniero con la disciplina estera individuata. Invero, dalla circostanza che uno straniero soggiorni irregolarmente in Italia non si può evincere automaticamente che il suo accesso in un altro Paese sarebbe, parimenti, irregolare. Di questi principi ha fatto corretta applicazione la Corte di cassazione in una recente pronuncia, già in precedenza menzionata, che ha annullato le condanne inflitte a quattro rifugiati eritrei accusati di avere aiutato alcuni connazionali sbarcati irregolarmente in Italia a spostarsi lungo il territorio nazionale allo scopo di dirigersi verso altri Stati europei¹²³. I giudici di legittimità hanno censurato le statuizioni d'appello non solo, come visto in precedenza, per difetto di motivazione in ordine all'idoneità delle condotte a «procurare» (e non solo «agevolare») l'ingresso in altro Paese; ma anche, e per quanto rileva in questa sede, perché rispetto ad alcuni migranti non era stato possibile stabilire con certezza *dove* fossero diretti e dunque a maggiore ragione come sarebbe stata qualificata la loro posizione al metro del diritto dell'immigrazione nazionale¹²⁴. Un'operazione, quest'ultima, nient'affatto formale, tenuto conto della possibilità che, come pure accaduto ad una delle migranti coinvolte nella medesima vicenda, il Paese di destinazione riconosca allo straniero lo *status* di rifugiato, così elidendo il presupposto dell'ingresso irregolare. Sul punto – ossia sulla rilevanza penale del favoreggiamento dell'ingresso dei richiedenti asilo – si tornerà *funditus* nel prossimo capitolo.

¹²² Cfr. Corte cost., n. 21/2009: «L'eventualità – cui accenna il rimettente – che, stante la configurazione della fattispecie come delitto a consumazione anticipata, lo Stato di destinazione del migrante clandestino non risulti individuabile con certezza, rappresenta una difficoltà di mero fatto nell'applicazione della norma. In effetti, ove persistesse un insuperabile dubbio sulla identificazione di detto Stato e, con essa, sul carattere illegale o meno dell'emigrazione favorita, il favoreggiatore dovrebbe essere evidentemente assolto» (cons. in dir., n. 5).

¹²³ Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2022, n. 45963, A.G. e altri (caso *Agaisb*). Per commenti a questa pronuncia v. *supra*, nt. 82.

¹²⁴ Ancora diverso il problema relativo alla rilevanza penale del favoreggiamento dell'ingresso irregolare in un altro Stato, laddove lo straniero favorito sia diretto, come destinazione ultima del suo tragitto, verso il proprio Paese di origine. Si tratta di un problema che ha interessato la giurisprudenza in anni ormai non più recenti, soprattutto con riferimento a cittadini dell'est Europa fermati alla frontiera con l'Austria, e rispetto al quale l'orientamento prevalente era nel senso di affermare la rilevanza penale delle condotte, tenuto conto, tra l'altro, della natura a consumazione anticipata del reato, nonché dell'oggettività giuridica rappresentata, tra l'altro, dall'integrità delle frontiere di tutti gli Stati membri. Per la ricostruzione del dibattito e i relativi riferimenti giurisprudenziali, sia consentito rinviare a S. ZIRULIA, *Art. 12 t.u. imm.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo III, cit., 1514-1517.

3.2.4. (Segue): riflessi sull'accertamento del dolo e sulla disciplina dell'errore.

Come già evidenziato, il reato è punito a titolo di dolo generico, e pertanto richiede, sul piano dell'elemento soggettivo, soltanto la rappresentazione e la volizione di porre in essere atti diretti a procurare l'ingresso di uno o più stranieri in un territorio in violazione della normativa sull'immigrazione vigente. *Quid iuris* laddove l'agente incorra in errore proprio con riguardo a tale normativa – circostanza tutt'altro che teorica, considerata la complessità delle regole che disciplinano la circolazione degli stranieri – e realizzi, perciò, atti diretti a procurare un ingresso irregolare nella convinzione che si tratti, invece, di un ingresso regolare¹²⁵?

Il quesito si inquadra nell'annoso problema – vero e proprio «rompicapo»¹²⁶ – della riconducibilità dell'errore sulla norma extrapenale nella disciplina dell'art. 47, comma 3, c.p., e dunque nella sua idoneità ad escludere il dolo (trattandosi di situazione psicologicamente identica a quella di chi agisce sulla base di una falsa rappresentazione di un dato della realtà empirica); ovvero nella disciplina dell'art. 5 c.p., come “riscritto” dalla sent. cost. n. 364/1988, e dunque nella sua efficacia scusante solo in caso di inevitabilità dell'errore stesso (trattandosi di errore sull'illiceità penale di un fatto correttamente rappresentato e volontariamente realizzato).

Come è noto, la giurisprudenza considera pressoché tutti gli errori di diritto alla stregua di errori sul precetto penale, perpetuando quella che è stata definita una censurabile *interpretatio abrogans* della (più favorevole) disciplina di cui all'art. 47 c.p.¹²⁷. A fronte di questa condivi-

¹²⁵ Sulle problematiche di accertamento del dolo rispetto ai reati di pura creazione legislativa v. M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè, 1993, *passim*; A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., *passim*; G.P. DEMURO, *Il dolo*, Vol. II. *L'accertamento*, Giuffrè, 2010, 355-366.

¹²⁶ Così G. FLORA, voce *Errore*, in *Digesto disc. pen.*, Vol. IV, Utet, 1990, 261. Sulle origini storiche della disciplina codicistica degli errori, v. A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, Jovene, 2000, 155-165.

¹²⁷ Cfr. G. FLORA, voce *Errore*, cit., 261: «sorprende [...] l'atteggiamento di ieratica staticità della giurisprudenza la quale, privilegiando verosimilmente irrazionali istanze di difesa sociale, nega ostinatamente a qualsiasi errore su legge extrapenale, salvo rarissime eccezioni, il visto di ingresso tra le cause di esclusione del dolo e perviene così ad una interpretatio abrogans dell'art. 47, 3° co., c.p.»; nello stesso senso A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., 188 s.; G.P. DEMURO, *Il dolo*, cit., 420 s. Tale censurabile tendenza trova conferma anche nella giurisprudenza più recente: v. G. LEO, *Art. 47*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA

sibile posizione critica nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale dominante, si riscontrano in dottrina opinioni divergenti in punto di corretta applicazione delle due discipline dell'errore.

Alcuni autori ritengono che tutti gli errori su norme extrapenali, comprese quelle integratrici di norme penali in bianco (*genus* al quale appartiene, come illustrato, l'art. 12, comma 1, c.p.), siano da ricondurre alla disciplina di cui all'art. 47, comma 3, c.p.: ciò in forza del tenore letterale della disposizione, e segnatamente del riferimento in essa contenuto all'errore di diritto *tout court*, senza ulteriori distinzioni in punto di «ampiezza» della norma extrapenale richiamata¹²⁸. La tesi presta il fianco a due ordini di critiche, che peraltro riflettono le ragioni di fondo alla base di un diverso, e preferibile, orientamento dottrinale: anzitutto, sotto il profilo testuale l'art. 47, comma 3, c.p. limita la propria operatività all'errore sulla legge diversa dalla legge penale che «ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato», e dunque non esclude, ma anzi sembra implicitamente presupporre, che possano esservi errori sulla legge extrapenale che determinano un errore sul precetto¹²⁹; in secondo luogo, è la logica stessa della distinzione concettuale tra errore sul fatto ed errore sul precetto penale a consentire che quest'ultima categoria possa ricomprendere, a certe condizioni, anche l'errore sulla legge extrapenale¹³⁰. In particolare, l'errore su legge extrapenale si riverbera sul precetto ogniqualvolta *il fatto voluto risulti identico a quello incriminato*, ma l'agente sia convinto, per errore – appunto – sulla norma extrapenale, si tratti di un fatto penalmente lecito. Proprio questo accade – focalizzando l'attenzione su quanto di interesse in questa sede – in presenza di norme penali (totalmente o parzialmente) in bianco¹³¹: in ma-

(diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, V ed., cit., 758-763. Per un'applicazione dell'art. 5 c.p. nella materia che ci occupa, benché in un caso di favoreggiamento della permanenza irregolare, Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 2008, 17305, Abdelgalil, CED 239613.

¹²⁸ In questo senso, nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, 2019, 403; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed. (riveduta e aggiornata da V. MILITELLO, M. PARODI GIUSINO, A. SPENA), Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 457. Per un'originale ricostruzione tendente a estendere il novvero degli errori escludenti il dolo con riguardo ai reati a condotta neutra, v. A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 345 ss.

¹²⁹ Per questa osservazione v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2020, 401.

¹³⁰ M. ROMANO, *Art. 47*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed., Giuffrè, 2004, 496 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 400, che declina questa posizione in ordine al diverso oggetto dell'errore sulla legge extrapenale in termini di «*diversità degli effetti psicologici ultimi*».

¹³¹ Riconducono all'art. 5 c.p. l'errore sulla norma richiamata da norma penale in bianco:

niera analoga, prendendo in prestito un noto caso di scuola, al soggetto che cede volontariamente eroina, credendo erroneamente che tale sostanza non rientri nella tabella ministeriale degli stupefacenti; così erra sul precetto colui che, ad esempio, trasporta in Italia un cittadino tunisino privo di visto di ingresso, ignorando l'obbligatorietà di tale titolo, *ex art. 4 t.u. imm.*, ai fini del superamento della frontiera¹³². In entrambi i casi l'agente vuole un fatto identico a quello incriminato, credendo per errore sulla disciplina richiamata dalla norma incriminatrice che si tratti di un fatto lecito. In altre parole, l'errore riguarda l'esistenza (o l'interpretazione) della norma integratrice, e dunque non è concettualmente distinguibile dall'errore che ricade direttamente sulla norma incriminatrice. Ne segue che la responsabilità per favoreggiamento dell'ingresso irregolare (così come quella per cessione di eroina) potrà essere esclusa solo laddove l'errore risulti inevitabile (soluzione da escludersi rispetto al caso proposto essendo notorio che l'ingresso di stranieri non è liberalizzato, così come è notorio che non è legale lo spaccio di eroina).

All'interno di questo filone dottrinale si è peraltro sottolineata l'importanza di distinguere l'errore *sulla norma extrapenale* "di riempimento", che come appena osservato ricade nell'art. 5 c.p.; dall'errore su *un elemento del fatto storico* congruente con il modello legale ricavato dall'unione tra la norma penale e la norma "di riempimento", che invece ricade nella disciplina dell'art. 47 c.p.¹³³. Si pensi al soggetto che conduce in Italia un cittadino straniero munito di visto turistico, senza tuttavia accorgersi che il titolo è scaduto. Qui, a differenza di quanto visto

M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Giuffrè, 1964, 763; F. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Giuffrè, 1974, 208-222; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 213 (rispetto alle norme penali totalmente in bianco), nonché 239 ss. (rispetto alle norme penali parzialmente in bianco); M. ROMANO, *Art. 47*, cit., 500; L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., 353. Con specifico riferimento al settore dell'immigrazione, riconduce all'art. 5 c.p. l'errore sulla disciplina dettata dal testo unico immigrazione nel quale può incorrere lo straniero che commette la contravvenzione di ingresso irregolare (art. 10-bis t.u. imm.) G.L. GATTA, *Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1328: tale conclusione può essere agevolmente traslata sulla norma incriminatrice in esame, alla luce dell'identico richiamo da essa operato alla «violazione delle disposizioni di cui al presente testo unico».

¹³² Si tratta di un'ipotesi analoga, *mutatis mutandis*, a quella del soggetto che commette il reato di esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.) ignorando del tutto la necessità di dotarsi della prescritta abilitazione: sulla riconducibilità di siffatto errore all'art. 5 c.p., v. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 245; G. MORGANTE, *L'illiceità speciale*, cit., 199 s.

¹³³ Così M. ROMANO, *Art. 47*, cit., 493 e 500; nello stesso senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 410.

nell'esempio precedente, l'agente ha voluto commettere un fatto diverso da quello vietato, e pertanto appare corretta la soluzione che esclude il dolo¹³⁴. Inoltre, non essendo prevista un'ipotesi colposa di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, anche laddove si ritenga che l'art. 47, comma 3, c.p., pur nel silenzio sul punto, ammetta la responsabilità residuale per colpa esattamente come il primo comma¹³⁵, ed anche laddove l'errore risulti evitabile con la dovuta diligenza, l'agente dovrà andare esente da responsabilità.

Nelle ipotesi in cui trovi applicazione l'art. 5 c.p., la già ricordata complessità della disciplina sull'immigrazione e l'asilo potrebbe, in molti casi, riverberarsi sull'inevitabilità dell'errore, con conseguente esenzione da responsabilità dell'agente. Il carattere "artificiale" del reato in esame, del resto, mal si concilia con la possibilità di coglierne il disvalore laddove non sia conoscibile, almeno *sub specie* di conoscenza parallela della sfera laica¹³⁶, la disciplina extrapenale di riferimento¹³⁷. Così, modificando il caso precedentemente proposto, potrebbe essere che il soggetto agente, venuto a sapere dai *media* che l'Unione europea

¹³⁴ Anche questa conclusione è confermata dal parallelismo con il reato di esercizio abusivo della professione, laddove l'agente si ritenga provvisto del titolo abilitante, che invece non è idoneo allo scopo in ragione della diversità da quello prescritto o della sua invalidità. Sulla riconducibilità di quest'ultimo errore all'art. 47 c.p., v. ancora G. MORGANTE, *op. cit.*, 201.

¹³⁵ In senso affermativo M. ROMANO, *Art. 47*, cit., 503, riconducendo tale soluzione alla considerazione che i commi 1 e 3 riflettono i medesimi principi generali sul dolo; in senso conforme F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 414; *contra*, almeno in senso dubitativo, nella misura in cui si tratterebbe del risultato di un'applicazione analogica *in malam partem* del comma 1, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 402.

¹³⁶ Cfr., anche per gli imprescindibili riferimenti alla dottrina tedesca, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 307 ss. Osserva come il problema della conoscibilità dei precetti contenenti non solo fatti in senso naturalistico ma anche fatti "istituzionali" si acuisce in presenza di reati comuni (posto che l'agente non è necessariamente dotato di competenze specifiche, a differenza di quanto accade in molti reati propri), come è quello oggetto del nostro esame, S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Editoriale scientifica, 2016, 327.

¹³⁷ Alla rilevanza della natura artificiale dell'illecito fa sostanzialmente riferimento, pur avvalendosi di diversa terminologia, anche la sent. Corte cost. n. 364/1998: «*Inevitabile si palesa anche l'errore sul divieto nell'ipotesi in cui, in relazione a reati sforniti di disvalore sociale è, per l'agente, socializzato oppur no, oggettivamente imprevedibile l'illiceità del fatto*» (cons. in dir., n. 28). Che il carattere "artificiale" del reato possa riflettersi sull'inevitabilità dell'errore è affermazione ricorrente anche nella manualistica: v. A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 452; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 430 s.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 416, 425. Ritengono, più in radice, che al cospetto dei reati artificiali entri in crisi la stessa distinzione tra errore (di diritto) sul fatto ed errore sul precetto penale, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 215 ss.; M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 293-300 e *passim*.

ha offerto una protezione temporanea *automatica* a favore di determinate categorie di soggetti fuggiti dall'Ucraina a seguito dell'aggressione russa¹³⁸, per errore ritenga che l'eccezione valga per chiunque, semplicemente, provenga dall'Ucraina, anziché soltanto per i cittadini ucraini e per altre limitate categorie di soggetti individuate dalla disciplina nazionale attuativa di quella europea¹³⁹; e che muovendo da questa erronea premessa favorisca l'ingresso in Europa di un soggetto che non ha titolo per ottenere la protezione temporanea in questione.

I problemi in esame potrebbero stemperarsi, nella prassi, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che, rilevata l'identità strutturale tra tentativo e delitti di attentato, considera anche questi ultimi incompatibili con il dolo eventuale¹⁴⁰. La complessità della disciplina sull'immigrazione potrebbe infatti in molti casi generare *dubbi* in merito alla regolarità di un determinato ingresso; dubbi a fronte dei quali la scelta di agire comunque non potrebbe che essere ascritta a titolo di mero dolo eventuale, risultando perciò penalmente irrilevante. Si pensi all'automobilista che, di notte e nei pressi di un confine di Stato, accetti di dare un passaggio a un autostoppista che presenta caratteri compatibili con lo status di straniero irregolare (tratti somatici tipici di un Paese di emigrazione, vestiti logorati ecc.). Sempre in chiave restrittiva della responsabilità alle sole condotte sorrette da dolo intenzionale o almeno diretto, si potrebbe valorizzare l'interpretazione della fattispecie in maniera conforme al Protocollo di Palermo e alla direttiva 2002/90/CE, dove la condotta illecita è descritta in termini, appunto, di aiuto «in-

¹³⁸ Cfr. la decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea.

¹³⁹ Le categorie di persone alle quali si applica la protezione temporanea sono indicate dall'art. 2 della citata decisione di esecuzione (UE) 2022/382, che distingue tra ipotesi obbligatorie e facoltative; tale disciplina ha trovato attuazione, nel diritto italiano, all'art. 1 del d.p.c.m. 28 marzo 2022 (*Gazz. Uff.* 15 aprile 2022 n. 89). Per approfondire v. A. DI PASCALE, *L'attuazione della protezione temporanea a favore degli sfollati dall'Ucraina*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2023, 46 ss.

¹⁴⁰ Così, rispetto agli artt. 280 e 280-*bis* c.p., Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009; rispetto all'art. 434 c.p., Cass. pen., sez. I, 7 ottobre 2009, n. 41306, CED 245039. Nel senso che l'art. 12, comma 1 è configurabile soltanto a titolo di dolo intenzionale o diretto, in ragione della sua struttura di attentato, v. F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., 160; E. LANZA, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 302. Come è noto, la dottrina non è univocamente orientata in merito alla compatibilità tra dolo eventuale e tentativo: per un quadro sintetico, v. M. ROMANO, *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed., cit., 589; ai fini del presente discorso, tuttavia, preme soffermarsi sulle implicazioni pratiche del riferito orientamento giurisprudenziale.

tenzionalmente» prestatato allo straniero. Se è vero, per un verso, che tali strumenti si limitano a fissare uno standard minimo di tutela, lasciando gli Stati liberi di prevedere norme più severe, ciò comunque non toglie che dal loro dettato si possano trarre indicazioni funzionali a circoscrivere il campo dell'offesa rilevante in modo da allinearla il più possibile alle scelte di politica criminale compiute dai legislatori sovranazionali, anche al fine di promuovere l'armonizzazione delle fonti sul piano della loro esegesi¹⁴¹.

3.3. *Il favoreggiamento della permanenza irregolare.*

I commi 5 e 5-bis dell'art. 12 incriminano condotte consistenti nell'aiutare lo straniero irregolare a *rimanere* nello Stato italiano¹⁴². Presupposto della condotta è dunque che lo straniero si trovi già sul territorio nazionale, e vi si trovi in condizioni di irregolarità amministrativa; non rileva, invece, se vi fosse entrato irregolarmente (da solo o con l'aiuto di terzi) ovvero regolarmente (e dunque l'irregolarità sia sopravvenuta in seguito). Le pene sono meno severe di quelle previste per il favoreggiamento dell'ingresso irregolare, verosimilmente in quanto si tratta di condotte che non mettono a repentaglio l'integrità delle frontiere, generando nuove situazioni di irregolarità, bensì si limitano a contribuire al consolidamento di situazioni esistenti¹⁴³. Pur

¹⁴¹ Sulla percorribilità di un'interpretazione conforme a strumenti sovranazionali che impongono standard minimi di tutela, v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 78.

¹⁴² Anche in questo caso si riporta, per facilitare la lettura, il testo delle disposizioni:

«5. Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni. Quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone, ovvero riguarda la permanenza di cinque o più persone, la pena è aumentata da un terzo alla metà».

«5-bis. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato (...)».

¹⁴³ In realtà, come in precedenza evidenziato, nella versione originaria del testo unico

essendo previste, nel comma 5, due circostanze aggravanti speciali (concorso di due o più persone; permanenza di cinque o più stranieri), manca un apparato di ipotesi aggravate assimilabile a quello previsto dai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*. Particolarmente significative, come ci accingiamo ad illustrare, sono anche le differenze strutturali rispetto al delitto di cui al comma 1, amplificate da una consolidata giurisprudenza che offre una lettura particolarmente pregnante, in chiave pluri-offensiva, del dolo specifico di ingiusto profitto di cui ai commi 5 e 5-*bis*.

3.3.1. *Modello italiano e modelli sovranazionali a confronto: conformità e discrasie.*

Sia il Protocollo di Palermo che il Pacchetto europeo sul favoreggiamento prevedono l'obbligo di incriminazione del favoreggiamento della permanenza sul territorio di stranieri che già vi si trovino in condizioni di irregolarità. Rispetto al favoreggiamento dell'ingresso, peraltro, anche la direttiva 2002/90/CE opta, in questo caso, per una nozione restrittiva, ottenuta mediante l'inserimento dello «scopo di lucro» tra gli elementi costitutivi dell'illecito. La *ratio* della scelta risulta coerente con la giustificazione posta alla base della scelta di segno opposto compiuta con riferimento al favoreggiamento dell'ingresso irregolare: trattandosi di un fatto commesso interamente sul suolo di uno Stato membro, infatti, l'accertamento della transazione illecita non dovrebbe sollevare i problemi probatori che si pongono, invece, quando il fatto è commesso almeno in parte al di fuori dell'UE.

La fattispecie italiana, racchiusa nel comma 5 dell'art. 12 t.u. imm., risulta, anche in questo caso, solo in parte conforme agli obblighi di tutela sovranazionali. Certamente conforme è la previsione di una fattispecie a forma libera, capace di ricomprendere un ventaglio assai am-

immigrazione il reato più grave era proprio il favoreggiamento della permanenza irregolare, in ragione della sua natura d'evento e a dolo specifico di ingiusto profitto. Le sottese valutazioni politico-criminali sono tuttavia mutate nel corso degli anni, e hanno portato il legislatore, sempre più preoccupato di proteggere il territorio da indesiderate *intrusioni*, a rendere più grave dapprima la sola pena pecuniaria del favoreggiamento dell'ingresso irregolare (legge Bossi-Fini, 2002) e successivamente anche la pena detentiva (d.l. 14 settembre 2004, n. 241, conv. con modif. in legge 12 novembre 2004, n. 271). Sul punto v. anche A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, cit., 23 s., secondo cui la scelta di punire più gravemente il favoreggiamento dell'ingresso rivela che «*the main concern of the state in criminalizing migrant smuggling is the protection of its own "dignity", of its own territorial sovereignty seen as a macro-projection of its (alleged) right over its own "territorial body", of the state's sovereign right to decide from whom to be "penetrated"*».

pio di condotte, quali assunzioni fittizie¹⁴⁴, organizzazione di falsi matrimoni¹⁴⁵, fornitura di documenti di identità o soggiorno materialmente falsificati¹⁴⁶. Parimenti conforme, in assenza di vincoli sovranazionali alla configurazione di una fattispecie a consumazione anticipata, è la previsione di un illecito d'evento (rispetto al quale è comunque configurabile il tentativo¹⁴⁷) il cui perfezionamento richiede che la condotta abbia effettivamente migliorato la posizione del soggetto aiutato, anche semplicemente ritardando l'avvio della procedura di espulsione¹⁴⁸.

Problematico, invece, si presenta l'elemento soggettivo del reato. Il legislatore italiano, infatti, non si è limitato a trasporre la formula utilizzata dal Protocollo («*in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit*») ovvero dalla direttiva («a scopo di lucro»), ma ha specificato che deve trattarsi di un «ingiusto profitto» tratto «dalla condizione di illegalità dello straniero»¹⁴⁹. In questo modo non

¹⁴⁴ Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2019, n. 12748, P.C.D.; Cass. pen., 11 ottobre 2013, n. 2934, CED 258387.

¹⁴⁵ Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2015, n. 41303, D.P.C.B.A.; Cass. pen., sez. VI, 26 aprile 2011, n. 20087, Z.G.

¹⁴⁶ Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2014, n. 27958, Z.E.H.

¹⁴⁷ L'estensione della punibilità al tentativo è espressamente richiesta sia dal Protocollo di Palermo (art. 6, par. 2), che dalla direttiva 2002/90/CE (art. 2). Per un'applicazione dell'art. 12, comma 5 in forma tentata, v. Cass. pen., 30 ottobre 2006, n. 39952, Boscaneanu e altri, CED 235497, relativa, tra l'altro, all'organizzazione di un matrimonio fittizio, mediante la predisposizione della relativa documentazione, poi tuttavia non celebrato.

¹⁴⁸ Cfr. A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 78. In giurisprudenza v. Cass. pen., 11 ottobre 2013, n. 2934, Riu, CED 258387, che ha confermato la sussistenza del reato in forma consumata a fronte di un'istanza di emersione del lavoro irregolare basata su documenti falsi, condotta che, pur non essendo andata a buon fine, aveva comunque favorito l'ulteriore permanenza irregolare avendo ritardato l'avvio della procedura di espulsione; Cass. pen., sez. VI, 26 aprile 2011, n. 20087, Z.G., che ha affermato analogo principio con riferimento alla celebrazione di un matrimonio fittizio, alla quale non era seguita la procedura di regolarizzazione, ma da cui era comunque derivata la non espellibilità dello straniero, in virtù del rapporto di coniugio venuto in essere.

¹⁴⁹ La norma incriminatrice fa riferimento, in alternativa al dolo specifico, anche alle condotte realizzate «nell'ambito delle attività previste a norma del presente articolo». Tale ipotesi, rimasta priva di applicazione, risulta di difficile interpretazione. Se per «attività previste a norma del presente articolo» si intende il favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare, la disposizione è inutile, giacché la sua concreta ricorrenza comporta l'applicazione delle sole più gravi ipotesi di cui al comma 1, in forza della clausola di riserva che costituisce l'*incipit* del comma 5. Secondo una parte della dottrina le «attività punite a norma del presente articolo» sono quelle in cui il favoreggiamento si collega alle finalità di sfruttamento sessuale, del lavoro o dei minori di cui al comma 3-ter (in questo senso, L. BAIMA BOLLONE, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione. Profili sostanziali e procedurali*, Ipsoa, 2003, 220; A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 81).

solo ha omesso di ricomprendere le ipotesi nelle quali il profitto è ottenuto «indirettamente»¹⁵⁰; ma, e soprattutto, ha posto le premesse normative affinché si sviluppasse, come poi effettivamente è accaduto, un orientamento giurisprudenziale particolarmente restrittivo in ordine alla sussistenza del requisito psicologico in esame. Il collegamento causale tra ingiustizia e *status* illegale è stato infatti fin dal principio ricondotto a situazioni di *abuso* o *sfruttamento* delle condizioni di bisogno in cui tipicamente versa lo straniero irregolare¹⁵¹. Muovendo da tale premessa, l'elemento soggettivo è stato riconosciuto, ad esempio, nei casi di sfruttamento della prostituzione¹⁵²; di impiego “in nero” caratter-

Tale proposta esegetica, tuttavia, risulta priva di qualsivoglia riscontro letterale. È verosimile che l'intento del legislatore fosse attribuire rilevanza penale a condotte che, vigente la legge Martelli, erano considerate dalla giurisprudenza meri *post facta* non punibili di un precedente favoreggiamento dell'ingresso irregolare. Alcune pronunce, in particolare, avevano affermato che non integrasse reato la condotta consistita nel mero trasporto da una località all'altra di stranieri già entrati irregolarmente nel territorio italiano, laddove realizzata «autonomamente e posteriormente» rispetto all'agevolazione dell'ingresso (Cass. pen., 2 maggio 1997, n. 3114, Serra, in *Cass. pen.*, 1998, 944 (s.m.); Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 1996, n. 163, Montaforte, CED 203959, in *Riv. pen.*, 1996, 1029 (s.m.); Cass. pen., sez. I, 18 novembre 1992, n. 700, Yenihayat, CED 192781, in *Cass. pen.*, 1994, 1070 (s.m.)). Visto in questa prospettiva, l'inciso in esame sembrerebbe dunque introdurre un'ipotesi di favoreggiamento della permanenza irregolare la cui punibilità, in mancanza del dolo specifico di ingiusto profitto, discende dal collegamento con una precedente attività di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (quest'ultima necessariamente realizzata da terzi, in maniera autonoma, posto che altrimenti, come già osservato, troverebbe applicazione la clausola «fuori dei casi previsti dai commi precedenti» collocata nell'*incipit* del comma 5).

¹⁵⁰ Il profitto indiretto è invece espressamente ricompreso nell'aggravante di cui al comma 3-ter, applicabile tuttavia al solo favoreggiamento dell'ingresso irregolare.

¹⁵¹ Si tratta di un filone interpretativo sviluppatosi, prima dell'introduzione della fattispecie di cui al comma 5-bis, a partire da vicende di dazione di alloggio a stranieri irregolari, rispetto alle quali si era ritenuto che, ai fini della sussistenza del dolo specifico, l'agente dovesse avere inteso trarre indebito vantaggio dalla condizione di irregolarità dello straniero e dalla sua conseguente debolezza contrattuale, mediante l'imposizione di condizioni particolarmente onerose ed esorbitanti dall'equilibrio del rapporto sinallagmatico: cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 16 ottobre 2003, n. 46066, Capriotti, CED 226476; Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2006, n. 40398, A.G.; Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2013, n. 20475, R.P.; Cass. pen., sez. I, 24 aprile 2013, n. 26457, R.R.F. In senso adesivo a tale lettura del dolo specifico di ingiusto profitto, v. A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, cit., 34 s.; *contra*, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., 108, secondo il quale la formulazione del requisito in esame «sarebbe compatibile anche con un'evasione fiscale o previdenziale [...]».

¹⁵² Cass. pen., sez. III, 11 gennaio 2017, n. 20889, P.A. e altri; Cass. pen., 27 novembre 2007, n. 1823, Wang, CED 238576. Per una serie di pronunce in cui, pur avendo ravvisato il favoreggiamento della permanenza, la Corte lo ha ritenuto assorbito nella più grave fattispecie di sfruttamento della prostituzione *ex art. 3*, legge 20 febbraio 1958, n. 75, v. Cass. pen., sez. I, 2 ottobre 2013, n. 46223, M.C.; Cass. pen., sez. I, 7 luglio 2011, n. 41404, Y.Q. e altro; Cass. pen., sez. III, 5 maggio 2011, n. 35716, C.M.

zato da condizioni di lavoro particolarmente inique (sotto il profilo del salario, degli orari, del contesto igienico-sanitario ecc.)¹⁵³; di richiesta di un corrispettivo per procurare documenti falsi¹⁵⁴. Inoltre, l'elemento soggettivo in esame è stato riconosciuto nei casi di locazione di immobili a condizioni contrattuali particolarmente gravose per lo straniero, ottenute approfittando della sua irregolarità¹⁵⁵; tanto sul presupposto (non pacifico) che il dolo specifico del reato di cui al comma 5 possa essere distinto da quello del reato di cui al comma 5-*bis*¹⁵⁶. Il risultato, in conclusione, è una fattispecie dotata di un perimetro applicativo più ristretto rispetto a quello delle nozioni sovranazionali, e dunque sotto questo profilo portatrice di una corrispondente lacuna di tutela penale.

Quanto appena rilevato si riflette anche sul piano dell'oggettività giuridica, senza dubbio più ricca di quella del delitto di cui al comma 1, poiché non limitata all'ordinata gestione dei flussi migratori. La concezione oggettivistica del dolo specifico¹⁵⁷, combinata con l'orientamento

¹⁵³ Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2014, n. 41090; Cass. pen., sez. I, 9 dicembre 2009, n. 48826, Wu, CED 245723. V. anche Cass. pen., 30 gennaio 2008, n. 6068, Savarese, CED 238922, che ha negato la sussistenza del reato in ragione delle condizioni non eccessivamente gravose e discriminatorie imposte, nel caso concreto, allo straniero irregolare, specificando che il dolo di ingiusto profitto sussiste soltanto laddove si fuoriesca dal rapporto sinalagmatico, e come tale condizione non sia automaticamente ravvisabile in ogni vicenda di impiego "in nero" (situazione quest'ultima oggetto di autonoma incriminazione da parte dell'art. 22, comma 12, t.u. imm.). Sui rapporti tra la fattispecie in esame e quella di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis* c.p.), v. A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, il Mulino, 2019, 272-275.

¹⁵⁴ Cass. pen., 27 febbraio 2019, n. 12748, Piedimonte e altro, CED 274991.

¹⁵⁵ Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2015, n. 17117, Pasquinelli, CED 263232; Cass. pen., sez. III, 11 gennaio 2017, n. 20889, P.A. e altri.

¹⁵⁶ Come già visto, il dolo specifico di ingiusto profitto è stato aggiunto al comma 5-*bis* in sede di conversione del d.l. n. 92/2008. Alcuni interpreti hanno ritenuto che, a seguito di tale modifica, il comma 5-*bis* sia stato privato della sua originaria portata estensiva della punibilità (così S. CORBETTA, *Modifiche alla "Bossi-Fini"*, cit., 199, il quale ritiene sempre prevalente l'ipotesi di cui al comma 5, giusta la presenza della clausola «salvo che il fatto costituisca più grave reato» nell'*incipit* dell'art. 5-*bis*; nello stesso senso, ma ritenendo sempre prevalente il comma 5-*bis* in ragione del suo carattere speciale, L. MASERA, *Immigrazione*, cit., 26; in giurisprudenza, per l'affermazione secondo cui il dolo specifico delle due ipotesi in esame coincide, v. Cass. pen., sez. I, 7 aprile 2009, n. 19171, Gattuso, CED 243378). In base ad una diversa lettura, non essendo richiesto, ai sensi del comma 5-*bis*, che il profitto sia «tratto dalla condizione di illegalità dello straniero», tale figura risulta capace di intercettare finalità lucrative non derivanti da forme di sfruttamento dello straniero irregolare, come quelle che si ricollegano alla stipulazione di contratti di locazione "in nero" (così M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., 110; in giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2015, n. 17117, Pasquinelli, CED 263232).

¹⁵⁷ Per l'interpretazione di stampo oggettivista dei reati a dolo specifico, costituzional-

giurisprudenziale poc'anzi riferito, comporta infatti che la sanzione sia applicabile se e nella misura in cui il favoreggiamento della permanenza abbia quanto meno posto in pericolo la dignità e la libertà di autodeterminazione dei migranti: tanto basta per riconoscere al delitto in esame natura plurioffensiva, nonché, di riflesso, la qualità di persone offese agli stranieri coinvolti¹⁵⁸.

3.3.2. *I problematici confini tra favoreggiamento della permanenza e dell'ingresso irregolari.*

I confini applicativi tra favoreggiamento dell'ingresso irregolare e favoreggiamento della permanenza irregolare risultano, nella prassi, ancora non del tutto assestati. A suscitare perplessità, in particolare, sono due orientamenti giurisprudenziali.

Il primo, già illustrato e sottoposto a esame critico (v. *supra*, par. 3.2.3), è quello che riconduce all'art. 12, comma 1 il favoreggiamento di ingressi formalmente regolari (ad esempio con visto turistico) laddove finalizzati *ab origine* ad una successiva permanenza irregolare. Sul punto si rinvia agli argomenti in precedenza sviluppati a sostegno della riconducibilità di tali condotte alla fattispecie di cui al comma 5 ed alla conseguente subordinazione della punibilità alla sussistenza del dolo specifico di ingiusto profitto e alla verifica dell'evento lesivo.

Il secondo orientamento problematico è quello che ritiene punibili ai sensi dell'art. 12, comma 1 determinate attività poste in essere a favore di stranieri già irregolarmente presenti sul territorio italiano. In particolare, la Corte di cassazione ha ritenuto integrassero favoreggiamento dell'ingresso irregolare condotte consistite nella presentazione di false dichiarazioni di assunzione, volte ad ottenere il nulla osta all'ingresso per lavoro, a vantaggio di stranieri già presenti sul territorio, di cui in questo modo si intendeva simulare l'ingresso regolare¹⁵⁹. La qualificazione giuridica avallata dai giudici di legittimità appare censurabile in

mente orientata al principio di offensività, in base alla quale devono essere considerati alla stregua di reati di pericolo concreto con dolo di danno, cfr. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Giuffrè, 1993, 497 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 576-583.

¹⁵⁸ Nello stesso senso M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., 108.

¹⁵⁹ Cass. pen., sez. I, 7 febbraio 2018, n. 33708, L.L. e altri, avente ad oggetto una complessa vicenda nella quale erano coinvolti sia i titolari di aziende che dichiaravano l'assunzione fittizia di stranieri, alcuni dei quali già presenti sul territorio italiano, sia il consulente aziendale che si occupava di formalizzare le procedure con le Prefetture competenti.

quanto la presenza dello straniero sul territorio nazionale rappresenta, al contempo, un presupposto *negativo* per la configurabilità del reato di cui al comma 1 (escluse, ovviamente, le ipotesi di concorso tra coloro che procurano l'ingresso e coloro che, mediante condotte successive allo stesso, garantiscono il buon esito dell'operazione¹⁶⁰); nonché un presupposto *positivo* per la configurabilità di quello di cui al comma 5.

L'impressione che si ricava da entrambi questi orientamenti è che il più ristretto ambito applicativo delle fattispecie di favoreggiamento della permanenza irregolare, accompagnato al più gravoso onere probatorio in capo all'accusa in ragione della necessità di dimostrare un dolo specifico di ingiusto profitto ricostruito in maniera particolarmente pregnante, abbia alimentato una censurabile tendenza a privilegiare imputazioni *ex art. 12, comma 1*, fattispecie quest'ultima oltretutto presidiata da pene più severe. I contorni applicativi del comma 1 sono stati allargati fino al punto di ricondurvi condotte che, a ben vedere, sono solo *assimilabili* al favoreggiamento dell'ingresso irregolare, sotto il profilo della medesima *ratio* di tutela; nient'altro, dunque, che un'inammissibile *analogia legis* con effetti *in malam partem*, sul duplice piano dell'*an* e del *quantum* della pena.

4. Dal favoreggiamento dell'ingresso irregolare al traffico di migranti.

Come emerso nel precedente capitolo, sul piano empirico le vicende che ci occupano si connotano per livelli di gravità estremamente variabili, che spaziano dall'aiuto allo straniero *sans papiers* prestato in maniera del tutto occasionale e a titolo gratuito, fino al traffico organizzato di migranti che lucra sulla domanda di mobilità illecita. La conformazione dell'*art. 12, comma 1, t.u. imm.* si presta, in omaggio al modello onnicomprensivo di incriminazione adottato dal *Facilitators Package*,

¹⁶⁰ Il contributo immediatamente successivo all'ingresso può consistere nell'agevolare la sottrazione ai controlli di polizia, nel fornire un rifugio, nell'assistenza agli ulteriori spostamenti sul territorio, ecc. In questo senso cfr., *ex multis*, Cass. pen., 23 aprile 2015, n. 37277, CED 264564, Sclafani (concorso tra i soggetti che avevano materialmente procurato l'ingresso organizzando la traversata del Mediterraneo e coloro che avevano gestito le prime fasi dell'accoglienza sul territorio italiano); Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 19355, M.M. (ricezione di un gruppo di stranieri sbarcati in Sicilia e gestione del successivo tragitto fino a Roma, interrotto dall'intervento delle autorità). Sul tema del concorso di persone in queste ipotesi v. A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 55-57.

a intercettare l'intero spettro delle condotte agevolatrici di ingressi irregolari, senza conferire rilevanza alcuna, sul piano dell'*an* della responsabilità penale, alle modalità mediante le quali il risultato illecito viene ottenuto o semplicemente perseguito. Al contempo, lo stesso art. 12 racchiude un complesso sistema di circostanze aggravanti che, in linea di principio, dovrebbero consentire di modulare il *quantum* di risposta punitiva in base all'effettivo disvalore sotteso alle situazioni incriminate. Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo, tenuto conto delle incongruenze che connotano le scelte compiute dal legislatore italiano (anche) in punto di definizione delle comminatorie edittali; difetti che sotto certi profili assurgono, come vedremo, a veri e propri profili di illegittimità. Il lettore interessato esclusivamente a questi profili può passare, *omisso medio*, al par. 4.2. Nel prossimo paragrafo si soffermerà l'attenzione su due specifici nodi esegetici relativi alla struttura e alla natura giuridica delle ipotesi aggravate di cui al comma 3 dell'art. 12; nodi che, in un passato non troppo distante, hanno generato contrasti giurisprudenziali ricomposti dalle Sezioni unite nel 2018.

4.1. *I contrasti giurisprudenziali ricomposti dalla sentenza Mizanur.*

Il comma 3 dell'art. 12 riprende testualmente la descrizione della condotta di cui al comma 1 e vi ricollega, alle lettere da *a*) a *e*), una serie di elementi specializzanti alternativi. Per effetto delle modifiche di cui al d.l. n. 20/2023 (conv. con modif. dalla legge n. 50/2023), la pena detentiva consiste nella reclusione da sei a sedici anni (in precedenza era da cinque a quindici anni); mentre resta invariata, rispetto alla fattispecie base, la pena pecuniaria (15 mila euro per ogni straniero favorito). In ragione della sua peculiare struttura, nonché di alcune sfumature terminologiche che verranno nel prosieguo evidenziate, la disposizione ha generato due contrasti interpretativi, entrambi ricomposti, come già anticipato, da un intervento delle Sezioni unite¹⁶¹.

Il primo contrasto si era sviluppato attorno all'interrogativo se, per integrare le ipotesi aggravate previste dal comma 3, fosse necessario

¹⁶¹ Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982, Mizanur, CED 273937. Per un articolato commento, v. F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 484-492. L'autore evidenzia come l'intervento nomofilattico abbia in realtà lasciato diverse questioni non risolte, tanto con specifico riferimento alla questione generale dei criteri distintivi tra circostanze e fattispecie autonome, tanto con riguardo all'applicazione di tali criteri allo specifico quesito rivolto alla Suprema Corte.

l'effettivo ingresso irregolare dello straniero nel territorio dello Stato. In tal senso si era espressa una pronuncia di legittimità, la quale, oltre a qualificare il comma 3 come fattispecie autonoma di reato (sul punto v. *infra*, trattandosi della seconda questione oggetto di contrasto), lo aveva inquadrato come illecito d'evento¹⁶². A sostegno di tale esegesi la Suprema Corte aveva valorizzato tre ordini di argomenti: *i*) gli indici testuali riscontrabili all'interno delle ipotesi aggravate alternative («*si evoca l'ingresso, si valorizzano le effettive modalità del trasporto, sia sotto il profilo delle condizioni dei soggetti trasportati che in relazione ai mezzi e alle modalità in concreto utilizzate*»); *ii*) il principio di proporzionalità della pena, nel senso che il significativo scarto sanzionatorio sarebbe stato giustificato solo a fronte dell'avvenuta (e non meramente potenziale) violazione della disciplina nazionale sull'immigrazione; *iii*) la diversa formulazione delle aggravanti di cui al successivo comma 3-ter, dove l'espressione «al fine di» conferisce rilevanza alla mera “direzione” dell'azione verso il risultato vietato. Le Sezioni unite, tuttavia, hanno abbracciato l'orientamento di segno opposto¹⁶³, da un lato valorizzando l'utilizzo, nella “matrice” dell'aggravante, di una formula identica al comma 1, che inequivocabilmente marca la natura a consumazione anticipata della fattispecie («atti diretti a»); e dall'altro lato riconducendo la dosimetria editale all'esercizio della discrezionalità legislativa in punto di pena.

Il secondo contrasto giurisprudenziale verteva, come anticipato, sulla natura circostanziale ovvero di fattispecie autonoma del comma 3. Una parte della giurisprudenza, in linea con la dottrina¹⁶⁴, aveva abbracciato quest'ultima opzione, dandola sostanzialmente per pacifica e forse per tale ragione non sviluppando compiutamente gli argomenti a suo sostegno¹⁶⁵. Secondo l'orientamento opposto¹⁶⁶, che ha ricevuto

¹⁶² Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2014, n. 40624, Scarano, CED 259923.

¹⁶³ Sostenuto da Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2017, n. 45734, Bouslim e altri, CED 271127.

¹⁶⁴ A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, *Speciale immigrazione*, 22; A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 50; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., 108.

¹⁶⁵ In particolare, convergano a favore della natura autonoma del reato le due pronunce che, invece, si erano divise relativamente alla sua natura di evento o di mera condotta: rispettivamente, Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2014, n. 40624, Scarano, CED 259923; Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2017, n. 45734, Bouslim e altri, CED 271127. Sempre a favore della natura autonoma si era incidentalmente espressa la Corte costituzionale, nella già citata sent. n. 331/2011 che ha dichiarato incostituzionale la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere all'epoca prevista dall'art. 12, comma 4-bis per le ipotesi ricadenti nell'art. 12, comma 3 t.u. imm.

¹⁶⁶ Sostenuto in particolare da Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2016, n. 14654, Yan-

l'avallo delle Sezioni unite, la qualificazione del comma 3 come circostanza aggravante del comma 1 sarebbe dovuta discendere, essenzialmente, dall'applicazione del criterio strutturale di specialità (per aggiunta), oltre che dall'infondatezza degli argomenti formulati a sostegno della natura autonoma¹⁶⁷.

A ben vedere, peraltro, questi ultimi risultavano molto meno inconsistenti di quanto affermato dalla Suprema Corte¹⁶⁸. Anzitutto, l'affermazione secondo cui la tecnica legislativa consistente nel riprodurre testualmente il comma 1 «*ottiene lo stesso risultato che avrebbe prodotto un rinvio per relationem*» appare errata: sia perché si tratta di tecniche

kura e altro, CED 269538; Cass. pen., sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561, G., CED 265647; in dottrina v. M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, cit., 109.

¹⁶⁷ Si tratta di argomenti prospettati, ma al solo fine di confutarli, dalla sentenza di cui alla nota precedente e dalle stesse Sezioni unite (da queste ultime sono estratti i passaggi di seguito riportati): anzitutto, «*La tecnica legislativa di riprodurre integralmente la descrizione della condotta presente nella fattispecie del primo comma è, senza dubbio, insolita ma ottiene lo stesso risultato che avrebbe prodotto un rinvio per relationem: non pare, quindi, un indizio inequivoco della volontà del legislatore di creare una diversa fattispecie autonoma*». In secondo luogo, «*la mancata estensione del divieto di bilanciamento delle circostanze di cui al comma 3-quater alle ipotesi del terzo comma non è affatto indice della sua natura di fattispecie autonoma di reato, ben potendo essere conseguenza di una ragionata scelta del legislatore di sanzionare più severamente determinate ipotesi rispetto ad altre*». In terzo luogo, «*Il riferimento distinto ai «fatti di cui ai commi 1 e 3» contenuto nel comma 3-ter non dimostra la natura di fattispecie autonoma dei due commi, ben potendo applicarsi ai fatti di cui al primo comma così come aggravati ai sensi del comma 3*». In quarto luogo, «*la costruzione di aggravanti di fattispecie già aggravate, riscontrabile nei commi 3 bis e 3 ter non è affatto inusuale nella variegata produzione legislativa*». Infine, la Corte respinge l'argomento – questo sì, abbozzato da una delle sentenze orientate a favore della natura autonoma di reato (la citata n. 40624/2014, Scarano) – secondo cui la riformulazione del comma 3 da parte del “pacchetto sicurezza” del 2009 non ne avrebbe intaccata la natura giuridica, in precedenza pacificamente ritenuta di carattere autonomo: pur ammettendo che alcuni degli argomenti addotti all'epoca potrebbero essere ancora spesi rispetto alla norma vigente, il collegio ritiene dirimente che «*l'interpretazione allora adottata faceva leva soprattutto sulla chiara volontà del legislatore di colpire più severamente le condotte connotate dal fine di profitto in conseguenza di un “salto di qualità” rispetto alle ipotesi di favoreggiamento disinteressato dell'immigrazione clandestina*», volontà resa esplicita dalla netta distinzione tra comma 1 (favoreggiamento c.d. «*disinteressato*»), non a caso seguito – sottolinea ancora la Corte – dalla scriminante umanitaria di cui al comma 2; e comma 3 (favoreggiamento con dolo specifico di profitto), al quale soltanto si applicavano (almeno fino alle modifiche introdotte dal d.l. n. 241/2004) le aggravanti di cui ai comma 3-bis e 3-ter (mentre oggi quelle di cui al comma 3-ter, in parte immutate, sono estese anche al comma 1).

¹⁶⁸ Per un'aggiornata disamina delle incertezze che tuttora circondano la distinzione tra circostanze e fattispecie autonome, v. I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, 2022, 40-47, ed *ivi* per i fondamentali riferimenti bibliografici in materia.

almeno formalmente diverse; sia perché la ripetizione, nell'*incipit* del comma 3, della stessa clausola di riserva con la quale si apre il comma 1 («salvo che il fatto costituisca più grave reato»), può essere agevolmente spesa a sostegno della natura autonoma¹⁶⁹. In secondo luogo, l'argomento letterale appena riportato è rafforzato da considerazioni di ordine storico, essendo l'attuale formulazione frutto di una modifica introdotta dalla legge Bossi-Fini proprio allo scopo di superare il rapporto reato-aggravante che intercorreva tra il comma 1 e il comma 3 nella versione introdotta dalla precedente legge Turco-Napolitano¹⁷⁰. Infine, ulteriore indice della natura autonoma è rintracciabile nella formulazione delle aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*, che risultano applicabili, rispettivamente, ai «fatti di cui al comma 3» e ai «fatti di cui ai commi 1 e 3», essendo quanto meno improbabile che il legislatore abbia inteso configurare delle «aggravanti di aggravanti»¹⁷¹.

Alla luce di questi rilievi, sorge allora spontaneo ipotizzare che sulla decisione delle Sezioni unite, comunque in effetti supportata dal criterio strutturale di specialità, abbia pesato anche il severo trattamento sanzionatorio indistintamente previsto dal comma 3 per situazioni caratterizzate – come ci si accinge ad illustrare – da un disvalore eterogeneo ed in alcuni casi non particolarmente significativo: un assetto non privo di profili di irragionevolezza, suscettibili di essere quanto meno mitigati – questo il punto – dal giudizio di bilanciamento tra circostanze¹⁷².

¹⁶⁹ Così F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato*, cit., 490, il quale osserva come lo stesso argomento sia già utilizzato per affermare la natura autonoma dell'art. 73, comma 5, t.u. stupef.; nello stesso senso S. FELICIONI, J. ESCOBAR VEAS, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all'art. 12 co. 3 del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti o fattispecie autonome di reato?*, in *Dir. pen. cont. (arch)*, fasc. n. 6/2018, 255, secondo cui «il dato testuale sembra indicare chiaramente che si tratta di una fattispecie autonoma di reato, dal momento che il legislatore ha disciplinato la fattispecie in esame non ricorrendo alla formulazione usuale delle circostanze, bensì in termini di fattispecie a sé stante [...] stabilendo anche un'autonoma pena edittale».

¹⁷⁰ Così ancora S. FELICIONI, J. ESCOBAR VEAS, *op. loc. cit.*; BASILE, *Favoreggiamento aggravato*, cit., 490 s.

¹⁷¹ S. FELICIONI, J. ESCOBAR VEAS, *Rimessa alle Sezioni Unite*, cit., 256, i quali puntualmente osservano come analogo rilievo fosse stato sviluppato da autorevole dottrina, pochi anni prima, con riferimento ad un simile problema interpretativo venuto in rilievo a proposito dei progetti di introduzione del reato di tortura (F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014*, in *Dir. pen. cont. (arch)*, 25 settembre 2014, 5).

¹⁷² Se così fosse, allora ci troveremmo dinanzi una forma di inversione metodologica, nel-

4.2. *Il favoreggiamento aggravato tra plurioffensività e profili di irragionevolezza.*

Posto che l'art. 12, comma 1, t.u. imm. atrae, indistintamente, ogni forma di agevolazione di ingressi irregolari, la selezione delle condotte più gravi avviene solo sul piano del *quantum* sanzionatorio, ed è affidata al sistema delle circostanze aggravanti di cui ai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del medesimo art. 12. Anche in questo caso, la scelta rispecchia l'approccio del *Facilitators Package*, che per un verso impone di criminalizzare l'aiuto volontario *tout court* all'ingresso irregolare, e per altro verso impone di prevedere pene detentive non inferiori nel massimo a otto anni per le ipotesi aggravate. Tuttavia, mentre gli indici valorizzati dal legislatore europeo per selezionare le condotte più gravi non appaiono manifestamente irragionevoli (si tratta dello scopo di lucro, a cui deve aggiungersi, alternativamente, la presenza di un'organizzazione criminale ovvero il pericolo per la vita dei migranti¹⁷³), le corrispondenti scelte compiute dal legislatore italiano sollevano diversi ordini di perplessità.

Le più macroscopiche incongruenze sono state recentemente eliminate dalla Corte costituzionale (sent. n. 63/2022)¹⁷⁴. Si trattava delle aggravanti dell'utilizzo di servizi internazionali di trasporto, nonché di documenti contraffatti o alterati o illegalmente ottenuti (comma 3, lett. *d*), seconda parte), entrambe contestate a una donna congolese che era

la quale la qualificazione ritenuta preferibile precede l'individuazione degli argomenti che consentono di giustificarla: osserva, criticamente, come tale approccio si spesso rintracciabile nelle argomentazioni relative alla distinzione tra circostanze e fattispecie autonome, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, 2000, 564.

¹⁷³ V. *supra*, cap. I, par. 3.2.

¹⁷⁴ Corte cost., 8 febbraio 2022, n. 63, Pres. Amato, Red. Viganò. Tra i commenti: A. SPENA, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3, 2022, 238-267; F. PARISI, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: la Corte costituzionale dichiara illegittima l'aggravante per chi agevola l'immigrazione utilizzando servizi di trasporto internazionale o documenti falsi*, in *Foro it.*, n. 9, 2022, 2661-2668; A. CIERVO, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Oss. AIC*, n. 3, 2022, 314-329; G. NICOLÒ, *Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*, in *Cons. Onl. Stud.*, n. 3, 2022, 1025-1039; nonché, volendo, 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 prestano aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2022. L'ordinanza di rimessione del Tribunale Bologna (1° dicembre 2020) è pubblicata in *Sist. pen.*, 7 dicembre 2020.

stata fermata alla frontiera aeroportuale nell'atto di introdurre illegalmente in Italia la figlia e un'altra minorenne della stessa nazionalità. Nelle verosimili intenzioni del legislatore¹⁷⁵, la prima circostanza mirava a colpire lo sfruttamento dei servizi di linea di trasporto internazionale da parte dei trafficanti¹⁷⁶, mentre la seconda rispondeva alla finalità di colpire più severamente condotte plurioffensive in quanto lesive anche della pubblica fede¹⁷⁷. La Consulta ha ritenuto entrambe le previsioni incompatibili con il canone di proporzionalità della pena, non ravvisando alcuna ragionevole giustificazione per i drastici incrementi sanzionatori ad esse ricollegati. Sui contenuti della pronuncia si tornerà *funditus* nel quinto capitolo, tenuto conto del loro rilievo per le considerazioni che si svolgeranno in quella sede a proposito degli ulteriori profili di illegittimità rintracciabili – a parere di chi scrive – nel trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 12 t.u. imm. In questa sede, invece, preme concentrare l'attenzione sulle aggravanti tuttora in vigore, al fine di mettere a fuoco quali siano gli indici di disvalore che, nelle valutazioni dell'ordinamento italiano, marcano il passaggio dal favoreggiamento base a quello aggravato.

Alcune circostanze risultano incentrate sull'offesa ai beni giuridici personali dei migranti: si tratta dell'esposizione a pericolo per la vita o l'integrità fisica (comma 3, lett. *b*), ovvero della sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti (comma 3, lett. *c*), entrambe mutate dal Protocollo di Palermo; nonché della finalità di destinare i migranti alla prostituzione ovvero allo sfruttamento sessuale, lavorativo o in attività illecite (comma 3-ter, lett. *a*). In questi casi si può affermare che l'illecito circostanziato assuma natura plurioffensiva, e che, di riflesso, gli

¹⁷⁵ Intenzioni delle quali, tuttavia, non vi è traccia nei lavori preparatori. Durante i lavori parlamentari della legge Turco-Napolitano (1998), infatti, le aggravanti in esame vengono proposte in seno alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati (seduta del 18 settembre 1997) e approvate senza essere accompagnate da alcun dibattito, né in Commissione né successivamente in Assemblea.

¹⁷⁶ Una pronuncia di legittimità ha ravvisato la *ratio* dell'aggravante nel fatto che i vettori di trasporto «*per evidenti esigenze di speditezza nello spostamento di più persone o di notevoli quantità di merci non possono essere soggetti a lunghi e penetranti controlli*» (Cass. pen., sez. I, 25 novembre 2011, n. 12542, E.M.). A tale argomento, peraltro, si può agevolmente replicare che lunghi e penetranti controlli sono invece regolarmente svolti sia dalle autorità di frontiera che dagli stessi vettori, sotto minaccia delle «*carrier sanctions*» di natura amministrativa.

¹⁷⁷ Per una lettura parzialmente diversa, v. A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 53, secondo il quale tali circostanze «*presentano un connotato comune, costituito dalla strumentalizzazione, in vista del conseguimento del risultato vietato dalla norma, di una situazione di apparente liceità*».

stranieri coinvolti assumano la qualità di persone offese dal reato¹⁷⁸. Sebbene tali circostanze si fondino su fattori selettivi di obiettiva gravità, la loro applicazione è comunque suscettibile di produrre risultati irragionevoli in termini di livellamento verso l'alto del trattamento sanzionatorio di condotte connotate da gradi eterogenei di disvalore: si pensi all'esposizione a pericolo per la vita o l'integrità fisica, che può discendere sia dalla vendita di un posto a bordo di un gommone sovraccarico, sia dall'accompagnamento attraverso un valico alpino, lungo impervi cammini non tracciati, per agevolare un ricongiungimento famigliare.

Altre circostanze – in particolare il numero di stranieri coinvolti pari o superiore a cinque (comma 3, lett. *a*), il numero di concorrenti nel reato pari o superiore a tre (comma 3, lett. *d*), prima parte), nonché la disponibilità, da parte degli autori del fatto, di armi o materiali esplosivi (comma 3, lett. *e*) – ad avviso della Corte costituzionale «*appaiono evocare, secondo le verosimili intenzioni del legislatore, scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti*»¹⁷⁹. L'effettiva idoneità di tali circostanze a svolgere un simile compito appare, tuttavia, discutibile¹⁸⁰. I dubbi investono, in

¹⁷⁸ In questo senso M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., 108; A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 91. Sul carattere plurioffensivo di queste ipotesi la Corte costituzionale si è espressa, oltre che nella poc'anzi citata sent. n. 63/2022, anche nella precedente sent. n. 142/2017. In quest'ultima sede, oltre a ritenere che l'importo della multa non potesse essere considerato "fisso" (in quanto da commisurarsi in concreto in base al numero di migranti trasportati), la Corte ha ritenuto che l'entità della medesima pena pecuniaria fosse conforme al canone di proporzionalità, trattandosi di fattispecie poste anche a presidio dei diritti fondamentali dei migranti. Né, ci pare, la natura plurioffensiva dovrebbe essere rimessa in discussione a seguito dell'intervento delle Sezioni unite *Mizanur* che, come visto, hanno ravvisato in tali ipotesi mere circostanze aggravanti. Sebbene infatti l'individuazione degli *essentialia delicti* spetti agli elementi costitutivi del reato e non, evidentemente, alle circostanze aggravanti, nulla osta alla possibilità che queste ultime siano fondate sull'offesa a beni giuridici diversi e ulteriori rispetto a quello/i tutelato/i dalla norma incriminatrice. Per una critica alla tesi, ormai superata, che si avvaleva del bene giuridico come criterio distintivo tra mere circostanze aggravanti e fattispecie autonome di reato, v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 568-570; F. BASILE, *Art. 59*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, cit., 1208 s. Va detto, peraltro, che nella giurisprudenza di legittimità non si rinviene un orientamento univoco in punto di mono- o plurioffensività dell'art. 12, comma 3: nel primo senso, Cass. pen., sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561, G., CED 265647, la quale sembra peraltro attribuire rilevanza dirimente alla natura meramente circostanziale delle ipotesi ivi previste; nel secondo senso, in un sintetico *obiter dictum*, Cass. pen., sez. I, 9 gennaio 2018, n. 21955, D.A.

¹⁷⁹ Corte cost., n. 63/2022, cit. (cons. in dir., n. 4.3).

¹⁸⁰ La questione è correttamente evidenziata e ulteriormente approfondita da A. SPENA,

particolare, il mero dato numerico relativo ai concorrenti nel reato o alle persone trasportate, essendo agevole immaginare situazioni concrete nelle quali la presenza, rispettivamente, di tre o cinque persone, costituisce un elemento del tutto neutro: si pensi a un gruppo di amici che, mentre passeggia in montagna lungo il confine alpino italo-francese, si imbatte in uno o più migranti che hanno smarrito il sentiero, e accompagnandoli a valle ne procura l'ingresso irregolare in Francia. Certamente più idonea allo scopo sarebbe stata una formulazione analoga a quella prevista dal Pacchetto sul favoreggiamento, che, come visto, richiede la presenza cumulativa dello scopo di lucro e dell'organizzazione criminale, una combinazione senz'altro in grado di riflettere con maggiore attendibilità situazioni riconducibili al traffico di migranti.

4.3. *Il nodo del dolo specifico di profitto.*

Come a più riprese evidenziato, il dolo specifico di profitto non rappresenta un elemento costitutivo del reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, bensì una mera circostanza aggravante¹⁸¹. Per un breve lasso di tempo, ossia tra la legge n. 271/2004 (di conversione del d.l. n. 241/2004) e il "pacchetto sicurezza" del 2009, i commi 1 e 3 dell'art. 12 t.u. imm. hanno incriminato, rispettivamente, il favoreggiamento dell'ingresso irregolare *tout court*, a dolo generico, come inteso dal *Facilitators Package*; e il favoreggiamento «al fine di trarre profitto anche indiretto», sostanzialmente coincidente con la nozione di *smuggling of migrants* di cui al Protocollo di Palermo¹⁸². La novella del 2009 ha

Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti, cit., 255-261. L'autore, tra l'altro, rileva che, se l'ulteriore bene giuridico fosse da individuarsi nell'ordine pubblico, la plurioffensività si risolverebbe in una presunzione, dovendosi dare per assunto che l'organizzazione dedita al traffico possieda i presupposti di un'associazione penalmente rilevante quali quelle incriminate dagli artt. 416 e 416-bis c.p.

¹⁸¹ Si tratta, dunque, di un dolo specifico c.d. differenziale (sulle diverse tipologie di dolo specifico v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 234), avente cioè funzione di introdurre un trattamento sanzionatorio diverso (e, in questo caso, più severo) rispetto a quello previsto per l'ipotesi a dolo generico.

¹⁸² Come illustrato nel precedente capitolo (par. 2.4), è possibile sostenere che la nozione del Protocollo ricomprenda, tra gli elementi costitutivi, anche il carattere *transnazionale* e *organizzato* dell'illecito. Tuttavia, come pure in quella sede illustrato, l'interpretazione largamente maggioritaria è nel senso che la nozione di *smuggling* si componga esclusivamente della condotta consistente nel procurare l'ingresso irregolare, sostenuta dal dolo specifico di profitto, anche indiretto.

ritrasformato il dolo specifico in una mera circostanza aggravante (comma 3-ter, lett. b); e, soprattutto, ha affidato ad altri fattori, poc' anzi esaminati, il compito di tracciare la distinzione più significativa – in punto di ricadute sanzionatorie – tra il favoreggiamento base e le sue forme aggravate. Non vi è dubbio che il precedente assetto risultasse, in confronto a quello attuale, più idoneo a riflettere il passaggio dal favoreggiamento semplice al traffico di migranti¹⁸³, tenuto conto che il guadagno rappresenta la spinta criminale fondamentale di questa tipologia di reati¹⁸⁴. A ben vedere, tuttavia, il dolo di profitto isolatamente considerato, nonché privo di quella peculiare connotazione di “ingiustizia” conferitagli dal legislatore nella sola fattispecie di favoreggiamento della *permanenza* irregolare, può forse escludere la finalità umanitaria della condotta (sul punto, peraltro, si avrà occasione di ritornare¹⁸⁵); ma di certo non può rivelare in maniera univoca un contesto di vero e proprio traffico di migranti¹⁸⁶. Tanto è vero che, come già osservato, il *Facilitators Package* impone agli Stati membri di tenerlo in considerazione, ai fini della comminatoria della pena, solo in combinazione con altri fattori; tra i quali, guarda caso, la presenza di un'organizzazione criminale. In quest'ottica, forse, non è nemmeno un caso che la stessa pronuncia della Corte costituzionale n. 63/2022 abbia ommesso di menzionare la circostanza di cui al comma 3-ter, lett. b) tra quelle che «*appaiono evocare [...] scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti*».

Ciò posto con riferimento alla funzione dell'aggravante nell'economia complessiva dell'art. 12, occorre soffermare più da vicino l'attenzione sulla sua formulazione, e segnatamente sul passaggio dalla formula originaria («fine di lucro») a quella introdotta nel 2002 dalla legge Bossi-Fini e rimasta invariata sino ad oggi («profitto, anche indiretto»). La modifica era finalizzata ad ampliare la portata applicativa dell'aggravante, in una duplice direzione: da un lato, in modo da ricomprendervi le ipotesi in cui il profitto non fosse stato ottenuto direttamente dagli

¹⁸³ Così L. MASERA, “*Terra bruciata*”, cit., 69, secondo il quale «*proprio la finalità di profitto, ben più degli eterogenei criteri ora adottati, era idonea a segnare il discrimine tra i due diversi livelli di gravità della condotta*».

¹⁸⁴ In questo senso P. BRONZO, E. CANNIZZARO, E. CIMIOTTA, M.T. TRAPASSO, U. TRIULZI, *Il traffico di migranti: una proposta normativa*, in *Cass. pen.*, 2020, 3463.

¹⁸⁵ V. *infra*, cap. VI, par. 1.

¹⁸⁶ Tantomeno, in assenza del carattere di ingiustizia collegata alla condizione di irregolarità dello straniero che connota la fattispecie di cui al comma 5, il dolo specifico in esame può determinare il carattere plurioffensivo dell'illecito circostanziato.

stranieri favoriti¹⁸⁷; dall'altro, e soprattutto, in modo da ricomprendervi anche i vantaggi non economicamente apprezzabili, secondo la nozione estensiva di «profitto» abbracciata dalla giurisprudenza in materia di reati contro il patrimonio. In tempi recenti, tuttavia, a questo orientamento tradizionale si è contrapposto un orientamento che, dando rilievo alla tesi espressa dalla dottrina prevalente, ha ristretto la nozione di profitto ai soli vantaggi di carattere economico-patrimoniale. Nella materia che qui direttamente ci occupa, l'orientamento restrittivo ha trovato riscontro, di recente, in una pronuncia che ha censurato l'applicazione dell'aggravante a due coniugi i quali si erano rivolti a un'organizzazione criminale per ottenere i documenti necessari a procurare l'ingresso irregolare in Italia dei propri famigliari, osservando che la finalità perseguita dai ricorrenti (il ricongiungimento familiare) non potesse qualificarsi in termini vantaggio economico-patrimoniale¹⁸⁸.

La ricomposizione del contrasto giurisprudenziale in ordine alla nozione di profitto, con specifico riferimento al delitto di furto, è stata affidata, da ultimo, alle Sezioni unite¹⁸⁹, le quali, secondo l'informazione provvisoria diramata a seguito dell'udienza del 25 maggio 2023, hanno sancito il seguente principio di diritto: «*Il fine di profitto del reato di furto, caratterizzante il dolo specifico dello stesso, può consistere anche in un fine di natura non patrimoniale*». Per valutare l'impatto della decisione sulla materia in esame occorrerà tuttavia attendere il deposito delle motivazioni.

¹⁸⁷ Per un'applicazione in tal senso, v. Cass. pen., 30 maggio 2019, n. 35510, Fantini e altri, CED 276613, relativa, tra l'altro, alla responsabilità di un procacciatore di documenti falsi per numerose aziende interessate all'impiego di lavoratori stranieri irregolari, il quale aveva percepito dalle aziende (e non direttamente dagli stranieri favoriti) il compenso per l'attività illecita svolta.

¹⁸⁸ Cass. pen., 30 maggio 2019, n. 35510, Fantini e altri, CED 276613: in motivazione si legge che, diversamente opinando, ossia abbracciando la nozione estensiva di profitto, «*l'aggravante ricorrerebbe pressoché sempre – l'agire umano risponde, in via naturale, ad un qualche bisogno interiore – e ciò comporterebbe la sostanziale vanificazione dell'incriminazione nella sua forma non aggravata*». In una precedente pronuncia, pur ribadendo in linea di principio l'adesione alla nozione estensiva di profitto, la Suprema Corte ha censurato l'applicazione dell'aggravante a due rifugiati curdi i quali, avvalendosi dei servizi di un'organizzazione criminale, avevano compiuto atti diretti a procurare l'ingresso di altri richiedenti asilo della stessa etnia provenienti dalla Turchia, in parte riuscendo nell'intento: i giudici di legittimità hanno sottolineato l'incompatibilità tra la finalità di profitto e la finalità solidaristica perseguita dai ricorrenti, i quali avevano inteso sottrarre i soggetti favoriti a «*situazioni politiche di elevata criticità*», concludendo che il fatto dovesse essere ricondotto all'art. 12, comma 1, t.u. imm. (Cass. pen., 19 marzo 2013, n. 15939, Alcu e altro, CED 255637).

¹⁸⁹ Cass. pen., sez. V, ord. 18 novembre 2022, in *Sist. pen.*, 15 febbraio 2023, con nota di A. AIMI.

5. Dal traffico di migranti alla tratta di persone.

Nel primo capitolo sono state messe in luce le sovrapposizioni che si registrano tra gli strumenti sovranazionali volti al contrasto del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare / traffico di migranti, da un lato; e quelli volti al contrasto della tratta di persone, dall'altro lato. Si tratta di questioni che presentano, come precipitato di diritto penale nazionale, la non agevole distinzione tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e tratta di persone *ex art. 601 c.p.*¹⁹⁰.

5.1. Elementi distintivi e profili di sovrapposizione.

Come si è già osservato con riferimento alle rispettive matrici sovranazionali, le figure della tratta di persone e del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare risultano ben distinte sulla carta¹⁹¹. L'art. 601, comma 1, c.p. racchiude due diverse fattispecie¹⁹². La prima ha come presupposto che la vittima si trovi già nelle condizioni di schiavitù o servitù di cui all'art. 600 c.p., e la condotta tipica consiste, alternativamente, nel reclutarla, introdurla nel territorio dello Stato, trasferirla anche al di fuori di esso, trasportarla, cedere l'autorità su di lei esercitata, ospitarla. La seconda fattispecie, più complessa, ha invece come

¹⁹⁰ Sugli intrecci tra le fenomenologie criminose sottese al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e alla tratta di persone, cfr. V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 103 ss.; nella prospettiva del coinvolgimento di gruppi criminali organizzati a livello transnazionale, v. A. CENTONZE, *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori irregolari*, cit., 141-145.

¹⁹¹ Sulla distinzione tra le due figure v. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., 106-107; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., 102-103. In sintesi, gli elementi distintivi possono essere così schematizzati: *i*) l'oggettività giuridica, che ha carattere pubblicistico per il favoreggiamento (l'ordinata gestione dei flussi migratori) e personalistico per la tratta (lo *status libertatis*); *ii*) la dimensione transnazionale, che è essenziale nel favoreggiamento e solo eventuale nella tratta; *iii*) il consenso dello straniero, sussistente nel favoreggiamento e assente o comunque viziato nella tratta; *iv*) la permanenza, che è attribuito essenziale soltanto della tratta; *v*) la derivazione del profitto, che nel favoreggiamento (laddove presente) discende dalla gestione stessa del traffico, mentre nella tratta discende dallo sfruttamento delle vittime.

¹⁹² Per una ricca e articolata analisi, v. A. VALSECCHI, *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in F. VIGANÒ (a cura di), *Reati contro la persona*, volume del *Trattato teorico-pratico di diritto penale* (diretto da F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELISSERO), Giappichelli, 2022, 318-326.

presupposto che la persona sia libera, ed è integrata dalla realizzazione delle medesime condotte (reclutamento, introduzione nel territorio, ecc.), purché accompagnate sia da una specifica *modalità* lesiva (inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi a soggetti terzi che sulla vittima hanno autorità), sia dal *dolo specifico di sfruttamento* mediante lo svolgimento di una delle attività indicate (prestazioni lavorative, prestazioni sessuali, accattonaggio, attività illecite, prelievo di organi). La pena, sia per l'una che per l'altra fattispecie, consiste nella reclusione da otto a venti anni¹⁹³.

Laddove la vittima del delitto di tratta sia uno straniero irregolare, il fatto è pressoché sistematicamente destinato a integrare anche una delle fattispecie previste dall'art. 12 t.u. imm.: da un lato, la tratta realizzata mediante l'introduzione della vittima nel territorio italiano, o di altro Stato, integra anche favoreggiamento dell'ingresso irregolare, aggravato quanto meno da una delle finalità di sfruttamento di cui al comma 3-ter, lett. a)¹⁹⁴; dall'altro lato, la tratta che si esaurisce all'interno dei confini nazionali integra anche favoreggiamento della permanenza irregolare (art. 12, comma 5), o dazione di alloggio (comma 5-bis), tenuto conto che il requisito del dolo specifico di ingiusto profitto può essere

¹⁹³ La dottrina nutre dubbi in merito alla ragionevolezza di tale equiparazione sanzionatoria, tenuto conto che, mentre la prima fattispecie incrimina condotte realizzate nei confronti di persone che si trovano effettivamente nelle condizioni di cui all'art. 600; la seconda fattispecie ha per oggetto condotte animate da un mero dolo specifico di sfruttamento (più precisamente, nel fuoco del dolo specifico entrano proprio quelle situazioni che integrano uno degli eventi tipici della riduzione in servitù di cui all'art. 600). Per questo rilievo critico v. A. GALLUCCIO, *Art. 601*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo III, cit., 1591. Una questione di legittimità costituzionale in tal senso, prospettata con riferimento alla violazione degli artt. 3 e 27 Cost., è stata tuttavia dichiarata manifestamente infondata da una recente pronuncia di legittimità, nell'ambito di una più ampia ricognizione volta ad evidenziare la sostanziale omogeneità lesiva di tutte le fattispecie incriminate dagli artt. 600, 601 e 602 c.p. (Cass. pen., sez. I, 5 marzo 2019, n. 35992, Omorodion, CED 276718).

¹⁹⁴ L'aggravante di cui al comma 3-ter, lett. a) dispone un aumento delle pene detentive e pecuniarie per le condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare caratterizzate dal fine di destinare gli stranieri alla prostituzione, allo sfruttamento sessuale o lavorativo, ovvero, per i soli minori, allo sfruttamento nell'ambito di attività illecite. In omaggio alla concezione oggettivistica del dolo specifico (v. *supra*, nt. 157), la sanzione sarà applicabile se e nella misura in cui sia riscontrabile l'obiettivo idoneità della condotta a realizzare il fine perseguito, mettendo così in pericolo la dignità e la libertà di autodeterminazione dei migranti: tanto basta per affermare che, rispetto a tale ipotesi circostanziata, gli stranieri rivestano la qualità di persone offese.

soddisfatto dal dolo di sfruttamento richiesto dall'art. 601 c.p. Non vale, ovviamente, l'inverso, nel senso che potranno esservi casi di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, anche aggravato, o della permanenza irregolare, che non presentano gli ulteriori requisiti necessari ad integrare la più grave fattispecie di tratta.

Alla luce di queste premesse, è evidente che il cuore del problema dei rapporti tra l'art. 601 c.p. e l'art. 12 t.u. imm. si colloca in un capitolo ben preciso della sistematica del reato, quello dell'unità o pluralità di reati, dovendo cioè stabilirsi se, a fronte di fatti sui quali convergono entrambe le norme incriminatrici, esse concorrano ovvero una prevalga sull'altra. Il tema è stato affrontato in giurisprudenza con specifico riferimento al favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare, come nel prosieguo verrà illustrato.

5.2. *Oscillazioni giurisprudenziali in punto di unità o pluralità di reati.*

A venire in rilievo sono vicende accomunate dal reclutamento e dall'illecita introduzione di cittadine straniere nel territorio dello Stato, agendo contro la loro volontà ovvero carpendone il consenso mediante riti esoterici, nonché dalla finalità di sfruttarle mediante avviamento alla prostituzione¹⁹⁵. Con una sentenza del 2010¹⁹⁶, la Corte di cassazione si era orientata nel senso che il reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, aggravato (tra l'altro) dalla finalità di sfruttamento della prostituzione, dovesse cedere il passo alla più grave fattispecie di tratta di persone, segnatamente la seconda delle due ipotesi previste dall'art. 601, comma 1, c.p.¹⁹⁷. Tale conclusione, secondo la Corte, discendeva dalla clausola «salvo che il fatto costituisca più grave reato», collocata nell'*incipit* dell'art. 12, comma 1, t.u. imm., da considerarsi espressione del principio di consunzione, di talché «*qualora l'agevolazione all'ingresso in Italia di uno straniero costituisca al contempo un mezzo per realizzare la tratta del medesimo, si verifica assorbimento della prima condotta nella seconda, più gravemente sanzionata*».

¹⁹⁵ Per ulteriori dettagli su queste vicende v. C. FERRARA, *Il traffico di migranti nel Mediterraneo*, cit., 208 s.

¹⁹⁶ Cass. pen., sez. V, 25 marzo 2010, n. 20740, Ikponwmasa, CED 247658-01.

¹⁹⁷ Come visto, l'art. 601, comma 1, seconda parte c.p. criminalizza la tratta realizzata nei confronti di una persona *ab origine* libera, mediante le specifiche modalità lesive tipizzate e al fine di sfruttamento.

Nel 2015 la Corte di cassazione adottava una pronuncia di segno opposto, con la quale negava che il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare potesse rimanere assorbito nel delitto di tratta di persone¹⁹⁸. Ciò in ragione dell'eterogeneità dei beni giuridici tutelati dalle due norme incriminatrici¹⁹⁹ e della ritenuta conseguente inapplicabilità della clausola «salvo che il fatto costituisca più grave reato». Pur senza esplicitarlo, la Corte mostrava qui di aderire all'orientamento dottrinale secondo cui le clausole di sussidiarietà servono a sancire la prevalenza della norma che esprime un grado più intenso di offesa dello stesso bene giuridico, ovvero che tutela, accanto al bene tutelato dalla norma sussidiaria, uno o più beni ulteriori²⁰⁰.

Da ultimo, i giudici di legittimità sono tornati sulla questione nel 2021, attraverso due pronunce tra loro molto simili, emanate a pochi giorni di distanza²⁰¹. Dopo avere rilevato l'esistenza di un contrasto tra i precedenti del 2010 e del 2015, ed avere altresì escluso la necessità di rimettere la questione alle Sezioni unite, la Suprema Corte ha abbracciato l'orientamento più risalente, ravvisando dunque un concorso apparente di norme e l'applicabilità del solo art. 601 c.p. La Corte ha confermato, in particolare, la lettura della clausola «salvo che il fatto costituisca più grave reato» come espressione del criterio di consunzione, in base al quale è possibile ritenere assorbita nel reato più grave la condotta, già di per sé costituente reato, che ne rappresenta una modalità di realizzazione, anche laddove le due fattispecie siano poste a tutela di beni giuridici diversi²⁰². Si tratta di una soluzione coerente – ha conclu-

¹⁹⁸ Cass. pen., sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561, G., CED 265647, in *Cass. pen.*, 2016, 2594. Per un'incisiva critica ai passaggi argomentativi della pronuncia, v. V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., 106-108.

¹⁹⁹ Come già visto, si tratta di una pronuncia che considera anche le ipotesi aggravate di cui all'art. 12, commi 3 ss. come monoffensive. Quanto all'art. 601 c.p., la pronuncia individua il bene giuridico nella «libertà morale (di agire) della persona», offesa dallo sfruttamento inserito in un contesto di sottomissione al potere altrui.

²⁰⁰ Per questa nozione v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Giuffrè, 2023, 624.

²⁰¹ Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2021, n. 31650, E.P. (più dettagliata sia nella ricostruzione dei fatti sia, e soprattutto, nella parte che affronta i profili di diritto che qui ci occupano); Cass. pen., sez. I, 25 giugno 2021, n. 33708, E.J. e altri.

²⁰² Sul punto la Corte precisa che, essendo la funzione delle clausole di riserva quella di escludere il concorso di reati nei casi in cui il principio generale di specialità non trova applicazione, sarebbe contraddittorio subordinare l'applicabilità di tali clausole ad un presupposto (l'identità di beni giuridici) più restrittivo di quello richiesto per l'applicabilità del principio di specialità (dove il concetto di «stessa materia» di cui all'art. 15 c.p. – aggiunge la Corte – ormai da tempo non è più interpretato come sinonimo di «stesso bene giuridico»).

so la Corte – con la finalità perseguita dalla clausola di riserva, ossia evitare che la stessa condotta subisca, per effetto del convergere su di essa di due norme penali, una doppia incriminazione, in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale²⁰³.

Gli argomenti che sorreggono la pronuncia, pur condivisibili, non potranno tuttavia trovare applicazione ogniquale volta il delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare risulti, in ragione del congiunto operare di più circostanze aggravanti speciali tra quelle previste dai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 12, più grave di quello di tratta, con conseguente inoperatività della clausola di riserva. Si pensi al caso in cui l'agente introduca nel territorio dello Stato uno straniero privo di documenti, inducendolo a intraprendere un pericoloso viaggio mediante l'approfittamento di una situazione di necessità, al fine di destinarlo allo spaccio di stupefacenti. Tale condotta integra, al contempo, tratta di persone ai sensi dell'art. 601, comma 1, primo periodo; e favoreggiamento dell'ingresso pluriaggravato, ai sensi dell'art. 12, comma 3, lett. a) (pericolo per la vita o l'integrità fisica) e comma 3-*ter*, lett. a) (finalità di sfruttamento). Stante la maggiore gravità di quest'ultimo reato (per effetto delle citate aggravanti la reclusione massima ammonterà a 24 anni, mentre la reclusione massima per la tratta è pari a vent'anni²⁰⁴), le due fattispecie dovrebbero in linea di principio essere applicate congiuntamente, in concorso formale.

A diverse conclusioni si potrebbe pervenire soltanto a patto di superare la nota ritrosia giurisprudenziale a dare accesso, nella teorica del concorso apparente di norme, ai c.d. criteri valoriali, anche in assenza

co»). L'affermazione, tuttavia, non può essere condivisa nella sua assolutezza. Basti pensare, infatti, che anche il criterio di sussidiarietà esclude il concorso di reati pur in assenza di un rapporto di specialità, ma si fonda proprio sull' almeno parziale identità tra i beni giuridici tutelati.

²⁰³ Sulla riconducibilità di clausole di riserva come quella posta nell'*incipit* dell'art. 12, comma 1 al criterio di consunzione, a sua volta ispirato al *ne bis in idem* sostanziale, v. L. MASERA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, 2006, 1162-1164; per una critica alla tesi che limita l'operatività delle clausole di sussidiarietà espressa alle ipotesi in cui la norma principale sanziona un grado più intenso di offesa allo stesso bene giuridico tutelato dalla norma sussidiaria, ovvero in cui la norma principale tutela, accanto al bene tutelato dalla norma sussidiaria, anche un bene giuridico ulteriore, v. di recente M. GAMBARDILLA, *Concorso ideale e clausole di riserva: una storia dimenticata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 168 ss., contribuito quest'ultimo al quale si rimanda anche per più ampie considerazioni in punto di funzione delle clausole di riserva nella risoluzione delle antinomie normative.

²⁰⁴ La reclusione per una singola aggravante di cui al comma 3 va da 6 a 16 anni, aumentati da 1/3 alla metà per l'aggravante di cui al comma 3-*ter*, lett. a).

di clausole di riserva *ad hoc* che li incorporino²⁰⁵. Si consideri a tale riguardo che tra le due fattispecie in esame sussiste un rapporto di interferenza (o, secondo diversa terminologia, di “specialità bilaterale”): accanto ad un nucleo comune di elementi (l'introduzione di una persona nel territorio dello Stato allo scopo di sfruttarla nello svolgimento di attività illecite), ciascuna presenta elementi “specializzanti” propri, segnatamente l'approfittamento della situazione di necessità (art. 601 c.p.); nonché la qualità di straniero, l'assenza di valido titolo di ingresso e il pericolo per la vita o l'integrità fisica (art. 12 circostanziato). Posta questa premessa, occorre valutare se la fattispecie più gravemente punita (nel nostro esempio, il favoreggiamento dell'ingresso pluriaggravato) sia in grado di assorbire il disvalore di quella meno gravemente punita. A risposta affermativa potrebbe pervenirsi in base al criterio di consunzione, che del resto si fonda proprio su quel divieto di *bis in idem* sostanziale al quale la stessa Corte di cassazione, nella pronuncia poc'anzi esaminata, assegna la funzione di porre il reo al riparo da indebite duplicazioni sanzionatorie²⁰⁶; occorrerebbe, in sintesi, riconoscere che l'elemento caratterizzante del reato meno grave, ossia l'approfittamento della situazione di necessità, costituisce, nell'esempio proposto, nient'altro che un elemento accessorio, una *modalità esecutiva*, per la realizzazione del reato più grave²⁰⁷. Tale soluzione risulta del resto suffragata dalla considerazione che le modalità predatorie, lesive dell'altrui *status*

²⁰⁵ Il riferimento è al c.d. approccio “pluralista” ai criteri di individuazione del concorso apparente di norme, teso cioè a riconoscere, accanto ai criteri tipizzati dal legislatore (specialità *ex art.* 15 e clausole di riserva inserite nel corpo delle norme incriminatrici), anche gli ulteriori criteri della sussidiarietà, della consunzione, ed altri variamente declinati. Per una recente sistematizzazione della materia, particolarmente apprezzabile per completezza e lucidità di analisi, v. M. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, Giappichelli, 2023, 23 ss., al quale non possiamo che rinviare anche per gli ulteriori e imprescindibili riferimenti bibliografici, di cui risulterebbe impossibile, in questa sede, dare compiutamente conto.

²⁰⁶ Sulla rilevanza del *ne bis in idem* sostanziale nella teorica del concorso apparente di norme, v. di recente A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 528-530; I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di Ne bis in idem sostanziale*, Giappichelli, 2022, 151 ss., M. SCOLETTA, *Idem crimen*, cit., 402 ss.

²⁰⁷ In quest'ottica, alla soluzione del problema in esame potrebbe utilmente contribuire la riconduzione della fattispecie circostanziata di favoreggiamento nel concetto di reato eventualmente complesso. Su questa categoria, v. da ultimo, anche per gli indispensabili ulteriori riferimenti dottrinali, L. BIN, *Il reato eventualmente complesso come (unica) ipotesi di concorso apparente ulteriore rispetto alla specialità. L'esempio del rapporto tra incendio e disastro ambientale*, in *Leg. pen.*, 9 maggio 2023, 27; nonché, *amplius*, ID., *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli, 2022, *passim* e spec. 430 ss.

libertatis, ossia del bene giuridico tutelato dall'art. 601 c.p.²⁰⁸, possono costituire il «normale quadro di vita»²⁰⁹ dei servizi di mobilità illecita, specialmente laddove siano offerti dalla criminalità organizzata. Detto altrimenti, l'approfittamento della condizione di necessità (così come le altre condotte tipiche elencate dall'art. 601, comma 1, secondo periodo: inganno, violenza, minaccia ecc.), rappresentano, in base all'*id quod plerumque accidit*, modalità coerenti con il contesto nel quale normalmente si realizza il traffico di migranti, il cui disvalore tipico pare pertanto sufficientemente capiente per assorbirle (in maniera non dissimile, *mutatis mutandis*, da un sequestro di persona strettamente funzionale a – e dunque assorbito da – una rapina o una violenza sessuale)²¹⁰. A opposte conclusioni (concorso formale di reati) dovrebbe invece pervenirsi ogniqualvolta le modalità esecutive del favoreggiamento esorbitino il disvalore che tale fattispecie è in grado di assorbire²¹¹. Si pensi alla movimentazione di stranieri irregolari *ridotti in schiavitù*, la cui autonomia decisionale risulti pertanto del tutto annullata, con conseguente integrazione dell'ipotesi di tratta di cui all'art. 601, comma 1, primo periodo: in questo caso l'applicazione di entrambe le fattispecie si impone (beninteso: laddove l'art. 12 risulti, in ragione del ricorrere di più aggravanti speciali, più severamente punito, e dunque non risulti applicabile la clausola di riserva), posto che altrimenti il disvalore inerente alla *reificazione* della vittima rimarrebbe privo di risposta penale.

Nella stessa direzione milita, infine, il principio di proporzionalità della pena. Se infatti quest'ultimo canone rappresenta, anzitutto, un imprescindibile strumento di esegesi della fattispecie²¹², non si vede ragione per escluderne la rilevanza anche sul diverso (ma strettamente collegato) terreno dei *rapporti* tra norme incriminatrici; terreno sul quale – specie in presenza di cornici edittali particolarmente severe, come

²⁰⁸ In questi termini, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, *Delitti contro la persona*, VIII ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022, 290, il quale precisa che con l'espressione *status libertatis* si intende indicare «non questa o quella forma di manifestazione della libertà individuale, bensì il complesso delle manifestazioni che si riassumono in tale stato»; in senso adesivo, A. VALSECCHI, *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, cit., 318.

²⁰⁹ Per questa terminologia v. A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 228-232; I. GIACONA, *Concorso apparente di reati*, cit., 125 ss.

²¹⁰ Applichiamo al problema che qui ci occupa lo schema di ragionamento sviluppato, in termini generali e con il corredo di ulteriori esempi, da M. SCOLETTA, *Idem crimen*, cit., 478-485.

²¹¹ Per questo criterio v. ancora M. SCOLETTA, *Idem crimen*, cit., 480.

²¹² Sul punto v. per tutti F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 255-257.

quelle in esame – dovrebbe indirizzare il giudice verso l'adozione di soluzioni interpretative il più possibile ritagliate sull'effettivo disvalore del fatto concreto.

Il riferimento alla proporzionalità sanzionatoria mette peraltro in luce – al di là delle diverse soluzioni prospettabili per dirimere i rapporti tra le due fattispecie in esame – l'inusitata severità ormai raggiunta, a seguito dei numerosi interventi legislativi intervenuti nel corso degli anni, dalle pene previste per il favoreggiamento aggravato dell'ingresso irregolare; una severità che costituisce, a sua volta, indizio di possibile illegittimità costituzionale al metro, appunto, del canone di proporzionalità, suggerendo pertanto di estendere a tale profilo lo scopo della presente ricerca²¹³.

Un cenno, infine, ai rapporti tra il reato di cui all'art. 601 c.p. e le figure di favoreggiamento della permanenza irregolare o dazione di alloggio di cui ai commi 5 e 5-bis dell'art. 12; rapporti di cui non risulta che, ad oggi, la giurisprudenza si sia occupata *ex professo*. I principi da ultimo affermati dalla Corte di cassazione paiono agevolmente estendibili anche alle ipotesi in cui la tratta di persone si esaurisca all'interno dei confini nazionali, ad esempio mediante il collocamento dello straniero irregolare, vittima di tratta, all'interno di un alloggio. In questi casi, la clausola di riserva posta nell'*incipit* dei commi 5 e 5-bis dell'art. 12 t.u. imm., identica a quella posta nell'*incipit* del comma 1, comporterà l'assorbimento di queste ultime fattispecie in quella, sempre più grave (anche laddove ricorra l'aggravante di cui al comma 5, ultimo periodo), prevista dall'art. 601 c.p.

5.3. *La strumentalizzazione delle similitudini tra favoreggiamento e tratta da parte del legislatore italiano.*

I controversi rapporti tra il delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare e quello di tratta di persone riflettono le più ampie questioni, già affrontate nel primo capitolo dall'angolo visuale delle rispettive nozioni sovranazionali, attinenti all'intersecarsi, sul piano empirico, di fenomeni che si vorrebbero mantenere separati sul piano normativo. L'impostazione tradizionale, secondo la quale la prima fattispecie configura un illecito contro l'integrità delle frontiere e la seconda un illecito contro la persona, entra in crisi a fronte dell'esigenza di contrastare

²¹³ V. *infra*, cap. V, par. 8.

efficacemente un mercato nero della mobilità sempre più spesso connotato da modalità violente, estorsive e in generale predatorie²¹⁴.

Le norme attraverso le quali il legislatore italiano ha dato attuazione agli obblighi di incriminazione sovranazionale non hanno fatto altro che acutizzare il problema. Come visto, infatti, l'art. 12, comma 1, t.u. imm. è stato via via arricchito di circostanze aggravanti che lo hanno reso in grado di intercettare frammenti di realtà limitrofi a quelli rientranti nell'art. 601 c.p. e di sanzionarli con pene che possono financo superare quelle previste per il delitto di tratta. Al contempo, tuttavia, i migranti coinvolti in vicende riconducibili al favoreggiamento dell'ingresso irregolare, anche in forma pluriaggravata, non godono delle stesse forme di tutela che l'ordinamento italiano mette in campo per le vittime di tratta²¹⁵. Basti in questa sede evidenziare che il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, nonché l'accesso al programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale, sono riconosciuti automaticamente solo alle vittime dei reati di cui agli artt. 600 e 601 c.p. (art. 18, comma 3-bis, t.u. imm.). Al di fuori di tali ipotesi, la protezione è concessa sol-

²¹⁴ Basti pensare alle disumane condizioni di detenzione dei migranti trattenuti nei campi libici, oggetto, oltre che dei resoconti di autorevoli istituzioni internazionali, anche di pronunce giudiziarie. Per un sintetico sguardo d'insieme v. N. MONTAGNA, *Libia-Italia: la rotta del Mediterraneo centrale e l'industria della migrazione*, in M. COLOMBO (a cura di), *CIRMiB MigraREport*, Vita e Pensiero, 2021, 115-118; C. FERRARA, *Il traffico di migranti nel Mediterraneo*, cit., 194. Con riferimento a specifiche vicende oggetto di accertamento giudiziario in Italia, v. S. BERNARDI, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Dir. pen. cont. (arch)*, 16 aprile 2018; G. MENTASTI, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2020, 214-227; ID., *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.)*. *Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, in *Sist. pen.*, 2 ottobre 2020. Sul tema della responsabilità dei decisori politici europei e nazionali per crimini contro l'umanità in relazione ai reati subiti dai migranti in Libia, v. A. PASQUERO, *La comunicazione alla Corte Penale Internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1, 50-79; L. PARISI, F. VITARELLI, *Attuazione delle politiche anti-migratorie e crimini contro l'umanità: emergenti parallelismi ed esigenze di coordinamento tra giustizia penale nazionale e internazionale*, in *Sist. pen.*, fasc. n. 9/2023, 5-22.

²¹⁵ Sulle tutele per le vittime di tratta v. F. NICODEMI, *La tutela delle vittime di tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2015, 83-108; ID., *Il sistema anti-tratta italiano compie venti anni. L'evoluzione delle misure legislative e di assistenza per le vittime e le interconnessioni con il sistema della protezione internazionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Lus migrandi*, cit., 703-728; per un'analisi critica dei perduranti stereotipi che, in Italia, ostacolano per alcune categorie di stranieri l'accesso alle tutele previste per le vittime della tratta, v. R.M. ARICÒ, *Governance migratoria e protezione delle vittime di tratta tra narrazioni stereotipiche e bias normativi: una seconda frontiera interna?*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2023, 1-19.

tanto agli stranieri irregolari vittime di gravi reati connotati da violenza o sfruttamento, purché esposti al pericolo di ritorsioni da parte delle organizzazioni criminali alle quali tentano di sottrarsi, ovvero in ragione di dichiarazioni rese nel corso di un procedimento penale²¹⁶. In tutti gli altri casi, il destino dello straniero *sans papiers* che non sia in possesso delle condizioni per ottenere altre specifiche forme di protezione (ad esempio, l'asilo politico), è lo *status* di irregolare e dunque, sulla carta, l'espulsione.

Le innegabili similitudini empiriche tra favoreggiamento e tratta hanno dunque prodotto come unico risultato che le pene previste per il primo, e più in generale il giudizio di disvalore che lo circonda, sono stati agganciati al secondo; mentre analogo aggancio non è avvenuto sul piano delle tutele offerte agli stranieri²¹⁷. In questo modo, si è finito per strumentalizzare la gravità della tratta, il suo essere un odioso reato lesivo di diritti fondamentali, per giustificare il potenziamento di una figura di illecito modellata sul diverso obiettivo di tutelare le frontiere, ossia un bene giuridico di natura “intermedia” e meramente funzionale alla tutela di altri interessi aventi – questi sì – natura “finale” e rilievo costituzionale²¹⁸. Emblematica, sotto questo profilo, la vicenda delle novità introdotte dal d.l. n. 20/2023 (c.d. decreto Cutro)²¹⁹, espressamente giustificate nella prospettiva di combattere la «tratta di esseri umani»²²⁰, ma in realtà consistite nell'ulteriore inasprimento delle pene

²¹⁶ I presupposti sono dettagliatamente indicati dall'art. 18, comma 1, t.u. imm. Per completezza si ricorda che allo straniero irregolare può anche essere concesso il permesso di soggiorno per motivi di giustizia, della durata massima di tre mesi, prorogabili per lo stesso periodo, nei casi in cui la sua presenza sul territorio nazionale risulti «indispensabile in relazione a procedimenti penali in corso per uno dei reati di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale» (art. 11, comma 1, lett. *c-bis*), d.P.R. n. 394/1999). Quest'ultimo permesso, tuttavia, non è convertibile in permesso per motivi di studio o lavoro, e pertanto non rappresenta uno strumento di emersione e regolarizzazione.

²¹⁷ Sviluppa a tale proposito una suggestiva distinzione tra «vittime colpevoli» e «vittime incolpevoli» (peraltro, se abbiamo correttamente inteso, non rigidamente corrispondente alla dicotomia *smuggling/trafficking*), C. FERRARA, *Il traffico di migranti nel Mediterraneo*, cit., 200.

²¹⁸ In questo senso, con riferimento al bene giuridico tutelato dall'art. 10-*bis* t.u. imm., Corte cost., n. 250/2010, cit., cons. in dir., n. 6.3; sul punto richiamata, con specifico riferimento all'art. 12 t.u. imm., da Corte cost., n. 63/2022, cit., cons. in dir. n. 4.2.

²¹⁹ V. *supra*, par. 2.8.

²²⁰ Si vedano, ancora, le dichiarazioni del Presidente del Consiglio in sede di conferenza successiva al varo del d.l. n. 20/2023: «Questa gente io la voglio combattere, questa gente io la voglio sconfiggere, e credo che questa sia la politica più seria che si possa fare: è la ragione per la quale noi abbiamo varato questo decreto la cui norma probabilmente principale riguarda proprio le pene e i reati legati alla tratta di esseri umani». L'utilizzo improprio dell'espressione

previste dall'art. 12, commi 1 e 3, t.u. imm., nonché nell'introduzione della fattispecie di morte o lesioni come conseguenza del favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12-*bis*.

6. *Un diritto penale oltre i confini?*

La natura transnazionale del reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, congiuntamente alla sua struttura a consumazione anticipata, comportano che molto spesso le condotte siano realizzate in tutto o in parte fuori dal territorio italiano²²¹. Ciò determina, evidentemente, l'insorgere di molteplici questioni attinenti all'applicabilità della legge penale nello spazio (questioni per indicare le quali spesso gli interpreti si avvalgono, come sinonimo, dell'espressione «giurisdizione»)²²². Si tratta di problematiche la cui soluzione chiama in gioco delicati quesiti ermeneutici relativi tanto ai criteri di collegamento di cui agli artt. 6 ss. c.p., quanto, inevitabilmente, alla stessa struttura dell'illecito²²³.

«tratta di esseri umani», in funzione di mera ricerca di consenso politico, è stato di recente rimarcato da D. PULITANÒ, *Sulle attuali politiche del diritto penale*, in *Sist. pen.*, 1° giugno 2023, 10.

²²¹ Sulla nozione penalistica di territorio nazionale, v. A. CENTONZE, *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori irregolari*, cit., 30-40.

²²² Sui profili di distinzione e di intreccio tra i concetti di giurisdizione e di applicabilità della legge penale, cfr. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Giappichelli, 2006, *passim* e spec. 249-253. I problemi che ci accingiamo ad affrontare riguardano un tema di diritto penale sostanziale (sul punto, v. D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Crim.*, 2009, 579 s.), ossia l'applicabilità di una fattispecie incriminatrice italiana a fatti avvenuti almeno in parte fuori dal territorio nazionale. In termini generali, l'art. 3 c.p., stabilendo che la legge penale italiana obbliga non solo coloro che si trovano sul territorio dello Stato (comma 1), ma anche coloro che si trovano all'estero «limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale» (comma 2), accoglie un principio che la dottrina ha variamente definito come territorialità temperata (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, 2003, 120), o, da altro angolo visuale, territorialità allargata (G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2020, 303), o ancora tendenziale universalità (G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale*, cit., 172). Per un quadro dei diversi principi regolativi ai quali si ispirano le legislazioni nazionali nel definire l'applicabilità della propria legge penale, cfr. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 24 ss.

²²³ Sulla stretta connessione tra applicabilità della legge penale italiana e (previa) qualificazione giuridica del fatto alla stregua di una norma incriminatrice, v. ancora A. DI MARTINO, *La frontiera*, cit., 109.

6.1. *La protezione anticipata delle frontiere e i limiti spaziali all'applicabilità della legge penale.*

In sé e per sé considerati, gli atti diretti a procurare l'ingresso irregolare di un cittadino straniero rappresentano condotte che possono essere realizzate senza che si verifichi alcun contatto con il territorio italiano: si pensi al soggetto che agisce esclusivamente all'estero, procurando falsi documenti di viaggio e/o di ingresso, dei quali il migrante si avvale in autonomia per attraversare la frontiera italiana. In simili casi, l'art. 12, comma 1, t.u. imm. non potrà trovare applicazione sulla base del criterio territoriale di cui all'art. 6 c.p.: la condotta si è infatti esaurita in territorio straniero²²⁴, mentre la verifica dell'ingresso risulta irrilevante poiché l'evento, pur astrattamente idoneo a radicare la giurisdizione ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p., non è elemento costitutivo del reato²²⁵.

Per la sussistenza della "giurisdizione" è peraltro sufficiente, sempre ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p., che una parte soltanto della condotta venga realizzata sul territorio. Si tratta di un principio di particolare rilievo in un settore, come quello in esame, dove accade di frequente che i soggetti attivi all'estero operino congiuntamente a complici in Italia. Pertanto, laddove sussistano i presupposti del concorso di persone ovvero dell'associazione finalizzata al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, la legge penale italiana risulterà applicabile a tutti i partecipanti o membri del sodalizio, ogniquale volta una parte della condotta sia realizzata in Italia, senza necessità che quest'ultima raggiunga livelli di rilevanza penale autonoma²²⁶.

²²⁴ La nozione di «territorio dello Stato» comprende, tra l'altro, le navi e gli aeromobili italiani (art. 4, comma 2), nonché il «mare territoriale», che a sua volta si estende fino a 12 miglia marine dalle coste italiane (art. 2, comma 2 delle Disposizioni preliminari al codice della navigazione).

²²⁵ Si consideri a tale riguardo che il concetto di "evento" al quale occorre riferirsi per la determinazione della giurisdizione è l'evento naturalistico, non l'evento giuridico inteso come offesa all'interesse giuridico tutelato. In questo senso, M. SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIV, Giuffrè, 1974, 1057; in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583, Efstathiadis, CED 226953.

²²⁶ Cfr. F. DEAN, *Norma penale e territorio: gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, 1963, 270. Si tratta dell'opinione attualmente prevalente: v. M. ROMANO, *Art. 6*, in *Commentario sistematico*, cit., 125; S. APRILE, *Art. 6*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, cit., 219 s. In giurisprudenza, con specifico riferimento alla casistica in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, cfr. Cass. pen., 23 giugno 2000, n. 4586, Habibi, in *Cass. pen.*, 2001, 2187, che ha ritenuto applicabile l'art. 12 t.u. imm., sulla base dell'art. 6 c.p., alla condotta consistita nel-

Inoltre, la legge italiana potrà risultare applicabile, ricorrendone i presupposti, sulla base di altri criteri di collegamento fissati dagli articoli da 7 a 10 del codice penale. A titolo d'esempio, in base all'art. 7, n. 4, c.p. (delitto commesso all'estero da un pubblico ufficiale a servizio dello Stato italiano, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle funzioni), l'art. 12 t.u. imm. è stato ritenuto applicabile da una ormai risalente pronuncia a un carabiniere, in servizio presso l'ambasciata italiana a Kiev, che si era attivato per fornire falsi visti d'ingresso in Italia a cittadini ucraini²²⁷.

Da ultimo, come già evidenziato ripercorrendo l'evoluzione della disciplina italiana, il c.d. "decreto Cutro" (d.l. 10 marzo 2023, n. 20, conv. con modif. dalla legge 5 maggio 2023, n. 50) ha previsto, limitatamente alla nuova fattispecie di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina» (art. 12-*bis* t.u. imm.), un autonomo criterio di collegamento, in base al quale il reato è applicabile, «se la condotta è diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato», «anche quando la morte o le lesioni si verificano al di fuori di tale territorio». Come vedremo nel prosieguo, diversamente da quanto osservato nella relazione di accompagnamento al decreto, più che una conferma degli orientamenti giurisprudenziali in materia si tratta di un criterio completamente nuovo, ispirato al principio dell'universalità del diritto penale italiano.

6.2. *I criteri di collegamento in caso di traffico di migranti via mare.*

Particolarmente complessa si è rivelata, nella prassi, la determinazione dell'applicabilità della legge penale italiana nei confronti di soggetti coinvolti nel trasporto di migranti via mare, dalle coste nordafricane all'Italia, attraverso la rotta del Mediterraneo centrale²²⁸.

l'accordo tra trafficanti operanti in Italia e in Albania, seguito dall'inizio della traversata, interrotta in acque internazionali da una tempesta che aveva reso necessari i soccorsi delle autorità italiane; Cass. pen., 23 maggio 2014, n. 36052, Arabi, CED 260040, relativa alla responsabilità di soggetti intercettati in acque internazionali, dei quali era stata accertata l'appartenenza a un'associazione per delinquere finalizzata al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare che annoverava anche partecipi operanti in Italia; Cass. pen., sez. I, 1° febbraio 2013, n. 9816, A.A.F.F., relativa al trasporto di stranieri irregolari realizzato mediante un peschereccio battente bandiera egiziana, intercettato in acque internazionali, i cui conducenti avevano agito in concorso con una cellula di trafficanti attiva sul territorio italiano.

²²⁷ Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2008, n. 43848, Di Nuzzo, CED 242230.

²²⁸ Per l'inquadramento del problema, v. S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico della*

Il problema si pone, essenzialmente, nelle ipotesi in cui il contributo agevolatore dell'agente (o, più spesso, degli agenti) si esaurisca in acque internazionali, mediante l'utilizzo di un'imbarcazione battente bandiera straniera o priva di bandiera (sempreché, beninteso, non sia accertato il concorso con soggetti operanti sul territorio nazionale, di per sé sufficiente a considerare il reato in parte commesso in Italia). Una parte della giurisprudenza nega, in questi casi, la giurisdizione italiana, in base all'argomento secondo cui, per i fatti avvenuti in alto mare, l'art. 97 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (*UNCLOS*) conferisce la giurisdizione penale nei confronti del comandante e dei membri dell'equipaggio alle autorità dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tali persone hanno la cittadinanza²²⁹. A conclusioni diverse, peraltro, è giunta la recente pronuncia di legittimità che ha confermato il sequestro cautelare della nave *Iuventa*, battente bandiera olandese e di proprietà dell'ONG tedesca *Jugen Rettet*, il cui equipaggio è accusato – come meglio vedremo nel quarto capitolo – di avere concordato alcune consegne di migranti con gli *smugglers* operanti in territorio libico²³⁰. A differenza di quanto normalmente accade nelle vicende che coinvolgono le ONG – i cui equipaggi recuperano i migranti e li conducono fino in Italia, radicando così la “giurisdizione” di eventuali procedimenti penali – in questo caso le condotte si erano esaurite in

tratta e del traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1391 s.; A. CENTONZE, *Criminalità organizzata transnazionale*, cit., 68-80. Per un generale inquadramento della disciplina sulla giurisdizione italiana in alto mare, alla luce del codice della navigazione e dei trattati internazionali, v. S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione*, Editoriale scientifica, 2020, 82-98.

²²⁹ In questo senso, Cass. pen., sez. I, 8 settembre 2010, n. 32960, S.M. e altro, che ha negato la giurisdizione italiana nei confronti di soggetti stranieri che trasportavano 63 migranti a bordo di una nave battente bandiera turca e successivamente di un gommone, operazione interrotta, in acque internazionali, dall'intervento delle autorità italiane, che avevano intercettato il gommone e, dopo un lungo inseguimento, la nave “madre”. Nello stesso senso, in precedenza, Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583, Efstathiadis, CED 226953, relativa ad un caso in cui i migranti, nascosti sotto un apparente carico di arance a bordo di un autocarro a sua volta imbarcato su una nave battente bandiera greca, erano stati scoperti dal comandante della nave durante la traversata dalla Grecia all'Italia, ed erano stati successivamente consegnati alle autorità italiane al momento dell'arrivo. La Corte di cassazione ha negato l'applicabilità della legge penale italiana al conducente dell'autocarro, anch'egli straniero, ritenendo che la sua condotta, pur essendo consistita in atti diretti a procurare l'ingresso irregolare in Italia, si fosse esaurita quando la nave era ancora in acque internazionali, mentre tutto ciò che era accaduto dopo la scoperta del “carico umano”, incluso lo sbarco in Italia (peraltro irrilevante ai fini dell'art. 6 c.p., trattandosi di reato a consumazione anticipata), fosse causalmente attribuibile al comandante della nave e non all'imputato.

²³⁰ Cass. pen., sez. I, 23 aprile 2018, n. 56138, M.T.J. e altro.

acque internazionali, posto che i migranti erano stati recuperati dalla *Iuventa* e subito trasferiti a bordo di una più capiente nave soccorritrice appartenente ad altra organizzazione. Secondo i giudici di legittimità, tuttavia, la giurisdizione nei confronti dei membri dell'equipaggio della *Iuventa* poteva comunque affermarsi sia in ragione dell'inscindibilità della loro condotta rispetto a quella, successiva, di trasporto dei migranti in Italia; sia perché la realizzazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare non rientra nelle ipotesi di «incidente di navigazione nell'alto mare» di cui all'art. 97 UNCLLOS.

In anni relativamente recenti si è fatto strada un filone interpretativo che estende il criterio di collegamento “territoriale” fissato dall'art. 6 c.p. alle ipotesi in cui i trafficanti, pur esaurendo le proprie condotte in acque internazionali, pongono strumentalmente in pericolo la vita dei migranti, ammassandoli a bordo di imbarcazioni insicure, al fine di ottenere che l'ultimo segmento del trasporto fino alle coste italiane venga effettuato da (eventuali) soccorritori²³¹. Rispetto a siffatte ipotesi, la Suprema Corte ha ritenuto che la volontaria esposizione dei migranti ad un grave pericolo per la vita, integrante lo stato di necessità, si leghi senza soluzione di continuità alla condotta dei soccorritori che recuperano i migranti e li trasferiscono in Italia, e per tale ragione possa considerarsi almeno in parte realizzata sul territorio nazionale²³².

²³¹ Talvolta i migranti vengono trasportati dalle coste nordafricane fino alle acque internazionali, e lì trasferiti a bordo di imbarcazioni prive di bandiera e inadeguate al completamento della traversata. Tale *modus operandi* riduce, per i trafficanti, il rischio di incorrere in operazioni di polizia (lo riduce, ma non lo azzerà: per un caso di abbordaggio della nave principale, priva di bandiera, nonché di arresto dell'equipaggio, da parte di unità navali italiane operanti in acque internazionali, ai sensi degli artt. 100 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare e dell'art. 8, parr. 2 e 7 del Protocollo di Palermo sul traffico di migranti, v. Cass. pen., sez. I, 23 maggio 2014, n. 36052, Arabi, CED 260040, in *Cass. pen.*, 2015, 1153, con nota di G. BARBARA, *I poteri coercitivi delle autorità italiane nei confronti delle persone a bordo di navi prive di bandiera in alto mare*). Talvolta, invece, i migranti vengono collocati direttamente a bordo dell'imbarcazione che, teoricamente, dovrebbe trasportarli dalle coste nordafricane fino a destinazione.

²³² Cfr. Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, Haji; Cass. pen., sez. I, 11 marzo 2014, n. 18354, Hamada, CED 262542; Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2015, Iben Massaoud e altri, CED 263670; Cass. pen., sez. I, 22 dicembre 2015, n. 11165, Almagasbi, CED 266430; Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2018, n. 29832, Ahmad e altro; Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 2019, n. 12619, Chidokwe, CED 276173 (in motivazione); Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2019, n. 15292, El Fiky e altri; Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2019, n. 7407, Jaliow e altri; con la precisazione che lo schema vale anche se lo stato di pericolo non è volontariamente causato, ma prevedibile sulla base delle condizioni precarie del natante, v. Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 2021, n. 15084, Rouibà e altro, nonché Cass. pen., sez. I, 7 dicembre 2021, n. 15556, Essaush (relative alla stessa vicenda concreta).

Ciò che accomuna tali pronunce, sotto il profilo sistematico, è il richiamo allo schema dell'autore mediato, in base al quale si ritiene possibile assegnare ai trafficanti – e più precisamente agli *scafisti* che materialmente conducono l'imbarcazione, i quali costituiscono gli unici imputati di questi procedimenti – la responsabilità per la porzione di condotta materialmente realizzata dai soccorritori, fino allo sbarco in Italia. Il fondamento normativo di tale ricostruzione viene rinvenuto – in maniera, a dire il vero, piuttosto apodittica – ora nell'art. 54, comma 3, c.p. (stato di necessità determinato dall'altrui minaccia), ora nell'art. 48 c.p. (errore determinato dall'altrui inganno)²³³. Alcune sentenze aggiungono inoltre che l'applicabilità della legge penale italiana sarebbe radicata dalla verifica sul territorio nazionale dell'evento del reato, rappresentato dall'ingresso irregolare.

Nel complesso, l'impostazione descritta presta il fianco ad una serie di critiche, che conviene esaminare con la dovuta attenzione.

6.2.1. Critiche all'impostazione giurisprudenziale fondata sulla figura dell'autore mediato.

Un primo profilo problematico riguarda l'attribuzione dell'etichetta "autore mediato" ai soccorritori, anziché ai trafficanti/scafisti. Pur trattandosi, evidentemente, di una mera confusione terminologica (la *quaestio iuris* essendo infatti l'applicabilità della legge penale italiana ai trafficanti/scafisti, unici imputati in questi procedimenti, e non ai soccorritori), la sua frequente ricorrenza nelle pronunce in esame suggerisce che non sia inutile svolgere qualche preliminare precisazione sistematica.

Autore mediato, in estrema sintesi, è colui che si avvale della condotta altrui per commettere il reato, ogniqualvolta la condotta dell'esecutore risulti, per difetto di imputabilità, dolo o colpa, o ancora anti-giuridicità, non punibile²³⁴. Tale figura consente, ad esempio, di attri-

²³³ Tra le sentenze citate alla nota precedente, l'art. 54 è indicato come fondamento normativo da Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, Haji, nonché da Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2018, n. 29832, Ahmad e altro. Ritengono invece che il fondamento sia rappresentato dall'art. 48 da Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2015, n. 20503, Iben Massaoud e altri; Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2019, n. 15292, El Fiky e altri; Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 2019, n. 12619, Chidokwe, CED 276173 (in motivazione); Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 2021, n. 15084, Rouibà e altro; Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2019, n. 7407, Jaliow e altri.

²³⁴ Sulla genesi della figura e le sue diverse accezioni, v. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, 1952; ristampa in ID., *Diritto penale*. Vol. I. *Scritti di parte generale*,

buire al genitore la responsabilità del furto che, su sue istruzioni, ha materialmente realizzato il figlio minorenni non imputabile; oppure al medico la responsabilità per l'iniezione letale che, sempre su sue istruzioni e dunque in adempimento di un dovere, ha materialmente realizzato l'infermiera, ignara del contenuto del siero²³⁵. Si tratta, storicamente, di una costruzione elaborata in Germania per colmare le lacune di punibilità generate da una risalente concezione del concorso di persone, che lo fondava sulla teoria dell'accessorietà estrema²³⁶. Successivamente, malgrado l'abbandono dell'accessorietà estrema a favore di quella limitata, l'autoria mediata è rimasta in auge con funzione sia di incriminazione (laddove l'esecutore abbia realizzato un fatto tipico, ma non antigiuridico: c.d. «*strumento agente lecitamente*»), sia di disciplina (onde evitare che il determinatore possa beneficiare del trattamento più favorevole previsto, sempre nell'ordinamento tedesco, per il partecipe, proprio nelle ipotesi caratterizzate da un suo più marcato dominio sul fatto)²³⁷.

Alla luce di tali premesse, è chiaro che, nella casistica che qui ci occupa, l'autore mediato è, semmai, il trafficante di migranti, o lo scafista che per suo conto conduce l'instabile natante, avvalendosi per il proprio scopo (il trasferimento degli stranieri sul suolo europeo) di uno strumento che agisce lecitamente (i soccorritori).

Un secondo profilo critico che emerge dalla giurisprudenza in esame riguarda l'individuazione del momento del *contatto* tra la condotta dei soccorritori e l'ordinamento italiano. Le sentenze che si sono poste il problema individuano tale momento in corrispondenza dell'ingresso irregolare, considerando quest'ultimo quale evento del reato e dunque suo frammento in grado di radicare la "giurisdizione" *ex art. 6, comma 2, c.p.*²³⁸. Tale impostazione, tuttavia, trascura di considerare che il reato *ex art. 12 t.u. imm.* si perfeziona, come ampiamente visto, in corri-

Giuffrè, 2003, 43-47; nonché, *amplius*, T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, 1973, cap. I.

²³⁵ Quest'ultimo esempio è tratto da C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, ed. ult. cit., 76.

²³⁶ Per uno ampio sguardo storico-comparatistico alla disciplina del concorso di persone in Germania, v. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1987, 102-140.

²³⁷ Per questi rilievi, v. T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., 47.

²³⁸ Tale disposizione, infatti, aderisce alla «*teoria dell'ubiquità*», in base alla quale il *locus commissi delicti* coincide tanto con il luogo dove è stata commessa (in tutto o in parte) la condotta; quanto con il luogo in cui si è verificato l'evento. Cfr. M. SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, cit., 1053.

spondenza della realizzazione della condotta, senza perciò che alcun effetto giuridico possa validamente ricollegarsi all'evento che (in ipotesi) ne consegua, trattandosi, appunto, di elemento estraneo al tipo²³⁹. Per sostenere che una parte del reato sia avvenuta in Italia bisognerebbe, piuttosto, fare leva sulla sua natura eventualmente permanente, concludendo che ciascuna delle condotte agevolatrici in successione (trafficienti-scafisti-soccorritori) determina un approfondimento del livello dell'offesa e pertanto rinnova il momento consumativo fino al contatto con l'ordinamento nazionale²⁴⁰.

Anche ragionare in questo modo, tuttavia, non consentirebbe di superare un terzo ordine di obiezioni. Tralasciando ogni considerazione relativa al carattere essenzialmente classificatorio e descrittivo che la figura dell'autore mediato ricopre nel nostro ordinamento²⁴¹, e tralasciando altresì di approfondire le ragioni che rendono indesiderabile un suo trapianto nelle accezioni che ha assunto in Germania²⁴², il punto è che la condotta consistente nel generare, strumentalmente, la situazione di pericolo in cui vengono a trovarsi i migranti in alto mare non appare riconducibile ad alcuno degli schemi di imputazione evocati (quali manifestazioni positivizzate della teoria in parola) dalla Corte di cassazione. Certamente non all'art. 48 c.p., considerato che i soccorritori non vengono indotti in errore dai trafficanti in ordine alla situazione di pericolo in cui versano i migranti, tale situazione essendo infatti,

²³⁹ In questo senso M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'“autoria mediata” in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, 2017, 585.

²⁴⁰ Per questa soluzione, S. ORLANDO, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2018, 155 s.

²⁴¹ Sul punto v. M. ROMANO, *Art. 110*, in *Commentario sistematico*, cit., 161-167, anche per gli imprescindibili riferimenti dottrinali; nonché, sinteticamente, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 559. Attualmente, la dottrina maggioritaria assegna all'espressione “autore mediato” la funzione di descrivere il contenuto comune di istituti codicistici quali lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia (art. 54, comma 3); la costrizione mediante violenza fisica a commettere un reato (art. 46); la determinazione di altri in errore mediante inganno allo scopo di far commettere il reato (art. 48); la costrizione a commettere un reato mediante ordine insindacabile (art. 51 commi 2 e 4); la determinazione in altri dello stato di incapacità allo scopo di far commettere il reato (art. 86).

²⁴² Cfr. T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, cit., 52-53, dove si ricorda, ad esempio, che in punto di disciplina ne conseguirebbero risultati opposti a quelli perseguiti dalla dottrina tedesca, vale a dire sottrarre il determinatore alla disciplina del concorso di persone, e dunque al trattamento sanzionatorio aggravato che gli riservano gli artt. 111 e 112 c.p. Per densi rilievi critici, di ordine generale, alla teoria dell'autore mediato, tesi a metterne in luce le insanabili ambiguità di fondo, v. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., 126-131; L. STORTONI, *Agevolazione*, cit., 109-122.

purtroppo, del tutto reale²⁴³. Ma nemmeno, a ben vedere, all'art. 54, comma 3, c.p., disposizione che, come è noto, esclude la responsabilità per il reato compiuto sotto minaccia, prevedendo al contempo che ne risponda colui che ha esercitato il costringimento. Invero, l'estensione di quest'ultima disciplina alle vicende in esame pone due ordini di problemi interpretativi.

Anzitutto, trattandosi di una norma testualmente costruita su una relazione binaria (minacciante-minacciato), occorre vagliarne l'estendibilità alle ipotesi in cui l'autore materiale della condotta (nel nostro caso, i soccorritori che conducono i migranti irregolari in Italia) non sia il soggetto minacciato (i migranti), bensì, appunto, un terzo soccorritore. In secondo luogo, si tratta di stabilire se la condotta compiuta dai trafficanti/scafisti nei confronti dei migranti possa o meno rientrare nel concetto di «minaccia».

La risposta al primo interrogativo, a sua volta, non è affatto semplice, in quanto dipende dalla soluzione che si dà a un ulteriore quesito, ossia se l'art. 54, comma 3, ultimo inciso, rivesta una mera funzione descrittiva ovvero una vera e propria funzione incriminatrice, tenuto conto che in quest'ultimo caso l'estensione della responsabilità dell'autore della minaccia (i trafficanti) ad un'ipotesi non espressamente prevista (come appunto quella in cui il reato sia commesso da un terzo soccorritore), sarebbe preclusa dal divieto di analogia *in malam partem*. Ebbene, malgrado l'intenzione del legislatore storico fosse proprio quella di introdurre una norma estensiva della punibilità²⁴⁴, la dottrina è giunta a conclusioni opposte dimostrando che al medesimo risultato è possibile pervenire mediante gli ordinari principi in materia di concorso di persone nel reato²⁴⁵: da un lato, la condotta dell'autore della minaccia può

²⁴³ Esprime perplessità sul punto anche A. MASSARO, *L'immigrazione irregolare via mare e la triade soggettiva "soccorritori-trafficanti-migranti"*, in *Giust. ins.*, 11 aprile 2019.

²⁴⁴ T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, cit., 140.

²⁴⁵ V. ancora T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, cit., 149-152; nel successivo, e ultimo, cap. VII, l'autore dimostra come tutte le disposizioni codicistiche alle quali viene normalmente ricondotta l'autoria mediata (con alcune limitate eccezioni riconducibili all'art. 48 c.p.) configurano altrettante ipotesi speciali di concorso di persone nel reato, la cui funzione consiste, dal lato dell'autore materiale, nell'escluderne la responsabilità, mentre dal lato del determinatore (la cui responsabilità, anche in loro assenza, sussisterebbe comunque *ex art.* 110 c.p.), nell'indicare l'esistenza di alcune differenze in punto di disciplina rispetto al regime concorsuale "comune". In senso adesivo, M. ROMANO, *Art. 110*, cit., 166 s. Sul punto v. anche S. SEMINARA, *Tecniche normative*, cit., 360-366, il quale rinviene nell'art. 54, comma 3, c.p. un'ipotesi di concorso di persone osservando che l'autore materiale dell'offesa, il quale agisce sotto minaccia, conserva il dominio sulla propria condotta (*coactus tamen voluit*) e dunque non può essere considerato un mero strumento in mano altrui (come invece accade

acquistare rilevanza penale ai sensi della fattispecie realizzata dal minacciato nella misura in cui ne rappresenti un antecedente necessario realizzato con coscienza e volontà; dall'altro lato, la liceità della condotta del minacciato non esclude la responsabilità dell'autore della minaccia, il concetto di «reato» ai sensi dell'art. 110 c.p. dovendo essere inteso come fatto *tipico*²⁴⁶, e l'esimente dello stato di necessità non potendo estendersi a coloro che hanno volontariamente generato il pericolo.

Queste ultime considerazioni, se per un verso consentono di sciogliere il primo problema interpretativo a favore dell'applicabilità dell'art. 54, comma 3, c.p. alle vicende che ci occupano, per altro verso disvelano la sostanziale inutilità del sotteso sforzo ermeneutico, posto che – evidentemente – al medesimo risultato (l'affermazione della responsabilità dei trafficanti per la porzione di condotta materialmente realizzata dai soccorritori fino allo sbarco in Italia) è possibile pervenire – appunto – mediante un ragionamento fondato sull'art. 110 c.p.²⁴⁷. Superflua, *a fortiori*, è anche la trattazione del secondo quesito poc'anzi anticipato, relativo alla – invero, assai problematica – riconducibilità al concetto di «minaccia» della condotta dei trafficanti che abbandonano in mare il loro “carico umano”²⁴⁸.

nelle ipotesi di cui agli artt. 46 e 48 c.p., coerentemente ricondotte ad una realizzazione monosoggettiva).

²⁴⁶ La conclusione è valida a prescindere dall'opzione di fondo a favore della teoria dell'accessorietà minima (G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 582-584) ovvero della fattispecie plurisoggettiva eventuale (M. ROMANO, *Art. 110*, cit., 170).

²⁴⁷ Nello stesso senso V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo*, cit., 53 s.; S. ORLANDO, *Problemi di giurisdizione*, cit., 154 s.

²⁴⁸ Sulla nozione penalmente rilevante di «minaccia» in termini di prospettazione di un male ingiusto come dipendente dalla volontà dell'agente, v. per tutti G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, 2013, 160-224. È agevole rilevare come il fatto di abbandonare i migranti al proprio destino in alto mare non integri la prospettazione di un male futuro, bensì la creazione di un pericolo attuale di danno grave alla persona. A meno di non volere forzare oltremodo la nozione di «minaccia», tale considerazione porta a concludere che a venire in rilievo non sia tanto lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia, bensì la volontaria provocazione di uno stato di necessità rilevante ai sensi dell'art. 54, comma 1. In quest'ultimo senso, S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2018, 140.

6.2.2. *Ulteriori soluzioni per il radicamento della “giurisdizione” italiana nei casi di soccorso in mare.*

Alla luce delle conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo, risulta chiaro che l'applicabilità della legge penale italiana ai sensi dell'art. 6 c.p. potrebbe essere affermata, a prescindere da ogni riferimento all'autoria mediata, sulla scorta del seguente ragionamento: i trafficanti/scafisti realizzano, intenzionalmente, una serie di condotte (organizzazione del trasporto, effettuazione del tragitto fino alle acque internazionali, abbandono dei migranti in condizioni di pericolo) che costituiscono gli antecedenti causali delle condotte realizzate dai soccorritori (recupero dei naufraghi e loro trasferimento in un porto italiano); la liceità delle condotte dei soccorritori, effettuate in adempimento di un dovere, non esclude la responsabilità dei trafficanti/scafisti che hanno generato il pericolo da cui il dovere è scaturito²⁴⁹.

Per quanto *prima facie* lineare, anche questa impostazione potrebbe, tuttavia, rivelare profili di debolezza se inserita in una diversa (e a nostro avviso preferibile) ricostruzione in ordine alla (ir)rilevanza penale delle condotte dei soccorritori: laddove cioè si ritenesse – come si cercherà di dimostrare nel quarto capitolo – che le stesse, ancor prima che anti-giuridiche, sono più in radice atipiche (difettando, in caso di recupero di naufraghi e successivo trasporto in un porto sicuro, qualsivoglia violazione del testo unico immigrazione), ecco allora che, dal punto di vista sostanziale, ci troveremmo dinanzi a un concorso di cause e non di persone²⁵⁰; mentre dal punto di vista della “giurisdizione”, verrebbe meno, assieme al venire meno della tipicità delle condotte di trasporto in Italia, quell'unico punto di contatto tra l'ordinamento italiano e un elemento del reato da cui discende l'applicabilità dell'art. 6 c.p.

²⁴⁹ La logica è la stessa, *mutatis mutandis*, alla base dell'esclusione dello stato di necessità nei confronti del soggetto che abbia volontariamente creato il pericolo. Sostanzialmente in questo senso, anche se contenente numerosi richiami adesivi alla giurisprudenza che si avvale dello schema dell'autoria mediata, Cass. pen., sez. I, 5 aprile 2018, n. 37303, Hasan e altri.

²⁵⁰ Per questa distinzione, e gli intrecci di piani che pure permangono, v. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit., 51 s. Né a diverse conclusioni si potrebbe pervenire riconducendo le vicende in esame ad ipotesi di esecuzione frazionata di un fatto unitario: sia perché si ha esecuzione frazionata quando nessun concorrente realizza, da solo, l'intero fatto tipico, mentre qui i trafficanti/scafisti compiono, da soli, atti diretti a procurare l'ingresso irregolare; sia perché, ragionando in termini di esecuzione frazionata del medesimo reato, bisognerebbe paradossalmente concludere che tutti, trafficanti/scafisti e soccorritori, concorrono alla realizzazione del fatto consistente nel trasporto di naufraghi sulla terraferma, ossia, come vedremo nel cap. IV, di un fatto atipico per difetto di violazione della disciplina dettata dal testo unico sull'immigrazione.

Forse anche in ragione dei numerosi profili problematici che ruotano attorno all'applicazione dell'art. 6 c.p. alle vicende in esame, la stessa Corte di cassazione ha fatto riferimento, in tempi recenti, al diverso criterio di collegamento offerto dall'art. 7, comma 1, n. 5, c.p., che consente di punire ai sensi della disciplina italiana lo straniero che commette all'estero un reato per il quale «convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana»²⁵¹. Rispetto alla figura di cui all'art. 12 t.u. imm. (che nel caso di specie concorreva con quella di omicidio volontario²⁵²), il fondamento della giurisdizione italiana è stato individuato dalla Suprema Corte nell'art. 4 del Protocollo di Palermo sul traffico di migranti, segnatamente nella parte in cui prevede che il Protocollo stesso si applica «*alla prevenzione, alle attività di indagine ed al perseguimento dei reati previsti dall'art. 6 del presente Protocollo* [disposizione che, come esaminato nel precedente capitolo, contiene l'obbligo di incriminazione del traffico di migranti e delle condotte ad esso correlate], *nel caso in cui tali reati sono di natura transnazionale e coinvolgono un gruppo criminale organizzato*»²⁵³. Ad avviso della Suprema Corte, infatti, attraverso la ratifica e l'ordine di esecuzione del Protocollo, l'ordinamento italiano si è vincolato a *persequire* penalmente le condotte di traffico di migranti aventi le caratteristiche indicate; caratteristiche senz'altro ricorrenti nel caso di specie dal momento che il reato era stato commesso da un gruppo criminale organizzato²⁵⁴, pre-

²⁵¹ Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652, Jomaa Laamami e altri. Per un denso commento, con particolare attenzione ai risvolti penalistici della pronuncia, v. F. CURI, *La giurisdizione in alto mare: tra universalità tentata e territorialità consumata (commento a Cassazione, sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652)*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2022, 198 ss.; con specifico riguardo ai profili di diritto internazionale, cfr. D. MANDRIOLI, *La giurisdizione penale extraterritoriale e la convenzione di Palermo: nuove (o antiche?) riflessioni ispirate dalla Corte di cassazione*, in *SIDIBlog*, 31 gennaio 2022.

²⁵² Si trattava di una tragica vicenda nella quale la Marina Militare italiana aveva recuperato, in acque internazionali, un barcone con a bordo numerosi migranti irregolari, 49 dei quali morti soffocati in quanto obbligati con la forza a rimanere sottocoperta, in un ambiente angusto e non sufficientemente areato, invaso dal fumo dei motori. La citata sentenza ha confermato la condanna a trent'anni di reclusione inflitta a cinque scafisti, individuati dai migranti sopravvissuti, per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare pluriaggravato e omicidio volontario.

²⁵³ Traduzione non ufficiale allegata alla legge italiana di ratifica. Si riporta il testo originale dell'art. 4: «*This Protocol shall apply, except as otherwise stated herein, to the prevention, investigation and prosecution of the offences established in accordance with article 6 of this Protocol, where the offences are transnational in nature and involve an organized criminal group, as well as to the protection of the rights of persons who have been the object of such offences*».

²⁵⁴ Sul punto la Corte richiama la definizione di cui all'art. 2, lett. a) della Convenzione

sentava natura transnazionale, e aveva avuto effetti sostanziali nell'ordinamento italiano²⁵⁵.

Nemmeno questa impostazione, tuttavia, appare persuasiva, considerato che il menzionato art. 4 del Protocollo sul traffico di migranti disciplina l'ambito di applicazione del trattato, e *non* contiene norme in materia di giurisdizione. Queste ultime sono infatti dettate dall'art. 15 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, applicabile al Protocollo ai sensi dell'art. 1, par. 2 del medesimo. La stessa pronuncia, del resto, richiama proprio l'art. 15 della Convenzione come fondamento della giurisdizione italiana sul reato di omicidio volontario, ma nel farlo incorre nell'ulteriore errore di ritenere direttamente applicabili norme che, invece, assegnano agli Stati la mera *facoltà* di estendere la propria giurisdizione²⁵⁶; e che, come tali, richiedono, per definizione, una specifica norma statale di trasposizione (diversa, cioè, dalla ratifica e dall'ordine di esecuzione della Convenzione stessa)²⁵⁷.

delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata: «*Organized criminal group*» shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit».

²⁵⁵ La Corte richiama la definizione di reato transnazionale di cui all'art. 3, comma 2, lett. d) della medesima Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata, che qualifica come tale l'illecito commesso in uno Stato ed avente effetti sostanziali in un altro Stato, aggiungendo che, nel caso di specie, gli effetti sostanziali nel territorio italiano erano rappresentati dall'approdo degli stranieri irregolari. Per una critica a questo approccio, che "contamina" l'universalità temperata di cui all'art. 7 c.p. con elementi di carattere territoriale, v. F. CURI, *La giurisdizione in alto mare*, cit., 205.

²⁵⁶ La Corte infatti richiama, da un lato, l'art. 15, par. 2, lett. c), n. i), che assegna agli Stati la (mera) facoltà di estendere la giurisdizione ai reati previsti dalla Convenzione commessi all'estero, quando siano stati realizzati nell'ambito di un gruppo criminale organizzato ai sensi dell'art. 5, par. 1, della Convenzione stessa e allo scopo di commettere un reato grave avente effetti nell'ordinamento italiano; dall'altro lato, l'art. 15, par. 4, che pure assegna la facoltà di prevedere la giurisdizione quando l'autore del reato commesso all'estero sia presente sul territorio e non venga estradato. Per completezza, giova segnalare che gli Stati sono *obbligati* a prevedere la giurisdizione soltanto per i reati commessi sul proprio territorio, a bordo di una nave battente la propria bandiera o di un velivolo registrato secondo le proprie leggi, o ancora quando il reo sia presente sul proprio territorio e non venga estradato in quanto cittadino (art. 15, parr. 1 e 3).

²⁵⁷ Per la considerazione secondo cui la norma internazionale assegnatrice di una mera facoltà non può essere considerata *self executing* v., in sede di commento della sentenza in esame, D. MANDRIOLI, *La giurisdizione penale extraterritoriale e la convenzione di Palermo*, cit.; nello stesso senso, S. ORLANDO, *Mobilità dei reati nello spazio transfrontaliero e nuovi confini delle norme penali: verso una giurisdizione "a geometrie variabile"?*, in V. MILITELLO,

All'esito di questa lunga disamina, pare potersi affermare che l'unica strada davvero scevra di insuperabili nodi esegetici e pratici nella prospettiva di radicare l'applicabilità della legge penale italiana alle condotte di trafficanti stranieri che si esauriscono in territorio estero è rappresentata dal complesso criterio di collegamento delineato dall'art. 10, comma 1, c.p., disposizione ispirata al principio dell'universalità, che, per i reati commessi all'estero ai danni dello Stato italiano, puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, richiede cumulativamente la presenza del reo nel territorio dello Stato e la richiesta del Ministro della giustizia²⁵⁸. Si tratta, del resto, di una soluzione già adottata in giurisprudenza proprio in un "classico" caso di favoreggiamento via mare, nel quale lo scafista, rimasto a bordo dell'imbarcazione intercettata dalla Capitaneria di porto in acque internazionali, era stato successivamente riconosciuto dai migranti trasportati e in base alle loro testimonianze condannato per favoreggiamento pluriaggravato²⁵⁹.

Su questo scenario si innesta, da ultimo, l'art. 8 del d.l. 10 marzo 2023 (c.d. decreto Cutro), che ha espressamente previsto, per il nuovo reato di «morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina», introdotto dalla medesima novella (art. 12-*bis* t.u. imm.), il seguente criterio di collegamento: «se la condotta è diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, il reato è punito secondo la legge italiana anche quando la morte o le lesioni si verifica-

A. SPENA, *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, cit., 98; F. LA CHIOMA, *Organizzazioni criminali transnazionali e traffico di migranti. L'esperienza nel Canale di Sicilia*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA, *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., 92. Pare pertanto condivisibile, sul punto, Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2020, n. 19762, Tartoussi, la quale ha censurato, in sede cautelare, le pronunce del GIP e del Tribunale nella parte in cui, in un caso di traffico internazionale di armi, avevano fondato l'applicabilità della legge penale italiana sul combinato disposto degli artt. 7, comma 1, n. 5, c.p. e 15, comma 4 della Convenzione sulla criminalità organizzata. In precedenza, la Corte di cassazione aveva fondato sul combinato disposto degli artt. 7, comma 1, n. 5, c.p. e 15, par. 2, lett. c), n. i) della Convenzione sulla criminalità organizzata l'applicabilità della legge penale italiana rispetto alla fattispecie di associazione per delinquere finalizzata al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: cfr. Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, Haji; Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2015, n. 20503, Iben Massaoud e altri.

²⁵⁸ A favore di tale soluzione v. già A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, cit., 32-33. Per ulteriori precisazioni in ordine all'applicabilità dell'art. 12 t.u. imm. alle ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso in uno Stato diverso dall'Italia, v. A. DI MARTINO, *Supporto organizzato e supporto individuale a migranti non autorizzati*, cit., 24-26.

²⁵⁹ Cass. pen., sez. I, 4 marzo 2014, n. 28807, Bobaker, CED 260497. Cfr. anche la successiva Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2015, n. 48673, Frigo Hellas Company LTD, relativa ad un caso in cui il procedimento nei confronti di stranieri per condotte esauritesi all'estero era stato archiviato proprio in considerazione del difetto delle condizioni di cui all'art. 10 c.p.

no al di fuori di tale territorio». A dispetto di quanto afferma la relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione – secondo la quale la nuova disposizione «*convalida l'orientamento estensivo costantemente seguito in materia dalla giurisprudenza di legittimità*» – si tratta di una disposizione dotata di efficacia innovatrice dell'ordinamento, in quanto appunto arricchisce il catalogo dei criteri di collegamento, e in questo modo, almeno con riferimento ai casi in cui dal favoreggiamento siano derivati, quale conseguenza non voluta, eventi di morte e/o lesioni personali, rende inutili gli sforzi fino ad ora profusi dalla giurisprudenza per addivenire al medesimo risultato²⁶⁰.

Al di fuori della disciplina di cui all'art. 10, comma 1, c.p., nonché del nuovo criterio di collegamento appena descritto, ogni altro tentativo di estendere la “giurisdizione” a condotte che si esauriscono al di fuori dei confini nazionali, pur rispondendo al comprensibile intento di non lasciarle impunte²⁶¹, si fonda, come visto, su indebite forzature delle categorie del reato e delle stesse norme codicistiche che regolano l'applicabilità della legge penale nello spazio.

7. *La disciplina speciale per la tutela delle frontiere marittime.*

Nella prospettiva della presente indagine non possono essere trascurati gli ulteriori strumenti normativi volti al contrasto delle condotte che, sul piano materiale, si risolvono nel procurare l'ingresso sul territorio nazionale di migranti e richiedenti asilo. In particolare, a partire dal 2019 sono state introdotte tre discipline di rango primario, ciascuna sostitutiva della precedente, finalizzate a formalizzare la prassi di limitare o escludere l'accesso ai porti italiani delle navi soccorritrici indesiderate, mediante la previsione di poteri ministeriali di interdizione navale, regole di condotta e sanzioni amministrative o penali per i trasgressori. Tali interventi normativi verranno nel prosieguo esaminati in ordine cronologico.

²⁶⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, 7 dicembre 2021, n. 15556, *Essaush*, relativa a un caso nel quale i migranti erano morti fuori dal territorio nazionale, e l'applicabilità della legge penale, pur negata ai sensi dell'art. 10, comma 2, c.p. (in mancanza dei presupposti ivi previsti per il reato commesso all'estero nei confronti di cittadino straniero) è stata affermata *ex art. 7, comma 1, n. 5, c.p.*, ossia in base al medesimo criterio utilizzato per l'omicidio volontario (così pertanto incorrendo nel medesimo errore di ritenere *self-executing* norme che, invece, non lo sono).

²⁶¹ Così F. LA CHIOMA, *Organizzazioni criminali transnazionali e traffico di migranti*, cit., 94 s.

7.1. *Il “decreto sicurezza-bis” (2019).*

L'idea di conferire al Ministro dell'interno il potere di inibire la circolazione di navi private nelle acque territoriali veniva per la prima volta attuata mediante il d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (conv. con modif. in legge 8 agosto 2019, n. 77), meglio noto come “decreto sicurezza-bis” (in quanto di poco successivo al “decreto sicurezza” o “decreto Salvini” emanato dallo stesso Governo²⁶²). In un frangente nel quale gli sbarchi risultavano in netta diminuzione²⁶³, verosimilmente per effetto del *memorandum* d'intesa italo-libico sottoscritto nel 2017, la nuova maggioranza in carica ravvisava comunque la straordinaria necessità e urgenza di introdurre, mediante decreto-legge, nuove disposizioni di controllo delle frontiere marittime²⁶⁴. A tale riguardo, in particolare, si riteneva necessario e urgente «*contrastare prassi elusive della normativa internazionale e delle disposizioni in materia di ordine e sicurezza pubblica*»: un evidente riferimento alle attività di *search and rescue* condotte dalla società civile e percepite dal Governo come minaccia per l'integrità delle frontiere²⁶⁵.

La novella introduceva, anzitutto, un nuovo comma 1-*ter* nell'art. 11 t.u. imm., ai sensi del quale il Ministro dell'interno veniva autorizzato a

²⁶² Il riferimento è al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con modif. in legge 1° dicembre 2018, n. 132, noto anche come “decreto Salvini”. Per uno sguardo d'insieme, di taglio critico, alle politiche dell'immigrazione e criminali sottese ad entrambi i decreti sicurezza, v. A. CAVALIERE, *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in *Leg. pen.*, 21 luglio 2020.

²⁶³ Secondo il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione presso il Ministero dell'interno, al 14 giugno 2019 si registravano in Italia 2.144 sbarchi, a fronte dei 15.571 sbarchi registrati nel corrispondente periodo dell'anno precedente e dei 65.427 sbarchi registrati sempre nello stesso frangente dell'anno 2017; dunque con una riduzione di sbarchi, nell'ultimo biennio, superiore al 96% (www.interno.gov.it).

²⁶⁴ La contraddizione è stata messa in luce sin dai primi commenti al decreto-legge, ai quali si rinvia anche per uno sguardo d'insieme sulle ulteriori novità dallo stesso introdotte in materia di ordine pubblico e sicurezza pubblica: A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Quest. giust.*, 20 giugno 2019; nonché, volendo, S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont. (arch.)*, 18 giugno 2019.

²⁶⁵ A tale proposito attenta dottrina ha osservato che il decreto «*confonde [...] il (doveroso) contrasto alle prassi illecite ed illegittime che accompagnano la immigrazione irregolare, con la (altrettanto doverosa) tutela dei diritti del migrante: i due momenti andrebbero di contro tenuti distinti, come confermano le sentenze penali in materia, che vedono nella maggior parte dei casi, nel migrante l'anello debole della catena di illeciti legati all'immigrazione clandestina*» (F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disegualianza sanzionatoria*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2019, 14).

«limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale». I presupposti del provvedimento – da adottarsi di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri – erano individuati, alternativamente, in «motivi di ordine e sicurezza pubblica»; ovvero nell'ipotesi di cui all'art. 19, comma 2, lett. g) della Convenzione UNCLOS, disposizione che a sua volta individua tra i casi in cui il passaggio di nave straniera nelle acque territoriali è «pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello stato costiero», quello in cui detta nave effettui «il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero»²⁶⁶. In questo modo, accanto al già esistente potere di interdizione navale attribuito dal codice della navigazione al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti²⁶⁷, veniva conferito al titolare del Viminale un «inedito potere di polizia della navigazione e portuale»²⁶⁸.

Per i trasgressori dei provvedimenti ministeriali erano previste sanzioni amministrative *ad hoc*, mediante l'aggiunta del comma 6-*bis* all'art. 12 t.u. imm.²⁶⁹: la sanzione pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro nei

²⁶⁶ Il testo riportato è tratto dalla traduzione italiana della convenzione UNCLOS, allegata alla legge 2 dicembre 1994, n. 689, di ratifica ed esecuzione della convenzione stessa. Si è constatato che è difficile distinguere tra i due presupposti che fondano il potere ministeriale in esame, tenuto conto che «l'art. 19 Unclos già consente 'per motivi di ordine e di sicurezza pubblica' di limitare o vietare il passaggio di una nave straniera» e che il decreto-legge in esame «non può certo attribuire poteri nuovi e ulteriori di limitazione del diritto di passaggio inoffensivo rispetto a quelli già deducibili in applicazione degli art. da 18 a 25 Unclos e che costituiscono il perimetro entro il quale lo Stato costiero può intervenire nei confronti della nave straniera» (G. CATALDI, *L'impossibile interpretazione conforme del decreto sicurezza-bis alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Dir. s. conf.*, 26 febbraio 2020).

²⁶⁷ Art. 83 cod. nav.: «Il ministro dei trasporti e della navigazione può limitare o vietare, per motivi di ordine pubblico, il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, determinando le zone alle quali il divieto si estende».

²⁶⁸ In questo senso A. DI MARTINO, L. RICCI, *L'insosservanza delle limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, cit., 2, secondo i quali la disposizione introduce una funzione provvedimentale «eccentrica rispetto alla funzione di coordinamento unificato dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana, cui invece la norma fa rinvio», tenuto conto che «il potere provvedimentale, diversamente dall'attività di coordinamento, è suscettibile di incidere su situazioni concrete». Per vero, anche prima della novella in esame alcuni divieti di ingresso e sbarco erano già stati disposti dal Ministro dell'interno, ma ciò era avvenuto sulla base di direttive prive di una base giuridica dedicata: cfr. L. GENNARI, C.L. CECCHINI, G. CRESCINI, *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 151 s.

²⁶⁹ A proposito della scelta della sanzione amministrativa in luogo di quella penale, v. L.

confronti del comandante, del proprietario e dell'armatore dell'imbarcazione²⁷⁰; nonché, in caso di «reiterazione commessa con l'utilizzo della medesima nave», il sequestro e la confisca della stessa. In sede di conversione del decreto, anche a seguito del clamore mediatico nel frattempo generato dal “caso Rackete”²⁷¹, tale apparato sanzionatorio veniva fortemente inasprito, mediante la previsione della sanzione pecuniaria da 150.000 a un milione di euro nei confronti del comandante (nonché, ma a titolo di responsabilità solidale, del proprietario e dell'armatore) e della confisca obbligatoria dell'imbarcazione sin dalla prima violazione.

Nel complesso la disciplina esaminata generava numerose critiche: anzitutto con riferimento alla sua dubbia compatibilità con il divieto di *refoulement*²⁷² e con il diritto internazionale dei soccorsi in mare²⁷³; in

MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Quest. giust.*, 15 giugno 2021, 8. L'autore osserva che il legislatore, pur avendo rinunciato alla forza stigmatizzante del diritto penale, ha tuttavia predisposto un apparato sanzionatorio dotato di maggiore effettività, tenuto conto che la sanzione non viene disposta dall'autorità giudiziaria, bensì da un organo (il prefetto) gerarchicamente subordinato al Ministro dell'interno (ferma restando la possibilità di impugnare il provvedimento, ma solo *ex post* e quindi a fronte di sanzioni già esecutive).

²⁷⁰ Come osservato da A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, cit., tale previsione (modificata in sede di conversione: v. *infra*, nel testo) costituiva una deroga al regime generale di responsabilità solidale del proprietario della cosa utilizzata per commettere l'illecito *ex art. 6* della legge n. 689/1981, in quanto assegnava al proprietario stesso, nonché all'armatore, una responsabilità a titolo autonomo, obbligandoli a adempiere non in solido ma ciascuno in proprio.

²⁷¹ Si tratta della nota vicenda svoltasi a fine giugno 2019, al culmine della quale la comandante della nave *Sea Watch 3* aveva violato il divieto ministeriale di ingresso nelle acque nazionali e, in fase di attracco forzoso nel porto di Lampedusa, era entrata in collisione con una motovedetta della Guardia di finanza. Sul caso *Sea Watch* (Carola Rackete), v. dettagliatamente *infra*, cap. IV, par. 3.4.

²⁷² Cfr. I. PAPANICOLOPULU, G. BAJ, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti*, cit., 39-44, dove si evidenzia lo stretto collegamento tra obbligo di *non refoulement* e obbligo di sbarco in un porto sicuro dei naufraghi-migranti, rimarcando l'incompatibilità tra questo fascio di obblighi e il decreto in esame. Sul punto v. peraltro S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998)*, in *Quest. giust.*, 29 luglio 2019, 17, secondo il quale il rischio di *refoulement* poteva essere evitato interpretando le disposizioni in esame alla luce degli obblighi internazionali assunti dall'Italia, tenuto oltretutto conto che il riferimento alla «violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero» di cui all'art. 19, comma 2, lett. g) della UNCLLOS non può non richiamare anche le disposizioni che tutelano il diritto di richiedere asilo, *in primis* gli artt. 2, comma 1 e 10, comma 4, t.u. imm.

²⁷³ Cfr. F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti*, cit., 18-20, secondo cui «L'art. 2 del decreto [...] pur facendo esplicito riferimento alle norme internazionali che obbli-

secondo luogo, in ragione della vaghezza dei presupposti del provvedimento ministeriale, configurati in maniera tale da conferire un'eccessiva discrezionalità all'autorità amministrativa²⁷⁴; in terzo luogo, alla luce del principio di proporzionalità, inteso quale canone di legittimità (anche) delle sanzioni amministrative²⁷⁵.

Dopo uno sparuto numero di applicazioni²⁷⁶, una delle quali censurata dal TAR Lazio²⁷⁷, a partire dalla seconda metà del 2019, mutata la maggioranza al governo, la disciplina introdotta dal decreto sicurezza-*bis* rimaneva di fatto inapplicata, ed anzi la stagione dei "porti chiusi" pareva in via di superamento, ancorché l'autorizzazione allo sbarco delle navi di ONG non fosse sempre tempestiva, specie laddove preceduta dai negoziati con altri Stati membri per il ricollocamento dei migranti²⁷⁸. Questo precario equilibrio veniva almeno in parte alterato dal-

*gano al soccorso in mare, non solo ne impedisce l'applicazione, ma ne impone (sotto minaccia di pena) la trasgressione, andando a sanzionare le condotte adempienti al relativo obbligo che nel nostro ordinamento rilevano ex art. 51 c.p., ma anche ex art. 54 c.p.»; I. PAPANICOLOPU-LU, G. BAJ, *Controllo delle frontiere statali*, cit., 44-46, secondo le quali, da un lato, «Non si può [...] precludere il passaggio inoffensivo a una nave che ha soccorso persone in pericolo, anche al di fuori del mare territoriale, qualora questa intenda entrare al fine di perfezionare il proprio obbligo di salvare la vita umana in mare»; dall'altro lato, il potere dello Stato costiero di sospendere temporaneamente il passaggio inoffensivo in determinate zone del mare territoriale (art. 25, par. 3, UNCLoS) è espressamente limitato dal principio di non discriminazione (sicché può essere esercitato solo nei confronti di una certa area con riferimento a tutte le navi) e deve comunque essere interpretato alla luce dell'obbligo di soccorso in mare.*

²⁷⁴ In questo senso i rilievi critici formulati dal Presidente della Repubblica in fase di conversione in legge del decreto, «Lettera ai Presidenti del Senato della Repubblica e al Presidente del Consiglio dei Ministri», 8 agosto 2019, in *Quirinale.it*: «non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate. Non appare ragionevole – ai fini della sicurezza dei nostri cittadini e della certezza del diritto – fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità».

²⁷⁵ V. ancora la lettera del Presidente della Repubblica, cit., che sul punto sinteticamente ma efficacemente osserva: «Devo inoltre sottolineare che la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 112 del 2019, ha ribadito la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti».

²⁷⁶ La prima e più nota è quella relativa al già richiamato caso della nave *Sea Watch 3*, sul quale v. cap. IV, par. 3.4. Per la constatazione secondo cui la riforma ha avuto un impatto pratico molto ridotto, inversamente proporzionale all'attenzione mediatica che ha generato, v. L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., 9.

²⁷⁷ V. l'ordinanza cautelare del 13 agosto 2019, con cui il TAR Lazio ha sospeso l'efficacia del provvedimento adottato nei confronti della nave *Open Arms* avendone ravvisata l'incompatibilità con la disciplina in materia di soccorsi in mare. Sulla vicenda v. L. GENNARI, C.L. CECCHINI, G. CRESCINI, *Esternalizzazione delle frontiere*, cit., 155.

²⁷⁸ Sui riflessi del passaggio dal Governo Conte I al Governo Conte II nell'approccio alle attività di soccorso dei migranti, v. L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., 9-11.

l'irruzione sulla scena mondiale della pandemia da Covid-19, che in parte ritardava il dibattito sulla riforma del decreto sicurezza-*bis*, e in parte si rifletteva nell'adozione di misure emergenziali anche sul fronte del controllo delle frontiere marittime, come la prassi di trattenere i migranti soccorsi a bordo di navi adibite a luoghi per lo svolgimento della sorveglianza sanitaria²⁷⁹.

7.2. Il “decreto Lamorgese” (2020).

L'atteggiamento ambiguo adottato dalla nuova coalizione di Governo, formatasi in seno alla XVIII legislatura, nei confronti dei soccorritori dei migranti – non più trattati da “nemici”, ma comunque più o meno esplicitamente considerati un fattore di destabilizzazione della gestione dei flussi migratori – trovava riflesso normativo nel d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (conv. con modif. in legge 18 dicembre 2020, n. 173), meglio noto con il nome del Ministro dell'interno *pro tempore* (“decreto Lamorgese”), anch'esso recante peraltro una riforma di più ampia portata sia sul terreno del diritto dell'immigrazione che su quello del diritto penale²⁸⁰.

²⁷⁹ Cfr. G. MENTASTI, *Migranti e detenzione amministrativa in tempo di Covid-19: i bollettini del garante dei detenuti pubblicati durante l'epidemia*, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2020; C. DENARO, *Politiche di ri-confinamento in tempo di pandemia: l'utilizzo di «navi quarantena» in Italia e l'accesso al diritto di asilo*, in *Dir. imm. cit.*, n. 2, 2021, 34-59; G. SAVIO, *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle «navi quarantena»*, *ivi*, 60-76; V. FAGGIANI, *Il dovere di soccorso in mare tra politica dei porti chiusi e Covid-19*, *cit.*, 52-56; da ultimo, per un inquadramento della gestione della pandemia nel c.d. approccio *hotspot* e per gli sviluppi successivi alla cessazione della prassi delle “navi quarantena”, v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Approccio Hotspot in Italia ed “habeas corpus” delle persone migranti*, in *Giust. ins.*, 3 febbraio 2023.

²⁸⁰ Per le altre novità in materia di diritto immigrazione, caratterizzate da significativi segni di discontinuità rispetto al passato (come il ripristino di una forma di permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, la c.d. «protezione speciale»), v. M. SAVINO, *Riforma o Controriforma? Il “decreto Lamorgese” e la tela di Penelope*, in *ADiM Blog*, gennaio 2021; nonché i contributi raccolti in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto-legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pacini Giuridica, 2021. Per uno sguardo d'insieme ai profili di diritto penale dell'immigrazione e di diritto penale in senso stretto, v. G. MENTASTI, *L'ennesimo “Decreto immigrazione-sicurezza” (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al Codice penale e altre novità*, in *Sist. pen.*, 23 ottobre 2020; ID., *Il decreto ‘immigrazione-sicurezza’ (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, *ivi*, 15 gennaio 2021; nonché, volendo, S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”: nuove norme, vecchie politiche criminali*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 567-579.

L'ambiguità della novella traspariva sin dalla scelta di fondo di disporre l'abrogazione delle norme introdotte nel testo unico immigrazione dal decreto sicurezza-*bis* e contestualmente di introdurre uno strumento di presidio delle frontiere marittime per molti aspetti analogo²⁸¹. In particolare, ai sensi dell'art. 1, comma 2 dello stesso decreto-legge, al Ministro dell'interno veniva conferito il potere di limitare o vietare il «transito» e la «sosta» (non più anche l'«ingresso»)²⁸² di imbarcazioni italiane e straniere, esclusi (come già in passato) i navigli militari e le navi in servizio governativo non commerciale, per «motivi di ordine e sicurezza pubblica». Il provvedimento era da adottarsi, anche qui come in passato, di concerto con il Ministro della difesa, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri. In sede di conversione veniva eliminata l'altra ipotesi legittimante l'adozione del provvedimento interdittivo, inizialmente mutuata dal decreto sicurezza-*bis*, ossia il trasporto di migranti irregolari da parte di nave straniera ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. g) della Convenzione UNCLLOS. Almeno sulla carta, conseguentemente, i margini di intervento del Ministro dell'interno venivano ristretti alle ipotesi nelle quali sussistessero specifici elementi, ulteriori rispetto al mero *status* di irregolarità migratoria, tali da configurare una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica.

Per i trasgressori dei provvedimenti ministeriali, sempre l'art. 1, comma 2 del decreto-legge prevedeva, in luogo delle abrogate sanzioni amministrative, una nuova figura di reato così configurata: «Nei casi di inosservanza del divieto o del limite di navigazione stabilito ai sensi del primo periodo, si applica l'articolo 1102 del codice della navigazione e la multa è da euro 10.000 ad euro 50.000». L'esegesi della disposizione, resa faticosa dalla catena di rinvii, portava a ricostruire una figura delittuosa il cui soggetto attivo era il comandante della nave nazionale o

²⁸¹ Mettono in evidenza il carattere “simulato” della riforma, F. VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1 co. 2 del d.l. n. 130/2020*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1, 2021, 89; L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., 11.

²⁸² La modifica era verosimilmente volta ad allineare la previsione con quelle di cui gli artt. 1102 e 83 cod. nav., non invece a ridurre i poteri ministeriali rispetto alla versione del “decreto sicurezza-*bis*”, atteso che il divieto di “ingresso” rimaneva comunque concettualmente ricompreso nei divieti di sosta e transito. In questo senso, v. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio penale, *Relazione su novità normativa. Disposizioni urgenti in materia di diritto penale introdotte dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (c.d. decreto “immigrazione-sicurezza”), conv., con modif.*, in l. 18 dicembre 2020, n. 173, 22 dicembre 2020, in *Cortedicassazione.it*, 5; F. VENTURI, *La gattopardesca riforma*, cit., 95.

straniera (ex art. 1102 cod. nav.)²⁸³; il presupposto della condotta era l'emanazione del provvedimento ministeriale di limitazione o divieto di circolazione per motivi di ordine o sicurezza pubblica; la condotta consisteva nel violare tale provvedimento; l'elemento soggettivo, nel silenzio della disposizione, doveva intendersi limitato al dolo. Quanto al bene giuridico, esso poteva essere individuato nell'interesse dello Stato al controllo delle frontiere marittime rispetto a condotte ritenute pregiudizievoli per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica²⁸⁴.

La pena consisteva nella reclusione fino a due anni (ex art. 1102 cod. nav.), nonché nella multa da 10.000 a 50.000 euro, mentre non era più prevista la confisca obbligatoria dell'imbarcazione. Il già segnalato atteggiamento ambiguo del legislatore si rifletteva, dunque, anche sul terreno sanzionatorio: per un verso venivano introdotte sanzioni pecuniarie di importo decisamente più mite rispetto a quelle del decreto sicurezza-*bis*, venivano eliminate le sanzioni reali, e veniva ridotta al solo comandante la platea dei potenziali autori dell'illecito; per altro verso, la violazione dei provvedimenti amministrativi veniva elevata a fattispecie delittuosa. Il sequestro dell'imbarcazione rimaneva dunque possibile a titolo di misura cautelare (art. 321 c.p.p.), la partecipazione di altri soggetti rimaneva configurabile a titolo di concorso di persone, mentre la sanzione detentiva, ancorché verosimilmente destinata a rimanere inapplicata – in ragione sia della sua ridotta entità, sia del consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale teso a riconoscere la scriminante dell'adempimento del dovere nei confronti dei comandanti soccorritori²⁸⁵ – risultava comunque in grado di mandare un segnale forte in termini di deterrenza e capacità di stigmatizzazione.

La terza novità del decreto Lamorgese era rappresentata dalla previsione, sempre all'interno dell'art. 1, comma 2, di una clausola volta a limitare il potere ministeriale nei confronti delle navi impegnate in operazioni di soccorso in mare²⁸⁶. Secondo tale disposizione, i provvedi-

²⁸³ Tale disposizione punisce con la reclusione fino a due anni e la multa fino a 516 euro «il comandante della nave o del galleggiante, nazionali o stranieri, che non osserva il divieto o il limite di navigazione stabiliti nell'articolo 83». Quest'ultima norma, a sua volta, assegna al Ministro dei trasporti il potere di «limitare o vietare, per motivi di ordine pubblico, il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, determinando le zone alle quali il divieto si estende».

²⁸⁴ In questo senso, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio penale, *Relazione su novità normativa*, cit., 8 s.

²⁸⁵ Sull'effetto paradossalmente favorevole della scelta di criminalizzazione compiuta dal legislatore, v. *amplius*, F. VENTURI, *La gattopardesca riforma*, cit., 104-106.

²⁸⁶ Secondo un'altra impostazione, il legislatore avrebbe configurato, forse inconsape-

menti interdittivi non potevano essere emanati in presenza di operazioni «immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera»²⁸⁷, ed «effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo»²⁸⁸. Subordinando la non punibilità dei soccorritori al rispetto delle indicazioni provenienti dalle autorità²⁸⁹, il legislatore confermava nei loro confronti, ancora una volta, il proprio atteggiamento ambiguo, contemperando l'esigenza di dare un segnale di discontinuità rispetto al passato con quella di non rinunciare a mo-

volmente, una scriminante procedurale: in questo senso Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio penale, *Relazione su novità normativa*, cit., 15; F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., 182. A proposito delle scriminanti procedurali, v. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, 39 ss., il quale rileva come questa tipologia di cause di giustificazione sia funzionale, nei contesti politicamente sensibili (ad es. il fine vita e l'interruzione di gravidanza), a smorzare il sotteso contrasto sociale attraverso la "proceduralizzazione" dei presupposti dell'esimente. Se in quest'ottica la qualificazione in termini di scriminante procedurale potrebbe apparire, *mutatis mutandis*, pertinente anche al contesto delle frontiere, d'altra parte la disposizione in esame appare espressamente formulata in termini di delimitazione, a monte, del potere ministeriale di emanare i provvedimenti limitativi della circolazione di navi; e non invece in termini di giustificazione, a valle, delle condotte che abbiano violato detti provvedimenti.

²⁸⁷ Ad avviso di A. DI MARTINO, L. RICCI, *L'inosservanza delle limitazioni o del divieto di transito e sosta*, cit., 11, il momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione non è quello in cui si ha avuta notizia che vi sono persone in pericolo, tale essendo il presupposto per il sorgere dell'obbligo e non per la sua delimitazione; bensì «l'inizio materiale delle operazioni di salvataggio».

²⁸⁸ Sul punto v. ancora A. DI MARTINO, L. RICCI, *loc. ult. cit.*, secondo cui l'eventuale difformità delle istruzioni impartite dalle autorità italiane rispetto alle richiamate fonti internazionali avrebbe determinato la non vincolatività delle prime, con conseguente illegittimità dell'eventuale provvedimento ministeriale interdittivo e possibilità di disattenderlo senza incorrere in responsabilità penale. Così sarebbe accaduto, esemplificano *ivi* gli stessi autori, laddove le autorità italiane avessero prescritto al comandante di non intervenire in una situazione in cui nessun'altra imbarcazione fosse stata in condizioni di farlo; ovvero di rivolgersi alle autorità libiche, con conseguente rischio di essere indirizzati verso un porto non sicuro.

²⁸⁹ La disposizione peraltro non chiariva se si trattasse delle indicazioni provenienti dalle sole autorità italiane o anche da altri Stati costieri. Un'interpretazione conforme agli obblighi gravanti sul comandante avrebbe dovuto condurre ad escludere, quanto meno, il carattere vincolante delle indicazioni provenienti da autorità di Paesi, come la Libia, i cui porti non possono considerarsi sicuri per lo sbarco. In questo senso, L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., 12; nonché gli autori citati *infra*, par. 7.3, in sede di commento al successivo "decreto Piantedosi", che ha riprodotto la disposizione.

strare i muscoli in materia di frontiere marittime²⁹⁰. Nello stesso senso, del resto, può leggersi l'inciso «fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, reso esecutivo dalla legge 16 marzo 2006, n. 146», la cui collocazione in coda alla clausola di salvaguardia sembrava alludere alla possibilità che anche nei confronti delle operazioni di soccorso potessero essere attivati gli strumenti di cooperazione di polizia e giudiziaria per il contrasto del traffico di migranti previsti, appunto, dal Protocollo di Palermo²⁹¹. La disposizione finiva così per cristallizzare, a livello di diritto positivo, quell'improprio accostamento tra soccorsi in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare che rappresentava (e tuttora rappresenta) uno dei tasselli del più ampio fenomeno della “criminalizzazione della solidarietà” nei confronti degli stranieri *sans papiers*.

Il decreto Lamorgese ha avuto una vita complessivamente breve (durante la quale sono stati emanati due decreti ministeriali nei confronti di altrettante navi facenti capo ad organizzazioni non governative²⁹²), essendo stato oggetto di significative modifiche da parte del d.l. n. 1/2023, sulle quali ci si soffermerà nell'immediato prosieguo.

²⁹⁰ Cfr. L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., 13, secondo cui la clausola, così formulata, non solo era ambigua, ma anche praticamente inutile, in quanto ricomprendeva le sole situazioni in cui, essendosi instaurato un proficuo dialogo tra soccorritori e autorità, l'eventualità di un provvedimento ministeriale limitativo o interdittivo della circolazione nelle acque territoriali doveva essere comunque esclusa; in senso sostanzialmente analogo, F. VENTURI, *La gattopardesca riforma*, cit., 98-102.

²⁹¹ Come constatano A. DI MARTINO, L. RICCI, *L'inosservanza delle limitazioni o del divieto di transito*, cit., 12, «il significato di questa proposizione è tanto indeterminato quanto minaccioso».

²⁹² Il riferimento è alle vicende delle navi *Humanity* e *Geo Barents*, alle quali, con provvedimenti rispettivamente del 4 e 5 novembre del 2022, è stato imposto il divieto di rimanere in acque territoriali dopo che vi avevano fatto ingresso senza autorizzazione (salvo poi autorizzare lo sbarco di tutti i migranti per sopravvenuto stato di emergenza). Cfr. l'«Informativa del Ministro dell'Interno sulla gestione dei flussi migratori e, in particolare, sui recenti interventi di assetti navali di organizzazioni non governative nel Mediterraneo centrale», 16 novembre 2022, 9-14, in www.senato.it. Per alcune considerazioni di taglio critico, L. MASERA, *Gli sbarchi selettivi e l'assenza della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 14 novembre 2022.

7.3. Il “decreto Piantedosi” (2023).

Le elezioni del 25 settembre 2022, svoltesi a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere decretato dal Presidente della Repubblica in ragione della crisi del Governo Draghi, hanno avviato la XIX legislatura assegnando la maggioranza ad una coalizione composta da partiti di destra ed estrema destra, fortemente orientati al rafforzamento della lotta all’immigrazione irregolare, anche mediante il contrasto alle attività di carattere umanitario²⁹³. In linea con questa impostazione, il d.l. 2 gennaio 2023, n. 1 (conv. con modif. dalla legge 24 febbraio 2023, n. 15), anch’esso meglio noto con il nome del Ministro dell’interno proponente (“decreto Piantedosi”) ha apportato una serie di significative modifiche al decreto Lamorgese, volte nel complesso – come si legge nella relazione illustrativa – a «*contemperare l’esigenza di assicurare l’incolumità delle persone recuperate in mare, nel rispetto delle norme di diritto internazionale e nazionale in materia, con quella di tutelare l’ordine e la sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, fatta a Montego Bay nel 1982*»²⁹⁴. Sempre secondo la relazione illustrativa, il contemperamento tra l’incolumità delle persone e la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica deve essere realizzato mediante i seguenti interventi normativi: da un lato, «*definire le condizioni in presenza delle quali le attività svolte da navi che effettuano interventi di recupero di persone in mare possono essere ritenute conformi alle convenzioni internazionali [...]*»²⁹⁵ e alle norme nazionali in materia di diritto del mare»; dall’altro lato, «*disciplinare più compiutamente gli effetti della violazione del limite o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale, disposto nei confronti della nave che abbia recuperato persone discostandosi dall’osser-*

²⁹³ Si veda la sintetica descrizione del nuovo contesto offerta da un autorevole osservatorio indipendente belga: «*Following the Italian general election on 25 September 2022, an extreme right-led government took office on 22 October 2022. Since Day One, it has implemented an openly hostile policy towards civil society actors or non-governmental organisations (NGOs) providing humanitarian assistance and civilian search and rescue (SAR) operations for people seeking asylum and safety in the central Mediterranean Sea*» (S. CARRERA, D. COLOMBI, R. CORTINOVIS, *Policing search and rescue NGOs in the Mediterranean. Does justice end at sea?*, CEPS, 2023, 3).

²⁹⁴ Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, recante disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori.

²⁹⁵ Segue l’indicazione degli strumenti di diritto internazionale ritenuti rilevanti, sui quali si avrà occasione di tornare nel quarto capitolo: Convenzione UNCLOS del 1982, SOLAS del 1974, SAR del 1979, nonché le collegate «Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare» di cui alla risoluzione MSC 167(78) del 20 maggio 2004.

vanza delle richiamate condizioni, facendo salvo il richiamato principio di salvaguardia dell'incolumità delle persone presenti a bordo, senza far venire meno l'esercizio della potestà sanzionatoria rispetto alla commissione di illeciti».

Il decreto – che, come già osservato, non sostituisce il precedente decreto Lamorgese, bensì lo modifica – ha anzitutto lasciato intatta la previsione che conferisce al Ministro dell'interno il potere di emanare – di concerto con il Ministro della difesa e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri – provvedimenti che limitano o vietano la sosta e il transito nel mare territoriale di navi private «per motivi di ordine e sicurezza pubblica» (art. 1, comma 2, d.l. n. 130/2020). Alla luce di tale formulazione si conferma quanto già osservato con riferimento al decreto Lamorgese, ossia che il provvedimento risulta legittimo nella misura in cui sussistano elementi concreti, ulteriori rispetto alla mera irregolarità migratoria dei trasportati, sui quali possa fondarsi la prognosi di pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica (a titolo d'esempio, la presenza a bordo di sospetti terroristi²⁹⁶). In questo senso, del resto, ha di recente mostrato di orientarsi la giurisprudenza penale, laddove ha incidentalmente giudicato illegittimo, per difetto di motivazione in ordine (anche) al presupposto in parola, il divieto di ingresso che era stato disposto (all'epoca, sulla base del decreto *sicurezza-bis*) nei confronti della comandante Carola Rackete²⁹⁷.

Per i trasgressori sono state introdotte, in luogo delle sanzioni penali previste dal decreto Lamorgese (contestualmente abolite mediante l'abrogazione dell'art. 1, comma 2, terzo periodo, d.l. n. 130/2020), una serie di sanzioni amministrative (inserite nell'art. 1, commi 2-*quater*,

²⁹⁶ In questo senso, in sede di commento della corrispondente previsione del decreto *sicurezza-bis*, S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis*, cit., 17.

²⁹⁷ Come già osservato, la vicenda verrà compiutamente trattata nel quarto capitolo (par. 3.4). Qui basti ricordare che, tra i reati contestati alla comandante della nave *Sea Watch 3*, in relazione alla vicenda dell'ingresso forzoso nel porto di Lampedusa avvenuto il 29 giugno 2019, vi era anche il rifiuto di obbedienza a nave da guerra (art. 1099 cod. nav.), per avere disatteso l'alt della Guardia di finanza, a sua volta impartito sulla base del divieto di ingresso disposto con provvedimento del Ministro dell'interno del 15 giugno 2019. Con decreto di archiviazione del 20 dicembre 2021, il GIP di Agrigento ha ritenuto, tra l'altro, che il provvedimento ministeriale fosse carente in punto di «*individuazione di specifiche ed individualizzanti situazione di ordine e sicurezza pubblica che avrebbero potuto far ritenere pericoloso lo sbarco in Italia dei naufraghi*». Sulla disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo da parte del giudice penale, con riferimento ai provvedimenti di interdizione navale in esame, v. S. CALABRIA, *I respingimenti in mare*, cit., 31-36.

quinquies e *sexies*, d.l. n. 130/2020), all'irrogazione delle quali provvede il prefetto territorialmente competente (comma 2-*septies*).

In particolare, la violazione del provvedimento ministeriale recante il limite o il divieto di sosta e transito comporta, nei confronti del comandante della nave, la sanzione amministrativa da 10 mila a 50 mila euro (con responsabilità solidale dell'armatore e del proprietario dell'imbarcazione), nonché la sanzione accessoria del fermo amministrativo per due mesi (comma 2-*quater*). In caso di «reiterazione della violazione commessa con l'utilizzo della medesima nave», è prevista la sanzione accessoria della confisca con immediato sequestro cautelare (comma 2-*quiquies*)²⁹⁸.

La previsione delle sanzioni amministrative è accompagnata dalla clausola «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato». Tenuto conto dei capi d'accusa finora formulati nei confronti delle ONG attive nel Mediterraneo (v. *infra*, cap. IV), potrebbero venire in rilievo non solo il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, ma anche il falso in atto pubblico, ovvero la resistenza a pubblico ufficiale o a nave

²⁹⁸ La previsione ripropone due dubbi interpretativi già emersi con riferimento al decreto *sicurezza-bis*, che nella versione precedente alle modifiche apportate in sede di conversione prevedeva, al pari della disciplina in esame, che la confisca dell'imbarcazione fosse disposta solo a seguito della reiterazione della violazione mediante l'utilizzo della medesima nave. Anzitutto, con riguardo al requisito della reiterazione, ci si è chiesti cosa accada nel caso in cui la violazione sia reiterata quando la precedente violazione non sia ancora oggetto di un accertamento definitivo. Richiamando la disciplina generale degli illeciti amministrativi di cui alla legge n. 689/1998, si è osservato che, mentre dall'art. 8-*bis*, comma 1, primo periodo, sembrerebbe potersi ricavare il requisito che la prima violazione debba essere cristallizzata da un accertamento definitivo; nondimeno il secondo periodo del medesimo comma conduce alla soluzione opposta, in quanto prevede che si possa ravvisare una reiterazione delle violazioni anche quando più violazioni della stessa indole commesse nel quinquennio sono accertate con unico provvedimento esecutivo (così A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, cit., secondo il quale, peraltro, aderire a quest'ultima soluzione esegetica «comporterebbe che il prefetto possa contestare più violazioni commesse nell'arco di un certo lasso di tempo e – all'esito di un unico procedimento sanzionatorio – disporre l'applicazione delle sanzioni amministrative principali e della sanzione accessoria della confisca, non preceduta da un precedente accertamento definitivo; utilizzando categorie penalistiche, sarebbe come applicare una recidiva nel contesto di un unico processo in cui si accerti l'esistenza di un reato continuato»). Il secondo problema interpretativo riguarda le ipotesi in cui la violazione è reiterata utilizzando sì la medesima nave, ma da parte di un diverso comandante. Sul punto si ritiene corretta la soluzione avanzata dal contribuuto poc'anzi citato, secondo cui in tali ipotesi «è ragionevole escludere che vi sia una "reiterazione" delle violazioni, considerato che [...] il destinatario del precetto è il "comandante" e non l'armatore o il proprietario della nave; tale interpretazione è avvalorata dal testo dell'art. 8-*bis*, comma 1, legge n. 689 del 1981, laddove si legge che si ha reiterazione delle violazioni quando – nell'arco di un quinquennio – "lo stesso soggetto commette un'altra violazione della stessa indole"».

da guerra. La formulazione della clausola suggerisce, peraltro, che il suo effetto non sia quello di determinare l'assorbimento delle sanzioni amministrative in quelle penali, bensì, al contrario, di sancire la congiunta applicabilità di entrambe le categorie di sanzioni, secondo una logica di "doppio binario"²⁹⁹. Sempre dal tenore letterale della clausola, e segnatamente dall'utilizzo dell'espressione «quando il fatto costituisce reato», può evincersi altresì un argomento a sostegno della conclusione secondo cui le condotte illecite ai sensi del decreto in esame *non* integrano necessariamente la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (sul punto v. *infra*, cap. IV, par. 9).

Anche nelle ipotesi in cui non venga adottato un provvedimento ministeriale interdittivo, è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 2 mila a 10 mila euro nei confronti del comandante della nave, o dell'armatore, che «non fornisce le informazioni richieste dalla competente autorità nazionale per la ricerca e il soccorso in mare nonché dalla struttura nazionale preposta al coordinamento delle attività di polizia di frontiera e di contrasto dell'immigrazione clandestina o non si uniforma alle loro indicazioni» (comma 2-*sexies*). La medesima disposizione prevede la sanzione accessoria del fermo amministrativo della nave per venti giorni, aumentata fino a due mesi in caso di reiterazione della violazione; nonché, in caso di ulteriore reiterazione, la confisca dell'imbarcazione.

Ancora, lo stesso comma 2-*sexies* stabilisce che le sanzioni in esso previste si applicano anche nel caso in cui difetti una (o più) delle condizioni di liceità di cui al comma 2-*bis* (pure riscritto), accertata successivamente all'assegnazione del porto di sbarco. Quest'ultima disposizione, oltre a ribadire le due fondamentali condizioni di liceità dei soccorsi previste dal decreto Lamorgese (ossia, da un lato, l'obbligo di comunicare il soccorso allo Stato di bandiera e al centro di coordinamento competente, con l'aggiunta della precisazione che la comunicazione deve essere indirizzata al centro di coordinamento «nella cui area di responsabilità si svolge l'evento»; dall'altro lato, l'obbligo di rispettare le indicazioni provenienti dal centro di coordinamento competente), introduce ben *sei* ulteriori condizioni cumulative: «a) la nave che effettua in via sistematica attività di ricerca e soccorso in mare opera in conformità alle certificazioni e ai documenti rilasciati dalle competenti autorità dello Stato di bandiera ed è mantenuta conforme agli stessi ai fini della sicurezza della navigazione, della prevenzione dell'inquinamento,

²⁹⁹ Per una recente sistematizzazione dei diversi modelli di doppio binario sanzionatorio, v. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Giappichelli, 2022, 59 ss.

della certificazione e dell'addestramento del personale marittimo nonché delle condizioni di vita e di lavoro a bordo; b) sono state avviate tempestivamente iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità; c) è stata richiesta, nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco; d) il porto di sbarco assegnato dalle competenti autorità è raggiunto senza ritardo per il completamento dell'intervento di soccorso; e) sono fornite alle autorità per la ricerca e il soccorso in mare italiane, ovvero, nel caso di assegnazione del porto di sbarco, alle autorità di pubblica sicurezza, le informazioni richieste ai fini dell'acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso posta in essere; f) le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non hanno concorso a creare situazioni di pericolo a bordo né impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco».

Con riferimento alle ipotesi in cui il transito e la sosta di navi siano consentiti, viene precisato che il permesso deve essere inteso «ai soli fini di assicurare il soccorso e l'assistenza a terra delle persone prese a bordo a tutela della loro incolumità» (art. 1, comma 2-ter)³⁰⁰.

La riforma ha in parte trascinato con sé, e in parte acuito, diverse delle criticità già illustrate con riferimento al decreto sicurezza-*bis* e al decreto Lamorgese³⁰¹. L'attività dei comandanti viene subordinata a ulteriori limiti, che tuttavia si rivelano in parte irrilevanti in quanto ripetitivi di disposizioni dettate altrove, e in parte incompatibili con il diritto internazionale del mare, nella misura in cui tendono a rendere i soccorsi meno efficaci in contrasto con l'oggetto e con lo scopo delle convenzioni in materia³⁰². Si pensi, a titolo esemplificativo, alle autoriz-

³⁰⁰ Secondo L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sist. pen.*, 13 febbraio 2023, la disposizione è formulata in maniera tale da escludere la possibilità che possano essere effettuati "sbarchi selettivi" delle sole persone ritenute in condizioni precarie di salute.

³⁰¹ Per un bilancio critico delle misure, messe in campo dai Governi italiani, per limitare le attività dei soccorritori in mare, dal c.d. codice di condotta del 2017 fino ai decreti-legge in esame, v. da ultimo L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit.

³⁰² In questo senso risultano allineate le audizioni informali del 17 gennaio 2023 di Paolo Bonetti, Irini Papanicolopulu, Nazarena Zorzella (per conto di ASGI) e Francesca de Vittor (per conto del Comitato per il diritto al soccorso) dinanzi alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Trasporti della Camera dei deputati, nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 750 di «Conversione in legge del decreto-legge 2 gennaio 2023, n. 1, recante disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori»; nello stesso senso v. anche il documento

zazioni alla navigazione ed ai requisiti di idoneità tecnico-nautica menzionati all'art. 1, comma 2-*bis*, lett. *a*), il cui possesso non può evidentemente condizionare la legittimità dell'attività di soccorso (comunque obbligatoria)³⁰³; si pensi, ancora, al controverso divieto di plurimi soccorsi, che, pur non essendo espressamente dettato dal decreto, potrebbe astrattamente ricavarsi dalle lett. *d*) e *f*) del medesimo comma 2-*bis*³⁰⁴, risultando tuttavia incompatibile con il prevalente obbligo di soccorso gravante sul comandante a fronte della notizia di (ulteriori) persone in pericolo³⁰⁵.

Sul piano delle scelte sanzionatorie, spicca il ritorno al regime esclusivamente amministrativo previsto dal decreto sicurezza-*bis*. La sottrazione alla giurisdizione penale non può non essere letta (anche) come una risposta al consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale – autorevolmente avallato, come vedremo nel quarto capitolo, dalla Corte di cassazione – secondo cui il trasporto dei migranti-naufraghi in un porto sicuro, anche a fronte di un esplicito divieto di ingresso nelle acque territoriali, non integra (alcun) reato nella misura in cui costituisce adem-

a cura di ASGI *Contro la Costituzione, le ONG e i diritti umani: l'insostenibile fragilità del decreto legge n. 1/2023*, 5 gennaio 2023, in www.asgi.it.

³⁰³ Secondo il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, la vaghezza della disposizione rischia di tradursi in prolungati e sistematici controlli con conseguente riduzione della presenza dei soccorritori lungo il Mediterraneo centrale (v. la lettera indirizzata al Ministro dell'interno italiano del 26 gennaio 2023, in www.coe.int). Sulla competenza esclusiva dello Stato di bandiera nel dettare le condizioni di navigazione e rilasciare le autorizzazioni, v. Corte giust. UE, sent. *Sea Watch c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*, cause riunite C-14/21 e C-15/21 (per un commento, v. I. PAPANICOLOPULU, G. LOSI, *La Sea Watch davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit.). Sul punto, peraltro, il testo risultante dalle modifiche introdotte in sede di conversione (qui riportato) sembra avere eliminato le ambiguità che caratterizzavano il testo originale (ambiguità rilevate da I. Papanicolopulu e F. de Vittor in sede di audizione alla Camera, cit.).

³⁰⁴ V. ancora le preoccupazioni espresse dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa nella lettera indirizzata al Ministro dell'interno italiano, cit.; nello stesso senso è l'opinione dell'*Expert Council on NGO Law* del Consiglio d'Europa, 30 gennaio 2023, punti nn. 19-20; *contra* L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit., secondo il quale è da escludersi che dalla disposizione possa ricavarsi il divieto di soccorsi multipli a fronte di nuove notizie di persone in pericolo, mentre può ricavarsi il diverso divieto di *stazionamento* in acque internazionali dopo il primo soccorso, *in attesa* di eventuali nuove notizie di *distress*; tenuto conto che quest'ultima modalità operativa viene talvolta seguita dalle navi di grandi dimensioni, allorquando non abbiano esaurito la propria capacità di carico dopo il primo soccorso, ecco allora che, ad avviso dello stesso autore, la disposizione «*introduce un ostacolo di non poco conto alla migliore operatività delle ONG*».

³⁰⁵ Così, all'unisono, P. Bonetti, F. de Vittor e N. Zorzella, nell'audizione di cui *supra*, alla nt. 302. Nello stesso senso S. CARRERA, D. COLOMBI, R. CORTINOVIS, *Policing search and rescue NGOs in the Mediterranean*, cit., 9.

pimento del dovere di soccorso in mare³⁰⁶. In quest'ottica, l'assegnazione ai prefetti della potestà sanzionatoria nei confronti delle ONG che disobbediscono alle indicazioni delle autorità di frontiera risulta coerente con la sinistra finalità, esplicitata nella relazione illustrativa del decreto in esame, di realizzare un effettivo "contemperamento" tra incolumità delle persone e protezione delle frontiere nazionali. Una finalità la cui compiuta attuazione, tuttavia, non può che infrangersi con la gerarchia degli interessi in conflitto, e più precisamente con quei diritti fondamentali di altissimo rango (*in primis* la vita e l'integrità fisica) la cui compressione non è ammessa per ragioni di governo delle migrazioni. Su questi aspetti e sui loro risvolti in termini di possibile illegittimità costituzionale della disciplina in esame si avrà occasione di tornare nel prosieguo del lavoro.

8. *Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine.*

Per contrastare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare l'ordinamento penale italiano si è dotato di un modello differenziato, sul piano dell'*an* e del *quantum* sanzionatorio, a seconda che l'agevolazione avvenga in funzione dell'*ingresso* irregolare nel territorio nazionale ovvero della *permanenza* irregolare al suo interno. In base alla fattispecie di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm., l'agevolazione in fase di ingresso viene punita *di per sé*, a prescindere dal raggiungimento del risultato avuto di mira e dal perseguimento di un profitto da parte dell'agente. Ai sensi dell'art. 12, comma 5, t.u. imm., l'agevolazione del soggiorno sul territorio viene invece punita a condizione che contribuisca effettivamente a prolungare la presenza dello straniero *sine titulo* e si accompagni all'intenzione di sfruttare a proprio vantaggio la condizione di debolezza in cui lo straniero stesso versa.

La minore selettività della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare potrebbe essere spiegata, sulla falsariga degli argomenti addotti in sede europea, con mere esigenze di semplificazione probatoria (a loro volta derivanti, come visto, dal carattere transnazionale del reato); oppure (o in aggiunta) assumendo che il legislatore italiano consideri più grave, nella prospettiva dell'ordinata gestione dei flussi migratori, la creazione di una nuova situazione di illiceità mediante

³⁰⁶ Per questa lettura, v. L. MASERA, *Il d.l. Piantadosi*, cit., il quale descrive la finalità perseguita dal governo in termini di «*fuga dalla giurisdizione*».

l'introduzione di uno straniero *sans papiers* sul territorio, rispetto al mero consolidamento di una situazione preesistente. Questa seconda ipotesi trova univoca conferma sul piano sanzionatorio: è sufficiente porre a confronto le cornici edittali delle fattispecie di cui ai commi 1 e 5 dell'art. 12, nonché i rispettivi corredi di circostanze aggravanti, per rendersi conto del differente disvalore che – a partire dal d.l. n. 241/2004 e poi coerentemente nelle successive riforme – il legislatore italiano riconosce alle due figure delittuose.

L'attenzione (o l'ossessione?) per l'integrità delle frontiere nazionali ha orientato i decisori politici verso l'allestimento di barriere normative, di natura penale e amministrativa, sempre più impermeabili. Sul piano amministrativo, al tradizionale apparato di sanzioni per i vettori commerciali che omettono di effettuare controlli documentali è stato affiancato un innovativo sistema di protezione delle frontiere marittime dagli sbarchi indesiderati, imbrigliando le operazioni di ricerca e soccorso in regole di condotta che mal si conciliano con la loro natura ontologicamente emergenziale e conferendo al Ministro dell'interno il potere di "chiudere i porti" per motivi di ordine e sicurezza pubblica.

Sul versante penale, il modello di tutela affidato all'art. 12, comma 1 e al suo apparato di circostanze aggravanti è stato dotato, per effetto delle numerose riforme stratificatesi nel tempo, di tre fondamentali caratteristiche.

Si tratta, anzitutto, di una tutela *avanzata*, in quanto protesa oltre i confini nazionali. Tale caratteristica discende, a sua volta, dal combinarsi di due fattori: la struttura a consumazione anticipata del reato, capace di intercettare le condotte agevolatrici ancora prima che l'ingresso irregolare si verifichi; la tendenza giurisprudenziale ad estendere l'applicabilità della norma penale nello spazio, ricomprendendovi anche condotte che si esauriscono fuori dal territorio nazionale, mediante la forzatura dei criteri di collegamento di cui agli artt. 6 ss. c.p. Tale tendenza è stata da ultimo avallata dal legislatore, sebbene limitatamente alla fattispecie aggravata di cui all'art. 12-*bis*, mediante l'introduzione di un criterio di collegamento *ad hoc* ispirato al principio di universalità della legge penale.

In secondo luogo, si tratta di una tutela *assoluta*, in quanto pressoché priva di frammentarietà. Praticamente nessuna condotta che si manifesti sotto forma di aiuto all'ingresso irregolare di stranieri, in Italia o in altro Stato, rimane esclusa dalla repressione: non occorre che lo straniero sia effettivamente giunto a destinazione (il reato, come appena ricordato, è a consumazione anticipata); non occorre che l'agente sia animato da una finalità di profitto o di sfruttamento della condizione di

debolezza altrui (il reato è a dolo generico); non occorre nemmeno – secondo un orientamento giurisprudenziale tanto discutibile quanto consolidato – che l'ingresso sia formalmente irregolare (è sufficiente che sia preordinato ad una successiva permanenza irregolare).

In terzo e ultimo luogo, e con specifico riferimento all'entità delle pene, l'art. 12 offre una tutela *livellata verso l'alto*: la scarsa selettività della fattispecie, e la sua conseguente capacità di attrarre condotte connotate da gradi di disvalore assai eterogenei, non è infatti compensata da un'adeguata diversificazione del trattamento sanzionatorio, tendenzialmente polarizzato sulle ipotesi di maggiore gravità. Emblematiche, a tale riguardo, le aggravanti speciali di cui al comma 3: pur essendo evidentemente calibrate per colpire condotte di spiccata gravità (la pena detentiva va da sei a sedici anni di reclusione), esse attraggono un ventaglio di situazioni estremamente eterogenee sul piano del disvalore; un ventaglio talmente ampio, nonostante l'intervento della Corte costituzionale (sent. n. 63/2022), da rendere, nella prassi, praticamente residuale l'ipotesi non circostanziata di cui al comma 1. Non si può escludere, del resto, che proprio tali criticità abbiano contribuito ad indirizzare le Sezioni unite *Mizanur* verso la riconduzione del comma 3 al *genus* degli *accidentalia delicti* (nonostante i solidi argomenti che ne indicavano, al contrario, la natura di fattispecie autonoma), allo scopo di consentire un recupero di proporzionalità della pena (quanto meno) in fase di bilanciamento con eventuali attenuanti.

L'attuale conformazione dell'art. 12 t.u. imm. si presenta, in altre parole, come il prodotto di una sorta di *strabismo legislativo*: mentre l'occhio che commina le pene edittali pare rivolto alle sole situazioni di disvalore più elevato, vale a dire – prendendo nuovamente a prestito le parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 63/2022 – gli «*scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti*»; l'occhio che seleziona gli elementi costitutivi (del reato e delle circostanze) non si lascia sfuggire le classi di condotte caratterizzate da disvalore minimo, ponendo le premesse normative di una risposta sanzionatoria sproporzionata per eccesso. Del resto, se si presta attenzione ai discorsi istituzionali, si può osservare come i concetti di favoreggiamento, traffico di migranti e *financo tratta di persone* vengano strumentalmente posti sullo stesso piano, al fine di giustificare, facendo leva sull'esigenza di proteggere i diritti fondamentali, l'adozione di misure repressive sempre più drastiche, dissimulandone l'autentica finalità di strumenti di protezione delle frontiere.

Giunti a questo punto si tratta di analizzare, più da vicino, gli effetti di *overcriminalisation* che una disciplina di contrasto al favoreggiamen-

to dell'ingresso irregolare così concepita è suscettibile di produrre. A questo scopo sono dedicati i prossimi due capitoli, nei quali ci si confronterà con i settori più controversi nei quali la fattispecie ha finora trovato applicazione. Come si vedrà, alcuni dei problemi che emergeranno potrebbero essere risolti *de jure condito*, mediante un'accorta delimitazione della responsabilità sul piano della tipicità e dell'antigiuridicità. Al contempo, tuttavia, la constatazione in ordine al permanere di insormontabili criticità aprirà la strada alla disamina, nel quinto capitolo, dei profili di illegittimità che, ad avviso di chi scrive, affliggono tanto la disciplina italiana quanto le sue matrici europee.

LA SOVRA-CRIMINALIZZAZIONE DEL FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO IRREGOLARE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La scriminante umanitaria: una disposizione (quasi) inutile. – 2.1. Natura giuridica ed elementi costitutivi. – 2.2. Margini di applicabilità. – 3. I soccorsi in mare (rinvio). – 4. Il favoreggiamento dell'ingresso di richiedenti asilo. – 4.1. Casistica e prime risposte giurisprudenziali. – 4.2. Ulteriori possibili soluzioni: sul piano della tipicità. – 4.3. (*Segue*): sul piano dell'elemento soggettivo. – 4.4. Profili di politica criminale e prospettive *de jure condendo*. – 5. Il favoreggiamento dell'ingresso di famigliari. – 5.1. Casistica e prime risposte giurisprudenziali. – 5.2. Profili critici degli orientamenti giurisprudenziali e possibili soluzioni alternative. – 6. Il favoreggiamento dell'ingresso *tra* migranti irregolari. – 6.1. La questione dei “migranti-scafisti”. – 6.1.1. Orientamenti giurisprudenziali e relative criticità: in fase di identificazione degli indagati. – 6.1.2. (*Segue*): in fase di accertamento della tipicità delle condotte. – 6.1.3. (*Segue*): in punto di esclusione dello stato di necessità. – 6.1.4. (*Segue*): in punto di mancato accertamento della minima importanza del contributo prestato alla realizzazione del reato. – 6.2. Il favoreggiamento dell'ingresso di stranieri per impedire un respingimento illegittimo (il caso *Vos Thalassa*). – 6.2.1. I fatti e le contrastanti pronunce di merito. – 6.2.2. La sentenza della Corte di cassazione: le questioni risolte e quelle rimaste aperte. – 7. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine.

1. *Introduzione.*

L'analisi condotta nel precedente capitolo ha messo in luce, tra l'altro, che la fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (art. 12, comma 1, t.u. imm.) appronta, a beneficio dell'integrità delle frontiere nazionali, un modello di tutela *avanzato, assoluto* e, sul piano sanzionatorio, tendenzialmente *livellato verso l'alto*¹. Scopo del presente capitolo è dimostrare che, proprio in virtù di tali caratteristiche, il favoreggiamento

¹ V. *supra*, cap. II, par. 8.

dell'ingresso irregolare rientra a pieno titolo nella categoria dei *reati bagatellari impropri*, ossia delle figure di illecito penale capaci di attrarre nell'orbita applicativa della medesima cornice edittale tanto condotte concrete di elevato disvalore, quanto, appunto, condotte bagatellari, scarsamente offensive sul piano sia oggettivo che soggettivo². Verranno a tal fine passate in rassegna alcune delle più evidenti manifestazioni della capacità dell'art. 12, commi 1, 3 e 3-*bis* di colpire condotte connotate da evidenti profili di *esiguità*³: in particolare, rinviando al prossimo capitolo, per le ragioni di seguito illustrate (v. *infra*, par. 3), il tema della criminalizzazione dei soccorsi in mare, si concentrerà qui l'attenzione sul favoreggiamento dell'ingresso di *richiedenti asilo* (par. 4), di *famigliari* (par. 5), o ancora di *altri stranieri* coinvolti, insieme all'autore del reato, nella medesima vicenda migratoria (par. 6). Contestualmente all'illustrazione delle ragioni che rendono tali condotte *prima facie* riconducibili all'art. 12, comma 1, t.u. imm. e alle sue aggravanti, si esamineranno le possibili soluzioni ermeneutiche, alcune già sperimentate in giurisprudenza, in virtù delle quali la responsabilità penale dell'agevolatore potrebbe comunque essere esclusa (sul piano della tipicità, dell'antigiuridicità o della colpevolezza). Al termine del percorso, si tratterà di valutare se i proposti correttivi alla natura bagatellare impropria della figura di reato in esame restituiscano un assetto repressivo nel complesso equilibrato, ovvero se permangano nodi non risolvibili *de jure condito*.

² Cfr. C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, 643 ss. Come illustra l'Autore, anche attingendo dalla dottrina tedesca, all'interno della categoria del reato bagatellare è possibile distinguere, dal punto di vista strutturale, i reati bagatellari propri (o autonomi) e quelli impropri (non autonomi): i primi sono illeciti bagatellari *in astratto*, rappresentando microviolazioni corredate da miti pene edittali (si pensi alle contravvenzioni); i secondi, invece, sono «sottotipi ("sottofattispecie") di reati in astratto "gravi", suscettibili peraltro di assumere in concreto un disvalore penale così esiguo, da poter essere puniti con le pene dei reati lievi (autonomi), e puniti per sottolineare e rafforzare [...] la repressione penale del reato "grave" stesso» (p. 648). In ragione di questa loro ambiguità di fondo, ossia del loro essere «manifestazione bagatellare di schemi di comportamento normalmente gravi, per questa sottocategoria dei "reati lievi" si propone sineddoticamente l'appellativo di "Bagatelldelikte"» (*ibidem*).

³ Sull'esiguità come tratto caratterizzante del reato bagatellare, nel senso che quest'ultimo rappresenta un «concetto unitario» capace di raggruppare «tutte le ipotesi che si dispongono "verso il basso" per la loro esiguità, in una ricostruzione "graduale" dell'illecito penale», v. ancora C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., 628. L'esiguità, o tipicità bagatellare, deve a sua volta essere intesa come «attenuata riprovevolezza del fatto [...] concretamente dovuta a diversi possibili fattori, quali: a) l'esiguità del Tatbestand obiettivo; b) le eventuali incertezze nell'interpretazione giuridica del fatto; c) la presenza di cause di attenuazione dell'imputabilità o della colpevolezza in senso stretto [...]» (*ivi*, 648). Come vedremo, si tratta di fattori che vengono in rilievo anche nell'applicazione dell'art. 12 t.u. imm.

Nell'avviarsi allo svolgimento dell'indagine, il primo passo da compiere non può che consistere nell'esaminare la disposizione – il comma 2 dell'art. 12 – alla quale, sul finire del secolo scorso, il legislatore aveva inteso affidare il compito di smorzare, mediante il contemperamento tra il controllo dei flussi migratori e le esigenze *lato sensu* umanitarie, gli eccessi punitivi dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. (v. *infra*, par. 2). Come vedremo, infatti, una delle ragioni della *overcriminalisation* che attualmente si registra in questo settore risiede nell'asfittico ambito applicativo della "scriminante umanitaria" e nella mancata attuazione della facoltà concessa dal *Facilitators Package* di prevedere una causa di esclusione della punibilità per il favoreggiamento dell'ingresso irregolare in Italia.

2. La scriminante umanitaria: una disposizione (quasi) inutile.

Quando, nel 1998, ha introdotto la fattispecie incriminatrice del favoreggiamento dell'ingresso irregolare, il legislatore italiano si era sulla carta preoccupato di prevedere un'esimente speciale a copertura delle «attività di soccorso e assistenza umanitaria» realizzate a vantaggio degli stranieri *sans papiers* in «condizioni di bisogno»⁴. L'inserimento di quella che la dottrina avrebbe ribattezzato "scriminante umanitaria", unico frammento dell'art. 12 t.u. imm. rimasto immutato nel corso degli anni, rifletteva, in particolare, la consapevolezza che l'interesse all'ordinata gestione dei flussi migratori potesse occasionalmente confliggere con la tutela di interessi attinenti alla sfera individuale dello straniero, e che a certe condizioni questi ultimi dovessero prevalere, riflettendosi nell'impunità dell'autore del favoreggiamento⁵. Come vedremo

⁴ Art. 12, comma 2, t.u. imm.: «Fermo 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».

⁵ In questo senso la Relazione di accompagnamento del d.d.l. della legge "Turco-Napolitano" (sulla quale v. *supra*, cap. II, par. 2.2), secondo cui la novella «non intende colpire in alcun modo l'intervento umanitario nei confronti di chi abbia varcato, sia pure illecitamente, la linea di frontiera» (Camera dei deputati, XIII legislatura, d.d.l. 19 febbraio 1997, n. 3240, recante «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», 6). In realtà la versione originaria del disegno di legge non contemplava una scriminante umanitaria speciale. L'emendamento che l'ha introdotta (all'epoca, nell'art. 10, comma 2) fu proposto nella seduta in Commissione I Affari costituzionali del 18 settembre 1997 e venne

nell'immediato prosieguo, tuttavia, la disposizione veniva formulata in maniera tale da risultare, nella prassi, quasi inapplicabile.

2.1. *Natura giuridica ed elementi costitutivi.*

Procedendo con ordine, giova anzitutto chiarire che la natura di causa di giustificazione dell'art. 12, comma 2, t.u. imm. era ed è agevolmente ricavabile da indici di ordine letterale (la formula «non costituiscono reato»), sistematico (il richiamo, nell'*incipit*, all'art. 54 c.p.), nonché teleologico (la *ratio* dell'esclusione della responsabilità essendo agevolmente rintracciabile nella prevalenza assegnata alla tutela dello straniero in condizioni di bisogno rispetto alle esigenze repressive sottese al reato)⁶. Sul piano strutturale, a prima vista, l'art. 12, comma 2, t.u. imm. rappresenta una causa di giustificazione dai contorni generosi, tenuto conto, da un lato, dell'ampiezza semantica del presupposto delle «condizioni di bisogno», assai più elastico del «pericolo attuale di un danno grave alla persona» richiesto per lo stato di necessità; nonché, dall'altro lato, della descrizione della condotta lecita in termini di «attività di soccorso e assistenza umanitaria», anche qui senza gli ulteriori requisiti richiesti dall'art. 54 c.p. (involontaria causazione del pericolo; non evitabilità del pericolo stesso mediante una condotta lecita o meno lesiva; proporzione tra pericolo e danno arrecato per evitarlo).

La modestissima utilità pratica della disposizione si ricollega, tuttavia, a due ulteriori presupposti applicativi, entrambi di carattere *territo-*

approvato, senza particolare dibattito, nella seduta del 23 settembre 1997. La disposizione fu poi approvata dalla Camera dei deputati nella seduta n. 271 del 17 novembre 1997, respingendo un emendamento che proponeva di aggiungervi l'obbligo a carico di chiunque fosse intervenuto in aiuto dello straniero irregolare di effettuare una segnalazione alle autorità entro 24 ore. In Senato, gli emendamenti volti a sopprimere o modificare la scriminante prevedendo l'obbligo di segnalazione alle autorità vennero parimenti respinti nella seduta n. 311 del 29 gennaio 1998.

⁶Per questi argomenti, v. A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato Teorico-Pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2012, 92 s.; M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2013, 125; A. CALLAIOLI, *Art. 12. Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Giuffrè, 2007, 1665; *contra*, a sostegno della natura di causa di esclusione del tipo legale, A. DI MARTINO, *Supporto organizzato e supporto individuale a migranti non autorizzati. Incrocio pericoloso tra favoreggiamento della migrazione, associazione per delinquere, non punibilità "umanitaria"*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2023, 17-23.

riale: sono infatti scriminate le sole condotte realizzate «in Italia» e nei confronti di stranieri «presenti nel territorio dello Stato». Ciò comporta che non possono essere coperte dalla scriminante le condotte integranti la fattispecie di favoreggiamento *dell'ingresso irregolare in Italia*, che per definizione riguardano stranieri non ancora presenti sul territorio dello Stato. Tale considerazione rivela che, contrariamente alle apparenze, il legislatore italiano non ha dato attuazione (o comunque non pienamente, tenuto conto delle eccezioni di cui si dirà nel prossimo paragrafo) alla facoltà concessa dal *Facilitators Package* (e segnatamente dall'art. 1, par. 2 della direttiva 2002/90/CE) di prevedere forme di esenzione della responsabilità ogniqualvolta l'aiuto *all'ingresso* irregolare abbia lo scopo di prestare «assistenza umanitaria» alla persona interessata⁷. La funzione dall'art. 12, comma 2, t.u. imm. non può nemmeno essere rintracciata sul diverso terreno del favoreggiamento della *permanenza* irregolare: qui, infatti, l'argine rispetto alla criminalizzazione delle condotte solidaristiche è rappresentato dal dolo specifico di ingiusto profitto, elemento costitutivo delle fattispecie di cui all'art. 12, comma 5 e 5-bis, che secondo il diritto vivente sussiste quando il vantaggio è ricavato dallo sfruttamento della condizione di debolezza dello straniero irregolare⁸.

2.2. *Margini di applicabilità.*

L'art. 12, comma 2, t.u. imm. rappresenta, per le ragioni poc'anzi illustrate, una disposizione *pressoché* inapplicabile, ma non *del tutto* inapplicabile (ancorché risulti, attualmente, sostanzialmente *inapplicata*). Rispetto a quanto ci si accinge ad illustrare, essa può dunque essere considerata una forma, seppur timida, di attuazione della facoltà concessa agli Stati membri dall'art. 1, par. 2 della direttiva 2002/90/CE.

⁷L'art. 1, par. 2 della direttiva, contenente la facoltà di esenzione dalla responsabilità a favore delle condotte umanitarie, si riferisce infatti al solo art. 1, par. 1, lett. *a*) del medesimo strumento, cioè appunto all'aiuto all'ingresso (e al transito) irregolare. Rispetto all'aiuto alla permanenza irregolare di cui all'art. 1, par. 1, lett. *b*), il legislatore europeo non ha ritenuto necessario prevedere analoga facoltà di esenzione, dal momento che la relativa nozione contempla lo scopo di lucro tra i suoi elementi costitutivi.

⁸Certo, si potrebbe osservare che l'assoluzione per difetto di anti giuridicità è più favorevole rispetto a quella fondata sul difetto di dolo; ma tale constatazione, oltre a venire meno laddove si ritenga che il dolo specifico contribuisce a definire la stessa tipicità del reato, non scalfisce la conclusione secondo cui l'art. 12, comma 2 presenta un trascurabile rilievo pratico.

Margini di applicabilità della scriminante umanitaria sussistono, anzitutto, con riferimento alle condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare *dall'Italia verso un altro Paese* (condotte anch'esse riconducibili, come visto nel precedente capitolo, alla fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 12 t.u. imm.), trattandosi per l'appunto di situazioni in cui lo straniero si trova sul territorio italiano e viene aiutato a varcare la frontiera verso un altro Stato per il quale non ha titolo di ingresso⁹. Invero, non è affatto infrequente che, durante i c.d. movimenti secondari irregolari all'interno dello spazio UE, gli stranieri vengano a trovarsi in «condizioni di bisogno»: si pensi a coloro che tentano di attraversare i valichi alpini a piedi o rimangono bloccati nei pressi di una frontiera senza alloggio né riparo alcuno¹⁰. Finora, tuttavia, non si registrano pronunce in tal senso. In uno dei pochi casi in cui, a prima vista, sussistevano tutti i requisiti della scriminante, il giudice ne ha esclusa l'applicabilità sulla base di un'interpretazione particolarmente restrittiva, e discutibile, dei concetti di «soccorso» e «assistenza umanitaria»; e ha assolto l'imputato solo in quanto ha ravvisato gli estremi della scriminante putativa¹¹.

⁹ In questo senso A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Brill, 2018, 37.

¹⁰ Ad esempio, il confine italo-francese tra Ventimiglia e Mentone rappresenta, ormai da molti anni, uno snodo fondamentale per gli stranieri i quali, giunti irregolarmente in Italia, tentano di raggiungere la Francia. Numerosi *reports* hanno raccontato le condizioni di estrema indigenza nelle quali vivono le persone che giungono a Ventimiglia e vi rimangono a lungo bloccate prima di riuscire a proseguire il viaggio (cfr. L. GILIBERTI, L. QUEIROLO PALMAS, *Solidarities in Transit on the French-Italian Border: Ethnographic Accounts from Ventimiglia and the Roya Valley*, in M. AMBROSINI, M. CINALLI, D. JACOBSON (a cura di), *Migration, Borders and Citizenship*, Palgrave Macmillan, 2020, 109-140). A fronte dell'insufficienza del servizio di accoglienza della Croce Rossa, alcuni migranti trovano riparo presso le strutture delle associazioni di volontari e perfino all'interno delle chiese messe a disposizione, di notte, come alloggi temporanei. Molti, comprese intere famiglie, sono costretti ad accamparsi. Per un resoconto di "*fair smuggling*" nel contesto del confine italo-francese in corrispondenza delle Alpi Marittime, v. R. KRAFFT, *Passeur*, Libella, 2017 (trad. it. a cura di L. Sarlo, *Passeur*, Keller editore, 2020).

¹¹ Si tratta del caso di un attivista che aveva cercato di trasportare da Ventimiglia alla Francia una famiglia di sudanesi composta da madre incinta, padre, due figli minori e uno zio. Il Tribunale di Imperia (sent. 20 aprile 2017, n. 446, inedita) ha ritenuto sussistenti gli estremi oggettivo e soggettivo del reato, nonché le aggravanti di cui al comma 3, lett. a), in ragione del numero di persone trasportate. Dopo avere escluso l'esimente dello stato di necessità (osservando che «*i trasportati non versavano in un pericolo imminente di vita, come si potrebbe sostenere per chi soccorre i profughi in mare aperto*»), il Tribunale ha negato altresì l'applicabilità della scriminante umanitaria, ritenendo che la condotta dell'imputato non fosse qualificabile né in

Un'altra (al momento, solo immaginabile) ipotesi di applicabilità dell'art. 12, comma 2, t.u. imm. potrebbe riguardare le condotte realizzate a bordo di imbarcazioni e aeromobili battenti bandiera italiana. Posto infatti che, agli effetti della legge penale, tali mezzi di trasporto devono considerarsi «territorio dello Stato» ovunque si trovino (art. 4, comma 2, c.p.), e che proprio in ragione di ciò il favoreggiamento dell'ingresso irregolare realizzato a bordo degli stessi risulta punibile ai sensi dell'art. 12, comma 1, t.u. imm., sarebbe del tutto irragionevole escludere tali condotte dal raggio applicativo della scriminante. Si pensi al caso di chi, trovandosi a bordo di un traghetto battente bandiera italiana, ospiti nella propria cabina uno straniero trovato, infreddolito, sul ponte dell'imbarcazione, così nascondendolo alla vista dell'equipaggio e dunque ponendo in essere atti diretti a procurarne l'arrivo, via mare, in Italia.

Un quesito diverso – ma la cui risposta affermativa potrebbe conferire nuova linfa vitale alla disposizione in esame – è se la scriminante possa trovare applicazione rispetto a reati diversi dal favoreggiamento dell'ingresso irregolare, laddove realizzati allo scopo di tutelare la vita o l'integrità fisica di uno straniero irregolarmente presente sul territorio. Si pensi ad un gruppo di persone che, al fine di poter prestare aiuto a un migrante trovato in condizioni di bisogno nei pressi di una frontiera, si opponga al tentativo di alcuni agenti di polizia di respingerlo oltre il confine, così integrando il reato di cui all'art. 337 c.p.¹². A favore dell'applicazione della scriminante anche a queste ipotesi si potrebbe, invero, valorizzare l'esigenza di certezza del diritto che si oppone ai c.d. conflitti normativi intrasettoriali (ossia alla compresenza di qualifiche confliggenti all'interno dello stesso ramo dell'ordinamento, nel nostro caso quello penale)¹³.

termini di «assistenza umanitaria», quest'ultima dovendo considerarsi limitata, nel silenzio del legislatore e «alla luce delle interpretazioni che fornisce il diritto internazionale» (sic), alle sole attività «di tipo collettivo», riconducibili a «organizzazioni private o governative»; né in termini di «attività di soccorso», quest'ultima presupponendo che le persone assistite si trovino «in difficoltà in quanto in pericolo», condizione ad avviso del collegio non sussistente nel caso di specie. Il Tribunale ha ritenuto che l'imputato fosse incorso in errore nel ritenere che l'unico modo per rimediare alla mancanza di un alloggio e di mezzi di sostentamento consistesse nel trasportare i migranti al di là del confine, essendo disponibili in Italia sistemi di accoglienza e protezione a favore dei richiedenti asilo; tuttavia, ha reputato tale errore scusabile, in considerazione della situazione difficile nella quale si trovava la famiglia, e conseguentemente ha applicato la scriminante umanitaria in forma putativa (art. 59, comma 4, c.p.).

¹² L'ipotesi che l'art. 337 c.p. venga applicato a condotte di privati che si oppongono al tentativo delle autorità di frontiera di impedire l'ingresso di migranti sul territorio nazionale non è affatto fantasiosa, ed anzi trova riscontro dalla nota vicenda di Carola Rackete, arrestata proprio per resistenza a pubblico ufficiale: v. *infra*, cap. IV, par. 3.4.

¹³ Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principi di legalità e cause di*

Infine, parte della dottrina ritiene praticabile l'estensione dell'esimente, in via analogica, anche al favoreggiamento dell'ingresso irregolare, valorizzando gli effetti *in bonam partem* dell'operazione ermeneutica ed escludendo che l'art. 12, comma 2 configuri una norma eccezionale¹⁴. La tesi, tuttavia, si scontra con il dato testuale della disposizione, talmente inequivoco da non lasciare dubbi in merito alla volontà del legislatore di escludere tale categoria di condotte dal suo ambito applicativo¹⁵. Quest'ultima constatazione sposta il fuoco del problema dal piano dell'esegesi a quello della legittimità, portando cioè ad interrogarsi in merito alla ragionevolezza della distinzione tra la condotta di chi si fa carico dell'altrui condizione di bisogno *sul territorio nazionale* e quella di colui che fa *la stessa cosa in fase di ingresso* nel medesimo

giustificazione: necessità e limiti, Giappichelli, 2018, 115 ss., spec. 126: «ciò che è possibile logicamente, ma inaccettabile assiologicamente è la coesistenza di etichette contrapposte per uno stesso comportamento in seno alla medesima branca del sistema, quanto meno in un ordinamento ispirato ai principi dello Stato di diritto e che pretenda di avere capacità orientative dei cittadini».

¹⁴ A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 94; nello stesso senso, facendo anche leva sulla necessità di operare un'interpretazione costituzionalmente orientata, S. PERELLI, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?*, in *Quest. giust.*, 31 marzo 2018. Secondo A. ABUKAR HAYO, *La nuova normativa sul contrasto del mercato dell'immigrazione clandestina*, in *Giust. pen.*, 2003, II, 324, la scriminante, essendo applicabile alla «ricezione umanitaria», dovrebbe esserlo anche al procurato ingresso clandestino «per la necessità logica che l'antefatto di un fatto lecito sia lecito anch'esso». In generale, sull'applicabilità in via analogica delle cause di giustificazione, v. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1239. In giurisprudenza, l'art. 12, comma 2 è stato applicato in via sostanzialmente analogica (senza tuttavia alcun esplicito richiamo all'istituto dell'analogia favorevole) nella richiesta di archiviazione formulata dalla Procura di Palermo (e accolta dal GIP) con riferimento al procedimento per il reato di cui all'art. 12 t.u. imm. a carico di ignoti membri di una ONG che avevano tratto in salvo, mediante l'imbarcazione *Golfo Azzurro*, 220 migranti trovati in acque internazionali e li avevano trasportati in Italia (Procura di Palermo 13 giugno 2018, richiesta archiviazione Proc. n. 9039/17, in *Quest. giust.*, 21 giugno 2018). Va detto, peraltro, che la medesima richiesta di archiviazione ha ritenuto cumulativamente sussistenti anche l'adempimento del dovere di soccorso in mare e lo stato di necessità.

¹⁵ Sul carattere «non intenzionale» della lacuna quale presupposto dell'applicabilità di una disposizione in via analogica, v. G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Giuffrè, 1942, 121. Per una critica alla diffusa opinione che considera pacifica l'applicabilità in via analogica delle scriminanti, v. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 450-459. Con specifico riferimento alla scriminante umanitaria, la sua applicabilità in via analogica alle condotte di aiuto all'ingresso irregolare è stata esclusa, nel contesto dei soccorsi in mare, dal decreto di sequestro della nave *Open Arms* emesso dal GIP di Catania il 27 marzo 2018 (su tale vicenda, v. nel dettaglio *infra*, cap. IV, par. 3.3). Ritiene la scriminante umanitaria non estendibile in via analogica alle condotte realizzate in fase di ingresso irregolare L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Feder.*, n. speciale 2/2019, 40.

territorio. Sul punto si avrà occasione di tornare nel quinto capitolo, relativo ai molteplici profili di illegittimità riscontrabili – ad avviso di chi scrive – nelle disposizioni che compongono l'art. 12 t.u. imm., inclusa quella appena esaminata.

3. *I soccorsi in mare (rinvio).*

Una delle principali, se non *la* principale, manifestazione concreta degli effetti sovra-criminalizzanti dell'art. 12 t.u. imm. è senza dubbio rappresentata dall'attrazione nel suo cono applicativo delle condotte di soccorso realizzate a favore dei *boat migrants* che tentano di attraversare il Mar Mediterraneo a bordo di instabili e sovraffollate imbarcazioni. La mera *conduzione dei naufraghi sul suolo italiano* è stata infatti a più riprese considerata, dalle Procura italiane, alla stregua di una *notitia criminis*, e segnatamente di un volontario atto diretto a procurare l'ingresso irregolare dei trasportati. Inoltre, il fisiologico coinvolgimento di numerosi migranti e numerosi soccorritori ha determinato l'applicabilità delle corrispondenti aggravanti speciali di cui ai commi 3 e 3-*bis*. Il fatto che, ad oggi, non siano state pronunciate condanne, certamente non toglie rilevanza al problema, sia perché nulla esclude che possano esservene in futuro, tenuto anche conto che vi sono tuttora procedimenti in corso; sia, e si tratta di un profilo collegato al primo, perché, malgrado l'autorevole intervento della Corte di cassazione nel noto caso *Sea Watch (Carola Rackete)*, la ricostruzione dei presupposti di liceità delle attività di *search and rescue* resta circondata da alcuni non marginali profili di incertezza. Proprio in ragione della particolare rilevanza, nell'attuale momento storico, di queste drammatiche vicende e delle sottese questioni giuridiche, e tenuto altresì conto delle specificità della disciplina alla quale attingono, che trova la sua fonte in un articolato sistema di strumenti internazionali, alla loro disamina verrà interamente dedicato il prossimo capitolo.

4. *Il favoreggiamento dell'ingresso di richiedenti asilo.*

Non è affatto infrequente che condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare vengano realizzate a vantaggio di stranieri che intendono, una volta giunti sul territorio italiano, presentare domanda di asi-

lo. Basti pensare, attingendo alle cronache più recenti, all'esodo di cittadini siriani in fuga dalla guerra civile, i quali, dinanzi all'ostacolo delle impermeabili frontiere europee, si sono trovati costretti a rivolgersi al mercato nero della mobilità per cercare vie di salvezza: una situazione drammatica, messa nero su bianco da autorevoli *reports*¹⁶, e che di recente è venuta all'attenzione dell'opinione pubblica attraverso la storia vera delle due sorelle siriane Yusra e Sarahardini narrata nel film *The Swimmers*. Più in generale, i dati disponibili indicano che il 90% delle persone che ha ottenuto la protezione internazionale in Europa è giunta alle frontiere in modo irregolare¹⁷; ed è del tutto logico ritenere che la maggior parte di queste persone, almeno in alcune fasi del loro tragitto, si siano dovute avvalere dell'aiuto di trafficanti, *passseurs* o anche semplicemente "onesti" cittadini animati da spirito di solidarietà nei loro confronti. La riconducibilità di queste condotte all'art. 12, comma 1, t.u. imm. risulta, almeno *prima facie*, indubitabile, trattandosi pur sempre di contributi intenzionali all'introduzione di stranieri *sans papiers* nel territorio nazionale. Nient'affatto remota, inoltre, è la possibilità che vengano in rilievo le aggravanti di cui ai commi 3 e 3-bis: si pensi al trasporto di un richiedente asilo nascosto nel bagagliaio di un'automobile, situazione senz'altro integrante il presupposto del pericolo per l'incolumità individuale di cui al comma 3, lett. b); ovvero alla realizzazione del fatto da parte di tre o più persone in concorso tra loro, e/o a beneficio di cinque o più richiedenti asilo, situazioni rispettivamente integranti le circostanze di cui al comma 3, lett. a) e d). Se a ciò si accosta la pressoché nulla capacità di rendimento della scriminante umanitaria nelle vicende di favoreggiamento dell'ingresso irregolare sul territorio italiano, ben si comprende come il rischio penale di cui stiamo parlando sia estremamente concreto.

4.1. Casistica e prime risposte giurisprudenziali.

La giurisprudenza italiana si è a più riprese trovata a decidere casi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nei quali gli stranieri favoriti erano o potevano essere con alta probabilità, in ragione della loro

¹⁶ Cfr., *ex multis*, UNHCR, *Denied entry and pushed back: Syrian refugees trying to reach the EU*, 15 novembre 2013; Amnesty International, *Fear and Fences. Europe's approach to keep refugees at bay*, 2015.

¹⁷ Cfr. Commissione LIBE, Relazione d'iniziativa legislativa: 2017/2270(COD), novembre 2018.

provenienza geografica, richiedenti asilo, come i siriani¹⁸, gli afgani¹⁹ o i curdi²⁰.

In un caso relativo al favoreggiamento dell'ingresso in Italia di cinque persone di etnia curda provenienti dalla Turchia, due delle quali peraltro respinte alla frontiera, la circostanza che si trattasse di richiedenti asilo, rafforzata dalla constatazione che, in effetti, i tre di loro che erano riusciti ad introdursi nel territorio avevano successivamente ottenuto lo status di rifugiati, è stata valorizzata soltanto ai fini dell'esclusione dell'aggravante della finalità di profitto, tenuto conto che gli imputati erano anch'essi rifugiati curdi i quali avevano agito per finalità puramente altruistiche²¹. Non è stata invece nemmeno presa in considerazione la possibilità di riconoscere l'attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, n. 1, c.p.)²², e tantomeno l'opzione di escludere in radice la responsabilità penale degli imputati.

Più di recente, la Corte di cassazione ha annullato le condanne inflitte nei giudizi di merito a quattro rifugiati eritrei, i quali avevano aiutato alcuni connazionali a spostarsi attraverso il territorio italiano allo scopo di dirigersi verso altri Stati membri dell'UE, censurando la mancata individuazione dei Paesi di destinazione e dunque la mancata verifica del presupposto dell'irregolarità dell'ingresso al metro della rilevante normativa nazionale²³. Al contempo, con specifico riferimento all'unico caso rispetto al quale era stato possibile individuare la destinazione, quello di una donna che aveva effettivamente raggiunto l'Olan-

¹⁸ Cass. pen., sez. I, 23 maggio 2014, n. 36052, Arabi, CED 260040.

¹⁹ Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2015, n. 48673, Frigo Hellas Company LTD; Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2012, n. 3679, Y.D.N.

²⁰ Trib. Trieste 26 maggio 2021, n. 343, in *DeJure*; Cass. pen., 19 marzo 2013, n. 15939, Alcu e altro, CED 255637; Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583, Efstathiadis, CED 226953.

²¹ Cass. pen., 19 marzo 2013, n. 15939, Alcu e altro, CED 255637.

²² Come è noto, la giurisprudenza assegna valore oggettivo alla circostanza in parola, negandone la riconoscibilità a fronte della mera intima convinzione dell'agente di perseguire un fine moralmente apprezzabile, e richiedendo l'obiettiva rispondenza del motivo perseguito a valori etici o sociali avvertiti dalla prevalente coscienza collettiva (cfr. *ex multis*, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 2022, n. 16149, che ha negato l'applicazione della circostanza ad alcuni manifestanti "No-TAV" condannati per violenza privata, in ragione della ritenuta assenza di consenso sociale sui valori che ispirano quel movimento di protesta). La questione meriterebbe maggiore approfondimento, ma certamente non si può negare a priori l'esistenza di un diffuso consenso sociale in ordine all'apprezzabilità morale dell'aiuto prestato agli stranieri che si dichiarano rifugiati.

²³ Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2022, n. 45963, A.G. e altri (caso *Agaish*). Per maggiori dettagli sul punto, v. *supra*, cap. II, par. 3.2.3.

da, la Corte ha ritenuto che il sopravvenuto riconoscimento dello status di rifugiata da parte di quel Paese evidenziasse il carattere non irregolare del suo ingresso. Il passaggio, ancorché estremamente sintetico, anzi a ben vedere privo di qualsivoglia argomentazione a supporto, rappresenta, ad oggi, la più significativa valorizzazione, in chiave di esclusione della punibilità, della circostanza che lo straniero favorito sia un richiedente asilo. Al tema, senz'altro meritevole di ulteriore approfondimento, sono dedicate le riflessioni che seguono.

4.2. *Ulteriori possibili soluzioni: sul piano della tipicità.*

De jure condito, una soluzione per scongiurare, se non l'avvio di un procedimento, quanto meno la condanna di chi abbia agito per ragioni di solidarietà nei confronti di coloro che fuggono da persecuzioni o altre rilevanti situazioni di pericolo, potrebbe passare per la valorizzazione del carattere *non irregolare* dell'ingresso dello straniero intenzionato a richiedere asilo, al quale sia successivamente riconosciuto lo *status* di rifugiato (o assegnata altra forma di protezione ai sensi del d.lgs. n. 251 del 2007, nonché dell'art. 19 t.u. imm.). L'esclusione dell'irregolarità dell'ingresso, infatti, comporta il venire meno di un elemento essenziale del fatto tipico. In questo senso, come poc'anzi ricordato, si è recentemente pronunciata la Corte di cassazione, che ha negato la configurabilità del reato rispetto ad atti consistiti nel procurare l'ingresso di una straniera (già irregolarmente presente in Italia) in Olanda, Paese dove aveva richiesto e ottenuto la protezione internazionale. Il *dictum*, ancorché non supportato da alcuna motivazione, appare in linea con il diritto internazionale, che ricollega lo status di rifugiato alla *situazione di fatto* in cui si trova lo straniero in pericolo, assegnando all'atto di accoglimento della domanda di asilo un valore *meramente ricognitivo* e non costitutivo²⁴. Ergo, laddove la decisione statale sulla domanda di protezione sia favorevole, e dunque a quello straniero sia riconosciuta, *ex tunc*, la titolarità dell'intero fascio di diritti spettanti ai rifugiati (*in primis* quello di risiedere legalmente nel territorio ospitante), è del tutto logico affermare che anche il suo primo ingresso fosse, nella sostan-

²⁴ Cfr. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, 2019, parte I, n. 28, 17: «A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee».

za, lecito²⁵. Una conferma sistematica di questa ricostruzione è rintracciabile nella disciplina italiana a favore del richiedente asilo accusato di ingresso irregolare *ex art. 10-bis t.u. imm.*: da un lato, la domanda di protezione internazionale determina la sospensione del procedimento penale; dall'altro lato, e soprattutto, laddove la domanda venga accolta, il giudice deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere (art. 10-bis, comma 6)²⁶. *De jure condendo*, si tratta di una disciplina che ben potrebbe essere estesa, *mutatis mutandis*, all'autore del reato di cui all'art. 12 t.u. imm., tenuto anche conto della sostanziale identità del bene giuridico tutelato dalle due fattispecie²⁷.

Anticipando una possibile obiezione a quanto appena sostenuto, risulta evidente che l'esclusione della responsabilità per il procurato ingresso del richiedente asilo sul piano del fatto tipico finirebbe per avvantaggiare, in termini di non punibilità, anche coloro che agiscono per un ritorno economico, inclusi i membri di organizzazioni criminali. Tale constatazione, pur meritevole di attenzione, attiene tuttavia al piano della politica criminale, e non intacca le premesse giuridiche sulle quali poggia il ragionamento svolto, le quali come visto attengono all'*obiettiva* liceità dell'ingresso di un soggetto che soddisfa i requisiti per ottenere protezione.

Anche seguendo queste linee interpretative, nel solco che sembra avere aperto la stessa Corte di cassazione, il problema della criminalizzazione del procurato ingresso di un richiedente asilo permane ogni-

²⁵ In questo senso, v. Corte giust. UE, 16 novembre 2021, causa C 821/19, *Commissione c. Ungheria*, sulla quale v. *amplius* cap. V, par. 2. Nel dichiarare incompatibile con la disciplina europea in materia di asilo una figura di reato finalizzata a sanzionare l'aiuto "abusivamente" prestato agli stranieri che si presentano alla frontiera ungherese, la Corte ha affermato che, sin dal momento in cui esercita il diritto fondamentale a presentare domanda di asilo, il cittadino straniero acquisisce la qualità di richiedente protezione internazionale ai sensi della direttiva procedure, e pertanto «non può, in linea di principio, essere considerato in una situazione di soggiorno irregolare nel territorio dello Stato membro in cui ha presentato la sua domanda, fintantoché non sia stata adottata una decisione sulla medesima in primo grado» (§ 137). Da questa premessa la Corte ha tratto la conclusione secondo cui «la prestazione di assistenza al fine di presentare o inoltrare una domanda di asilo nel territorio di uno Stato membro, anche qualora alla persona che offre tale sostegno sia noto che la domanda in questione non sarà accolta, non può essere considerata un'attività che facilita l'ingresso o il soggiorno irregolari [...]» (§ 138).

²⁶ Per la considerazione secondo cui, invece, il giudice penale non può verificare *incidenter tantum* la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato, trattandosi di accertamento riservato ad un apposito organismo amministrativo, al quale il giudice penale non può sostituirsi, cfr. Cass. pen., sez. I, 27 giugno 2013, n. 29491, *Sivasubramiam*, CED 256292.

²⁷ Sul punto v. *supra*, cap. II, par. 3.2.2.

qualvolta la domanda di protezione internazionale venga respinta e le vie di ricorso giurisdizionale siano esperite senza successo. In questi casi non si può affermare che l'ingresso sia stato regolare – o comunque si tratta di una conclusione non altrettanto pacifica²⁸ – e pertanto non è nemmeno possibile escludere con la stessa sicurezza, quanto meno non sul piano della tipicità, la responsabilità penale di chi lo ha procurato. Del resto, è verosimilmente alla luce di queste ragioni che, in altri Paesi, la “scriminante umanitaria” è stata formulata in maniera tale da poter operare a vantaggio dell'autore del favoreggiamento *a prescindere dall'esito della domanda di asilo*²⁹. Una soluzione, quest'ultima, la cui adozione appare auspicabile anche nel nostro ordinamento, ma che evidentemente dipende da una volontà legislativa che dal 1998 ad oggi non si è mai manifestata.

4.3. (Segue): *sul piano dell'elemento soggettivo.*

Nient'affatto remota, peraltro, è la possibilità che, in caso di aiuto prestato a un sedicente richiedente asilo che poi si riveli essere, più semplicemente, un migrante *sans papiers*, a fare difetto sia il momento rappresentativo del dolo di favoreggiamento. Chi aiuta uno straniero a

²⁸ Nel senso della regolarità *di per sè* dell'ingresso effettuato al fine di esercitare il diritto di richiedere asilo ai sensi dell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, v. ancora Corte giust. UE, 16 novembre 2021, causa C 821/19, *Commissione c. Ungheria* (§ 137). Si tratta di un tema che non è possibile approfondire in questa sede in tutte le sue sfaccettature. In generale, sulla distinzione tra richiedente asilo *fisicamente* presente sul territorio e rifugiato *legalmente* soggiornante, e sulle conseguenze che ne derivano sul piano dei diritti riconosciuti allo straniero, v. J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, II ed., Cambridge University Press, 2021, 312-313, 809-811; sulla condizione giuridica dello straniero richiedente asilo nell'ordinamento italiano v. G. SAVIO, *Le procedure amministrative della domanda d'asilo: dall'avvio alla decisione*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, V ed., Maggioli, 2021, 54-56.

²⁹ Come già evidenziato nel primo capitolo (par. 4), nel Regno Unito l'art. 25A dell'*Immigration Act*, rubricato *Helping asylum-seekers to enter United Kingdom*, esclude la responsabilità penale dei membri di organizzazioni che prestano gratuitamente assistenza ai richiedenti asilo, per le condotte che ne abbiano procurato l'ingresso nel Paese. Ancora più ampia la disciplina dettata dal codice penale finlandese, che prevede la seguente esimente: «*An act which, when taking into account in particular the humanitarian motives of the person committing it or his or her motives relating to close family relations, and the circumstances pertaining to the safety of the foreigner in his or her home country or country of permanent residence, and when assessed as a whole, is to be deemed committed under vindicating circumstances, does not constitute arrangement of illegal immigration*» (cap. 17, sez. 8, par. 2, traduzione non ufficiale a cura del Ministero della giustizia finlandese).

raggiungere l'Italia potrebbe, invero, incorrere in errore tanto su elementi di fatto, come appunto il possesso, da parte della persona aiutata, dei requisiti per ottenere la protezione internazionale; quanto su profili di diritto extra-penale, tenuto conto sia della complessità intrinseca del *refugee law*, sia dei non infrequenti interventi del legislatore italiano, volti ad estendere o restringere il contenuto delle molteplici forme di protezione esistenti a seconda del momento storico e del clima politico³⁰. In entrambi i casi, l'elemento rappresentativo del dolo dovrebbe essere escluso e con esso la responsabilità penale ai sensi dell'art. 47 c.p., la fattispecie di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm. non essendo prevista in forma colposa (sul punto v. *funditus*, cap. II, par. 3.2.4).

Si pensi al seguente caso (di fantasia, ma ispirato a vicende realmente accadute). Un cittadino italiano, mentre rientra dalle vacanze in Grecia a bordo di un traghetto diretto al porto di Ancona, viene avvicinato da una donna che, in un buon inglese, gli confida di essere un'insegnante fuggita dall'Afghanistan per evitare rappresaglie da parte dei talebani e gli chiede di essere trasportata fuori dall'imbarcazione, al momento dello sbarco, nascosta in automobile. È chiaro che la prima reazione dell'uomo potrebbe consistere nello spiegare all'interlocutrice che può manifestare la propria intenzione di richiedere asilo al comandante della nave, ovvero alle autorità italiane al momento dell'arrivo. Tuttavia, laddove la donna esprimesse il proprio timore (tutt'altro che infondato) di essere respinta in Grecia, e implorasse il cittadino italiano di non abbandonarla al proprio triste destino, ben potrebbe essere che questi, mosso da altruismo o da senso di colpa, decida di accontentarla. Ipotizziamo ora che, a seguito di un controllo a campione al momento dello sbarco, la donna venga individuata dalle forze dell'ordine e venga trovata in possesso di un passaporto pakistano. Nei confronti dell'uomo che l'ha aiutata verrebbe sicuramente avviato un procedimento per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Laddove la domanda di asilo della donna pakistana venisse poi respinta (esito piuttosto probabile, a meno che non sussistano particolari situazioni di rischio indivi-

³⁰ Emblematiche le vicende che hanno interessato la c.d. protezione umanitaria in Italia: dapprima ricostruita in via giurisprudenziale in base al disposto dell'art. 5, comma 6, t.u. imm.; quindi cancellata dal "Decreto sicurezza" del 2018; poi parzialmente reintrodotta, *sub specie* di «protezione speciale» ex art. 19, comma 1.1, t.u. imm. dal "Decreto Lamorgese" del 2020; e da ultimo nuovamente oggetto di rilevanti restrizioni da parte dell'art. 7 del d.l. 10 marzo 2023, n. 20 ("decreto Cutro"), conv. con modif. dalla legge 5 maggio 2023, n. 50. Sul tema v. N. ZORZELLA, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *Quest. giust.*, 14 settembre 2023.

duale), all'accusato/imputato non resterebbe che difendersi affermando di essere caduto in errore (incolpevole o meno, non importa) in merito alla nazionalità della persona aiutata e dunque alle condizioni di pericolo dalle quali ella affermava di volersi allontanare.

Più in generale, anche prescindendo dalla disciplina dell'errore, è pressoché inevitabile che chiunque incontri uno straniero che chiede aiuto dichiarandosi richiedente asilo, versi, quanto meno, in una situazione di *dubbio* in ordine alla veridicità di tali affermazioni³¹. Ebbene, come già osservato nel precedente capitolo, una volta stabilito che la struttura dell'art. 12 t.u. imm. corrisponde a quella del tentativo, l'adesione all'orientamento – largamente prevalente in giurisprudenza – che esclude la compatibilità del dolo eventuale con l'univoca direzione degli atti dovrebbe, coerentemente, portare a negare la sussistenza del reato in simili ipotesi. Né ciò determinerebbe alcuna lacuna di tutela nella prospettiva degli obblighi di incriminazione di fonte europea, tenuto conto che la direttiva 2002/90/CE (sul punto sovrapponibile al Protocollo di Palermo) definisce il favoreggiamento come l'attività di chiunque «*intenzionalmente*» aiuta lo straniero a entrare o transitare in modo irregolare. Inoltre, anche laddove si ritenesse che in linea di principio il dolo eventuale non è incompatibile con la struttura del tentativo³², l'inequivoco riferimento sovranazionale al carattere “intenzionale” della *mens rea* potrebbe essere speso a sostegno di una corrispondente interpretazione restrittiva dell'art. 12, comma 1, t.u. imm., in modo tale da includervi soltanto le condotte che perseguono lo *scopo* di aiutare taluno a violare la disciplina nazionale in materia di immigrazione³³.

³¹Per l'osservazione secondo cui la verifica in ordine all'effettivo possesso dei requisiti per ottenere la protezione internazionale non può essere demandata a chi presta aiuto allo straniero in fase di ingresso, trattandosi di accertamento complesso, impraticabile nelle prime fasi di contatto, e comunque affidato per legge ad appositi organi, v. ancora Corte giust. UE, 16 novembre 2021, causa C 821/19, *Commissione c. Ungheria*, cit., §§ 128-132.

³²Si tratta di una posizione autorevolmente sostenuta, ancorché minoritaria: G. MARI-NUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Giuffrè, 2023, 570; M. ROMANO, *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed., Giuffrè, 2004, 589. *Contra*, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2020, 480; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, 2019, 495 s.; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2023, 460 s.

³³Che la scelta terminologica di cui alla direttiva 2002/90/CE non sia casuale risulta evidente anche dal confronto con la direttiva 2011/36/UE relativa alla tratta di esseri umani, la quale, nel definire i «Reati relativi alla tratta di esseri umani» (art. 2), contiene un più generico riferimento agli «atti dolosi».

4.4. *Profili di politica criminale e prospettive de jure condendo.*

Allargando, infine, il fuoco dell'attenzione sul diverso piano della politica criminale, non si può non sottolineare che, fino a quando mancheranno canali sicuri di accesso alla protezione internazionale³⁴, la repressione a tappeto dello *smuggling of migrants* non potrà certo evitare che i richiedenti asilo continuino ad alimentare il mercato nero della mobilità³⁵. A fronte di *push factors* irresistibili come quelli che inducono a fuggire da luoghi divenuti invivibili a causa, ad esempio, di guerre e persecuzioni, limitarsi ad intensificare la lotta al traffico di stranieri, semplicemente, aggiunge ulteriori ostacoli alla fuga verso un luogo sicuro. Questa stessa considerazione indica, di riflesso, quali sono, *de jure condendo*, le soluzioni che potrebbero garantire l'effettività del diritto d'asilo, togliendo al contempo linfa vitale alle organizzazioni criminali: la creazione di efficaci corridoi umanitari, capaci di trasferire numeri elevati di persone³⁶; la rimeditazione della disciplina dei visti, aprendo alla possibilità di chiedere asilo direttamente nelle ambasciate dei Paesi dai quali ci si intende allontanare³⁷; e ancora l'adozione di misure di carattere generale, a favore di popolazioni minacciate, che consentano l'attraversamento della frontiera senza formalità, come recentemente concesso ai cittadini ucraini³⁸.

Allo stesso tempo, e per quanto maggiormente rileva nella prospettiva penalistica, una riformulazione della clausola umanitaria di cui al-

³⁴ Per una recente e approfondita indagine del problema, v. C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2022, 74-132.

³⁵ Sui controversi rapporti tra lotta al traffico di migranti, controllo delle frontiere e tutela del diritto di asilo, v. cap. I, parr. 3.4, 6.2, 6.6. Sulla necessità di coniugare la repressione penale del traffico con la creazione di alternative sicure e legali per l'ingresso in Europa, nel contesto di approccio olistico alle sfide poste dall'immigrazione, v. la Risoluzione del Parlamento europeo *The situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration*, 12 aprile 2016.

³⁶ Sulle criticità dei corridoi umanitari nell'ordinamento italiano, v. L. GALLI, *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni nei corridoi umanitari. Che cosa possiamo imparare dall'esperienza canadese?*, in E. AUGUSTI, S. PENASA, S. ZIRULIA (a cura di), *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 2022, 101-142.

³⁷ Per perspicue proposte in tal senso, v. ancora C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale*, cit., 113-132.

³⁸ Cfr. la decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 «che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea».

l'art. 12, comma 2, t.u. imm., tale da renderla applicabile alle condotte consistenti nell'aiutare i richiedenti asilo a raggiungere l'Italia, *a prescindere dall'esito della domanda di protezione*, potrebbe rappresentare, a ben vedere, un compromesso sostenibile nell'ottica di garantire che un diritto di elevato rango, come appunto quello alla protezione internazionale, non venga completamente sacrificato in nome dell'integrità delle frontiere³⁹.

5. Il favoreggiamento dell'ingresso di famigliari.

Un ulteriore ambito nel quale si riscontrano gli effetti di sovra-criminalizzazione dell'art. 12, comma 1, t.u. imm., è quello del favoreggiamento dell'ingresso in Italia realizzato a beneficio di famigliari. Sebbene si tratti di condotte per definizione solidaristiche, la loro attrazione nella fattispecie incriminatrice risulta comunque, *prima facie*, inevitabile, considerato che, come a più riprese sottolineato, la punibilità non è subordinata al perseguimento di un (ingiusto) profitto e che la scriminante umanitaria non è applicabile al favoreggiamento dell'ingresso irregolare. La casistica sul punto, pur non copiosa, è comunque significativa, e riguarda l'aiuto prestato a figli minori⁴⁰, minori affidati *uti filii*⁴¹, coniugi⁴² e fratelli⁴³.

³⁹ Come sopra rilevato, infatti, laddove la domanda di protezione abbia esito positivo non sussistono ostacoli a ritenere che l'ingresso non fosse irregolare (in questo senso, come pure osservato, si è già espressa la Corte di cassazione). Il problema, dunque, riguarda le ipotesi in cui la domanda di protezione internazionale venga respinta. A tale riguardo si è provato a sostenere, nelle pagine precedenti, che la responsabilità potrebbe essere esclusa sul piano dell'elemento soggettivo, ma è evidente che la previsione di una specifica causa di giustificazione potrebbe garantire risultati più certi. Siffatta previsione, del resto, rifletterebbe fedelmente quanto affermato dalla Corte di giustizia, nella sentenza *Commissione c. Ungheria*, in punto di liceità dell'assistenza all'ingresso funzionale a presentare domanda di protezione (v. *supra*, nt. 25).

⁴⁰ Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2010, n. 23872, Rahimi, CED 247983; Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2008, n. 44048, R.I.; Cass. pen., sez. I, 24 novembre 2011, n. 5061, T.A.M.C.; Trib. Bologna, ord. 1° dicembre 2020, in *Sist. pen.*, 7 dicembre 2020 (si tratta della vicenda dalla quale scaturita la sent. cost. n. 63/2022, sulla quale v. *infra*, cap. V, par. 4).

⁴¹ Cass. pen., sez. I, 14 aprile 2021, n. 22734, B.F.

⁴² Cass. pen., sez. I, 30 maggio 2019, n. 35510, Fantini e altri.

⁴³ Cass. pen., sez. I, 25 novembre 2014, n. 12542; v. anche Trib. Locri, uff. GIP, 26 settembre 2018, in *Quest. giust.*, 3 ottobre 2018, 69-122, relativa, in fase cautelare, a una delle condotte contestate al Sindaco di Riace Domenico Lucano.

5.1. *Casistica e prime risposte giurisprudenziali.*

La Corte di cassazione ha in alcune occasioni annullato condanne inflitte a *genitori* che avevano procurato l'ingresso irregolare di *figli minori*. Gli argomenti che sorreggono tali esiti decisori si collocano su diversi piani della sistematica del reato.

Anzitutto, sul piano della tipicità, si è affermato che il delitto di cui all'art. 12 t.u. imm. è necessariamente connotato da un rapporto di «*terzietà*» tra il soggetto agente e lo straniero irregolare, ragione per cui deve escludersi la rilevanza penale non solo dell'auto-favoreggiamento, ma anche del favoreggiamento realizzato nei confronti del figlio minore⁴⁴. Lo stesso principio è stato più di recente ribadito in una vicenda in cui ad essere imputata era la zia di una minorenne: la Corte ha annullato la condanna inflitta alla donna censurando l'omessa verifica, da parte dei giudici di merito, in ordine alla possibilità che il presupposto della «*terzietà*» fosse venuto meno in ragione della relazione di affidamento venutasi a creare tra l'imputata e la minore, per effetto di un istituto del diritto di famiglia islamico (*Kafala*)⁴⁵.

La responsabilità dei genitori per il favoreggiamento dell'ingresso irregolare dei figli minori è stata altresì esclusa sul piano dell'antigiuridicità. In particolare, la prima delle citate pronunce che hanno escluso la tipicità per difetto del rapporto di «*terzietà*» ha altresì accennato, in un brevissimo passaggio, alla possibilità che le medesime condotte fossero coperte dalla scriminante dell'adempimento del dovere genitoriale di non abbandonare l'incapace⁴⁶.

⁴⁴Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2010, n. 23872, Rahimi, CED 247983. La pronuncia ha annullato la condanna inflitta a un padre, regolarmente residente in uno Stato membro europeo (non specificato), per il trasporto illegale in Italia della figlia di cinque anni. Si riportano i passaggi chiave della – sintetica – motivazione: il delitto «*punisce condotte che si pongono, rispetto alla fattispecie dell'ingresso irregolare realizzato, o tentato, dal migrante, come di ausilio o concorso. Il delitto è in altri termini connotato dal requisito necessario della terzietà dell'agente rispetto all'immigrato o agli immigrati clandestini ed è da escludere che possa concernere l'auto favoreggiamento [...]. Escluso dunque che possa considerarsi incriminabile come favoreggiamento all'immigrazione la immigrazione propria, non può non rilevarsi che i genitori che facciano illegalmente ingresso in uno Stato portando seco un bambino in tenera età, pongono in essere una condotta che da un canto è addirittura resa doverosa dalla necessità di non abbandonare l'incapace a loro affidato, dall'altro è interamente loro "imputabile" come fatto proprio, sicché per il principio di responsabilità che accede alla potestà genitoriale, detta condotta non si presta ad essere ricondotta all'ipotesi del favoreggiamento dell'immigrazione di un terzo*».

⁴⁵Cass. pen., sez. I, 14 aprile 2021, n. 22734, B.F.

⁴⁶Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2010, n. 23872, Rahimi, CED 247983. Cfr. il passaggio riportato *supra*, nt. 44.

In un caso di pochi anni precedente, la stessa Corte di cassazione aveva invece riconosciuto l'esimente dello stato di necessità nei confronti di un padre, già regolarmente residente in Italia, il quale, avendo ottenuto il ricongiungimento familiare soltanto per la moglie e uno dei figli, in ragione dell'inidoneità dell'alloggio a ospitare un numero maggiore di persone, aveva deciso di portare con sé anche il secondo figlio, introducendolo illegalmente nel territorio. I giudici di legittimità, respingendo il ricorso della Procura, avevano confermato l'assoluzione di merito, a sua volta fondata sulla considerazione che l'imputato aveva agito costretto dalla necessità di evitare l'abbandono della prole⁴⁷.

Sempre sulla base dello stato di necessità è stata annullata la condanna inflitta a una donna, titolare di un regolare permesso di soggiorno per lavoro in Italia, che aveva tentato di introdurre nel territorio, mediante documenti falsi, il figlio minore affetto da una grave patologia⁴⁸. Le ragioni addotte dall'imputata a giustificazione del proprio gesto, ossia che nel Paese d'origine non vi era nessun altro familiare in grado di occuparsi del figlio, e che il sistema sanitario locale non garantiva cure adeguate per quella patologia, non erano state considerate sufficienti, dai giudici di merito, a integrare l'esimente dello stato di necessità. Di opposto avviso la Corte di cassazione, la quale, dopo avere comunque escluso la sussistenza del rapporto di «*terzietà*» sulla base del proprio precedente del 2010, e dopo avere altresì evocato l'obbligo di riconoscere preminenza all'interesse superiore del fanciullo nelle pronunce giurisdizionali (sancito dall'art. 3, par. 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176), ha concluso a favore della sussistenza dello stato di necessità, senza peraltro soffermarsi ad illustrarne più nel dettaglio le ragioni.

5.2. *Profili critici degli orientamenti giurisprudenziali e possibili soluzioni alternative.*

Le pronunce esaminate non poggiano su basi motivazionali particolarmente solide. Cominciando dal difetto di tipicità, è chiaro e condivisibile il passaggio in cui la Corte sottolinea la «*terzietà*» che deve intercorrere tra soggetto agente e straniero favorito. Molto meno chiara è la ragione per cui la stessa Corte ritiene che tale requisito non sussista nel

⁴⁷ Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2008, n. 44048, R.I.

⁴⁸ Cass. pen., sez. I, 24 novembre 2011, n. 5061, T.A.M.C.

rapporto genitore-figlio, trattandosi, sul piano naturalistico, di due autonomi individui. Verosimilmente, la Corte intendeva riferirsi all'assenza di terzietà *in senso giuridico*, dovuta all'inscindibile legame generato dal rapporto di potestà genitoriale. L'estrema laconicità delle motivazioni che hanno adottato tale soluzione non consente, tuttavia, di pervenire a conclusioni più precise sulla sottesa *ratio decidendi*.

L'argomento volto ad escludere l'antigiuridicità della condotta in ragione dell'adempimento del dovere genitoriale di non abbandonare i figli minori risulta, di per sé, estremamente debole, perché presuppone proprio ciò che, invece, resta indimostrato, ossia che il genitore fosse per qualche ragione *costretto* a migrare e pertanto non avesse altra scelta (in virtù di quel dovere) che portare con sé il minore. Né pare sostenibile l'idea che il dovere genitoriale ricomprenda anche quello di migrare, insieme alla prole, verso Paesi dove esistono migliori condizioni di vita. Diverso il caso in cui sussistano situazioni di pericolo imminente, nelle quali cioè l'emigrazione rappresenti una modalità di protezione del minore rispetto a fattori potenzialmente lesivi dei suoi diritti fondamentali. A fronte di tali situazioni, come visto, la Corte di cassazione ha ritenuto applicabile la diversa esimente dello stato di necessità. Ebbene, se in linea di principio si tratta di una soluzione plausibile, non si può non rilevare come anche queste sentenze si connotino per l'estrema laconicità, dal momento che si limitano ad alludere alla sussistenza del soccorso di necessità, senza tuttavia soffermarsi nel dettaglio sui singoli (e stringenti) presupposti dell'art. 54 c.p.

Nel complesso, le sentenze esaminate sembrano più sorrette da ragioni di equità – in particolare, evitare di infliggere la condanna per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare a persone che hanno agito nell'interesse dei propri figli o comunque di minorenni affidati alle loro cure – che da solidi impianti giuridici in grado di chiarire *perché* il genitore, o comunque il soggetto al quale il minore viene affidato *uti filius*, debba andare esente da responsabilità per averlo introdotto irregolarmente nel territorio nazionale. Non si può non rilevare, inoltre, che analoghi sforzi nella delimitazione della responsabilità penale non sono venuti in rilievo con riferimento ai casi (citati in apertura del par. 5) in cui è stato favorito l'ingresso di famigliari diversi dai figli minori o comunque dai minorenni affidati all'agente.

De jure condito, l'argomento del difetto di terzietà appare fondato soltanto quando i genitori sono essi stessi migranti sprovvisti di validi documenti di ingresso, i quali, varcando illegalmente la frontiera, portano con sé i propri figli. Qui, in effetti, la vicenda migratoria può considerarsi unica, unico essendo, sotto il profilo giuridico, il nucleo fami-

gliare⁴⁹. Laddove invece, come accaduto nell'ambito di alcune delle vicende esaminate, il genitore si trovi già *legalmente* sul territorio italiano, e si attivi per introdurre anche il figlio rimasto nel Paese d'origine, la qualificazione della condotta in termini di atti diretti a procurare un ingresso irregolare pare difficilmente negabile. Resta aperta, certamente, la possibilità che sussistano i presupposti per applicare una causa di giustificazione: in particolare, la situazione di pericolo nella quale venga a trovarsi il minore nel Paese d'origine, per motivi personali (come una patologia) o ambientali (come un conflitto) potrebbero invero fondare tanto l'adempimento del dovere genitoriale di protezione della prole, quanto il soccorso di necessità.

De jure condendo, evidentemente, il problema potrebbe essere risolto in radice, anche in questo settore, mediante un'opportuna estensione dell'ambito di applicazione della scriminante umanitaria, sul modello, ad esempio, di quella finlandese, che attribuisce espresso rilievo agli "stretti legami famigliari"⁵⁰. Ciò consentirebbe, oltretutto, di prevenire eccessi punitivi con riferimento a condotte animate da spirito altruistico verso famigliari diversi dai figli (rispetto ai quali, tra l'altro, non vi è nemmeno traccia del riconoscimento dell'attenuante dei motivi di particolare valore morale di cui all'art. 62, n. 1, c.p.). Si tratterebbe, del resto, di estendere alla materia penale valutazioni sulla base delle quali, nel diritto dell'immigrazione *stricto sensu*, l'ordinamento ha già dimostrato propensione ad allentare la rigidità delle regole sull'ingresso e il soggiorno, al fine di incrementare la tutela garantita all'unità del nucleo famigliare e all'interesse preminente del minore⁵¹.

⁴⁹ Parte della dottrina nega in radice la rilevanza penale della «condotta agevolatrice dell'ingresso di stranieri realizzata da uno straniero che sia egli stesso migrante» (A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento*, cit., 43). Gli argomenti portati a sostegno di tale conclusione, tuttavia, non risultano del tutto convincenti: quanto, anzitutto, al richiamo all'art. 5 del Protocollo di Palermo, tale disposizione, come già visto (cap. I, par. 2.2), si limita a vietare l'incriminazione dei migranti per il mero fatto di essere stati «oggetto» di traffico, e dunque dalla stessa non pare potersi ricavare alcuna conclusione certa in termini di irrilevanza del favoreggiamento tra migranti; quanto alle considerazioni relative all'altrimenti troppo esteso raggio d'azione dell'art. 12 t.u. imm., il problema è proprio che l'oggettivamente esteso ambito applicativo della disposizione determina fenomeni di sovra-criminalizzazione; quanto, infine, alla tipizzazione, da parte del pacchetto sicurezza del 2009, delle condotte specifiche di promozione, direzione, organizzazione, finanziamento ed effettuazione del trasporto, basti osservare che le stesse (specialmente l'ultima) sono perfettamente in grado di ricomprendere la condotta di un famigliare che procura l'ingresso di un altro famigliare (senza contare il permanere della clausola di chiusura che ricomprende gli altri atti diretti a procurare l'ingresso irregolare).

⁵⁰ V. *supra*, nt. 29.

⁵¹ Tra le deroghe alle regole generali sull'ingresso e il soggiorno, giustificate dalla tutela della famiglia e del minore, si può menzionare l'autorizzazione all'ingresso o al soggiorno dei

6. Il favoreggiamento dell'ingresso tra migranti irregolari.

Una peculiare manifestazione degli effetti sovra-criminalizzanti della norma incriminatrice di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm. è la sua applicazione agli stessi migranti irregolari che, durante il proprio tragitto, compiono atti diretti ad agevolare il percorso di *altri* stranieri *sans papiers*. Il tema presenta, evidentemente, possibili profili di sovrapposizione con quelli in precedenza affrontati, ben potendo capitare che i migranti favoriti da altri migranti irregolari siano richiedenti asilo oppure, più frequentemente, membri dello stesso nucleo familiare. Non dimeno, la casistica sui c.d. migranti-scafisti, e più in generale sui migranti che assistono altri migranti, ha fatto emergere questioni alle quali pare opportuno dedicare specifica attenzione.

6.1. La questione dei "migranti-scafisti".

Nei procedimenti penali che scaturiscono dagli sbarchi di migranti *sans papiers*, i soggetti accusati di favoreggiamento dell'ingresso irregolare sono, di regola, i conducenti delle imbarcazioni, che con linguaggio giornalistico ormai invalso anche nella prassi giudiziaria vengono chiamati "scafisti"⁵². Raramente, infatti, le indagini e i processi si estendono fino a ricomprendere gli organizzatori della tratta. Talvolta le accuse raggiungono anche i soccorritori che trasportano i naufraghi in Italia, ma a questo particolare tema, come anticipato, sarà dedicato il prossimo capitolo.

La categoria degli "scafisti", a sua volta, non è omogenea. Al suo in-

famigliari del minore straniero presente sul territorio (non importa se regolarmente o meno), autorizzazione che può essere disposta dal Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 31, comma 3, t.u. imm.; nonché l'orientamento giurisprudenziale propenso alla regolarizzazione del minore accompagnato da un familiare regolarmente soggiornante. Sul punto, nonché per ulteriori istituti e/o orientamenti giurisprudenziali che condividono la stessa *ratio* di tutela della famiglia e del minore, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in ID. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, cit., 166-175.

⁵² Per un approfondito studio empirico sugli "scafisti" lungo la rotta del Mediterraneo centrale, v. F. PATANÉ, M.P. BOLHUIS, J. VAN WIJK, H. KREIENSIEK, *Asylum-Seekers Prosecuted for Human Smuggling: A Case Study of Scafisti in Italy*, in *Ref. Surv. Quar.*, n. 2, 2020, 123-152. Di particolare interesse per la ricchezza e l'aggiornamento dei dati è anche il rapporto *Dal Mare al Carcere. La Criminalizzazione dei cosiddetti scafisti*, a cura di Alarm Phone e ARCI Porco Rosso, 15 ottobre 2021, nonché il suo recente aggiornamento *Finché puoi ascoltare: La criminalizzazione dei cosiddetti scafisti nel 2022*, 10 gennaio 2023.

terno possono rinvenirsi sia soggetti che svolgono professionalmente il ruolo di trasportatori, in quanto affiliati a gruppi di trafficanti o comunque agenti per loro conto⁵³; sia – e si tratta della maggior parte dei casi, specialmente in anni recenti lungo la rotta del Mediterraneo centrale⁵⁴ – migranti irregolari scelti all'interno del gruppo dei trasportati (che per questo possono definirsi “migranti-scafisti”⁵⁵), ai quali viene estemporaneamente assegnato il ruolo di timoniere o altro compito logistico (adde- tto alla bussola, al GPS o al telefono satellitare; incaricato di custodire e distribuire cibo e acqua o di mantenere l'ordine a bordo, e via dicen- do⁵⁶). Le ragioni che portano alcuni migranti a svolgere questi ruoli sono variabili e, in concreto, difficilmente accertabili: può trattarsi di soggetti obbligati con minaccia o con la forza dai trafficanti, di solito al momento stesso dell'imbarco o poco prima; oppure di soggetti che agiscono per fronteggiare necessità che si manifestano nel corso della traversata; op- pure, ancora, di soggetti in qualche modo remunerati, ad esempio con l'offerta di un posto gratuito a bordo, di uno sconto sul prezzo del tragit- to, o con la possibilità di vendere uno o più posti ad altri migranti⁵⁷.

⁵³Cfr. PATANÉ et al., cit., 129-132, i quali rilevano che, lungo la rotta del Mediterraneo centrale, ciò accadeva soprattutto negli anni precedenti al 2015, quando la maggior parte delle traversate partiva dall'Egitto.

⁵⁴V. ancora PATANÉ et al., *loc. cit.*, dove si osserva che il mutamento del *modus operandi* coincide con lo spostamento in Libia del baricentro delle partenze. Come recentemente osser- vato da un ufficio giudiziario interessato da numerosi casi di questo genere: «*nell'esperienza giudiziaria molto raramente è capitato che un “conduttore” di natante sia di nazionalità libica o sia stato riconosciuto da qualcuno dei testimoni come parte del gruppo che operava a terra sul versan- te della gestione del traffico*» (App. Messina, 2 aprile 2021, Garouz e altri, inedita).

⁵⁵L'evocativa espressione è utilizzata dalla sentenza d'appello da ultimo citata (v. nt. precedente) resa nei confronti di tre giovani migranti, due dei quali provenienti dal Sudan e il terzo dal Senegal, accusati, in concorso con soggetti terzi non identificati (ossia i trafficanti operativi in territorio libico), di avere condotto in Italia circa sessanta stranieri irregolari, ponendosi alla guida di due gommoni. In primo grado erano stati condannati a cinque anni di reclusione e quasi un milione di euro di multa ciascuno, oltre alle pene accessorie. La Corte d'appello, pur confermandone la responsabilità, ha escluso tutte le circostanze aggra- vanti e pertanto ha ridimensionato significativamente il trattamento sanzionatorio, con con- cessione della sospensione condizionale. Il procedimento è approdato, infine, dinanzi alla Corte di cassazione, che ha respinto il ricorso presentato da uno solo dei tre migranti con riferimento al mancato riconoscimento dell'esimente dello stato di necessità (Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2022, n. 8175, Garouz).

⁵⁶Tra le pronunce che hanno riconosciuto, quanto meno a livello dubitativo, il carattere meramente occasionale di queste condotte, ossia la circostanza che i migranti fossero stati reclutati dai trafficanti al momento stesso dell'imbarco, v. Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652, Jomaa Laamami e altri; Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2015, Iben Massaoud e altri, CED 263670.

⁵⁷*Dal Mare al Carcere*, cit., 25-30. Tra i criteri in base ai quali i trafficanti scelgono gli

Il tema ha una rilevanza pratica tutt'altro che trascurabile. Tra il 2013 e il 2021 sono stati incardinati oltre 2.500 procedimenti penali nei confronti di stranieri accusati di avere condotto le imbarcazioni con a bordo altri migranti irregolari⁵⁸. Il dato consente di affermare che la repressione dei migranti-scafisti rappresenta, ad oggi, uno dei principali settori applicativi dell'art. 12 t.u. imm. (se non forse *il* principale). Accanto al dato quantitativo, un ulteriore elemento che rende la tematica meritevole di particolare attenzione è rappresentato dalle pene inflitte, particolarmente severe sia perché il reato viene sistematicamente contestato in forma pluriaggravata (di regola dal numero di migranti trasportati e dalle condizioni pericolose del trasporto, ma talvolta anche dal dolo specifico di profitto); sia perché, quando si verificano incidenti che comportano il decesso di uno o più trasportati, vengono contestati, in concorso con il favoreggiamento, l'omicidio colposo plurimo (art. 586, 589 c.p.)⁵⁹ o, più raramente, l'omicidio volontario⁶⁰. Da ultimo, il "decreto Cutro" (d.l. n. 20/2023, sul quale v. *supra*, cap. II, par. 2.8) ha introdotto una figura di reato speciale (destinata a prevalere sul concorso formale *ex artt.* 586, 589), che prevede pene di eccezionale severità nel caso in cui da condotte di favoreggiamento che comportino l'esposizione dei migranti a pericolo per la vita o l'incolumità, ovvero a trattamenti inumani o degradanti, derivino, quale conseguenza non voluta, la morte di una o più persone, ovvero lesioni gravi o gravissime a una o più persone. Si tratta, evidentemente, di previsioni che potranno trovare applicazione nei confronti degli scafisti in caso di naufragio da cui derivino eventi lesivi a danno dei trasportati.

scafisti vengono segnalati la presunta capacità di condurre l'imbarcazione, a sua volta inferita dalla nazionalità, oppure la capacità di esprimersi in inglese per contattare i soccorsi: v. F. PATANÉ et al., cit., 133-135.

⁵⁸ *Dal Mare al Carcere*, cit., 8.

⁵⁹ Cass. pen., sez. I, 7 dicembre 2021, n. 15556, *Essaush* («morte di un numero imprecisato di persone, ma ragionevolmente stimato in circa 220»), benché solo 36 cadaveri fossero stati recuperati; Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 2021, n. 15084, *Rouibà* e altro (stessa vicenda concreta della sentenza *Essaush*); Cass. pen., sez. I, 1° ottobre 2015, n. 39719, *M.A.M.* (morte di centinaia di persone a seguito di naufragio); Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 2014, n. 3345, *R.H.H.* (morte di diciassette persone a seguito di naufragio).

⁶⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652, *Jomaa Laamami* e altri, relativa a un caso in cui gli scafisti avevano costretto con la forza numerosi migranti a rimanere sottocoperta e in questo modo ne avevano cagionato il decesso per asfissia.

6.1.1. *Orientamenti giurisprudenziali e relative criticità: in fase di identificazione degli indagati.*

Queste vicende sollevano, anzitutto, un problema di ordine probatorio, ossia l'identificazione di coloro che, tra i presenti a bordo del naviglio, hanno svolto il ruolo di "scafisti". Sulla carta, le autorità possono affidarsi, anzitutto, all'analisi delle condotte tenute durante il tragitto, osservate ed eventualmente registrate (mediante fotografie e videoregistrazioni) dalle stesse autorità o dai soccorritori⁶¹. In secondo luogo, secondo il manuale operativo dell'operazione *EUNAVFOR MED-Sophia*, gli scafisti possono essere individuati sulla base di indizi quali: la disponibilità di documenti e denaro; la conoscenza della lingua del Paese di destinazione; un atteggiamento eccessivamente gentile e collaborativo con le autorità, o al contrario particolarmente nervoso; il possesso di un telefono; il possesso di un giubbotto di salvataggio; nonché (sic!) un abbigliamento e un aspetto fisico migliori degli altri passeggeri⁶².

Nella prassi, il principale strumento di indagine utilizzato dalle autorità per individuare gli scafisti sono le dichiarazioni rilasciate dagli altri passeggeri nell'immediatezza dello sbarco. Ciò trova riflesso nelle motivazioni delle sentenze di legittimità che confermano le sentenze di condanna o le ordinanze applicative di misure cautelari; motivazioni che, con riferimento al problema dell'individuazione dell'imputato o degli imputati, fanno pressoché esclusivo riferimento al convergere delle testimonianze dei migranti trasportati⁶³. Tale *modus operandi*, apparentemente del tutto logico e lineare, presenta ad un più attento esame numerosi profili critici.

Anzitutto, le sentenze danno normalmente conto delle testimonianze di un numero molto ridotto di migranti – nell'ordine di due, tre o quattro persone – a fronte di decine di passeggeri. Non è dato comprendere se questi soggetti vengano selezionati a seguito di un primo *round* di sommarie informazioni, o se vengano scelti a campione, o ancora se la loro scelta dipenda – come è stato ipotizzato – da un elemen-

⁶¹ Danno conto di questo criterio PATANÉ et al., cit., 137; *Dal Mare al Carcere*, cit., 52. Ad esempio, il fatto di trovarsi vicino al motore o al timone rappresenta un indizio dello svolgimento di un ruolo attivo nella conduzione del naviglio.

⁶² Cfr. *Profiles of Vulnerable People & Smugglers/Traffickers – EUNAVFOR MED Operation Sophia*, 2017, 27. Sulla ragionevolezza e univocità di tali criteri è lecito dubitare, tanto è vero che non c'è traccia del loro utilizzo nelle motivazioni delle sentenze di condanna, le quali si affidano pressoché esclusivamente alle dichiarazioni dei passeggeri (v. *infra* nel testo).

⁶³ Il dato emerge chiaramente da tutte le pronunce riportate nelle note che seguono.

to casuale come la contingente disponibilità di un interprete di una determinata lingua⁶⁴. In secondo luogo, non risulta sia mai stato preso in seria considerazione il rischio che le persone a bordo si accusino falsamente confidando di trarne vantaggi personali, *in primis* ottenere un permesso di soggiorno per motivi di giustizia⁶⁵.

Il problema principale, peraltro, riguarda l'*utilizzabilità* delle sommarie informazioni raccolte immediatamente dopo gli sbarchi, allorché, come spesso accade, vengano rilasciate senza l'assistenza di un difensore (art. 350 c.p.p.) e senza essere precedute dagli avvertimenti di cui all'art. 64 c.p.p. Sul punto, la Corte di cassazione aveva in passato ritenuto che si trattasse di dichiarazioni inutilizzabili in quanto provenienti da soggetti indagati per il connesso reato di ingresso irregolare (art. 10-*bis* t.u. imm.)⁶⁶. Successivamente, tuttavia, è maturato un orientamento di segno opposto, che considera tali informazioni alla stregua di mere dichiarazioni testimoniali, sul presupposto che il reato *ex art. 10-bis* non sia configurabile in capo ai migranti giunti in Italia all'esito di operazioni di soccorso (cioè nel tipico contesto in cui, essendo le autorità a conoscenza dello sbarco, i *boat migrants* vengono immediatamente ascoltati)⁶⁷. Ebbene, nessuno dei due riportati orientamenti di legittimità appare convincente. Entrambi, infatti, impostano il problema della natura delle dichiarazioni rilasciate dai migranti come se dipendesse, esclusivamente, dal loro essere o meno indagati per il reato di cui all'art. 10-*bis* t.u. imm.; così facendo, tuttavia, omettono di interrogarsi sulla possibilità che i migranti escussi possano essere, piuttosto, indaga-

⁶⁴ PATANÉ et al., cit., 137.

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 11, lett. *c-bis*), d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 il permesso di soggiorno può essere rilasciato «per motivi di giustizia, su richiesta dell'Autorità giudiziaria, per la durata massima di tre mesi prorogabili per lo stesso periodo, nei casi in cui la presenza dello straniero sul territorio nazionale sia indispensabile in relazione a procedimenti penali in corso per uno dei reati di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale [...]», disposizione quest'ultima al cui interno è compreso anche l'art. 12, commi 1 e 3, t.u. imm.

⁶⁶ Cass. pen., sez. I, 19 marzo 2015, n. 27283, A.A. e altri.

⁶⁷ Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 2021, n. 27854, S.I.; Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2019, n. 15292, El Fiky e altri; Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2016, n. 40517, Taysir, CED 267627; Cass. pen., sez. I, 1° ottobre 2015, n. 39719, M.A.M. In dottrina, tale orientamento è stato ricondotto all'esigenza di contenere i costi (economici, di sistema, ma anche umani) che deriverebbero da una generalizzata estensione della qualità di indagati ai migranti trasportati: così A. MASSARO, *L'immigrazione irregolare via mare e la triade soggettiva "soccorsitori-trafficienti-migranti"*, in *Giust. ins.*, 11 aprile 2019. Si segnalano anche casi nei quali, essendo stati i migranti effettivamente sentiti quali indagati del reato di cui all'art. 10-*bis* t.u. imm., il problema dell'inutilizzabilità non si è posto in sede di legittimità: v. Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 2019, n. 12619, Chidokwe; Cass. pen., sez. I, 22 dicembre 2015, n. 11165, Almagasbi.

ti per *favoreggiamento dell'ingresso irregolare*. Una possibilità, invero, tutt'altro che remota, considerato che proprio la diffusa prassi di arruolare gli scafisti tra i migranti comporta come logica conseguenza che i sospettati appartengano al gruppo dei trasportati. Ed allora, se come già osservato le dichiarazioni dei migranti rappresentano il principale strumento di identificazione degli scafisti, e se in linea di principio non si può escludere che chiunque di loro (tranne i bambini più piccoli e poche altre eccezioni) possa essere proprio il soggetto ricercato, risulta in ogni caso illegittimo (anche laddove si escluda la configurabilità del reato di ingresso irregolare) sentire i migranti come se fossero meri *testimoni* del reato di favoreggiamento, la premessa dalla quale occorre partire essendo proprio che ciascuno di loro potrebbe esserne l'*autore*.

Questa constatazione non esclude, beninteso, che possano ricorrere situazioni nelle quali sia possibile individuare i sospettati di favoreggiamento sulla base di elementi diversi dalle dichiarazioni dei trasportati, di talché questi ultimi possano ragionevolmente considerarsi, sin dall'inizio, meri testimoni: si pensi al caso in cui decine o centinaia di persone siano rinvenute sottocoperta e solo uno o pochi stranieri sul ponte; oppure, più in generale, ai casi in cui le autorità abbiano potuto osservare a distanza ciò che accadeva a bordo⁶⁸. Tali situazioni, tuttavia, non sono (quasi) mai venute in rilievo nelle pronunce che è stato possibile esaminare⁶⁹.

6.1.2. (Segue): *in fase di accertamento della tipicità delle condotte*.

Una volta individuati, tra i migranti sbarcati, coloro che hanno in qualche modo contribuito alla traversata, l'accertamento della responsabilità per il reato di cui all'art. 12 t.u. imm. dovrebbe passare, anzitutto, attraverso una rigorosa verifica in ordine al carattere tipico della loro condotta.

Anche sotto questo profilo si pone anzitutto la questione, già affrontata con riferimento al favoreggiamento tra famigliari, della problema-

⁶⁸ Quest'ultimo metodo di identificazione degli scafisti è stato riferito da un soggetto istituzionale durante un'intervista condotta per lo studio di PATANÉ et al., cit., 137.

⁶⁹ Tra le poche pronunce che danno conto di indizi di fatto, e non solo delle dichiarazioni degli altri trasportati, v. Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2020, n. 13734, K.D., dove si valorizza la circostanza che l'imputato, al momento del sopraggiungere dalle autorità, avesse abbandonato frettolosamente il timone per mischiarsi agli altri passeggeri. Le massime d'esperienza, peraltro, insegnano che la fuga o comunque il tentativo di nascondersi non sono necessariamente indicativi di responsabilità per il reato, ben potendo riflettere il mero timore di essere sospettati di averlo commesso.

tica tipicità di condotte agevolatrici realizzate dagli stessi migranti irregolari, anziché da soggetti “terzi” in senso stretto, a favore di altri migranti appartenenti al medesimo gruppo⁷⁰. Rispetto alla specifica tematica dei migranti-scafisti, peraltro, sussistono ulteriori argomenti per dubitare, in molti casi, dell’effettiva tipicità delle condotte. Si consideri a tale riguardo che, nelle motivazioni delle condanne, è dato sostanzialmente per scontato che lo svolgimento di qualunque mansione a bordo (timoniere, addetto alla bussola o al telefono o alla distribuzione dell’acqua ecc.) integri di per sé un atto diretto a procurare l’ingresso irregolare degli altri *boat migrants*⁷¹. Nessun accertamento, tuttavia, viene svolto in ordine all’idoneità e all’univoca direzione di siffatte condotte, nelle singole vicende concrete, a realizzare il risultato avuto di mira, come invece imporrebbero sia la formulazione della disposizione in termini di delitto di attentato, sia e soprattutto le modifiche in senso restrittivo della fattispecie introdotte, contestualmente a un significativo inasprimento sanzionatorio, dalla legge Bossi-Fini e dal pacchetto sicurezza del 2009. Come in precedenza osservato, infatti, a seguito della sostituzione del termine «agevolare» con il più pregnante «procurare» (legge Bossi-Fini), devono considerarsi espunte dall’area della rilevanza penale, ancorché in maniera problematica rispetto agli obblighi di incriminazione europei, le condotte che si limitano ad agevolare la *condotta* altrui, l’idoneità causale dovendo essere accertata con riferimento all’*evento* avuto di mira; conclusione a conforto della quale, come pure visto, si può valorizzare l’arricchimento della descrizione del fatto tipico mediante l’elenco di condotte specificamente formulate attorno al concetto di «trasporto di stranieri nel territorio dello Stato» (modifica introdotta dal pacchetto sicurezza del 2009)⁷². Le pronunce che ravvisano la responsabilità degli scafisti sembrano invece percorrere binari di pericolo presunto, aprendo di fatto le porte alla possibilità di considerare “scafista” chiunque, tra i passeggeri, assuma un conte-

⁷⁰ Il problema era già stato messo in luce da attenta dottrina quando, nel 2009, il legislatore aveva aggiunto tra le modalità di favoreggiamento specificamente tipizzate anche l’effettuazione del trasporto. Cfr. G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, n. 4, 2009, 73: «spesso il trasportatore non è altri che una delle vittime del reato cui viene affidata la gestione materiale del mezzo di trasporto da parte degli organizzatori della migrazione illegale».

⁷¹ Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2016, n. 14654, Yankura e altro, CED 269538, che ha confermato le condanne nei confronti di due migranti che si erano avvicinati al timone per un breve tratto e che avevano lanciato l’SOS quando il gommone aveva iniziato a imbarcare acqua.

⁷² Per questi rilievi v. *supra*, cap. II, par. 3.2.1.

gno diverso dallo stare fermo al proprio posto. Va da sé che questa impostazione appare ancora più preoccupante se accostata al problema, poc'anzi affrontato, dell'identificazione degli scafisti mediante le dichiarazioni degli altri *boat migrants*: il convergere di questi due fattori, infatti, comporta che praticamente ogni asserzione in ordine alle manovre svolte a bordo da un altro migrante, raccolta senza garanzie e senza necessità di riscontri *ex art.* 192, comma 3, c.p.p., possa assurgere a prova decisiva della responsabilità di quella persona.

Una verifica rigorosa in ordine alla sussistenza della fattispecie richiederebbe di valutare la concreta idoneità delle condotte tenute a bordo a procurare l'evento lesivo, sotto forma di *aumento della probabilità della sua realizzazione*. Ci si dovrebbe chiedere, caso per caso, se il timoniere aveva indirizzato il naviglio verso l'Italia o se gli stranieri vi sono giunti solo a seguito dell'intervento di soccorritori; se l'addetto alla bussola, laddove presente, aveva fornito un contributo utile al timoniere; se colui che aveva il compito di telefonare ai soccorritori si era effettivamente attivato, o se invece l'imbarcazione era stata rintracciata a seguito di una diversa segnalazione, e così via. Qualunque diverso approccio, che si limiti ad accertare la condotta nella sua dimensione materiale, presumendone il carattere pericoloso per l'integrità delle frontiere, finisce per spezzare il (sottile) filo che collega la fattispecie in esame al principio di offensività⁷³. Né a diverse conclusioni – giova chiarirlo per completezza – si potrebbe pervenire ragionando in termini concorsuali, e segnatamente ravvisando nei singoli contributi degli scafisti una sorta di esecuzione frazionata del medesimo reato (impostazione di cui, peraltro, non vi è traccia nelle pronunce esaminate): anche così opinando, infatti, il criterio di tipizzazione dovrebbe consistere *almeno* nella causalità agevolatrice o di rinforzo, che a sua volta si sostanzia in un giudizio di *idoneità* della condotta *atipica* a contribuire alla realizzazione del fatto tipico, da valutarsi mediante prognosi postuma⁷⁴. È chiaro che la prova del contributo concretamente offerto dal singolo scafista al buon esito della traversata sia un risultato difficile da ottenere al metro dell'oltre ogni ragionevole dubbio; ma è altrettanto evidente che le difficoltà probatorie non possono essere aggirate mediante lo scolorimento degli elementi essenziali del reato.

⁷³ Sull'oggettività giuridica dell'art. 12, comma 1, v. *supra*, cap. II, par. 3.2.2.

⁷⁴ M. ROMANO, *Art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, ed. IV, Giuffrè, 2012, 178.

6.1.3. (Segue): *in punto di esclusione dello stato di necessità.*

Spesso i migranti accusati di favoreggiamento si difendono sostenendo di essere stati *costretti* ad assumere il ruolo di “scafisti”, o dai membri delle organizzazioni dedite al traffico, mediante violenza o minaccia; oppure dalle circostanze di pericolo venutesi a creare a bordo. Muovendo da tali premesse, invocano a proprio favore l'esimente dello stato di necessità, rispettivamente *ex art. 54, comma 3*, ovvero *ex art. 54, comma 1 c.p.* (anche *sub specie* di soccorso di necessità). Sebbene non manchino pronunce di merito che hanno accolto l'argomento e assolto gli imputati⁷⁵, nella giurisprudenza di legittimità si registra un prevalente orientamento restrittivo, che disconosce l'esimente ora per mancanza di prove dell'avvenuta costrizione, ora per difetto del requisito della “non volontaria causazione” del pericolo.

Cominciando dal profilo probatorio, la Corte di cassazione è solita ritenere immuni da vizi le pronunce di merito che, in sintesi, negano l'esimente rimproverando all'imputato la mancata produzione di testimonianze, o di altre evidenze, che dimostrino l'effettivo impiego di violenze o minacce nei suoi confronti. Tanto, ricordano i giudici di legittimità, in omaggio al principio secondo cui colui che invoca l'art. 54 c.p. ha l'onere di *allegare* di avere agito per insuperabile stato di costrizione⁷⁶. Questa impostazione presta il fianco a diverse critiche.

Come è noto, il risalente orientamento giurisprudenziale che assegnava all'imputato l'onere di provare l'esimente invocata a proprio vantaggio è stato superato dall'attuale codice di procedura penale, laddove, all'art. 530, comma 3, sancisce l'obbligo di assoluzione anche a fronte del mero *dubbio* in ordine alla sussistenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità. Da questo punto di vista, i riferimenti alla necessità che l'imputato *dimostri* di essere stato minacciato appaiono privi di qualsivoglia base legale. Ma, a ben vedere, anche il riferimento all'onere di *allegare* i fatti alla base della scriminante risulta destituito di fondamento: non potendo essere inteso come onere di allegazione in senso stretto (cioè di introduzione di un fatto storico nel giudizio), perché affermare di essere stati minacciati è

⁷⁵ Si tratta di pronunce inedite, di cui danno conto PATANÉ et al., cit., 142 s.

⁷⁶ Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2022, n. 8175, Garouz; Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2019, n. 15292, El Fiky e altri; Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 2019, n. 12619, Chidokwe; Cass. pen., sez. I, 5 aprile 2018, n. 37303, H.A. e altri; Cass. pen., sez. I, 16 novembre 2016, n. 53691, A.M. Sostanzialmente nello stesso senso, Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2020, n. 13734, K.D.; Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 2021, n. 15084, Rouibà e altro; Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2019, n. 7407, Jaliow e altri.

esattamente ciò che gli imputati di questi procedimenti già fanno, in realtà si tratta di una formula sfumata per avallare l'idea che spetti necessariamente all'imputato produrre elementi che, quanto meno, corroborino la sua versione dei fatti⁷⁷.

In realtà, ciò che il sistema processuale richiede, in linea con la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, è che il riconoscimento della causa di giustificazione non si fondi su mere dichiarazioni estemporanee dell'imputato che intenda avvantaggiarsene⁷⁸. Sorge allora spontaneo chiedersi perché, ai fini di una pronuncia assolutoria, quanto meno con formula dubitativa, non basti la collocazione delle affermazioni dei migranti-scafisti nel contesto di clandestinità, illegalità diffusa e soprattutto sistematica sopraffazione in cui si svolgono le traversate del Mediterraneo⁷⁹. Proprio quel contesto, invero, dovrebbe bastare a rendere quanto meno plausibili le affermazioni di coloro che dichiarano di avere agito sotto la spinta irresistibile del timore di subire ripercussioni, senza bisogno di ulteriori riscontri, assai difficili da ottenere proprio in ragione delle caratteristiche di tali vicende, nonché della dispersione dei migranti al momento dello sbarco e della possibile riluttanza di quelli rintracciabili a testimoniare⁸⁰.

Come anticipato, lo stato di necessità viene altresì negato sulla scorta della considerazione secondo cui il pericolo dal quale il migrante-scafista intende mettersi al riparo mediante la realizzazione del reato sarebbe stato da lui "volontariamente causato"⁸¹. Si afferma, in sostan-

⁷⁷ Sulla «*gestione processuale del dubbio sulla sussistenza dello stato di necessità*», e per una critica all'utilizzo dell'espressione "allegare" invalso nella giurisprudenza sui profili probatori delle cause di giustificazione, v. F. VIGANÒ, *Vendita di audiocassette abusivamente duplicate e stato di necessità*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 596-598, spec. nt. 23.

⁷⁸ V. ancora F. VIGANÒ, *Vendita di audiocassette*, cit., 597.

⁷⁹ Cfr., *ex multis*, il rapporto a cura del *United Nations Support Mission in Libya* e dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, "*Detained and Dehumanised*". *Report on Human Rights Abuses against Migrants in Libya*, 13 dicembre 2016, nel quale si descrivono le violazioni dei diritti umani sistematicamente perpetrate in Libia ai danni dei migranti irregolari. Sul punto v. anche *supra*, cap. II, par. 5.3, nt. 214.

⁸⁰ Così PATANÉ et al., cit., 142. Né pare dirimente, ai fini dell'esclusione dello stato di necessità, la circostanza che il soggetto individuato sia stato autore di precedenti traversate (in questo senso, invece, Cass. pen., sez. I, 7 dicembre 2021, n. 15556, *Essaush*), da tale elemento di fatto non potendo automaticamente inferirsi né il carattere *professionale* del suo ruolo (ben potendo trattarsi di un migrante più volte espulso dal territorio italiano), né che in quello specifico caso non fosse stato *costretto* a fare da scafista, e ciò a maggiore ragione laddove emerga (come nel caso oggetto della sentenza citata) che il profitto ricavato consisteva nella sola gratuità del passaggio.

⁸¹ Cfr., ancorché in un breve passaggio, Cass. pen., sez. I, 4 marzo 2014, n. 28807, *Boba-*

za, che i migranti conoscono ed accettano, loro malgrado, i pericoli per la vita e l'integrità fisica ai quali vanno incontro intraprendendo il percorso "clandestino" verso l'Europa, inclusi i pericoli che discendono dall'affidarsi ai gruppi criminali che organizzano le traversate del Mediterraneo. Nemmeno questa tesi, a ben vedere, merita accoglimento.

Anzitutto, la massima di esperienza secondo cui – in sintesi – i migranti irregolari sanno benissimo a cosa vanno incontro, non pare sufficiente a concludere che *quello specifico migrante* abbia previsto e accettato proprio il pericolo di essere costretto a *svolgere le mansioni di scafista*. Anche accogliendo l'interpretazione estensiva del concetto di "volontaria causazione", sostenuta da una parte della dottrina e prevalente in giurisprudenza, che vi include le condotte meramente colpose⁸², non vi è dubbio che il termine di riferimento della prevedibilità debba essere lo specifico "pericolo attuale" che costituisce il presupposto dell'esimente; non, invece, qualsiasi antecedente, pur "volontariamente" causato, in assenza del quale il pericolo non si sarebbe manifestato⁸³. Appare perciò censurabile l'argomento giurisprudenziale secondo cui l'esimente non potrebbe essere applicata nei confronti di coloro che intraprendono un viaggio irregolare rivolgendosi a organizzazioni dedite

ker, CED 260497; nello stesso senso, e più estesamente, Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 2022, n. 8175, Garouz, dove si legge che l'imputato aveva «liberamente accettato di intraprendere il viaggio per l'ingresso illegale in uno Stato diverso da quello di appartenenza, inserendosi, per raggiungere lo scopo, nell'organizzazione dei trafficanti di esseri umani, nella consapevolezza che le regole, illecite e spietate, di quest'ultima non escludevano, ma anzi necessariamente implicavano, oltre all'esercizio di poteri coercitivi e di atti di violenza nei confronti dei migranti, [...] anche il contributo personale dei trasportati ai fini del buon esito dell'intera operazione».

⁸² In questo senso, ad esempio, C.F. GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella difesa legittima*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. II, Giuffrè, 1965, 69-72, il quale ritiene decisiva l'esigenza di tutelare il più possibile gli interessi del terzo innocente; v. anche ID., voce *Necessità (stato di)* (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, Vol. XXVII, Giuffrè, 1977, 888. *Contra*, in considerazione dell'inequivoco tenore letterale del requisito, e dunque nel senso che l'esimente non si applica se il pericolo è stato creato mediante condotte sorrette da un coefficiente di adesione psicologica, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Giuffrè, 2000, 591.

⁸³ Per la conclusione secondo cui il termine di riferimento della "volontarietà" è il pericolo e non la sua causa, sulla scorta (tra l'altro) dell'argomento in base al quale, diversamente opinando, l'operatività dell'esimente subirebbe un'eccessiva restrizione, v. C.F. GROSSO, *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo*, cit., 58-63. Aderendo a questa impostazione, autorevole dottrina ha distinto il caso in cui un soggetto appicchi volontariamente un incendio e poi, tentando di mettersi in salvo, travolga e uccida un terzo innocente (esimente non applicabile); da quello in cui un soggetto, dopo essersi licenziato dal lavoro e per questo trovandosi in condizioni di indigenza, commetta un furto per sfamare se stesso e i propri famigliari (esimente applicabile): così F. VIGANÒ, *Art. 54*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 1019.

al traffico di migranti, e che in questo modo “scelgono” di entrare in un meccanismo illecito caratterizzato, tra l’altro, da metodi violenti e coercitivi volti a ottenere il contributo dei migranti stessi ai fini del buon esito dell’operazione. Siffatta impostazione diluisce eccessivamente il concetto di “pericolo volontariamente causato”, riconducendovi qualunque *scelta di vita* non improntata ad assoluta prudenza, fino al punto di configurare una sorta di obbligo di *non facere* come mezzo per evitare di diventare vittime di forme di criminalità diffusa. Si tratta, evidentemente, di una logica incompatibile con la *ratio* di tutela dell’art. 54, comma 3 e con il principio (questo sì, ragionevole) secondo cui essa non può essere riconosciuta in capo a chi abbia (volontariamente) attivato proprio quel pericolo che poi invoca per giustificare la realizzazione del reato.

6.1.4. (Segue): *in punto di mancato accertamento della minima importanza del contributo prestato alla realizzazione del reato.*

L’ultimo profilo di criticità ravvisabile nella giurisprudenza sulla responsabilità penale dei migranti-scafisti riguarda il mancato riconoscimento a questi soggetti dell’attenuante del contributo di minima importanza di cui all’art. 114 c.p., la cui sussistenza dovrebbe invece essere presa in considerazione almeno da parte di quelle sentenze che ne ricostruiscono la responsabilità in termini concorsuali con i trafficanti organizzatori della traversata.

Per inciso giova chiarire che lo scarso disvalore frequentemente riscontrabile in queste condotte potrebbe, in linea di principio, aprire le porte ad una valutazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.). La ragione per cui ciò non è mai accaduto (e, più in generale, per cui non è mai stato nemmeno oggetto di discussione, salvo ovviamente pronunce inedite) è che in queste vicende vengono sistematicamente in rilievo le aggravanti di cui all’art. 12, comma 3 (in particolare il trasporto di cinque o più persone, e/o il pericolo per la vita o l’incolumità, e/o i trattamenti inumani e degradanti), rispetto alle quali l’art. 131-*bis* non è applicabile *ratione poenae*⁸⁴.

⁸⁴ Anche dopo che il d.lgs. n. 150/2022 ha sensibilmente esteso l’ambito di applicazione dell’art. 131-*bis*, ricomprendendovi i reati puniti con pena non superiore nel minimo a due anni, la disposizione resta applicabile soltanto al favoreggiamento semplice, tenuto conto che la presenza anche solo di un’aggravante speciale di cui al comma 3 determina (per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dal d.l. n. 20/2023, c.d. “decreto Cutro”) l’innalzamento del minimo edittale a sei anni di reclusione.

Quanto all'art. 114 c.p., non risulta – al netto, anche qui, di eventuali pronunce inedite – che tale circostanza attenuante sia mai stata applicata a favore di autori di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, tanto meno a favore di scafisti⁸⁵. A quest'ultimo proposito, nell'unica sentenza di legittimità in cui, a quanto ci risulta, il problema è stato espressamente affrontato, la Corte si è limitata a rilevare che i giudici d'appello avevano escluso la “minima rilevanza” delle condotte (consistite nell'alternarsi al timone e nel lanciare l'SOS quando il gommone aveva iniziato a imbarcare acqua) sulla base di argomenti immuni da vizi di logicità⁸⁶. Sarebbe fuor d'opera, in questa sede, rimettere in discussione tale conclusione, tanto più perché siamo di fronte, giova ricordarlo, ad un'attenuante facoltativa, la cui applicazione resta pertanto affidata alla discrezionalità del giudice⁸⁷. Non ci si può esimere, tuttavia, dal sottolineare come il tradizionale *self-restraint* giurisprudenziale a riconoscere questa circostanza⁸⁸ risulti particolarmente problematico in vicende, come quelle in esame, che vedono imputati gli ultimi anelli della catena del traffico di migranti, le cui condotte risultano, oltretutto, obiettivamente fungibili⁸⁹. Tenuto conto che le pene che attingono questi soggetti sono del tutto paragonabili, per severità, a quelle applicabili ai trafficanti veri e propri, ecco allora che una più generosa concessione dell'art. 114 c.p. potrebbe, in linea con il principio di proporzionalità della pena, restituire a tale disposizione il suo naturale ruolo di «*chiave di volta*» tra i criteri di individualizzazione della sanzione nel reato plurisoggettivo⁹⁰. Ciò, a maggiore ragione, alla luce del disposto dell'art.

⁸⁵ Cfr. Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2007, n. 42980; Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2017, n. 45734, B.L. e altri. Entrambe le pronunce, relative a contesti diversi da quello in esame, si limitano a confermare le statuizioni d'appello che avevano giudicato le condotte degli imputati di rilievo non marginale.

⁸⁶ Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2016, n. 14654, Yankura e altro, CED 269538.

⁸⁷ Per una critica alla scelta legislativa, ispirata al positivismo criminologico, di rendere facoltativa l'attenuante, anziché ricollegarne l'obbligatoria applicabilità a presupposti esclusivamente oggettivi, v. M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 140 s.

⁸⁸ Constatava la “*sconfortante disapplicazione della norma*” già M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 139. Più di recente si è osservato che, restando ancorata, nell'interpretazione dell'art. 114 c.p., ad un criterio di “*efficacia causale marginale*”, «*la giurisprudenza è pervenuta ad una interpretatio abrogans della attenuante, in quanto un contributo “necessario”, ma di importanza “minima”, è una contraddizione in terminis*» (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 591).

⁸⁹ Sul punto v. ancora M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 237-240, che riconduce il contributo fungibile tra le ipotesi di mera agevolazione, categoria concettuale, quest'ultima, al cui interno è possibile riconoscere spazio applicativo all'attenuante in esame.

⁹⁰ Così C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, 1952; ristampa in ID., *Dirit-*

12, comma 3-*quater*, che consente di bilanciare le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter* soltanto con le attenuanti di cui agli artt. 98 e, appunto, 114 c.p.

6.2. *Il favoreggiamento dell'ingresso di stranieri per impedire un respingimento illegittimo (il caso Vos Thalassa).*

In precedenza si è esaminato il tema della rilevanza penale del procurato ingresso di rifugiati, nonché le possibili soluzioni interpretative volte ad evitare che l'art. 12 t.u. imm. divenga un ostacolo all'effettivo esercizio del diritto di richiedere asilo. Un problema collegato è quello della rilevanza penale di condotte volte ad evitare l'effettuazione di un *respingimento illegittimo*. La questione è giunta all'attenzione dei tribunali italiani a seguito di una vicenda che ha generato attenzione mediatica e dibattito. In sintesi, due migranti venivano accusati di favoreggiamento pluriaggravato dell'immigrazione irregolare (art. 12, commi 1 e 3, lett. *a*) e *d*)), nonché di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale aggravata (artt. 336, 339 c.p.) e resistenza a un pubblico ufficiale aggravata (artt. 337, 339 c.p.), perché, dopo essere stati trattati in salvo, insieme ad altri circa sessanta stranieri, dalla nave commerciale italiana *Vos Thalassa*, avevano capeggiato una rivolta finalizzata a costringere il comandante a non consegnarli alla guardia costiera libica, come in effetti questi si accingeva a fare, bensì a invertire la rotta e condurli in Italia, dove infine sbarcavano previo trasbordo su una nave militare.

La vicenda è stata oggetto di decisioni contrastanti da parte della magistratura, sulle quali conviene anzitutto soffermare l'attenzione, per poi focalizzarla su alcuni profili meritevoli di precisazioni.

6.2.1. *I fatti e le contrastanti pronunce di merito.*

L'8 luglio 2018 il rimorchiatore italiano *Vos Thalassa* comunicava alla Guardia costiera (MRCC Roma) di avere effettuato il soccorso di

to penale. Vol. I. *Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003, 3-145, il quale osserva, nel capitolo dedicato ad indagare quello che definisce il «*momento individuale del concorso*» (p. 126), che «*la chiave di volta del sistema è facile identificarla, poiché la legge stessa ce la indica con una parola: importanza (art. 114): importanza del contributo come criterio d'individualizzazione della pena*» (p. 136). E prosegue, con un invito che risuona come critica alle ricordate tendenze giurisprudenziali: «*Non sciupiamo un'indicazione tanto preziosa, non costringiamola a intristire nell'arido terreno della causalità meccanica!*» (*ibidem*).

oltre sessanta migranti rintracciati a bordo di un piccolo natante di legno in procinto di affondare. L'informazione veniva inoltrata alle autorità libiche, nella cui zona SAR era avvenuto il soccorso; tuttavia, in assenza di risposte da parte di Tripoli, le autorità italiane davano istruzioni al comandante di fare rotta verso Lampedusa. Qualche ora dopo, tuttavia, la guardia costiera libica contattava il comandante e gli ordinava di dirigersi verso le coste africane al fine di trasferire i migranti a bordo di una delle proprie motovedette. La richiesta veniva assecondata e il *Vos Thalassa* invertiva la rotta. La manovra veniva tuttavia notata da alcuni migranti in possesso di smartphone dotato di bussola, con conseguente immediata diffusione di uno stato di forte agitazione. In particolare, un gruppo di circa dieci passeggeri adottava contegni violenti e minacciosi nei confronti di due membri dell'equipaggio (accerchiamento, spintoni, minacce di morte mimando il gesto del taglio della gola o del gettare in mare). Il comandante avvertiva le autorità italiane, segnalando l'esistenza di un grave pericolo per la sicurezza a bordo (tenuto anche conto del sovrannumero dei migranti: circa 60 rispetto ai 13 membri dell'equipaggio), e riceveva in risposta l'indicazione di fare nuovamente rotta verso nord. Nel frattempo, veniva inviata a supporto del *Vos Thalassa* un'unità navale militare, che prendeva a bordo i migranti e li conduceva a Trapani.

I due *leader* della rivolta, individuati sulla base delle testimonianze dell'equipaggio, venivano accusati, come già indicato, non solo dei reati di cui agli artt. 336 e 337 c.p., ma anche, e per quanto maggiormente rileva in questa sede, di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, per avere compiuto atti diretti a procurare l'ingresso in Italia degli altri migranti presenti a bordo del rimorchiatore, con le aggravanti dell'aver commesso il fatto in più di tre persone e a favore di un numero di stranieri superiore a cinque. In relazione a tali condotte, l'accusa chiedeva la condanna di ciascuno di loro a 2 anni e 2 mesi di reclusione, nonché a 90.000 euro di multa.

All'esito del giudizio abbreviato, ritenuti i fatti accertati nonostante alcune marginali divergenze nella loro ricostruzione⁹¹, il giudice per l'udienza preliminare di Trapani ha assolto gli imputati da tutti i

⁹¹ Alcuni dei migranti sostenevano che i loro gesti, utilizzati nell'impossibilità di comunicare altrimenti per motivi linguistici, erano stati mal interpretati. In particolare, il gesto di passare la mano sotto la gola non avrebbe avuto scopo intimidatorio bensì si sarebbe riferito al pericolo di morte che avrebbero corso i migranti stessi se fossero stati ricondotti in Libia (cfr. p. 12 della sentenza citata alla nt. successiva).

capi di accusa, ritenendo che avessero agito per legittima difesa⁹².

La pronuncia si sofferma sui singoli presupposti della causa di giustificazione, accertandone via via la sussistenza anche alla luce della disciplina internazionale sui soccorsi in mare e del principio del *non-refoulement*, di cui preliminarmente offre un'articolata ricostruzione.

In primo luogo, il «diritto proprio o altrui» difeso dagli imputati viene identificato sia con il «*diritto soggettivo al ricovero in un POS*»⁹³, ossia un *place of safety*, quale riflesso dei corrispondenti obblighi di cooperazione e individuazione di un porto sicuro gravanti sugli Stati aderenti alle convenzioni internazionali sul diritto del mare⁹⁴; sia con «*diritti primari ancor più pregnanti, come il diritto alla vita, alla integrità fisica ed alla integrità sessuale*»⁹⁵.

In secondo luogo, il pericolo attuale di un'offesa ingiusta viene affermato sulla scorta della considerazione che gli stranieri erano in procinto di essere ricondotti in un contesto, quello libico, dove avrebbero con certezza subito gravissime violazioni dei diritti fondamentali. La sentenza richiama, in particolare, un dettagliato parere dell'*UNHCR*, richiesto dallo stesso giudicante, secondo il quale la Libia non può essere considerata né «Paese terzo sicuro», né «luogo sicuro ai fini di sbarco». Tanto in ragione, da un lato, delle generali condizioni di vita che si registrano nel Paese; dall'altro lato, dei crudeli e disumani trattamenti ai quali vengono sistematicamente sottoposto i migranti irregolari che vi transitano⁹⁶. Il carattere ingiusto dell'offesa discende, secondo la motivazione, dall'ille-

⁹² GIP Trapani, 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), in *Dir. pen. cont. (arch.)*, 24 giugno 2019, con nota di L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*. Per un'analisi incentrata sul confronto con la vicenda *Sea Watch* (sulla quale v. *infra*, cap. IV, par. 3.4), v. C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare – Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2020, 185-214.

⁹³ GIP Trapani, cit., 46.

⁹⁴ GIP Trapani, cit., 22-28. Vengono citate, in particolare, la Convenzione *SOLAS* del 1974 e la Convenzione *SAR* del 1979, come emendate nel 2004. Per una più dettagliata ricostruzione della disciplina internazionale sull'obbligo di trasferimento dei naufraghi in un porto sicuro, v. *infra*, cap. IV, par. 4.3.

⁹⁵ GIP Trapani, cit., 46.

⁹⁶ Si riporta un breve ma significativo stralcio dell'ampio rapporto: «*uomini e donne richiedenti asilo, rifugiati e migranti, inclusi i minori, sono sistematicamente sottoposti a tortura e ad altre forme di maltrattamento, compresi stupri e altre forme di violenza sessuale, lavoro forzato ed estorsione, o ne sono ad alto rischio, sia in strutture di detenzione ufficiali che non ufficiali. In detenzione sono state segnalate anche discriminazioni razziali e religiose. I detenuti non hanno possibilità di contestare la legalità della detenzione o del trattamento*» (GIP Trapani, cit., 59).

gittimità dell'ordine impartito dalle autorità libiche al comandante della *Vos Thalassa*, illegittimità a sua volta discendente dalla violazione dell'obbligo di sbarco in un porto sicuro e dal collegato divieto di *refoulement*⁹⁷. Né a diverse conclusioni, in ordine alla legittimità del respingimento verso la Libia, il GUP ritiene di poter giungere alla luce del c.d. memorandum d'intesa tra le autorità italiane e quelle di Tripoli⁹⁸, atto che considera privo di efficacia per diversi ordini di ragioni⁹⁹. In questi passaggi il giudice si premura altresì di precisare, in via meramente incidentale trattandosi di questione estranea al procedimento, che la condotta del comandante è da considerarsi penalmente irrilevante, non in quanto «giusta», bensì in quanto «semplicemente scusata», avendo egli agito «nella convinzione di eseguire un ordine legalmente dato»¹⁰⁰.

⁹⁷ La sentenza si sofferma ampiamente, in precedenti passaggi, sulle fonti del divieto di *refoulement* (cfr. GIP Trapani, cit., 32-38): vengono richiamate, in sintesi, l'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951; l'art. 3 Cedu e la relativa giurisprudenza di Strasburgo; gli artt. 4 e 19 della Carta dei diritti fondamentali UE e l'art. 21 della direttiva 2011/95/UE; nonché le pronunce nazionali e internazionali e le risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU da cui risulta il rango consuetudinario e cogente del principio.

⁹⁸ Si tratta, come illustra la motivazione, dell'accordo firmato il 2 febbraio 2017 dal Presidente del Consiglio Gentiloni e dall'allora Presidente del Governo di Riconciliazione Nazionale della Libia Serraj. Tale accordo stabiliva, quale soluzione alla questione dei flussi migratori irregolari lungo il Mediterraneo centrale, l'istituzione di campi di accoglienza dei migranti in attesa di rimpatrio, con finanziamento italiano ed europeo, nonché l'impegno italiano a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina. Una sintesi del memorandum, con alcuni stralci, sono riportati nella motivazione della pronuncia in esame alle pp. 31 e 44; nonché nella sentenza della Corte di cassazione (sulla quale v. *infra*), alle pp. 22 e 23.

⁹⁹ GIP Trapani, cit., 65-66. In sintesi, il giudice rileva i seguenti vizi: nullità ai sensi dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, per contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale, segnatamente il *non-refoulement*; violazione dell'art. 10, comma 1, Cost., secondo cui l'ordinamento italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, tra le quali, ancora, si annovera il *non-refoulement*; violazione dell'art. 80 Cost., in ragione dell'adozione dell'accordo bilaterale in forma semplificata, senza la previa autorizzazione parlamentare alla ratifica.

¹⁰⁰ GIP Trapani, *loc. ult. cit.* Correttamente, sul punto, attenta dottrina ha evidenziato che tale affermazione avrebbe dovuto indurre il Tribunale a trasmettere gli atti alla Procura ai fini della verifica in ordine all'eventuale responsabilità penale di chi aveva dato l'ordine illegittimo (così L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti*, cit., n. 6, al quale si rinvia anche per gli ulteriori sviluppi di questo tema). A proposito, invece, della responsabilità penale del comandante che autonomamente (o comunque sulla base delle istruzioni ricevute dalla società privata per cui opera) decida di trasferire i migranti soccorsi in un luogo non sicuro (nella specie, di nuovo, la Libia), si vedano le sentenze di condanna nei confronti del comandante della nave *Asso 28* per abbandono di minori o incapaci (art. 591 c.p.) e sbarco e abbandono arbitrario di persone (art. 1155 c.p.): GIP Napoli, 13 ottobre 2021 (dep. 30 dicembre 2021), sent. n. 1643, in *Sist. pen.*, 5 settembre 2022, con nota di C. PAGELLA, *Sulla*

Piuttosto sintetica è la disamina degli ulteriori requisiti della scriminate. Quanto alla non volontaria determinazione del pericolo (presupposto non espressamente contemplato dall'art. 52 c.p., ma, come è noto, ritenuto implicito dal diritto vivente), il giudice offre argomentazioni diverse per ciascuno dei due imputati: il primo proveniva da una zona ad alto rischio (Darfur) e dunque la sua decisione di emigrare non poteva considerarsi frutto di una scelta volontaria, bensì «*la spinta di una necessità impellente per salvare la propria vita*»¹⁰¹; non altrettanto poteva affermarsi rispetto al secondo imputato, proveniente dal Ghana, il quale tuttavia aveva agito «*anche in difesa di tutti gli altri migranti, alcuni dei quali migranti per necessità (per motivi umanitari)*»¹⁰².

Ancora, il giudice ritiene che il pericolo potesse considerarsi *attuale*, in forza del principio, rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'attualità del pericolo richiesta per la configurabilità della scriminante in esame «*implica un effettivo, preciso contegno del soggetto antagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetti come concreta e imminente*»¹⁰³.

Parimenti sussistenti vengono giudicati i requisiti della condotta difensiva: la necessità, essendo «*pacifico che – senza la reazione posta in essere dagli imputati e dagli altri (più di dieci non identificati) – tutti i migranti raccolti dalla nave sarebbero stati ricondotti in Libia. Né era ipotizzabile una diversa difesa del proprio diritto ad essere condotti in un POS*»¹⁰⁴; la proporzione, in quanto «*erano in gioco, da una parte, il diritto alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti disumani o di tortura, dall'altra, il diritto alla autodeterminazione dell'equipaggio, sicura-*

rilevanza penale dello sbarco su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali; App. Napoli, 10 novembre 2022 (dep. 1° febbraio 2023), n. 16696, *ivi*, 8 maggio 2023, con nota di ID., *Caso Asso 28: la Corte d'Appello di Napoli conferma la condanna per sbarco arbitrario e abbandono di minori o incapaci sulle coste libiche*, fasc. 5/2023, 199-201. Per un articolato commento ad entrambe le pronunce, corredato da considerazioni *de jure condendo* sull'opportunità di introdurre più incisive risposte penali ai respingimenti illegittimi, v. L. MASERA, *Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28 e il problema inedito della qualificazione penalistica dei respingimenti illegittimi*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2023, 1-19. In precedenza, con riferimento ai possibili profili di rilevanza penale dei respingimenti in mare, v. F. PALAZZO, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. "respingimenti" in alto mare)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. III, Jovene, 2011, 1655-1672.

¹⁰¹ GIP Trapani, cit., 67.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ GIP Trapani, cit., 68, citando Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2018, n. 48291, CED 274534.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

mente sacrificabile ex art. 52 c.p. di fronte alla prospettiva delle lesioni che sarebbero conseguite allo sbarco in territorio libico»¹⁰⁵.

La pronuncia assolutoria è stata tuttavia riformata dalla Corte d'appello di Palermo, che ha condannato entrambi gli imputati a tre anni e sei mesi di reclusione, oltre alla multa di 52 mila euro¹⁰⁶. L'esito del secondo grado di giudizio non è dipeso dal mancato riconoscimento di un diritto soggettivo al non respingimento, tema sul quale i giudici d'appello si sono limitati a mostrare delle generiche perplessità; bensì dal ritenuto difetto del requisito della non volontaria causazione del pericolo.

A quest'ultimo proposito, infatti, la sentenza osserva: «Nessun dubbio può serbarsi sul fatto che i migranti si siano posti in stato di pericolo volontariamente, sia avendo pianificato una traversata in condizioni di estremo pericolo, sia avendo poi chiesto i soccorsi al fine di essere recuperati da natanti di salvataggio [...]»¹⁰⁷. La Corte, quindi, riconduce l'autoesposizione al pericolo nell'ambito della strategia utilizzata dalle organizzazioni criminali dei trafficanti, e a suo avviso accettata dai migranti, secondo cui l'ingresso irregolare viene procurato mediante la creazione «artificiosa» di una situazione di necessità, volta a stimolare l'intervento dei soccorritori e la successiva conduzione dei naufraghi in Italia¹⁰⁸. Su queste premesse poggia la seguente conclusione: «non può

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ App. Palermo, 3 giugno 2020, n. 1525, in *Sist. pen.*, 21 luglio 2020. Tra i commenti, in larga maggioranza radicalmente critici, v. L. MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, loc. ult. cit.; F. CANCELLARO, *Caso Vos Thalassa: una discutibile pronuncia della Corte d'appello di Palermo sui rapporti tra legittima difesa e non-refoulement*, in *Annuario ADiM*, 2020, 731-738; M. STARITA, *Dovere di soccorso in mare, diritto internazionale e cause di esclusione dell'illiceità penale*, *ivi*, 706-713; A. NATALE, *Il caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice*, in *Quest. giust.*, 23 luglio 2020; F. PARISI, *Vos Thalassa. Viaggio di ritorno verso i campi di tortura libici, atti di resistenza e legittima difesa*, in *Foro it. online*, 17 settembre 2020. Per un commento adesivo, v. M. RONCO, *Migranti e legittima difesa: c'è un giudice a Palermo!*, in *Centro studi Livatino*, 19 agosto 2020.

¹⁰⁷ App. Palermo, cit., 6. Il passaggio è stato oggetto di critica (poi, come vedremo, ripresa dalla Corte di cassazione) da parte di attenta dottrina, che ha messo in luce la sottesa confusione tra il pericolo di naufragio e il pericolo di respingimento (così L. MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio*, cit., n. 5.1). Si è inoltre osservato che, fermo restando l'errore concettuale in cui sono incorsi i giudici d'appello, in ogni caso «nel diritto internazionale la circostanza che il naufragio abbia contribuito a creare o abbia accettato la situazione di pericolo in cui si trova non costituisce un presupposto di applicabilità del dovere di soccorso. Tale dovere scatta per il solo fatto che sia in pericolo la vita.» (M. STARITA, *Dovere di soccorso in mare*, cit., 712).

¹⁰⁸ Si riporta il passaggio rilevante per esteso: «Venne dunque posta in essere una condotta

in alcun modo ritenersi applicabile la scriminante della legittima difesa, in quanto le azioni violente e minacciose [...] non sono state poste in essere per la necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo di un'offesa ingiusta, bensì come atto finale di una condotta delittuosa, studiata in anticipo e che correva il rischio (per i migranti) di non essere portata a termine a causa dall'adempimento da parte della Vos Thalassa di un ordine impartito da uno stato sovrano che aveva la competenza sulla zona SAR ove vennero messi in atto i soccorsi»¹⁰⁹.

Ad avviso del collegio, la pronuncia di primo grado avrebbe negato la volontaria creazione del pericolo riconducendo la decisione dei migranti di mettersi in viaggio ad una sorta di stato di necessità, a sua volta basato sulle condizioni di vita in territorio libico ovvero nei Paesi d'origine. «*Sembrerebbe trovarsi – osserva al riguardo la Corte – davanti ad una serie di cause di giustificazione operanti a catena, che francamente fanno trasparire più un approccio ideologico alla soluzione della vicenda in punto di diritto, che non una serena analisi degli istituti giuridici che vengono in rilievo»¹¹⁰. Cosa intendano per «*approccio ideologico*», i giudici palermitani lo chiariscono meglio nell'immediato prosieguito della motivazione, tracciando quella che a loro avviso deve essere la soglia*

*da parte dell'organizzazione criminale che organizzò il viaggio, pienamente accettata dai migranti, per cui venne creata artificiosamente una situazione di necessità (la partenza su un barcone in legno stipato di persone e chiaramente inadatto alla traversata del Canale di Sicilia) atta a stimolare un intervento di supporto, che conducesse all'approdo dei clandestini ed al perseguimento del fine dell'organizzazione criminale; e, dunque, ad assicurare lo sbarco dei migranti in suolo italiano. In sostanza, l'azione di salvataggio cui procedette in prima battuta l'equipaggio del rimorchiatore Vos Thalassa, non può essere considerata isolatamente rispetto alla condotta pregressa, che volutamente ha creato lo stato di necessità, proprio perché si tratta di una condizione di pericolo intenzionalmente causata dai trafficanti e dai migranti, che si collega alla ragionevole speranza che questi ultimi fossero condotti sulle coste europee, sotto la protezione dell'azione di salvataggio» (p. 7). Per alcune incisive critiche a queste affermazioni, v. L. MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio*, cit., n. 5.2.*

¹⁰⁹ App. Palermo, cit., 7.

¹¹⁰ App. Palermo, cit., 8. *Contra*, F. CANCELLARO, *Caso Vos Thalassa*, cit., 735, la quale contesta la ricostruzione in termini di "catena di cause di giustificazione" osservando che la condotta tenuta dai migranti nella fase precedente alla reazione aggressiva nei confronti dell'equipaggio non integrava alcun reato: né quello di cui all'art. 12 t.u. imm., in assenza di concorso con i trafficanti o di altre condotte idonee a procurare l'ingresso dei compagni di viaggio; né quello di cui all'art. 10-bis t.u. imm., non foss'altro perché quest'ultimo, avendo natura contravvenzionale, non è configurabile in forma di tentativo. A proposito dell'approccio ideologico che la Corte d'appello rimprovera al giudice di prime cure, un altro commentatore ha osservato come siano piuttosto gli argomenti formulati dai giudici del gravame a tradire, quanto meno, delle «*precomprensioni*» della vicenda, segnatamente con riguardo all'asserita strumentalizzazione dei soccorsi in mare per raggiungere il suolo europeo (così A. NATALE, *Il caso Vos Thalassa*, cit., n. 4).

invalicabile tra esercizio della giurisdizione, da un lato, e controllo dei flussi migratori da parte di Stati sovrani come l'Italia e la Libia, dall'altro lato: «*non può essere un giudice di merito, che ha il delicato compito di amministrare giustizia e di fare rispettare le regole dell'ordinamento, a creare scorciatoie, anche pericolose, ritenendo scriminati in partenza comportamenti anche dotati di grande disvalore penale, quali quelli di resistenza, ai limiti dell'ammutinamento, avvenuti a bordo della Vos Thalassa. Perché, a tutto seguire l'impostazione data dal GUP, chiunque potrebbe partire dalle coste libiche con un barcone e farsi trasportare a bordo di una unità italiana, sicuro di potere minacciare impunemente l'equipaggio della nave, qualora questo dovesse obbedire ad un ordine impartito dalla Guardia Costiera di uno stato, che piaccia o no, è riconosciuto internazionalmente*»¹¹¹.

6.2.2. La sentenza della Corte di cassazione: le questioni risolte e quelle rimaste aperte.

La sentenza di condanna resa dai giudici palermitani è stata annullata senza rinvio dalla Corte di cassazione¹¹². Le censure formulate dagli

¹¹¹ App. Palermo, cit., 8. In senso adesivo, in sede di commento, M. RONCO, *Migranti e legittima difesa*, cit., il quale, dopo avere sottolineato la «perfezione giuridica della sentenza», che a suo avviso avrebbe «*mirabilmente*» risolto la questione, osserva: «*grazie al favoreggiamento sistematico delle ONG e al terrore indotto dagli scafisti negli equipaggi delle navi estranee al sistema ONG, le regole internazionali previste per l'allocatione dei migranti – una piccolissima parte soltanto di costoro, peraltro, avrebbe diritto al riconoscimento dello status di rifugiato – sono completamente frustrate. La sovranità italiana e le sue leggi sono irrisolte [...]*». *Contra*, F. CANCELLARO, *Caso Vos Thalassa*, cit., 736 s., secondo cui «*il diritto al non refoulement non protegge le aspirazioni migratorie coltivate dagli individui, bensì rappresenta un diritto soggettivo pacificamente riconosciuto a livello nazionale (art. 19 t.u. imm.) e sovranazionale (art. 4 e 19 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 3 Cedu e art. 4 Cedu [...]). In quanto tale, il non refoulement rappresenta il "diritto proprio o altrui" che la causa di giustificazione di cui all'art. 52 c.p. è finalizzata a tutelare e che nel caso di specie risultava esposto a un "pericolo attuale"*»; nello stesso senso A. NATALE, *Il caso Vos Thalassa*, loc. cit., il quale osserva che il GUP «*non aveva tentato di raddrizzare il legno storto della storia, né di correggere per via giudiziaria le ingiustizie dell'economia globale. Il giudice di primo grado si era limitato a ritenere dimostrato, valutando specifici elementi di prova, che – ove respinti in Libia – i diritti fondamentali dei migranti sarebbero stati probabilmente esposti a rischio di significativa lesione; e ha ritenuto che – tenendo le condotte contestate – gli imputati intendevano scongiurare proprio la concretizzazione di quel rischio. Quella – e non altre (individuate dalla Corte di appello) – era la ragione per cui i naufraghi hanno minacciato e stratonato i marinai della Vos Thalassa*».

¹¹² Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 15869, Tijani e altro, in *Sist. pen.*, 28 luglio 2022, con nota di L. MASERA, *La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia*; in *Foro it.*, 2022, II, 485-500, con nota

ermellini si collocano nella cornice di un più generale vizio di fondo riscontrato nella pronuncia impugnata, vale a dire la violazione dell'obbligo di motivazione rafforzata per la riforma della sentenza assolutoria di primo grado¹¹³. Così, dopo avere riscontrato, a fronte della solidità delle motivazioni rese dal giudice per l'udienza preliminare, le gravi lacune della pronuncia d'appello, la Corte di cassazione ha annullato la condanna senza rinvio perché «il fatto non sussiste».

Ad avviso del collegio, quando afferma che gli imputati erano in qualche modo collusi con i trafficanti ed avevano contribuito a creare artificiosamente la situazione di pericolo, la Corte d'appello non solo valorizza un tema probatorio non devoluto dal pubblico ministero, ma nemmeno chiarisce sulla base di quali circostanze di fatto abbia ritenuto dimostrato l'assunto, facendone la base per la riforma della sentenza di assoluzione.

Oltre che meramente assertivo – prosegue la Corte – il ragionamento offerto dalla sentenza d'appello incorre in una evidente confusione tra il pericolo *di naufragio* e il pericolo *di respingimento* in Libia: i giudici palermitani si concentrano infatti esclusivamente sul primo (che peraltro, al momento dei fatti, era già cessato proprio grazie all'intervento della *Vos Thalassa*), quando invece l'accertamento della legittima difesa riguardava esclusivamente il secondo, ossia il pericolo attivato dalla decisione dell'equipaggio di eseguire l'ordine di consegna dei migranti alla guardia costiera libica, per evitare il quale furono posti in essere i contegni aggressivi rimproverati agli imputati¹¹⁴. Si tratta di un passaggio che, in un certo senso, anticipa quanto esamineremo più nel dettaglio nel prossimo capitolo, ossia che la conduzione dei naufraghi in un porto *sicuro* è parte integrante del dovere di soccorso in mare che grava sul comandante di ogni nave, sia essa governativa o privata.

Il passaggio è importante non solo per ciò che afferma, ma anche

di F. PARISI, *Sul caso Vos Thalassa. La Cassazione afferma la configurabilità della legittima difesa per i migranti soccorsi in mare che si oppongono con violenza allo sbarco in Libia*, 504-510.

¹¹³ Secondo la Cassazione, infatti, «la Corte d'appello non [ba] sostanzialmente affrontato e risolto nessuno dei temi e dei punti a lei devoluti [...] essendosi limitata a mostrare dubbi e perplessità – in realtà non esplicitati – sia sulla ricostruzione giuridica recepita dal Tribunale, sia su quella portata alla sua cognizione da parte del Pubblico ministero appellante» (p. 13).

¹¹⁴ Con le parole della Suprema Corte: «[...] ciò che rileva nel caso in esame non è il pericolo di naufragio, cioè il pericolo derivante da una situazione che, al momento in cui la condotta fu compiuta, aveva cessato di essere attuale per effetto dei soccorsi, quanto, piuttosto, la diversa situazione di pericolo derivante dal respingimento verso la Libia, per evitare la quale gli imputati tennero i contegni aggressivi a loro rimproverati» (p. 16).

per ciò che *non* dice, e in particolare per l'assenza di riferimenti all'argomento della volontaria accettazione dei pericoli connessi alle migrazioni irregolari, incluso il pericolo di subire trattamenti inumani e degradanti. Come visto in precedenza, infatti, uno degli argomenti talvolta utilizzati per negare lo stato di necessità in capo ai migranti-scafisti che affermano di essere stati *costretti* a condurre l'imbarcazione è proprio che il pericolo di subire violenze e minacce sarebbe stato da loro volontariamente creato (o quanto meno accettato) al momento della decisione di intraprendere il viaggio clandestino verso l'Europa (v. *supra*, par. 6.1.3). Il ragionamento risulta fallace per le ragioni già illustrate nella stessa sede, alle quali si rinvia, e proprio in quest'ottica appare significativo sottolineare come anche la Suprema Corte non l'abbia avallato, malgrado la sua centralità nella motivazione d'appello.

La sentenza prosegue osservando che i giudici del gravame non hanno nemmeno affrontato compiutamente il tema del diritto soggettivo a non essere respinti in Libia. La Corte si preoccupa allora di chiarire – non prima di averne ricordata la natura consuetudinaria¹¹⁵ e di averne altresì indicate le fonti pattizie¹¹⁶ – i contenuti, la natura e la portata del *non-refoulement*, giungendo a definirlo «*diritto funzionale a prevenire qualsiasi respingimento, di chiunque si trovi in una determinata situazione oggettiva, verso un Paese in cui la sua vita o la sua libertà siano a rischio, a prescindere dal fatto che lo status di rifugiato della persona interessata – ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra – sia stato o meno ufficialmente riconosciuto*»¹¹⁷.

¹¹⁵Viene in particolare riportata la nota dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati sulla protezione internazionale del 13 settembre 2001, che definisce il *non-refoulement* «*complemento logico del diritto di chiedere asilo*» e, soprattutto, ne ricorda la natura di «*norma di diritto internazionale consuetudinario vincolante per tutti gli Stati*», «*applicabile ai rifugiati indipendentemente dal loro riconoscimento ufficiale, il che comprende evidentemente i richiedenti asilo il cui status non è stato ancora determinato*».

¹¹⁶Tra l'altro, l'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati («*Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, 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*»); nonché la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla luce della quale si evince che il divieto in esame, in quanto discendente dall'art. 3 della Convenzione, ha carattere assoluto (sent. *Soering c. Regno Unito*, 1989; *Saadi c. Italia*, 2008). Per ulteriori dettagli si rinvia all'ampia motivazione della pronuncia di legittimità in esame (pp. 16-22).

¹¹⁷Cass. pen., cit., 17. Sui rapporti tra sovranità statale, divieto di *refoulement* e diritto dei soccorsi in mare, v. I. PAPANICOLOPULU, G. BAJ, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Dir. imm. citt.*, n. 4, 2020, 23-

In questi passaggi la sentenza chiarisce una questione rispetto alla quale il giudice di prime cure aveva mantenuto una certa ambiguità, ossia se i diritti difesi dai migranti-imputati fossero quelli *finali* alla vita e all'integrità fisica, ovvero quello *strumentale* a non essere respinti. I giudici di legittimità propendono chiaramente per quest'ultima soluzione, che peraltro, a ben vedere, era l'unica possibile, per due ragioni rimaste implicite nella motivazione ma che può essere opportuno evidenziare: da un lato, la legittima difesa scrimina la condotta diretta contro l'aggressore del diritto che si intende difendere, ed è evidente che nel caso di specie il comandante non stava immediatamente offendendo la vita e l'integrità fisica dei migranti, bensì il loro diritto a non essere respinti; dall'altro lato, nel momento in cui gli imputati hanno agito, l'unico pericolo davvero «attuale», in quanto imminente, era quello del respingimento, non quello per i beni giuridici finali, destinato a materializzarsi soltanto al momento della consegna alla guardia costiera libica¹¹⁸.

Tornando alla motivazione, il collegio di legittimità si premura di precisare alcuni ulteriori elementi attinenti al campo di applicazione del *non-refoulement*: con riferimento all'oggetto del divieto, vi ricadono azioni quali «*il rigetto alle frontiere, l'intercettazione e il respingimento indiretto, che si tratti di un individuo in cerca di asilo o di un afflusso massiccio*»¹¹⁹; con riferimento alla sua estensione nello spazio, esso si applica anche nelle zone extraterritoriali in cui lo Stato esercita la propria giurisdizione, secondo i principi di cui alla nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012 (relativa proprio ad un respingimento in Libia), fermo restando che in ogni caso una nave in alto mare è soggetta alla giurisdizione dello Stato di cui batte bandiera (quella italiana, nel caso di specie).

Poste queste premesse, la Corte si chiede se, al momento dei fatti oggetto del procedimento, la Libia potesse essere considerato un luogo non sicuro, con conseguente divieto di respingimento verso il suo territorio, nel senso poc'anzi chiarito. A tale proposito la Corte richiama le attendibili informazioni raccolte dal giudice di prime cure mediante il parere reso dall'*UNHCR*, che non lascia dubbi in merito alla persisten-

50; S. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement And the De-Territorialization of Border Control at Sea*, in *Leid. Jour. Int. L.*, 2014, 3, 661-675.

¹¹⁸ Sulle ragioni ostative all'estensione del concetto di "attualità" anche alle ipotesi in cui, pur non essendo ancora il pericolo imminente, siano già in movimento i fattori in grado di condurre al risultato lesivo, v. F. VIGANÒ, *Art. 52*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., 890.

¹¹⁹ *Ibidem*.

za di violenze e abusi nei confronti dei migranti irregolari in territorio libico. Del tutto irrilevante, al riguardo, è invece da considerarsi la stipula del memorandum italo-libico: anche senza impegnarsi, come aveva fatto il GUP, nella dimostrazione della sua inefficacia, il punto – osserva la Corte – è che il suo contenuto, ossia i termini della cooperazione interstatale, non può in alcun modo modificare la conclusione *di fatto* secondo cui «*la Libia nel luglio 2018 non era un luogo sicuro e il respingimento, dunque, non poteva essere disposto ed eseguito*»¹²⁰. A fronte, dunque, di una situazione di oggettivo pericolo, «*materializzatasi a seguito dell'ordine di respingimento collettivo dei migranti verso la Libia*», la sentenza d'appello risulta censurabile in quanto è rimasta «*silente sul perché, diversamente da quanto aveva ritenuto il Tribunale, le persone migranti non avessero il diritto di opporsi a quella situazione, di far valere i propri diritti fondamentali, di reagire difendendosi rispetto ad un respingimento che esponeva loro al rischio concreto di trattamenti inumani [...] ma dovessero restare "fermi", inerti, e accettare di tornare in Libia con il rischio di subire torture o comportamenti inumani*»¹²¹.

La questione relativa alla sussistenza del pericolo per i beni finali della vita e dell'integrità fisica riemerge dunque, in questi passaggi, sotto un'altra veste, ossia *sub specie* di presupposto di operatività del divieto di *refoulement*. Anche in questo caso la pronuncia è coerente con le proprie premesse: ravvisato il fondamento di tale principio nelle norme internazionali che vietano il respingimento verso Paesi dove le persone corrono il rischio di essere uccise o di subire torture o trattamenti inumani o degradanti, è giocoforza che venga in rilievo la verifica in ordine all'effettiva sussistenza di tali condizioni nel territorio verso il quale la *Vos Thalassa* era diretta.

Gli ultimi passaggi della sentenza in esame riguardano i presupposti della necessità e della proporzione della reazione difensiva, con riferimento ai quali la Corte di cassazione si limita in sostanza a richiamare le argomentazioni del giudice di prime cure. La motivazione *per relationem* non solleva problemi con riferimento al requisito della necessità: in effetti, come aveva osservato il giudice trapanese, la reazione difensiva realizzata dai ricorrenti era l'unica soluzione disponibile, in quelle particolari condizioni, per neutralizzare il pericolo¹²². Meno ap-

¹²⁰ Cass. pen., cit., 23.

¹²¹ Cass. pen., cit., 24.

¹²² La sola alternativa possibile, aggiunge icasticamente la Cassazione, sarebbe stata gettarsi in mare e annegare. A tale proposito, è quasi superfluo ricordare, in linea con la posizione di autorevole manualistica, che non può essere considerata un'alternativa validamente

pagante, invece, è il richiamo alla motivazione resa dal GUP in punto di proporzionalità¹²³. Come si ricorderà, infatti, quest'ultimo aveva ritenuto che «*il diritto alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti disumani o di tortura*» giustificasse il sacrificio del «*diritto alla autodeterminazione dell'equipaggio*». In questo modo, tuttavia, per un verso aveva introdotto nel giudizio di proporzionalità i diritti “finali” alla vita e all'integrità fisica (anziché il diritto strumentale al non respingimento), e per altro verso aveva ommesso introdurvi il contro-interesse all'integrità delle frontiere italiane (pure minacciato, insieme alla libertà di autodeterminazione, dalle condotte degli imputati). Intendiamoci: l'esito del giudizio non sarebbe verosimilmente cambiato modificandone i relativi termini, ossia bilanciando il diritto a non essere respinti con la libertà di autodeterminazione e l'integrità delle frontiere. Ciò in quanto, come è noto, la proporzionalità non richiede né la prevalenza né l'equivalenza del bene difeso rispetto a quello sacrificato; è infatti sufficiente che, tra i due beni, non vi sia un divario eccessivo¹²⁴. Conclusione quest'ultima che può senz'altro predicarsi nel giudizio in esame, tenuto conto dell'elevato rango che il sistema delle fonti sovranazionali assegna al *non refoulement*. Ciò non toglie che, in ragione della funzione nomofilattica della Suprema Corte, e della rilevanza del precedente in esame per eventuali casi futuri, sarebbe forse stato opportuno correggere, su questi aspetti, quanto statuito dal GUP.

7. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine.

L'esame della casistica in materia di favoreggiamento dell'ingresso di richiedenti asilo, di propri famigliari ovvero di altri stranieri irregolari con i quali si condivide il medesimo percorso, ha confermato quanto era

percorribile (e come tale escludente il requisito della necessità) quella che espone il soggetto a pericoli ulteriori per la sua integrità fisica: cfr., F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 278; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 351; sul carattere “relativo” del giudizio di necessità-evitabilità, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 303 s.

¹²³ Di diverso avviso, se abbiamo correttamente inteso, F. PARISI, *Sul caso Vos Thalassa*, cit., 509 s., che aderisce, sul punto, all'impostazione adottata dalla Corte di cassazione.

¹²⁴ Sul punto v. ancora F. VIGANÒ, *Art. 52*, cit., 910, il quale giustifica tale conclusione osservando che «*la ratio della scriminante non riposa sul principio dell'interesse prevalente (o equivalente), bensì sul principio di autotutela dell'interesse ingiustamente aggredito: principio rispetto al quale la proporzione opera come mero limite di tollerabilità etico-sociale*».

già stato possibile ipotizzare alla luce della struttura dell'art. 12 t.u. imm., ossia che ci troviamo dinanzi ad un reato contrassegnato da una estrema *povertà selettiva*. Un reato pensato, almeno originariamente, per colpire il traffico di migranti, ma plasmato in maniera tale da attrarre nella propria area di applicazione qualunque contributo causale all'ingresso di stranieri *sans papiers*, offrendo al contempo una veste giuridica alle narrazioni tendenti a descrivere tali contributi causali, indistintamente, come condotte *criminali*¹²⁵.

Le innegabili proprietà sovra-criminalizzanti dell'art. 12 t.u. imm. risultano, ad oggi, solo in parte arginate dai pur notevoli sforzi ermeneutici compiuti dalla giurisprudenza, tanto sul terreno della tipicità, quanto su quello dell'antigiuridicità. Si consideri, anzitutto, che anche laddove l'interpretazione restrittiva della fattispecie, o viceversa quella estensiva di cause esimenti, conducano a esiti assolutori o ancora prima all'archiviazione, si tratta, comunque, di sbocchi tutt'altro che scontati e in ogni caso filtrati dal procedimento penale (e dunque non immuni dalla componente "sanzionatoria" che lo caratterizza). In secondo luogo, restano aperte questioni cruciali come la criminalizzazione dell'aiuto prestato ai richiedenti asilo che non abbiano ottenuto lo status di rifugiati; ai famigliari diversi dai figli minori o dai soggetti equiparabili per ragioni di affidamento; ai migranti coinvolti nel medesimo tragitto al di fuori dei casi di respingimento illegittimo. Rispetto a ciascuna di tali questioni aperte si è tentato, nelle pagine precedenti, di spingere la riflessione oltre ai confini attualmente raggiunti dalla prassi giurisprudenziale, prospettando soluzioni sia *de jure condito*, ispirate ad un più rigoroso accertamento della responsabilità penale, anche alla luce dei principi ricavabili da altri rami dell'ordinamento e dal diritto sovranazionale; sia *de jure condendo, in primis* la riscrittura della scriminante umanitaria.

Proprio la necessità di ricercare soluzioni sperimentali, ovvero di elaborare proposte di riforma, dimostrano peraltro come l'attuale assetto della disciplina sul favoreggiamento dell'ingresso irregolare sia ancora lontano dal risultare soddisfacente.

Considerazioni analoghe possono essere formulate sul terreno del *quantum* sanzionatorio. È risultato evidente, infatti, che la natura бага-

¹²⁵ Per un'originale analisi della non neutralità del linguaggio utilizzato per descrivere le vicende di favoreggiamento, con particolare riferimento a due comunicati stampa della magistratura inquirente aventi ad oggetto altrettante vicende di risonanza mediatica (il caso del Sindaco Lucano e della motonave *Sea Watch 3*), v. A. DI MARTINO, *Strategie comunicative di indagini penali per agevolazione della migrazione irregolare*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2019, 1-18.

tellare impropria della norma incriminatrice, ontologicamente foriera di sperequazioni punitive, non risulta compensata né dal sistema delle aggravanti speciali di cui all'art. 12, commi 3 e 3-*bis*, le quali anzi risultano applicabili anche a situazioni di scarso disvalore; né da un'attenta valorizzazione delle attenuanti codicistiche, come quella dei motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, n. 1, c.p.) o del contributo di minima importanza in caso di concorso di persone (art. 114 c.p.).

Alla luce di queste constatazioni, sorge spontaneo interrogarsi se l'origine del problema della sovra-criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare possa essere individuata su un terreno diverso da quello dell'*esegesi* della norma incriminatrice ovvero dell'*opportunità* delle scelte politiche ad essa sottese: il terreno, cioè, della *legittimità* dell'incriminazione e delle relative pene. Il tema è estremamente complesso, anche perché chiama in gioco gli obblighi di incriminazione europei di cui al *Facilitators Package*. Ad esso sarà pertanto dedicato l'intero capitolo quinto. Non prima, però, di avere esaminato nel dettaglio il settore nel quale, attualmente, con maggiore evidenza si manifestano gli effetti sovra-criminalizzanti dell'art. 12 t.u. imm.: quello dei soccorsi in mare.

LA CRIMINALIZZAZIONE DELLE ATTIVITÀ DI RICERCA E SOCCORSO IN MARE DI MIGRANTI IRREGOLARI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Soccorsi pubblici e soccorsi privati nella cornice della lotta allo *smuggling of migrants* lungo il Mediterraneo centrale. – 3. La casistica sui soccorritori accusati di favoreggiamento dell'ingresso irregolare e di altri reati connessi al trasporto di naufraghi-migranti sul suolo italiano. – 3.1. Il precedente *Cap Anamur* (2010). – 3.2. La nuova stagione del contrasto alle attività delle ONG (2017-2023): il c.d. caso *Iuventa*. – 3.3. Il caso *Open Arms*. – 3.4. Il caso *Sea Watch* (Carola Rackete). – 3.5. Sguardo d'insieme alla casistica esaminata. – 4. Profili di diritto internazionale dei soccorsi in mare. – 4.1. La situazione di *distress*. – 4.2. Gli attori privati dei soccorsi in mare: tra facoltà di ricerca e doveri di salvataggio. – 4.3. L'individuazione di un *place of safety* (PoS) e lo sbarco. – 5. Favoreggiamento dell'ingresso irregolare via mare e scriminanti: adempimento del dovere di soccorso. – 5.1. Considerazioni preliminari sulla diretta applicabilità al comandante della disciplina internazionale in materia di soccorsi in mare. – 5.2. I criteri di risoluzione del conflitto di doveri. – 5.3. L'estendibilità dello schema a illeciti (penali e amministrativi) diversi dal favoreggiamento dell'ingresso irregolare. – 6. (*Segue*): esercizio di un diritto. – 7. (*Segue*): stato di necessità. – 8. (*Segue*): legittima difesa. – 9. Una proposta alternativa: l'esclusione della tipicità del favoreggiamento dell'ingresso irregolare in caso di soccorso in mare. – 10. Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine.

1. *Introduzione*.

Lo stretto collegamento tra i flussi migratori irregolari via mare e il contrasto al traffico di migranti è emerso sin dalla genesi della disciplina oggetto del presente studio. Come si ricorderà, infatti, una spinta decisiva per l'avvio dei negoziati internazionali sfociati nell'adozione della Convenzione sulla criminalità transnazionale e dei relativi Protocolli, incluso quello sul contrasto allo *smuggling of migrants*, venne dalla drammatica vicenda della nave *Golden Venture*, rimasta incagliata

nei pressi di New York il 6 giugno 1993, a bordo della quale viaggiavano, in condizioni disumane, quasi trecento migranti, che un'organizzazione criminale cinese stava tentando di introdurre illegalmente negli Stati Uniti. Ancora oggi il fenomeno dei c.d. *boat migrants*, oltre a rappresentare, nell'immaginario collettivo, uno degli archetipi dei flussi migratori irregolari di massa, costituisce un imprescindibile banco di prova dell'efficacia delle discipline anti-*smuggling* e della loro capacità di contemperare la protezione delle frontiere con il più alto livello possibile di tutela dei diritti tipicamente minacciati dalla traversata clandestina di un braccio di mare, ossia la vita e l'integrità fisica¹.

Nella specifica prospettiva della presente indagine, le migrazioni irregolari via mare offrono, come anticipato nel precedente capitolo, un ulteriore punto di osservazione della natura ancipite dell'art. 12, comma 1, t.u. imm.: norma da un lato potenzialmente capace di colpire le condotte dei trafficanti veri e propri, che alimentano il mercato nero della mobilità vendendo pericolose traversate del Mediterraneo; dall'altro lato, suscettibile di attrarre nel proprio ambito di applicazione anche le operazioni di ricerca e soccorso di migranti irregolari rintracciati nel medesimo specchio d'acqua, ogniquale volta tali operazioni si concludano con lo sbarco in un porto italiano.

Premessi alcuni cenni, in funzione di ambientamento, al contesto nel quale si colloca l'indagine (par. 2), il presente capitolo si articola in tre parti. La prima è dedicata all'esame di alcune vicende giudiziarie che, in ragione delle loro caratteristiche concrete e dei quesiti giuridici sollevati, possono considerarsi paradigmatiche del problema della c.d. criminalizzazione dei soccorritori di migranti in mare (par. 3). La seconda parte ricostruisce i tratti essenziali della disciplina in materia di ricerca e soccorso in mare, come vedremo principalmente dettata da strumenti di diritto internazionale (par. 4). La terza ed ultima parte esamina le ricadute penalistiche del dovere di soccorso in mare gravante sui comandanti delle navi, allo scopo di valutare, anche alla luce degli arresti giurisprudenziali finora intervenuti, se, e sulla base di quali argomenti, l'adempimento di tale dovere comporti l'esclusione di eventuali profili di responsabilità, a titolo di favoreggiamento dell'ingresso irregolare o di altre figure di illecito *prima facie*

¹ Secondo i dati dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, dal 2014 a metà del 2023 risultano dispersi, soltanto lungo la rotta del Mediterraneo Centrale, oltre 22 mila migranti. Nell'arco temporale compreso tra il 2017 (anno a partire dal quale, come vedremo, vengono avviati i primi procedimenti penali nei confronti dei membri di ONG impegnate in attività di ricerca e soccorso in mare) e settembre 2023, il numero dei dispersi supera le 11 mila unità (IOM, *Missing Migrants Project*, in missingmigrants.iom.int).

rilevanti, per il trasporto di naufraghi *sans papiers* nei porti italiani (parr. dal 5 al 9).

2. *Soccorsi pubblici e soccorsi privati nella cornice della lotta allo smuggling of migrants lungo il Mediterraneo centrale.*

L'attuale contesto del bacino Mediterraneo si presta particolarmente all'obiettivo, poc'anzi prefissato, di esaminare in che modo una disciplina penale anti-*smuggling* configurata come quella italiana (sulla base, come ampiamente visto, di puntuali obblighi di incriminazione europei) finisca per intercettare, oltre ai membri dei gruppi criminali che organizzano la traversata clandestina, anche (e paradossalmente, soprattutto) gli eventuali soccorritori dei *boat migrants* trovati in condizioni di pericolo. Mentre infatti gli *smugglers* veri e propri, in particolare coloro che rivestono posizioni verticistiche o comunque direttive, raramente prendono fisicamente parte alla navigazione, delegando tutt'al più il compito agli "scafisti"², i soccorritori sono destinati, per definizione, ad entrare in contatto con le autorità dei Paesi, come l'Italia, dove avviene lo sbarco dei migranti tratti in salvo.

A tale riguardo giova subito precisare che, sebbene il diritto internazionale del mare, e più specificamente le convenzioni aventi ad oggetto le attività di ricerca e soccorso³, prevedano a carico degli Stati co-

² L'accertamento della responsabilità dei c.d. scafisti, specialmente quando si tratta di migranti irregolari incaricati dai trafficanti di condurre l'imbarcazione o svolgere altre mansioni a bordo, solleva specifiche problematiche che sono già state oggetto di trattazione (v. *supra*, cap. III, par. 6.1).

³ Di seguito si riportano i riferimenti essenziali alle rilevanti convenzioni internazionali, che verranno a più riprese richiamate nel corso della trattazione:

1) *Convention for Safety of Life at Sea* (Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare), c.d. SOLAS, stipulata a Londra il 1° novembre 1974 (1184 UNTS 3), entrata in vigore sul piano internazionale il 25 maggio 1980, e successive modifiche. Tale convenzione è stata ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 23 maggio 1980, n. 313.

2) *International Convention on Maritime Search and Rescue* (Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo), c.d. SAR, stipulata ad Amburgo il 27 aprile 1979 (1405 UNTS 109), entrata in vigore sul piano internazionale il 22 giugno 1985, e successive modifiche. Tale convenzione è stata ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 3 aprile 1989, n. 147, successivamente integrata dal regolamento di attuazione di cui al d.P.R. 28 settembre 1994, n. 662.

3) *International Convention on Salvage* (Convenzione internazionale sul salvataggio), c.d. Salvage, adottata a Londra il 28 aprile 1989 (1953 UNTS 165), entrata in vigore sul piano

stieri l'obbligo di creare, operare e mantenere servizi permanenti in grado di offrire pronta assistenza in caso di naufragio o di altre situazioni di pericolo⁴ (servizi sui quali ricade, come vedremo meglio *infra*, la responsabilità primaria per il coordinamento dei soccorsi nella rispettiva regione SAR), è fisiologico che la maggior parte dei salvataggi venga materialmente realizzata da imbarcazioni private, assai più numerose di quelle governative⁵ e a loro volta gravate dall'obbligo di soccorso ogniqualvolta vengano raggiunte da una notizia di *distress*⁶. Anche in queste ultime, e più frequenti, ipotesi, gli Stati sono chiamati a cooperare, attraverso i rispettivi Centri di Coordinamento del Soccorso Marittimo (*Maritime Rescue Coordination Centers* o MRCC)⁷, affinché

internazionale il 14 luglio 1996. Tale convenzione è stata ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 12 aprile 1995, n. 129.

4) *United Nations Convention on the Law of the Sea* (Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare), c.d. UNCLOS, stipulata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, entrata in vigore sul piano internazionale il 16 novembre 1994 (1833 UNTS 3). Tale convenzione è stata ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689.

⁴ L'obbligo in parola è fissato dall'art. 98, par. 2 UNCLOS e dal Capitolo 2 della Convenzione SAR (per i riferimenti completi a tali convenzioni, v. nota precedente). Sul passaggio dal regime della responsabilità dei soli comandanti (all'inizio del XX secolo), al regime attuale, maturato a partire dal secondo dopoguerra, di responsabilità *condivisa* tra comandanti e Stati (di bandiera e poi anche costieri), v. F. DE VITTOR, M. STARITA, *Distributing responsibility between shipmasters and the different States involved in SAR disasters*, in *It. Year. Int. Law Onl.*, n. 1, 2019, 78-82.

⁵ Così F. DE VITTOR, M. STARITA, *Distributing responsibility*, cit., 77: «*the common interest of humankind to save people at sea is predominantly performed through the action of private vessels [...] exceeding by far the number of State-owned ships [...]*».

⁶ Anzitutto, ai sensi dell'art. 98, par. 1, UNCLOS, «*Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo [...]*» (trad. it. allegata alla legge di ratifica n. 689/1994). In secondo luogo, come emergerà a più riprese nel prosieguo, la disciplina internazionale prevede obblighi di soccorso direttamente rivolti ai comandanti delle navi (v. in particolare *infra*, par. 4.2).

⁷ Si tratta di organismi permanenti che gli Stati sono obbligati ad istituire al fine di organizzare, gestire e coordinare le attività di ricerca e soccorso in mare, primariamente nelle rispettive regioni SAR (Convenzione SAR, allegato, parr. 2.3 e 2.6). Per l'attuazione di tali previsioni in Italia, v. l'art. 3 del citato d.P.R. 28 settembre 1994: «a) il Comando generale del Corpo delle capitanerie di porto è l'organismo nazionale che assicura il coordinamento generale dei servizi di soccorso marittimo (*I.M.R.C.C. – Italian Maritime Rescue Coordination Center*); b) le direzioni marittime costituiscono i centri secondari di soccorso marittimo (*M.R.S.C. – Maritime Rescue Sub Center*); c) i comandi di porto costituiscono le unità costiere di guardia; d) le unità navali e gli aeromobili del servizio di guardia costiera del Corpo delle capitanerie di porto, appositamente allestiti, costituiscono le unità di soccorso marittimo».

i comandanti delle navi impegnate nei soccorsi siano sollevati da ogni responsabilità in tempi ragionevoli, in particolare mediante l'assegnazione di un porto sicuro per lo sbarco dei naufraghi⁸.

Ora, se questo è in un certo senso il «copione» al quale tutte le parti coinvolte dovrebbero attenersi⁹, la situazione venutasi a creare nel bacino Mediterraneo a fronte dell'incremento dei flussi migratori irregolari verso l'Europa appare in qualche modo rovesciata: assistiamo infatti a una crescente presenza di navi civili, facenti capo a ONG e altre realtà *no profit*, che solcano il Mediterraneo svolgendo *stabilmente* attività di ricerca e soccorso; mentre gli Stati, spesso preoccupati più delle conseguenze politiche dell'ingresso di migranti che della tutela della vita in mare, riducono le risorse dedicate ai soccorsi¹⁰, omettono di intervenire a fronte di richieste d'aiuto¹¹ e financo ostacolano l'intervento

⁸ F. DE VITTOR, M. STARITA, *Distributing responsibility*, cit., 82. I riferimenti normativi di tale obbligo di cooperazione, sul quale si tornerà più nel dettaglio *infra*, sono la Convenzione SOLAS (come emendata dalla risoluzione MSC 153(78) del 2004), allegato V, regola 33, par. 1-1; e la Convenzione SAR (come emendata dalla risoluzione MSC 155(78) del 2004), allegato, par. 3.1.9.

⁹ Per questa efficace immagine, v. L. GRADONI, L. PASQUET, *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in *Quad. SIDIBlog*, 2019, 54-55.

¹⁰ Emblematica la cessazione dell'operazione *Mare Nostrum*, avviata nell'ottobre 2013 e interrotta solo un anno dopo, per essere sostituita dall'operazione UE *Triton*, avente tuttavia come principale obiettivo la protezione delle frontiere, mediante il contrasto al traffico di migranti, e non, a differenza di *Mare Nostrum*, la ricerca e il soccorso di persone in *distress*: cfr. G. BEVILACQUA, *Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*, in G. ANDREONE (a cura di), *The Future of the Law of the Sea. Bridging Gaps between National, Individual and Common Interests*, Springer Open, 2017, 165-189; per ulteriori riferimenti v. *supra*, cap. I, par. 3.4.

¹¹ Con specifico riferimento all'Italia, tralasciando le frequenti ipotesi rispetto alle quali sono stati avanzati meri sospetti in ordine a omissi o ritardati interventi delle autorità marittime (si pensi, da ultimo, al naufragio avvenuto tra il 25 e il 26 febbraio 2023 dinanzi alla costa del Comune di Cutro, rispetto al quale si è nuovamente posto il problema della classificazione di eventi SAR come operazioni di polizia: sul punto, da ultimo, v. F. DE VITTOR, *Controllo dell'immigrazione irregolare o soccorso a naufraghi? Sulla compatibilità con gli obblighi in materia di soccorso della classificazione di eventi SAR come operazioni polizia*, in *ADiM Blog*, 30 aprile 2023), si può qui ricordare il naufragio dell'11 ottobre 2013, nel quale persero la vita 286 persone, di cui almeno 60 minori (e che per questa ragione viene talvolta ricordato come "strage dei bambini"), vicenda in relazione alla quale l'Italia è stata condannata il 27 gennaio 2021 dal Comitato ONU per i Diritti Umani (OHCHR) per la violazione degli artt. 6 e 2, par. 3 (diritto alla vita, sotto il profilo sostanziale e procedurale) del Patto delle Nazioni Unite per i Diritti Civili e Politici (CCPR/C/130/D/3042/2017). Sul versante penale, la responsabilità delle autorità italiane per questa vicenda emerge chiaramente dalla sentenza del Tribunale di Roma del 2 dicembre 2022 (pubblicata in www.asgi.it, 5 gennaio 2023; per un commento, v. E. ROLFI, *Il Tribunale di Roma, nove anni dopo, sul "naufragio dei bambini": un problematico caso di prescrizione dei reati e di "responsabilità" delle autorità*

dei privati. A quest'ultimo proposito si possono anzitutto ricordare il «codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare», nonché i tre decreti-legge, emanati nel 2019 (c.d. “decreto sicurezza-*bis*”), 2020 (c.d. “decreto Lamorgese”) e 2023 (c.d. “decreto Piantedosi”), mediante i quali altrettanti Governi italiani hanno predisposto specifici strumenti di interdizione navale attivabili su iniziativa del Ministro dell'interno, corredati da severe sanzioni per i trasgressori, finalizzati a limitare gli sbarchi nei porti italiani delle navi soccorritrici della società civile¹².

Anche la norma incriminatrice di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm. – pur non essendo, evidentemente, uno strumento a disposizione del Governo e delle sue politiche migratorie – è stata a più riprese utilizzata per reprimere gli abusi che, ad avviso di alcuni uffici giudiziari, erano stati commessi nel corso di attività di ricerca e soccorso in mare a beneficio di migranti *sans papiers*. Si è così profilato, a carico dei soccorritori privati, il rischio di subire condanne a pene detentive e pecuniarie di spiccata gravità (stante la pressoché sistematica applicabilità di alcune delle aggravanti speciali di cui al comma 3 dell'art. 12¹³), non-

italiane, in *Sist. pen.*, 21 aprile 2023), che, pur dichiarando la prescrizione dei reati di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e rifiuto di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) contestati a due ufficiali della Marina italiana (segnatamente, il responsabile della centrale operativa del Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto e il capo sezione della sala operativa di CIN-CNAV, Comando in capo della squadra navale della Marina Militare), illustra dettagliatamente le ragioni a sostegno della fondatezza, nel merito, delle accuse rivolte agli imputati. In particolare, a fronte delle numerose richieste di aiuto formulate telefonicamente da un medico siriano a bordo di un barcone salpato dalla Libia, richieste nelle quali si evidenziava l'avaria dei motori, la circostanza che la nave stesse imbarcando acqua e la presenza di persone ferite e vulnerabili a bordo, gli imputati non solo avevano rifiutato di coordinare il soccorso e omesso di fornire informazioni complete alle autorità maltesi (responsabili per l'area SAR dove si stava verificando il naufragio), ma avevano addirittura ordinato alla nave militare italiana *Libra*, che si trovava in prossimità del luogo dell'incidente, di tenersi a distanza, salvo poi ordinarne l'intervento con grave ritardo a seguito del capovolgimento del barcone. Un'altra vicenda nella quale la violazione degli obblighi di salvaguardia della vita umana da parte delle autorità italiane ha comportato la morte di numerosi migranti (oltre ottanta) è quella relativa al naufragio causato il 28 maggio 1997 nel Canale d'Otranto dalla collisione della corvetta *Sibilla* della marina militare italiana con la nave *Kater I Rades*, quest'ultima sovraccarica di migranti provenienti dall'Albania. Il processo si è concluso con la condanna definitiva del comandante della *Sibilla* a due anni di reclusione e dello scafista a tre anni e sei mesi di reclusione, entrambi per il solo delitto di naufragio colposo, essendosi estinti per prescrizione gli omicidi (Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2014, n. 24527, Namik e altri).

¹² In generale, sulla “politica dei porti chiusi” a sugli specifici atti mediante i quali è stata realizzata dal 2017 ad oggi, v. *supra*, cap. II, parr. 2.7 e 7.

¹³ A venire in rilievo sono, in particolare, le circostanze aggravanti previste dall'art. 12,

ché il sequestro preventivo e la confisca dell'imbarcazione. Inoltre, come vedremo, in ragione delle peculiarità di alcune vicende concrete, è accaduto che, accanto al favoreggiamento dell'ingresso irregolare, venissero contestate ai membri delle ONG ulteriori fattispecie di reato (quali la violenza privata, la resistenza a pubblico ufficiale e alcuni delitti contro la polizia della navigazione).

Sebbene ad oggi non vi siano state condanne, il problema rimane di scottante attualità: sia perché vi sono ancora procedimenti in corso¹⁴, uno dei quali sarà oggetto di esame nella trattazione che segue (il c.d. caso *Iuventa*); sia perché nulla esclude che in futuro possano esserne avviati di nuovi, tenuto anche conto del permanere di alcuni non marginali nodi da sciogliere in ordine all'estensione dell'obbligo di soccorso e ai suoi riflessi nelle categorie del reato.

3. *La casistica sui soccorritori accusati di favoreggiamento dell'ingresso irregolare e di altri reati connessi al trasporto di naufraghi-migranti sul suolo italiano.*

La casistica di seguito esaminata nasce nel contesto della c.d. rotta del Mediterraneo centrale, percorsa dai migranti che tentano di raggiungere l'Italia partendo dalle coste di Libia, Tunisia ed Egitto. La scelta di focalizzare l'attenzione su questa porzione del *Mare nostrum*, malgrado analoghi fenomeni di criminalizzazione dei soccorsi interessino anche il Mediterraneo orientale¹⁵, sorge da una semplice,

comma 3, lett. *a*) (numero di stranieri trasportati pari o superiore a cinque) e lett. *d*) (numero di concorrenti nel reato pari o superiore a tre), per ciascuna delle quali è prevista oggi la reclusione da 6 a 16 anni (per effetto della modifica introdotta dal c.d. "decreto Cutro", d.l. n. 20/2023, conv. con modif. dalla legge n. 50/2023) e la multa di 15.000 euro per ogni straniero. La sussistenza di due o più aggravanti tra quelle di cui al comma 3 determina, ai sensi del comma 3-*bis*, l'aumento della pena fino a 1/3: conseguentemente, i soccorritori accusati di favoreggiamento rischiano di norma la reclusione da un minimo di 6 anni e un giorno a un massimo di 21 anni e 4 mesi, oltre alla pena pecuniaria di 15.000 euro per ogni straniero trasportato, anch'essa aumentata fino a un terzo.

¹⁴Per aggiornamenti sui procedimenti nei confronti delle ONG impegnate in attività di ricerca e soccorso, si vedano i periodici rapporti della *Fundamental Rights Agency* intitolati «*Legal proceedings by EU Member States against private entities involved in SAR operations in the Mediterranean Sea*», l'ultimo dei quali datato giugno 2022.

¹⁵Per un quadro esteso anche alla rotta del Mediterraneo orientale, che collega la Turchia alla Grecia, v. V. MORENO-LAX, J. ALLSOPP, E. TSOURDI, P. DE BRUYCKER, *The EU Approach on Migration in the Mediterranean*, Study requested by the LIBE Committee, Eu-

ma decisiva, constatazione: le vicende venute in essere in questa zona non solo risultano paradigmatiche delle molteplici situazioni in cui la tutela penale delle frontiere interferisce con l'obbligo di soccorso in mare, ma hanno altresì generato, nell'ordinamento italiano, una produzione giurisprudenziale che per ricchezza e livello di approfondimento è divenuta un punto di riferimento a livello internazionale¹⁶.

3.1. *Il precedente Cap Anamur (2010).*

Le problematiche inerenti alla responsabilità penale dei soccorritori dei *boat migrants* sono state affrontate, per la prima volta nel nostro ordinamento, in una sentenza (di assoluzione) resa dal Tribunale di Agrigento nel 2009 e divenuta definitiva¹⁷.

Il processo vedeva imputati per favoreggiamento dell'ingresso irregolare il comandante di una nave battente bandiera tedesca (la *Cap Anamur*) e altri due membri dell'equipaggio, i quali, nell'estate 2004, durante una missione umanitaria consistente nel trasporto di viveri e materiale medico destinato all'Iraq, avevano tratto in salvo in acque internazionali trentasette sedicenti richiedenti asilo sudanesi e li avevano

ropean Parliament, 2021; Amnesty International, *Punishing Compassion. Solidarity on Trial in Fortress Europe*, 2020, 48-53.

¹⁶Oltre alla stampa estera, anche le riviste scientifiche con diffusione europea e internazionale hanno dato ampio spazio alla casistica che ci si accinge ad analizzare: cfr., *ex multis*, in ordine cronologico decrescente: G. MENTASTI, *The Criminalisation of Migration in Italy: Current Tendencies in the Light of EU Law*, in *N. Jour. Eur. Cr. L.*, n. 4, 2022, 502-525; D. RODRIK, *Solidarity at the Border: How the EU and US Criminalize Aid to Migrants*, in *Berk. Jour. Int. L.*, n. 1, 2021, 81-126; J. ALLSOPP, L. VOSYLIUTE, S.B. SMIALOWSKI, *Picking 'Low-Hanging Fruit' While the Orchard Burns: The Costs of Policing Humanitarian Actors in Italy and Greece as a Strategy to Prevent Migrant Smuggling*, in *Eur. Jour. Cr. Pol. Res.*, n. 1, 2021, 65-88; H. JACQUELINE, *Is the International Duty to Rescue Declining before the State Policies of 'Closed Ports'?*, in *ACDI*, 2021, 105-132; C. COSTELLO, I. MANN, *Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations*, in *Germ. L. Jour.*, n. 3, 2020, 311-334; M. MINETTI, *The Facilitators Package, Penal Populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *N. Jour. Eur. Cr. L.*, n. 3, 2020, 335-350; ID., *International Legal Principles, Penal Populism and Criminalisation of 'Unwanted Migration'. An Italian Cautionary Tale*, in *Int. Comm. L. Rev.*, 2022, 369; V.J. SCHATZ, M. FATINATO, *Post-Rescue Innocent Passage by Non-Governmental Search and Rescue Vessels in the Mediterranean*, in *Int. Jour. Mar. Coast. L.*, n. 4, 2020, 740-771; G.M. GLONINGER, *From Humanitarian Rescue to Border Security: Managing Migration in the Central Mediterranean*, in *Eur. Jour. Migr. L.*, n. 4, 2019, 459-485.

¹⁷Trib. Agrigento, sez. I penale, 7 ottobre 2009 (dep. 15 febbraio 2010), testo integrale disponibile in banca dati *Leggi d'Italia*.

condotti in Italia. Le autorità italiane, insospettite da elementi ritenuti sintomatici di intenzioni fraudolente¹⁸, avevano ipotizzato che l'organizzazione *no profit* proprietaria della *Cap Anamur* avesse inteso trarre dal salvataggio un ritorno di immagine; tanto è vero che l'accusa di favoreggiamento dell'ingresso irregolare era stata formulata con riguardo all'ipotesi aggravata dalla finalità di profitto (all'epoca prevista dall'art. 12, comma 3, t.u. imm.).

Il Tribunale di Agrigento, tuttavia, dopo avere ricostruito i fatti in maniera tale da sgombrare il campo dai sospetti che circondavano l'operato degli imputati¹⁹, affermava che gli stessi avevano agito in adempimento del dovere di soccorso in mare, come definito dalle rilevanti convenzioni di diritto internazionale²⁰, e avente un «*rafforzamento di tipo penalistico*» nella fattispecie di omissione di soccorso in mare di cui all'art. 1158 cod. nav. Nel caso di specie, ad avviso del collegio, gli stranieri si trovavano in condizioni di pericolo e pertanto «*ancor prima di essere "migranti" o "richiedenti asilo", [erano] in primo luogo "naufraghi"*»²¹.

¹⁸ In particolare: *i*) la circostanza che il comandante non avesse comunicato la destinazione finale del tragitto della *Cap Anamur*; *ii*) le ripetute soste in acque internazionali, a prima vista sintomatiche di un'attività di pattugliamento, a sua volta finalizzata a individuare natanti in difficoltà da soccorrere; *iii*) il ritardo di dieci giorni nel comunicare alle autorità italiane l'avvenuto soccorso dei migranti.

¹⁹ Ad avviso del Tribunale, la circostanza *sub i*) si spiegava con ragioni di sicurezza, considerata la situazione di guerriglia nelle zone verso le quali le merci trasportate erano indirizzate; la circostanza *sub ii*) si spiegava con l'esigenza di effettuare prove tecniche "a freddo", successive a un intervento di manutenzione dei motori della *Cap Anamur* eseguito a Malta (fermo restando, soggiungeva il collegio, che anche laddove si fosse trattato di vero e proprio "pattugliamento" ciò non avrebbe precluso l'operatività della scriminante dell'adempimento del dovere di soccorso); infine, la condotta *sub iii*), che in effetti aveva costituito un'irregolarità, si spiegava con i ripetuti tentativi, esperiti attraverso la sede dell'organizzazione *no profit* a Colonia, di verificare l'effettiva provenienza dei migranti e di risolvere la questione della loro destinazione.

²⁰ La motivazione richiama, in particolare, l'art. 98, par. 1 della UNCLOS, ritenendo (come si vedrà, erroneamente) che esso ponga direttamente l'obbligo di soccorso in capo al comandante; l'art. 10 della Convenzione Internazionale sull'assistenza del 1989 (*Salvage*), secondo cui ogni comandante è obbligato a soccorrere ogni persona che sia in pericolo di scomparsa in mare; nonché la Convenzione SOLAS (senza tuttavia indicare alcuna disposizione specifica). Inoltre, è richiamata in blocco la Convenzione SAR (nonché la relativa normativa di attuazione italiana), con la precisazione che essa non preclude che il soccorso sia effettuato, come nel caso di specie, da unità navali battenti bandiera di uno Stato diverso da quello competente per la regione SAR dove si è verificato l'incidente, allorché lo richieda l'imminenza del pericolo per le vite umane. Per approfondimenti sul contenuto preattivo dei menzionati strumenti, v. *infra*, par. 4.

²¹ Punto n. 2, lett. *a*) della motivazione.

Quanto alla successiva fase del trasporto in Italia, il Tribunale affermava, richiamando gli emendamenti apportati nel 2004 alle convenzioni SAR e SOLAS e le Linee guida sul trattamento delle persone salvate in mare pure adottate nel 2004 dall'IMO²², che le operazioni di soccorso non possono considerarsi concluse a bordo della nave soccorritrice e che la responsabilità di fornire un porto sicuro, o in alternativa di assicurare che tale luogo venga fornito sul territorio di un altro Stato, ricade sullo Stato titolare della regione SAR in cui sono stati recuperati i sopravvissuti²³. Infine, il collegio riteneva immune da vizi la scelta del comandante della *Cap Anamur* di non recarsi, per l'attracco, né in Libia (territorio che non offriva garanzie di tutela dei diritti fondamentali dei migranti, tenuto anche conto della mancata sottoscrizione di importanti convenzioni internazionali, *in primis* quella di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951), né a Malta (in ragione delle documentate criticità in punto di garanzie procedurali e condizioni materiali di vita di cui soffriva il sistema maltese di trattenimento amministrativo di stranieri irregolari), giudicando conseguentemente incensurabile la scelta di fare rotta verso l'Italia e di richiedere l'assegnazione di un porto alle autorità italiane, assegnazione ottenuta all'esito di trattative protrattesi per numerosi giorni²⁴.

3.2. La nuova stagione del contrasto alle attività delle ONG (2017-2023): il c.d. caso Iuventa.

Successivamente al caso *Cap Anamur* non si registrano analoghe vicende giudiziarie fino al 2017. A partire da quell'anno, tuttavia, l'atteggiamento nei confronti dei soccorritori privati cambia drasticamente,

²² *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea* (d'ora in avanti: Linee guida IMO), adottate con risoluzione MSC 167(78) del 20 maggio 2004 dal *Maritime Safety Committee* (MSC), organo tecnico principale dell'*International Maritime Organisation* (IMO).

²³ La pronuncia richiama, in particolare, i punti nn. 6.12 e 2.5 delle Linee guida IMO.

²⁴ V. ancora il punto n. 2, lett. a) della motivazione, dove si precisa altresì che l'individuazione del porto sicuro prescinde dalla determinazione dello Stato competente a esaminare le eventuali richieste di asilo avanzate degli stranieri tratti in salvo: infatti, anche laddove quest'ultimo fosse lo Stato di bandiera, «da ciò non potrebbe derivare automaticamente la conclusione che il territorio di quello stesso Stato costituisca, al contempo, il luogo di sicurezza ove sbarcare i naufraghi / migranti»; siffatta conclusione, oltre a non trovare riscontro nella disciplina internazionale, «potrebbe condurre, per di più, a situazioni di impossibile risoluzione o persino assurde», in particolare laddove «la nave batta bandiera di uno stato il cui territorio si trovi a notevole distanza dal luogo di salvataggio ovvero sia privo di sbocco marino».

tanto da parte del ramo esecutivo dello Stato, quanto da parte del ramo giudiziario. Così, accanto alle iniziative governative riconducibili alla stagione dei “porti chiusi”²⁵, si assiste all’avvio di indagini per favoreggiamento dell’immigrazione irregolare nei confronti dei membri delle ONG e di realtà associative impegnate in sistematiche attività di *search and rescue* a favore dei *boat migrants*²⁶. Sulle cause di questo mutamento di prospettiva – che nel giro di pochi mesi stravolge la percezione pubblica e istituzionale del ruolo dei soccorritori, la cui immagine di eroi del mare viene sostituita da quella di sospetti fiancheggiatori dei trafficanti²⁷; o, in una versione più edulcorata, di involontari fattori di stimolo delle partenze – ci siamo già soffermati durante l’analisi dell’evoluzione della disciplina antitraffico italiana, sede alla quale pertanto si rinvia²⁸.

Emblematico, sotto molti profili, di questa nuova stagione, è il procedimento noto come “caso *Iuventa*”, nato dalla prima indagine avviata nei confronti di una ONG attiva lungo il Mediterraneo centrale. A ben vedere, peraltro, il nome della nave battente bandiera olandese, sequestrata dal GIP di Trapani nel 2017²⁹, è sinodoticamente utilizzato per evocare una complessa vicenda giudiziaria che vede oggi imputate, nel momento in cui si scrive, sedici persone appartenenti a tre diverse organizzazioni: oltre alla tedesca *Jugend Rettet*, proprietaria della *Iuventa*, anche le ben più note ONG *Save the Children*, noleggiatrice della nave *Vos Hestia* e Medici senza frontiere, noleggiatrice della nave *Vos Prudence*.

L’ipotesi accusatoria è sintetizzabile nell’idea secondo cui, in un arco temporale compreso tra il 2016 e il 2017, gli imputati (in qualità di comandanti *pro tempore* delle navi, capi missione, *team leader* e altre

²⁵ V. *supra*, cap. II, parr. 2.7 e 7.

²⁶ Si noti, peraltro, che la percentuale degli sbarchi riconducibile all’intervento di organizzazioni non governative è pari soltanto al 10% del totale, con lievi oscillazioni: cfr. Fondazione Openpolis, *Le Ong e la propaganda sulla pelle dei migranti*, 27 gennaio 2023 (sulla base di dati del Ministero dell’Interno e dell’ISPI); da ultimo, v. ISPI, *Migranti e migrazioni in Italia: la dashboard con tutti i numeri*, 15 giugno 2023, che, con riferimento al periodo compreso tra ottobre 2022 e giugno 2023, ha stimato una percentuale del 7.4%.

²⁷ Cfr. P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Quest. giust.*, 4 luglio 2017.

²⁸ V. ancora *supra*, cap. II, par. 2.7; nonché, con specifico riguardo alla “teoria del *pull factor*”, anche *infra*, par. 4.2.

²⁹ GIP Trapani, decreto di sequestro preventivo, 2 agosto 2017, in *Quest. giust.*, 18 settembre 2017, con nota di R. BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*. L’ordinanza è stata confermata dal Tribunale di riesame, con provvedimento inedito.

figure di coordinamento delle menzionate organizzazioni), anziché effettuare veri e propri soccorsi di persone in pericolo, avessero agito di concerto con le reti dei trafficanti libici, organizzando “consegne concordate”, in acque internazionali, di migranti che successivamente venivano trasportati sul territorio italiano³⁰.

In relazione a tali condotte la Procura di Trapani formulava diversi capi di imputazione per favoreggiamento dell'ingresso irregolare pluriaggravato (art. 12, comma 3, lett. *a*), *d*) e comma 3-*bis*, in ragione del numero di stranieri superiore a cinque e del numero di concorrenti superiore a tre); falso in documento informatico pubblico per omesse o mendaci comunicazioni all'autorità marittima italiana (artt. 479, 491-*bis* c.p.)³¹; omessa denuncia di reato, in relazione alle violenze perpetrate dai trafficanti nei confronti nei migranti accolti a bordo delle navi soccorritrici (art. 361, comma 2, c.p.); nonché alcune fattispecie previste dal codice della navigazione³². Alle ONG *Save the Children* e Medici senza frontiere venivano estese, *sub specie* di illeciti amministrativi dipendenti da reato, le accuse di falso in documento informatico pubblico *ex* art. 491-*bis* (non invece quelle di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, trattandosi di fattispecie inserita nel catalogo dei reati-presupposto *ex* d.lgs. 231/2001 successivamente ai fatti contestati), in base all'argomento secondo cui il costante svolgimento delle operazioni di ricerca e soccorso aveva conferito loro «*maggiore visibilità pubblica e*

³⁰ Gli episodi rilevanti, che nel complesso coinvolgono migliaia di migranti, sono descritti, dai capi di imputazione riportati nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari dell'11 gennaio 2021, in termini così sintetizzabili: *i*) incontri in alto mare tra le navi delle organizzazioni umanitarie e quelle dei trafficanti, volti a pianificare ed effettuare le consegne dei migranti, in assenza delle condizioni per qualificare la situazione come evento SAR; *ii*) ottenimento, da parte delle organizzazioni umanitarie, di informazioni riservate in merito alle partenze dei barconi, poi utilizzate al fine di farsi trovare nelle condizioni di luogo e di tempo ideali per essere designate come soccorritori da parte delle autorità marittime italiane; *iii*) segnalazioni luminose finalizzate a indicare la posizione della nave soccorritrice ai trafficanti; *iv*) traino di barconi carichi di migranti dalle acque libiche alle acque internazionali al fine di evitarne l'intercettazione da parte di unità navali di Tripoli; *v*) restituzione dei barconi e dei salvagenti ai trafficanti successivamente alle operazioni di trasbordo.

³¹ Oggetto delle omesse o false comunicazioni sono le informazioni che, secondo la Procura, avrebbero consentito alle autorità italiane di valutare correttamente le situazioni nelle quali si sono svolti i soccorsi, come ad esempio le informazioni sulle partenze dei barconi dal territorio libico, sulla presenza di scafisti durante le operazioni di trasbordo o ancora sulla sussistenza di effettive condizioni di *distress*.

³² In particolare il delitto di cui all'art. 1112 cod. nav., in relazione all'effettuazione di segnalazioni luminose notturne non consentite; nonché le contravvenzioni di cui agli artt. 1216, 1231 cod. nav., che sanzionano l'utilizzo di imbarcazioni per finalità non contemplate dalle relative abilitazioni.

mediatica, con conseguente incremento della partecipazione – anche economica – dei propri sostenitori»; analogamente, l'accusa di falso veniva estesa alla Vroon Offshore Services s.r.l., per avere «incassato maggiori proventi dal noleggio dell'imbarcazione in favore della ONG Save the Children anche in relazione al costante impiego della nave nei numerosi eventi di soccorso sopra descritti»³³.

Nel momento in cui si scrive è in corso l'udienza preliminare e le uniche pronunce intervenute sono quelle, già menzionate, che hanno disposto e confermato il sequestro preventivo della motonave *Iuventa*³⁴. I gravi indizi di colpevolezza per il delitto di favoreggiamento discendono dalle condotte realizzate tra il 2016 ed il 2017, quando – secondo la ricostruzione offerta dalla Procura di Trapani e accolta dal GIP – l'equipaggio della *Iuventa* avrebbe stazionato stabilmente nelle acque antistanti il mare territoriale libico (talvolta sconfinando nello stesso) e, soprattutto, avrebbe intrattenuto rapporti con i trafficanti, incontrandoli e concordando con loro le “consegne” dei migranti; consegne poi effettivamente verificatesi e talvolta seguite dalla restituzione dei barconi affinché potessero essere utilizzati per successivi trasporti³⁵. Considerato che gli stessi migranti erano infine giunti in Italia (a bordo di navi di altre ONG o della Marina militare), il GIP ha per un verso ravvisato nelle condotte dell'equipaggio un contributo agevolatore agli ingressi irregolari; e per altro verso ha escluso, tenuto conto del riferito *modus operandi* e dunque della sostanziale assenza di condizioni di pericolo, che alle stesse condotte potesse applicarsi la scriminante dell'adempimento del dovere di soccorso³⁶. Quanto poi alle esigenze

³³ Così i capi di imputazione riportati nel già menzionato avviso di conclusione delle indagini preliminari dell'11 gennaio 2021 (v. *supra*, nt. 30).

³⁴ Sequestro disposto ex art. 321, comma 1, c.p.p., quale «cosa pertinente al reato»; nonché ex art. 321, comma 2, c.p.p., quale «cosa di cui è consentita la confisca», in relazione all'art. 12, comma 4-ter, t.u. imm. che a sua volta prevede la confisca obbligatoria del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare.

³⁵ È interessante osservare che questa ricostruzione, fondata sulla relazione di un agente sotto copertura e documenti fotografici, è stata oggetto di articolate critiche nell'ambito della contro-indagine effettuata dal centro di ricerca *Forensic Architecture* della Goldsmiths University of London: www.blamingtherescuers.org/iuventa.

³⁶ Si riportano i passaggi rilevanti del decreto di sequestro preventivo: «[...] l'equipaggio della *Iuventa* non si è limitato ad adempiere all'obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo o in emergenza in altro mare [...] ma ha posto in essere condotte antecedenti e successive all'attività di soccorso che non hanno alcuna giustificazione in una situazione di pericolo per i migranti ma nella precisa volontà di permettere l'accesso in Italia del maggior numero di clandestini possibile» (p. 141); «L'obiettivo rispondenza del movente delle condotte poste in essere dall'equipaggio della *Iuventa* a valori etici o sociali condivisi [...] non è, secondo l'ordi-

cautelari, esse sono state ritenute sussistenti sul piano del pericolo di reiterazione del reato in caso di perdurante disponibilità della motonave *Iuventa*, tenuto anche conto – si legge nel decreto di sequestro – «*del comportamento fortemente oppositivo alle autorità manifestato dai rappresentanti dell'ONG e dalla connotazione ideale assai radicata che induce gli stessi a violare le leggi pur di svolgere in modo assolutamente autonomo ed arbitrario le procedure di recupero dei migranti, senza tenere in conto le raccomandazioni ed i suggerimenti dell'IMRCC e non facendosi scrupoli di intrattenere rapporti privilegiati con i soggetti che scortano i barconi dei migranti in prossimità delle acque internazionali*»³⁷.

3.3. *Il caso Open Arms.*

L'accertamento in ordine alla ricorrenza di una situazione di effettivo *distress* in mare è risultato problematico – ancorché per ragioni diverse da quelle venute in rilievo nel c.d. caso *Iuventa* – anche nel procedimento avente ad oggetto il sequestro della nave *Open Arms*, battente bandiera spagnola e di proprietà della ONG *Proactiva Open Arms*, disposto in via d'urgenza dalla Procura di Catania il 18 marzo 2018 in relazione alle accuse di favoreggiamento dell'ingresso pluriaggravato (art. 12, comma 3, lett. *a*) e *b*), comma 3-*bis*) e associazione a delinquere diretta a commettere il medesimo reato (art. 416, comma 6, c.p.) rivolte al comandante della nave ed alla capo missione.

In questo caso, la ONG aveva rintracciato i migranti, che si trovavano a bordo di tre diversi gommoni in acque internazionali rientranti nella zona SAR libica³⁸, a seguito di una richiesta di intervento da parte del Centro di Coordinamento del Soccorso Marittimo italiano (*IMRCC*). Sennonché, intervenuta la presa in carico delle operazioni da parte della guardia costiera libica, lo stesso *IMRCC* aveva rettificato le istruzioni, chiedendo alla *Open Arms* di astenersi da qualunque iniziativa. L'equipaggio della ONG, avendo nel frattempo raggiunto, per primo, i gommoni, procedeva comunque al recupero di oltre duecento migranti. Se-

namento vigente, idonea ad elidere l'antigiuridicità delle stesse ma esclusivamente elemento atto a perfezionare la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p.» (p. 144).

³⁷ GIP Trapani, decreto, cit., 144 s.

³⁸ Con dichiarazioni del 10 luglio e del 14 dicembre 2017 la Libia ha comunicato all'IMO la propria area di responsabilità per la ricerca e il soccorso in mare. Per ulteriori dettagli v. K. GOMBEER, M. FINK, *Non-Governmental Organisations and Search and Rescue at Sea*, in *Mar. Saf. Sec. L. Jour.*, n. 4, 2018, 8.

guivano momenti di forte tensione con le sopraggiunte motovedette libiche, le quali tuttavia, dopo avere perfino minacciato l'utilizzo di armi, si ritiravano. Le autorità italiane, non avendo coordinato il soccorso, comunicavano alla *Open Arms* di rivolgersi al proprio Stato di bandiera, e successivamente, a fronte della richiesta di sbarco in Italia, motivata anche dalla presenza a bordo di un neonato e della madre in gravi condizioni di salute, suggerivano al comandante di contattare le autorità di Malta, in ragione della maggiore vicinanza delle coste maltesi rispetto a quelle italiane. Nonostante tale istruzione venisse di lì a poco formulata anche dalle autorità spagnole, e nonostante una motovedetta maltese avesse raggiunto la *Open Arms* prendendo in carico il neonato e la madre, il comandante rifiutava di formalizzare una richiesta di PoS a Malta, ritenendo che le autorità di quel Paese non l'avrebbero accolta, e proseguiva di propria iniziativa la rotta verso le coste siciliane, ottenendo infine l'autorizzazione a sbarcare presso Pozzallo tutti i 216 migranti rimasti a bordo.

Sulla liceità dell'operato del comandante e della capo missione si pronunciava, in prima battuta, il GIP di Catania (competente poiché, come accennato, la Procura aveva ravvisato anche gli estremi del reato di associazione a delinquere), il quale censurava le ripetute trasgressioni delle istruzioni impartite dalle autorità italiane e spagnole e vi ravvisava l'intenzione di condurre i migranti a tutti i costi in Italia³⁹. Il giudice negava, anzitutto, l'applicabilità della scriminante dell'adempimento del dovere, osservando che il soccorso si era svolto al di fuori delle regole del codice di condotta delle ONG⁴⁰ e come tale non poteva consi-

³⁹ GIP Catania, decreto di convalida di sequestro preventivo, 27 marzo 2018, in *Quest. giust.*, 31 marzo 2018, con nota di S. PERELLI, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?* Si riportano alcuni stralci significativi: «la loro vera finalità [...] è quella di portare i migranti dalla Libia all'Italia ad ogni costo [...]» (p. 9); «per gli indagati solo i porti italiani, e quelli siciliani in particolare, rappresentano l'obiettivo da raggiungere; un approdo, cioè, cui tutti i migranti ambiscono di arrivare, nella quasi certezza che i porti spagnoli e quelli di diversi altri Paesi che si affacciano sul Mediterraneo, non siano così aperti come quelli nostri» (p. 10).

⁴⁰ Più nel dettaglio, secondo il GIP il codice di condotta costituiva un'«appendice» del diritto internazionale del mare, sicché la conduzione di migranti-naufraghi sul territorio italiano poteva ritenersi lecita soltanto nella cornice di regole dallo stesso Codice tracciata: «[...] la infrazione di questo autoregolamento rivela il rifiuto di operare all'interno di precisi precetti prefissati dallo Stato italiano, e solo all'interno dei quali l'ingresso nel territorio nazionale non viene più ritenuto clandestino (le violazioni del Codice di Condotta, quindi, comportano la qualificazione di quei comportamenti che determinano l'ingresso di clandestini in Italia come contrarie al dettato della fattispecie criminosa di cui all'art. 12 del T.U. sull'immigrazione). In sostanza, di fronte a comportamenti che non rispettano il Codice di Condotta, viene

derarsi lecito, in quanto «non può essere consentito alle stesse [ONG] di creare autonomi corridoi umanitari al di fuori del controllo statale e internazionale, forieri di situazioni critiche all'interno dei singoli Paesi sotto il profilo dell'ordine pubblico e della sicurezza»⁴¹. Lo stesso giudice escludeva altresì l'operatività della scriminante dello stato di necessità, ritenendo: *i*) che la presenza della guardia costiera libica escludesse la sussistenza di un pericolo imminente per la vita dei migranti⁴²; *ii*) che non potesse essere preso in considerazione il pericolo di trattamenti inumani e degradanti in Libia⁴³; *iii*) che il recupero da parte delle autorità libiche non avrebbe determinato una violazione del divieto di *refoulement*, trattandosi di un'operazione di soccorso e non di respingimento⁴⁴; infine, *iv*) che in ogni caso la scriminante non potesse operare con riferimento alla fase di trasporto fino alle coste italiane, essendo tra l'altro rimasta indimostrata l'asserita indisponibilità di Malta ad accogliere i migranti⁴⁵. Il giudice distrettuale, tuttavia, negava la sussistenza di gravi indizi in ordine alla sussistenza dei requisiti dell'associazione finalizzata alla commissione di un numero indeterminato di condotte di favoreggiamento⁴⁶, e conseguentemente, caduta la fattispecie associativa, pur convalidando il sequestro disponeva il trasferimento del fascicolo al GIP di Ragusa, divenuto competente *ratione loci*⁴⁷.

meno quella sorta di acquiescenza statale (esimente) ad azioni che, altrimenti, potrebbero rientrare nella fattispecie penalmente rilevante prevista dall'art. 12 T.U. sull'immigrazione» (p. 13).

⁴¹ GIP Catania, cit., p. 14. Sul punto, lo stesso provvedimento soggiunge: «Il fatto che i campi profughi in Libia non siano un esempio di limpido rispetto dei diritti umani non determina automaticamente che le ONG possano operare in autonomia e per conto loro, travalicando gli accordi e gli interessi degli Stati coinvolti nel fenomeno migratorio, e violando la normativa regolamentare delle operazioni di salvataggio che hanno volontariamente sottoscritto, e quindi accettato» (21); ancora «la meritevolezza dell'azione umanitaria della ONG [...] non legittima la violazione della normativa italiana sia primaria che secondaria, dettata dal T.U. sull'immigrazione e dal citato Codice di Condotta; normativa appositamente creata per tutelare gli interessi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato italiano» (p. 22).

⁴² GIP Catania, cit., 14.

⁴³ *Ibidem*. A proposito delle valutazioni compiute dal GIP in merito alla situazione in Libia, v. anche *supra*, nt. 41.

⁴⁴ GIP Catania, cit., 22.

⁴⁵ GIP Catania, cit., 14 s., 21.

⁴⁶ GIP Catania, cit., 16 s.

⁴⁷ GIP Catania, cit., 15 ss.; l'archiviazione per la fattispecie associativa è stata successivamente disposta da GIP Catania con decreto del 3 maggio 2019 (con richiamo integrale alla richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura di Catania il 24 aprile 2019), inedito.

Il GIP ragusano⁴⁸, interrogandosi se gli indagati avessero agito in stato di necessità, escludeva la sussistenza di un pericolo attuale di naufragio non altrimenti evitabile, sia in ragione del pressoché concomitante arrivo delle motovedette libiche, sia perché «*i gommoni erano sì sovraccarichi, ma in buono stato di galleggiabilità e le condizioni meteo erano buone*»⁴⁹. Nondimeno, riteneva comunque integrata l'esimente ex art. 54 c.p., osservando a tale proposito, e in frontale contrasto con la decisione del giudice distrettuale: *i*) che le operazioni di soccorso non si esauriscono nel mero recupero in mare dei naufraghi, in quanto si completano con lo sbarco presso un porto sicuro⁵⁰; *ii*) che la nozione di porto sicuro, connessa al principio di non respingimento, «*comprende necessariamente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse*»⁵¹; *iii*) che quest'ultima caratteristica non può predicarsi rispetto al territorio libico, dove, secondo quanto riportato da fonti attendibili, incluse le stesse istituzioni italiane, i migranti subiscono sistematiche e gravissime violazioni dei diritti fondamentali⁵². Il GIP riteneva dunque che proprio il rischio di intervento della guardia costiera libica rappresentasse per i migranti un pericolo imminente di grave danno alla persona, non altrimenti evitabile se non attraverso l'intervento della *Open Arms*. Quanto poi alla possibilità di sbarcare a Malta, più vicina al luogo del recupero rispetto all'Italia, il GIP valorizzava una serie di elementi che, a suo giudizio, concorrevano nel caso di specie a determinare una «*situazione di fluidità e incertezza*» tale da incidere sul dolo degli indagati, escludendone la sussistenza⁵³. In conclusione, per le ragioni

⁴⁸ GIP Ragusa, decreto di rigetto della richiesta di sequestro preventivo, 16 aprile 2018, in *Quest. giust.*, 19 aprile 2018, con nota di M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*. Per un commento ad entrambe le pronunce dei GIP, nella prospettiva del diritto internazionale, v. F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *DUDI*, n. 2, 2018, 443-453.

⁴⁹ GIP Ragusa, cit., 13.

⁵⁰ GIP Ragusa, cit., 13, richiamando la Convenzione SAR del 1979, nonché le Linee guida IMO (risoluzione MSC 167/78, cit.) che assegnano allo Stato responsabile per la regione SAR nella quale sono stati recuperati i sopravvissuti la responsabilità o di fornire il *PoS* o comunque di assicurare che venga fornito.

⁵¹ GIP Ragusa, cit., 13 s., richiamando la risoluzione 1821 (2011) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa.

⁵² GIP Ragusa, cit., 14. Le fonti citate sono un rapporto di Amnesty International del dicembre 2017 e il documento conclusivo della Commissione Difesa del Senato della Repubblica sull'«*Indagine conoscitiva sul contributo dei militari italiani al controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo e sull'impatto dell'attività delle organizzazioni non governative*», anch'esso del 2017.

⁵³ GIP Ragusa, cit., 15 s. In particolare, la motivazione valorizza: *i*) il solo recente avvio

sinteticamente illustrate, il giudice ragusano escludeva il *fumus* del delitto ex art. 12 t.u. imm. e non convalidava il sequestro. Il decreto del GIP veniva infine confermato dal Tribunale del riesame⁵⁴, che, oltre a ribadire la sussistenza degli estremi dello stato di necessità, avanzava dubbi in ordine alla sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, non essendovi ragioni per ritenere che l'ONG avesse agito in concorso con i trafficanti operanti in Libia, tenuto conto che era stata allertata dalla Guardia costiera italiana e con essa si era mantenuta in costante contatto durante l'intera operazione.

Nonostante l'esito del giudizio cautelare, come appena visto favorevole ai membri della ONG, la Procura di Ragusa chiedeva il rinvio a giudizio di comandante e capo missione, sia per favoreggiamento dell'ingresso irregolare aggravato (dal numero di stranieri superiore a cinque); sia per violenza privata, in particolare per avere fatto rotta verso l'Italia, trascurando le sollecitazioni a contattare il più vicino Stato di Malta, così di fatto «*costringendo le autorità italiane a concedere loro l'approdo*»⁵⁵.

All'esito dell'udienza preliminare, tuttavia, il GUP pronunciava sentenza di non luogo a procedere⁵⁶. Con riferimento al delitto di favoreggiamento, le motivazioni rispecchiavano quelle già sviluppate dal GIP per escludere il *fumus* del reato, vale a dire la sussistenza dell'esimente

dell'operazione europea *Themis*, tra le cui regole era previsto che i migranti fossero fatti sbarcare nel porto sicuro più vicino al punto del recupero in mare; *ii*) la mancata ratifica da parte di Malta degli emendamenti delle Convenzioni SAR e SOLAS del 2004 sull'obbligo di offrire un *PoS* in capo al Paese nella cui zona SAR è avvenuto il salvataggio; *iii*) la correlata costante prassi delle autorità maltesi, di cui dà conto anche la relazione annuale della Guardia costiera del 2017, di non dare seguito alle richieste di *PoS*; *iv*) l'assenza di informazioni in merito ad un'effettiva e concreta disponibilità di Malta ad accogliere i naufraghi nel caso di specie; *v*) la disponibilità manifestata dall'*MRCC* italiano a concedere un *PoS* laddove la richiesta fosse stata avanzata dallo Stato di bandiera; *vi*) il fatto di ritenere corretto interloquire con *IMRCC*, come primo centro che aveva ricevuto la notizia dell'evento SAR.

⁵⁴ Trib. Ragusa, 11 maggio 2018, in *Rassegna di Diritto penale* (a cura di L. MASERA, P. DI BARI), *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2018, 66 s.

⁵⁵ La condotta era così descritta nel capo di imputazione: «[...] anziché dirigersi verso Malta, punto di sbarco più vicino e richiedere alle autorità maltesi l'indicazione di un porto sicuro, così come previsto dalle convenzioni internazionali e come indicato dallo stato di bandiera (Spagna), si dirigevano verso le coste italiane costringendo le autorità italiane (e per esse il Capo del Dipartimento delle Libertà civili e immigrazione del Ministero degli Interni, deputato all'indicazione del POS), a concedere loro l'approdo in un porto del territorio italiano per sbarcare i n. 216 migranti onde evitare di incorrere nella violazione della legge n. 47/2017 per quanto attiene ai migranti minorenni e, comunque, dell'art. 13 della Convenzione di Ginevra».

⁵⁶ GUP Ragusa, 4 novembre 2020, dep. 31 dicembre 2020, inedita.

ex art. 54 c.p. a fronte del pericolo attuale della riconduzione in un territorio, come la Libia, dove i migranti avrebbero subito gravi violazioni dei diritti fondamentali; con la precisazione che la richiesta di un *PoS* a Malta non rappresentava un'alternativa idonea al raggiungimento dell'obiettivo (lo sbarco nel più breve tempo possibile), in quanto, alla luce della mancata ratifica degli emendamenti alle convenzioni *SAR* e *SOLAS* del 2004, e tenuto conto di pregresse esperienze, avrebbe prevedibilmente comportato lunghi tempi di attesa e comunque sarebbe stata con tutta probabilità respinta. La violenza privata veniva invece esclusa per insussistenza del fatto, non essendovi stata alcuna forma di violenza o minaccia per costringere le autorità italiane a concedere lo sbarco, ed anzi essendosi registrata, ad avviso del giudice, una «*costante interlocuzione*» tra le parti, sfociata nell'autorizzazione all'ingresso nelle acque territoriali e nell'assegnazione del *PoS*.

3.4. *Il caso Sea Watch (Carola Rackete).*

Ad oggi, il caso che ha posto più drammaticamente in luce la refrattarietà degli Stati ad assegnare un porto sicuro sul proprio territorio quando i naufraghi sono stranieri senza documenti è quello che ha visto protagonista la comandante della nave *Sea Watch 3*, Carola Rackete.

L'imbarcazione battente bandiera olandese, di proprietà dell'ONG tedesca *Sea Watch*, il 12 giugno 2019 riceveva dall'aereo *Colibrì* dell'ONG francese *Pilotes volontaires* la segnalazione relativa alla presenza di un gommone in potenziale situazione di pericolo in zona *SAR* libica. Dopo avere informato le autorità libiche, maltesi, olandesi e italiane, la comandante procedeva verso il punto indicato. Malgrado la guardia costiera libica, di lì a poco, avesse formalmente assunto il coordinamento del soccorso, la *Sea Watch 3* giungeva per prima sul luogo dell'evento e, ritenuta sussistente la situazione di *distress* sulla base di una serie di indicatori (il gommone era sovraccarico e le scorte di cibo, acqua e benzina non gli avrebbero consentito di raggiungere alcuna destinazione), avviava le operazioni di recupero degli oltre cinquanta naufraghi. Successivamente la comandante chiedeva l'assegnazione di un *PoS* a diverse autorità marittime, ricevendo risposta da quelle libiche che indicavano di dirigersi verso il porto di Tripoli. Rackete rispondeva, tuttavia, che la Libia non poteva qualificarsi come porto sicuro e chiedeva un *PoS* alternativo; nel frattempo faceva rotta verso nord, in direzione dei porti sicuri più vicini, ossia quelli italiani e maltesi, reiterando la richiesta di attracco ad entrambi gli Stati.

Il 15 giugno il Ministro dell'interno italiano disponeva nei confronti della *Sea Watch 3* il primo divieto di ingresso in attuazione del c.d. "decreto sicurezza-*bis*", a sua volta adottato in via d'urgenza due giorni dopo l'operazione di soccorso condotta dalla ONG⁵⁷. Nei giorni successivi, mentre la nave stazionava dinanzi alle acque territoriali italiane, reiterando la richiesta di assegnazione di un porto dove attraccare, le autorità evacuavano alcuni soggetti necessitanti cure mediche. Contestualmente, la ONG esperiva inutilmente due tentativi di ottenere l'autorizzazione allo sbarco per via giurisdizionale⁵⁸.

Il 26 giugno la *Sea Watch 3* entrava nelle acque italiane e si dirigeva verso Lampedusa, invocando lo stato di necessità e disattendendo l'alt delle motovedette della Guardia di Finanza; quindi, si fermava nei pressi del porto in attesa di disposizioni. Iniziava così una nuova situazione di stallo, che si protraveva per le giornate del 27 e 28 giugno. In questo frangente veniva evacuata un'altra persona e la guardia di finanza si recava a bordo per acquisire informazioni sull'equipaggio e sui migranti trasportati. Inoltre, la Procura della repubblica di Agrigento apriva nei confronti della comandante un fascicolo per i reati di cui all'art. 12, commi 1 e 3, lett. *a*)⁵⁹ e art. 1099 cod. nav. (rifiuto di obbedienza a nave da guerra)⁶⁰, emanando altresì un decreto di perquisizione e sequestro documentale, che veniva eseguito lo stesso 28 giugno.

⁵⁷ V. *supra*, cap. II, par. 7.1.

⁵⁸ In particolare, il 19 giugno il TAR Lazio respingeva la richiesta di sospensione del provvedimento ministeriale che aveva vietato l'ingresso nelle acque territoriali e lo sbarco, sulla scorta dell'argomento che eventuali situazioni individuali di emergenza avrebbero potuto essere gestite secondo le stesse modalità già adottate il 15 giugno, ossia concedendo lo sbarco alle sole persone necessitanti cure mediche; e che ogni ulteriore questione attinente alla tutela del diritto d'asilo e dei diritti fondamentali era estranea al sindacato del giudice amministrativo. Successivamente, con ordinanza del 25 giugno la Corte europea dei diritti dell'uomo respingeva la richiesta di misure provvisorie, avanzata ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte (ricorso n. 32969/19), consistenti nell'invitare il Governo italiano ad autorizzare l'ingresso e lo sbarco, limitandosi a raccomandare alle autorità di continuare a fornire assistenza di carattere umanitario alle persone a bordo.

⁵⁹ Già in questa fase, in effetti, le condotte della comandante potevano astrattamente configurare "atti diretti a procurare l'ingresso irregolare" degli oltre cinquanta stranieri a bordo. L'aggravante è quella del numero di stranieri trasportati, superiore a cinque.

⁶⁰ L'art. 1099 cod. nav. è così formulato: «Il comandante della nave, che nei casi previsti nell'articolo 200 [disposizione che a sua volta detta la disciplina della "Polizia esercitata dalle navi da guerra", *n.d.a.*] non obbedisce all'ordine di una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione fino a due anni». Nel capo di imputazione la relativa condotta è descritta in termini di non obbedienza all'ordine di non entrare nelle acque territoriali emesso dalla Guardia di Finanza sulla base del provvedimento ministeriale adottato ai sensi del già ricordato "decreto sicurezza-*bis*".

Nella notte tra il 28 e il 29 giugno, ormai trascorsi diciassette giorni dal recupero dei naufraghi, avendo constatato il fallimento tanto delle soluzioni giudiziarie quanto di quelle negoziali, e avendo altresì appreso dai medici di bordo che le condizioni psicologiche delle persone non erano più stabili, la comandante decideva di sbloccare autonomamente la situazione: disattendendo i reiterati ordini di alt provenienti da una motovedetta della Guardia di Finanza, si dirigeva verso la banchina commerciale del porto di Lampedusa, dove infine attraccava, dopo avere urtato, nella manovra, la stessa motovedetta.

In relazione a tali condotte la comandante era tratta in arresto per i delitti di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.)⁶¹. La misura precautelare, tuttavia, non veniva convalidata dal GIP di Agrigento, che respingeva altresì la richiesta di applicazione del divieto di dimora nella medesima provincia⁶². Ad avviso del giudice, infatti, da un lato non sussistevano gli estremi del reato di cui all'art. 1100 cod. nav., e dall'altro lato, rispetto alla resistenza a pubblico ufficiale, trovava applicazione la scriminante dell'adempimento del dovere, in relazione al dovere di soccorso in mare gravante sul comandante. Tali valutazioni ricevevano, infine, il suggello della Corte di cassazione, che respingeva il ricorso avverso l'ordinanza del GIP presentato dalla Procura di Agrigento⁶³. Tra-

⁶¹ L'art. 1100, comma 1, cod. nav. è così formulato: «Il comandante o l'ufficiale della nave, che commette atti di resistenza o di violenza contro una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione da tre a dieci anni». Nei rispettivi capi di imputazione, le condotte integranti tale reato e quello di cui all'art. 337 c.p. sono descritte in termini identici, ossia come violazione del divieto di ingresso a più riprese impartito dalla Guardia di Finanza e successiva collisione con la motovedetta che cercava di ostacolare l'ormeggio.

⁶² GIP Agrigento, ord. 2 luglio 2019, in *Dir. pen. cont. (arch.)*, 3 luglio 2019. Tra i commenti: L. MASERA, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le Ong*, in *Giust. ins.*, 6 luglio 2019; ID., *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *Leg. pen.*, 22 aprile 2022, 6-12; V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Crim.*, 2018, 785-803; A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1893 s.

⁶³ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020 (dep. 20 febbraio 2020), n. 6626. Tra i commenti: R. FONTI, V. VALENTINI, *Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte: una decisione che non si condivide (proprio perché la si comprende)*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2020, 1-17; L. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Quest. giust.*, 20 febbraio 2020; G. MAZZA, *Caso "Sea Watch": la Cassazione sulla non convalida dell'arresto di Carola Rackete in relazione al dovere di soccorso in mare*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1068-1075; F. PARISI, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete: note a margine*, in *Foro it.*, Vol. 5, 2020, 290-315; M. RONCO, *L'esercizio dei poteri costituzionali in materia di libertà, sicurezza e giustizia e l'obbligo di lealtà nel rapporto tra gli organi*

lasciando in questa sede la questione dell'insussistenza del reato *ex art.* 1100 cod. nav.⁶⁴, occorre invece soffermarsi sulle ragioni poste dai giudici di legittimità alla base della mancata convalida dell'arresto per il reato di resistenza a pubblico ufficiale. Ciò in quanto, nel fondare l'illegittimità della misura precautelare sull'art. 385 del codice di rito – disposizione che, come è noto, ne vieta l'adozione quando «appare» che la condotta è stata compiuta, tra l'altro, nell'adempimento di un dovere – la Suprema Corte si è trovata giocoforza a ricostruire gli elementi essenziali del dovere di soccorso in mare.

La pronuncia, anzitutto, si sofferma sul *fondamento* del dovere di soccorso in mare in capo agli Stati e ai comandanti delle navi, ravvisandolo in una serie di fonti pattizie di diritto internazionale ratificate dall'Italia⁶⁵; nonché in una norma consuetudinaria direttamente applicabile ai sensi dell'art. 10, comma 1, Cost. In secondo luogo, con riferimento al *contenuto* dell'obbligo in questione, la sentenza precisa che esso non si esaurisce con il recupero delle persone e la loro messa in sicurezza a bordo della nave soccorritrice, bensì, ai sensi della Convenzione

dello Stato, in *Arch. pen.*, n. 1, 2020, 11-22; C. SANTORIELLO, *Caso Sea Watch ovvero la truffa delle etichette: è «politica» la decisione che non si condivide (o che non si comprende)*, *ivi*, 1-16; C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare – Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1, 2020, 185-214; L. MASERA, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *Leg. pen.*, 22 aprile 2022, 1-26; I. PAPANICOLOPULU, *Duty to rescue and entry into port: the Carola Rackete decision*, in *It. Year. Int. Law Onl.*, 2020, 453-458; nonché, volendo, C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *DUDI*, n. 3, 2020, 659-687.

⁶⁴ Basti qui ricordare che la fattispecie *ex art.* 1100 cod. nav. è stata esclusa per difetto della qualità di «nave da guerra» in capo alla motovedetta della G.d.F. intervenuta. Secondo i giudici di legittimità, in base all'art. 239 del Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, che ha recepito l'art. 29 della Convenzione di Montego Bay) «*le navi della Guardia di finanza sono certamente navi militari, ma non possono essere automaticamente ritenute anche navi da guerra*». Quest'ultima qualificazione, infatti, dipende dalla sussistenza degli ulteriori requisiti indicati dal comma 2 dell'art. 239, a mente del quale «*per “nave da guerra” si intende una nave che appartiene alle Forze armate di uno Stato, che porta i segni distintivi esteriori delle navi militari della sua nazionalità ed è posta sotto il comando di un ufficiale di marina al servizio dello Stato e iscritto nell'apposito ruolo degli ufficiali o in documento equipollente, il cui equipaggio è sottoposto alle regole della disciplina militare*». Nel caso di specie, ha concluso la Corte, al comando della motovedetta della G.d.F. vi era un maresciallo, ossia un soggetto qualificabile come militare, ma rispetto al quale è rimasto indimostrato se si trattasse un ufficiale iscritto nell'apposito ruolo o in documento equipollente.

⁶⁵ In particolare la Corte richiama, in blocco, le Convenzioni SOLAS del 1974, SAR del 1979 e UNCLOS del 1982.

SAR, con il loro sbarco in un porto sicuro⁶⁶. A proposito di quest'ultimo, la Corte richiama le Linee Guida *IMO*, nella parte in cui evidenziano che il porto può considerarsi sicuro dove la vita e la sicurezza dei naufraghi non sono minacciate, e che la nave soccorritrice può svolgere la funzione di "luogo sicuro" solo provvisoriamente, per il tempo necessario ad individuare una soluzione sulla terraferma⁶⁷. Con specifico riguardo alle situazioni in cui i naufraghi sono soggetti stranieri senza documenti, la motivazione chiarisce che il dovere di soccorso può considerarsi esaurito, a maggiore ragione, solo sulla terraferma, in quanto essi *«hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave»*⁶⁸. Infine, a suggellare la rilevanza della ricostruita disciplina di diritto internazionale ai fini dell'esclusione della legittimità dell'arresto ai sensi dell'art. 385 c.p.p., la Corte osserva che si tratta di *«disposizioni ben conosciute da coloro che operano il salvataggio in mare, ma anche da coloro che, per servizio, operano in mare svolgendo attività di polizia marittima»*; sicché, anche sulla base di una valutazione rigorosamente *ex ante*, la loro operatività nelle circostanze del caso di specie, e la conseguente verosimile esistenza della scriminante, non potevano essere negate⁶⁹.

La pronuncia della Cassazione, pur essendo intervenuta come visto

⁶⁶La Corte richiama il punto n. 3.1.9 della menzionata Convenzione *SAR*, che sancisce, da un lato, l'obbligo delle Parti contraenti di coordinarsi e cooperare affinché sia individuato in tempi ragionevoli un luogo sicuro dove condurre e sbarcare i naufraghi; dall'altro lato, l'obbligo in capo allo Stato responsabile della regione *SAR* dove è avvenuto il recupero di garantire che tale coordinamento e tale cooperazione avvengano effettivamente.

⁶⁷Linee guida *IMO*, punti n. 6.12 e 6.13.

⁶⁸A conforto di tale conclusione la Corte richiama – quale *«criterio interpretativo imprescindibile del concetto di "luogo sicuro" nel diritto internazionale»* – la Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1821 del 21 giugno 2011 (avente specificamente ad oggetto *«L'intercettazione e il salvataggio in mare dei domandanti asilo, dei rifugiati e dei migranti in situazione irregolare»*), secondo cui *«la nozione di luogo sicuro non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone ma comprende necessariamente il rispetto dei loro diritti fondamentali»* (punto n. 5.2).

⁶⁹Ad avviso del collegio, che sul punto richiama l'opinione di autorevole dottrina, nel concetto di "apparente" sussistenza della causa di giustificazione (e del conseguente divieto di adottare misure precautelari) ricadono non solo i casi in cui la scriminante risulta *«evidente»*, ma anche quelli in cui la stessa risulta *«ragionevolmente/verosimilmente esistente sulla scorta delle circostanze di fatto conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza»*. Tanto, argomenta la stessa Corte, sulla scorta di un'interpretazione dell'art. 385 c.p.p. conforme all'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.), interpretazione da cui discende il carattere eccezionale delle ipotesi in cui l'autorità di pubblica sicurezza può adottare misure precautelari.

nella fase precautelare della convalida dell'arresto, e avendo dunque limitato l'oggetto del proprio sindacato alla sussistenza dei presupposti dell'adempimento del dovere ai fini dell'art. 385 c.p.p., ha di fatto aperto la strada alla successiva archiviazione sia del procedimento per i reati in relazione ai quali la comandante era stata arrestata (artt. 337 c.p. e 1100 cod. nav.)⁷⁰, sia del parallelo procedimento per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare aggravato (art. 12, commi 1 e 3, lett. a)) e rifiuto di obbedienza a nave da guerra (art. 1099 cod. nav.)⁷¹.

La richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura di Agrigento in relazione al favoreggiamento dell'ingresso irregolare aggiunge, rispetto alle statuizioni della Corte di cassazione, alcuni elementi meritevoli di attenzione, sui quali occorre brevemente soffermarsi; segnalando che si tratta di argomentazioni sovrapponibili, in punto di diritto, ad una precedente richiesta di archiviazione della medesima Procura (anch'essa peraltro successiva, sebbene solo di pochi giorni, alla pronuncia della Cassazione poc'anzi esaminata) relativa ad analoghe accuse rivolte al comandante e al capo missione della nave *Mare Jonio*, di proprietà dell'associazione italiana *Mediterranea*⁷².

⁷⁰ Procura della Repubblica presso il Trib. di Agrigento, richiesta di archiviazione del 19 gennaio 2021; GIP Agrigento, decreto di archiviazione del 29 giugno 2019, inedito.

⁷¹ Procura della Repubblica presso il Trib. di Agrigento, richiesta di archiviazione del 29 ottobre 2021; GIP Agrigento, decreto di archiviazione del 20 dicembre 2021, provvedimenti entrambi pubblicati in *Sist. pen.*, 17 gennaio 2022, con nota di S. ZIRULIA. Con riferimento al delitto ex art. 1099 cod. nav., tanto il GIP quanto la Procura si concentrano pressoché esclusivamente sulla mancanza, nel caso di specie, dei presupposti per l'adozione del provvedimento ministeriale di interdizione navale sul quale si era basato l'alt ordinato dalla Guardia di Finanza trasgredito dalla comandante; ma non esplicitano le ragioni in virtù delle quali l'illegittimità di tale provvedimento abbia determinato, quale ricaduta penale, l'insussistenza del reato ex art. 1099 cod. nav. È possibile che entrambi i giudicanti abbiano ritenuto che l'illegittimità del provvedimento avesse invalidato, a cascata, l'ordine della G.d.F., con conseguente venire meno anche dell'obbligo di rispettarlo in capo al comandante della nave; ma il silenzio serbato sul punto non consente di formulare conclusioni certe. Per completezza è opportuno chiarire che alla stessa conclusione – l'archiviazione per infondatezza della *notitia criminis* – si sarebbe potuti pervenire, anche qui, vuoi negando alla motovedetta la qualità di «nave da guerra», vuoi in virtù della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere. A quest'ultimo proposito, considerato che la Corte di Cassazione aveva ritenuto scriminato il reato di resistenza a pubblico ufficiale persino a fronte dello scontro tra la *Sea Watch 3* e la motovedetta della G.d.F., *a fortiori* – ci pare – la stessa esimente avrebbe potuto essere estesa anche ad una fattispecie avente ad oggetto la mera disobbedienza all'ordine di fermare i motori.

⁷² Procura della Repubblica presso il Trib. di Agrigento, richiesta di archiviazione del 27 gennaio 2020, accolta dal GIP. Il caso riguardava il soccorso di quasi cinquanta migranti effettuato dalla nave *Mare Jonio*, battente bandiera italiana ed appartenente all'associazione *Mediterranea*, in zona SAR libica tra il 18 e il 19 marzo 2019, conclusosi con l'attracco nel

Anzitutto, in entrambe le richieste la Procura di Agrigento chiarisce che la condizione di *distress* poteva considerarsi sussistente sin dal momento della partenza dei gommoni dalla Libia, senza cioè attendere una situazione di imminente affondamento, valorizzando una serie di elementi concreti dai quali si poteva univocamente ricavare l'esistenza, *ab origine*, di un pericolo per la vita delle persone coinvolte⁷³.

In secondo luogo, la Procura ritiene che le condotte degli accusati possano considerarsi scriminate, al contempo, sia dallo stato di necessità (art. 54 c.p.), in ragione delle condizioni obiettive di pericolo nelle quali avevano rintracciato i migranti; sia dall'adempimento del dovere di soccorso in mare (art. 51 c.p.), a sua volta ricostruito alla luce delle rilevanti convenzioni internazionali, del diritto consuetudinario e delle Linee guida *IMO*.

In terzo ed ultimo luogo, dopo avere ribadito che la conduzione dei naufraghi sulla terraferma costituisce parte integrante dell'obbligo di soccorso, e dunque anche elemento essenziale del suo pieno adempimento⁷⁴, la Procura sottolinea, facendo sul punto propria la Raccomandazione emanata dalla Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa nel 2019⁷⁵, come la valutazione in ordine alla legittimità dell'operato dei comandanti non possa non tenere conto del fatto che sono proprio loro ad avere una visione d'insieme della situazione con-

porto di Lampedusa. Si era trattato di un soccorso effettuato al di fuori del coordinamento con *IMRCC*, che inizialmente aveva vietato l'ingresso, salvo poi scortare la nave nel porto trattandosi di natante battente bandiera italiana. Ancora prima, cenni nello stesso senso erano emersi in una richiesta di archiviazione della Procura di Palermo del 15 giugno 2018: si trattava del soccorso di oltre 200 migranti effettuato dalla nave Golfo Azzurro della ONG *Sea Watch* nel maggio 2017, sotto il coordinamento del *MRCC* di Roma, e del loro successivo trasporto a Lampedusa.

⁷³ Si riportano alcuni rilevanti passaggi della richiesta di archiviazione: «è notorio che i gommoni utilizzati dai trafficanti libici per il trasporto dei migranti sono di pessima fattura, costantemente a rischio di lacerazione delle camere d'aria [...] come comprovato da decine di eventi SAR, diversi dei quali conclusisi con la morte delle persone a bordo, alcuni dei quali di diretta cognizione di questa Procura della Repubblica di Agrigento; Il gommone blu lungo circa metri 7-10 era certamente sovraccarico, in quanto trasportava molte più persone (53) di quanto ne consentisse una navigazione in sicurezza [...]; Diverse persone a bordo non avevano salvagenti o altri dispositivi personali o collettivi di sicurezza [...]; È notorio che la maggior parte dei migranti trasportati con questi mezzi, soprattutto quelli provenienti dagli Stati sub sahariani non sanno nuotare [...] come comprovato da decine di eventi SAR, diversi dei quali conclusisi con la morte delle persone a bordo, alcuni dei quali di diretta cognizione di questa Procura della Repubblica di Agrigento» (p. 5).

⁷⁴ La Procura richiama, in particolare, il cap. n. 1.3.2 della Convenzione *SAR*.

⁷⁵ Raccomandazione del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Vite salvate. Diritti protetti. Colmare le lacune in materia di protezione dei rifugiati e migranti nel Mediterraneo*, giugno 2019, p. 29.

creta (relativamente alle condizioni delle persone a bordo, della nave e a quelle metereologiche), e che pertanto ad essi deve essere riconosciuto un certo margine di discrezionalità, da esercitarsi secondo apprezzamento professionale, nell'individuazione del punto di attracco⁷⁶. Poiché queste premesse, con riferimento ai casi di specie la Procura di Agrigento ritiene che l'identificazione di Lampedusa come "porto sicuro" fosse scaturita da valutazioni improntate ad una ragionevole ponderazione di tutte le alternative disponibili, nonché di ogni circostanza concreta rilevante nella prospettiva di minimizzare i rischi per le persone coinvolte⁷⁷.

3.5. *Sguardo d'insieme alla casistica esaminata.*

Dall'esame della prassi giudiziaria è emerso che il recupero di stranieri *sans papiers* in acque internazionali, e il loro successivo trasporto sul territorio italiano, da parte di membri della società civile, è stato in diverse occasioni ricondotto, quanto meno in via di prima determinazione, a una o più figure di reato: anzitutto, in sé e per sé considerato,

⁷⁶Si riporta il passaggio rilevante della richiesta di archiviazione: «*sebbene il coordinamento delle operazioni spetti agli RCC [ossia i Rescue Coordination Centers facenti capo agli Stati, n.d.a.] anche i capitani delle navi hanno un ruolo cruciale durante le fasi decisionali dell'intera operazione di salvataggio: sono loro, infatti, ad avere una visione d'insieme della situazione a bordo, incluse le condizioni delle persone soccorse, nonché dei fattori esterni, quali in particolare le condizioni metereologiche e la capacità dell'imbarcazione di portare a termine l'operazione in sicurezza. Essi godono pertanto di un margine di discrezionalità nel prendere qualunque decisione che, secondo il loro apprezzamento professionale, risulta necessaria alla tutela della vita umana. Le stesse linee guida dell'IMO prescrivono al comandante di sorvegliare affinché le persone non vengano sbarcate in luoghi dove la loro incolumità possa essere nuovamente minacciata. È per questo che si raccomanda agli Stati non solo di istruire i comandanti al fine di consentire il raggiungimento di un porto sicuro [...] ma anche di rispettare la loro eventuale decisione di non condurre i migranti in Libia o in ogni altro luogo insicuro*» (p. 23 s.).

⁷⁷Nel dettaglio, la Procura ritiene corretta la scelta della comandante Rackete di far rotta verso l'Italia in quanto: *i*) la Libia non può essere considerata un porto sicuro, tenuto tra l'altro conto che, come evidenziato anche dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite, «*migliaia di richiedenti asilo, rifugiati e migranti presenti in Libia versano in condizioni di detenzione arbitraria e sono sottoposti a torture ed a trattamenti disumani e degradante in violazione dei loro diritti umani*»; *ii*) Malta non ha ancora ratificato gli emendamenti alle convenzioni SAR e SOLAS sugli obblighi di cooperazione tra gli Stati e nel caso di specie aveva espressamente negato l'indicazione di un porto alla *Sea Watch 3*; *iii*) la Tunisia non ha mai dichiarato una propria area di SAR e si sottrae sistematicamente alle richieste di coordinamento di operazioni di salvataggio e concessione di un porto. Sulla base delle stesse considerazioni la Procura di Agrigento aveva, in precedenza, ritenuto corretta analoga decisione di far rotta verso l'Italia compiuta dal comandante della nave *Mare Jonio* dell'associazione *Mediterranea*, chiedendo ed ottenendo anche in quel caso l'archiviazione (v. *supra*, nt. 72).

al favoreggiamento dell'ingresso irregolare (in tutti i casi esaminati); in secondo luogo, laddove connotato da ulteriori elementi, alla violenza privata (caso *Open Arms*), alla resistenza a pubblico ufficiale (caso *Sea Watch*), e ancora a fattispecie del codice della navigazione tra cui agli artt. 1099 (rifiuto di obbedienza a nave da guerra) e 1100 (resistenza o violenza contro nave da guerra) (caso *Sea Watch*).

Ad eccezione del c.d. caso *Iuventa*, per il quale è in corso l'udienza preliminare, tutti gli altri casi esaminati hanno avuto esito favorevole agli accusati/imputati (archiviazione, nei casi *Sea Watch* e *Mare Jonio*; sentenza di non luogo a procedere, nel caso *Open Arms*; sentenza di assoluzione, nel caso *Cap Anamur*): vuoi per difetto di un elemento oggettivo del reato (la condotta violenta o minacciosa, rispetto all'art. 610 c.p.; l'illegittimità dell'alt ordinato dalla Guardia di Finanza, rispetto all'art. 1099 cod. nav.; la qualità di «nave da guerra», rispetto all'art. 1100 cod. nav.); vuoi per l'operare di una causa esimente (lo stato di necessità rispetto all'art. 12 t.u. imm., nel caso *Open Arms*; l'adempimento del dovere di soccorso in mare, sempre rispetto all'art. 12 t.u. imm., nei casi *Cap Anamur* e *Sea Watch*, nonché rispetto all'art. 337 c.p., nel caso *Sea Watch*).

4. *Profili di diritto internazionale dei soccorsi in mare.*

Giunti a questo punto è indispensabile approfondire l'esame di alcune questioni trasversali alle vicende esaminate. Si cercherà, anche avvalendosi dell'ausilio della dottrina internazionalistica⁷⁸, di precisare alcune statuizioni rintracciabili nei provvedimenti illustrati, sciogliere le persistenti antinomie interpretative e, in ultima analisi, provare a restituire un quadro normativo coerente, che agevoli, anche per il penalista, il compito di stabilire se e in base a quali argomenti debba essere esclusa la responsabilità dei soccorritori di migranti ai sensi dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. (nonché di altre figure di reato suscettibili, come visto, di venire in rilievo nelle medesime vicende). Fermo restando che le questioni che ci accingiamo ad esaminare risultano tra loro fortemente intrecciate, per agevolare l'esposizione procederemo suddividendole in tre sotto-gruppi.

⁷⁸Oltre ai contributi che verranno di seguito via via citati, si veda, per un istruttivo inquadramento del dovere di soccorso in mare, anche in prospettiva storica, M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in DUDI, n. 1, 2019, 5-47.

4.1. *La situazione di distress.*

Un primo aspetto problematico emerso dalla casistica esaminata riguarda il presupposto fondamentale affinché scatti l'obbligo di soccorso in mare, ossia la situazione di «*distress*». Il problema si è posto ogniqualvolta i migranti, pur essendo rintracciati in condizioni precarie (ad esempio, a bordo di imbarcazioni sovraffollate e fatiscenti), non risultavano in pericolo imminente di morte (perché l'imbarcazione non stava affondando e/o non c'erano persone in acqua). In sede cautelare, i giudici hanno adottato posizioni divergenti in ordine alla riconducibilità di tali situazioni alla categoria del «*distress*», talvolta negandola⁷⁹, talvolta riconoscendola⁸⁰. Ebbene, come ci si accinge a dimostrare, questa seconda impostazione risulta più aderente alla nozione di “pericolo in mare” accolta dal diritto internazionale.

Secondo la Convenzione di Amburgo del 1979 (Convenzione SAR)⁸¹, la locuzione «*distress*» indica «*[a] situation wherein there is a reasonable certainty that a person, a vessel or other craft is threatened by grave and imminent danger and requires immediate assistance*»⁸²; formula che in Italia è stata recepita dal «Piano SAR Marittimo nazionale»⁸³. Pur

⁷⁹ In questo senso si sono espressi, nel caso *Open Arms*, tanto il GIP di Catania quanto il GIP di Ragusa. V. *supra*, par. 3.3.

⁸⁰ Così, invece, la Procura e il GIP di Agrigento nella richiesta di archiviazione del procedimento *Sea Watch* e nel successivo decreto che l'ha accolta. V. *supra*, par. 3.4 (anche per l'analogo epilogo del procedimento *Mare Jonio*).

⁸¹ D'ora in avanti ci si riferirà a questa e alle altre rilevanti Convenzioni soltanto mediante il loro acronimo inglese (*SAR*, *UNCLOS*, *SOLAS* ecc.). Per i riferimenti completi a ciascuno di questi strumenti internazionali e alla rispettiva legge italiana di ratifica, v. *supra*, nt. 3.

⁸² Convenzione SAR (come emendata nel 1998), allegato, capitolo n. 1.3.13.

⁸³ Cfr. Piano SAR Marittimo Nazionale 2020 (che sostituisce il precedente Piano SAR del 1996, di cui peraltro riproduce senza significative variazioni le disposizioni rilevanti ai presenti fini), disponibile sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Nel cap. III del Piano vengono distinte tre diverse «fasi di emergenza», in successione tra loro, ossia «incertezza» (INCERFA), «allerta» (ALERFA) e «pericolo» (DETRESFA). Con riferimento a quest'ultima fase, la sezione 360 stabilisce: «La fase di pericolo o “DETRESFA” è la situazione nella quale si ha ragione di ritenere che una persona, una nave o altro mezzo sono minacciati da un pericolo grave ed imminente e che hanno bisogno di soccorso immediato e si ha quando: – si è ricevuta fondata informazione che un mezzo o una persona è in grave o imminente pericolo o bisognosa di immediata assistenza; – tutti i tentativi di stabilire un contatto con il mezzo e le indagini eseguite presso fonti attendibili fanno presumere che il mezzo o la persona sia in pericolo; – è stata ricevuta notizia che l'efficienza operativa del mezzo è menomata a tal punto da rendere probabile il verificarsi di una situazione di pericolo». Le precedenti fasi dell'«incertezza» e dell'«allerta» sono caratterizzate, rispettivamente, dal *dubbio* e dal *timore* in ordine alla sicurezza di persone o navigli. È importante sottolineare

trattandosi di una nozione circoscritta, non paiono esservi ostacoli di ordine *letterale* a ricomprendervi anche le ipotesi in cui, pur non sussistendo elementi indicativi di un immediato pericolo *di morte* (persone in acqua, natante in fase di affondamento, fenomeni atmosferici estremi ecc.), nondimeno siano riscontrabili gravi *deficit* sul piano delle condizioni minime per una navigazione sicura. Nello stesso senso milita l'interpretazione *teleologica* della nozione, posto che una lettura estensiva del *distress* è certamente più coerente con la finalità ultima alla quale sono rivolte tutte le menzionate Convenzioni internazionali, ossia la massima tutela possibile della vita umana in mare⁸⁴. Sul piano *sistematico*, infine, la nozione estensiva di *distress* trova un addentellato di diritto positivo nel Regolamento UE n. 656/2014⁸⁵, che disciplina le operazioni di ricerca e soccorso degli Stati membri. Pur trattandosi di norme rivolte, appunto, agli Stati, esse altro non fanno che cristallizzare massime di esperienza la cui validità può essere senza forzature estesa anche alle valutazioni compiute dai comandanti di navi private⁸⁶. Ebbene, nessuno degli indicatori di rischio riportati dal Regolamento UE (art. 9, lett. *f*) richiede che vi sia un naufragio in atto, persone già in acqua o altre situazioni di imminente pericolo per la vita umana; piuttosto, l'attenzione si concentra sulle *condizioni di sicurezza* del natante, delle persone a bordo e in generale della navigazione, in un'ottica marcatamente *preventiva* di possibili situazioni di pericolo⁸⁷.

re che ciascuna delle tre fasi in cui si articola la procedura di emergenza può concludersi soltanto con la cessazione dell'emergenza stessa oppure con il passaggio alla fase successiva. Per un ampio commento al Piano SAR, v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il nuovo piano SAR nazionale 2020 e i soccorsi in alto mare, tra prassi operative e diritto internazionale*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3, 2021, 316-349.

⁸⁴ Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *International law and the protection of people at sea*, Oxford University Press, 2018, 189: «*The duty to rescue people in distress at sea can be considered as the other side of the coin of the right to life, which every individual enjoys under international human rights law*»; M. RATCOVICH, *International Law and the Rescue of Refugees at Sea*, Doctoral thesis in Public International Law, Stockholm University, 2019, 80: «*The essentially humanitarian character of the duty [to render assistance at sea, n.d.a.] supposedly warrants an extensive interpretation of the material scope. If not, the effectiveness of the duty would likely be at risk*».

⁸⁵ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante «Norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea».

⁸⁶ Tanto è vero che il Regolamento in parola è stato espressamente richiamato, come riferimento normativo utile alla ricostruzione della nozione di *distress*, dalla Raccomandazione del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Vite salvate. Diritti protetti*, cit., 24.

⁸⁷ Si riporta il testo dell'art. 9, lett. *f*): «per valutare se un natante si trovi in una fase di

Provando ora a ricucire il piano definitorio con quello della realtà oggetto d'esame, appare evidente come la nozione estensiva di *distress* sia agevolmente in grado di abbracciare praticamente *tutte* le situazioni nelle quali vengono a trovarsi i migranti che solcano clandestinamente il Mediterraneo centrale⁸⁸. In particolare, tra gli indici formulati dal menzionato Regolamento UE vengono in rilievo: le esplicite richieste di assistenza; il sovraffollamento dei natanti e le cattive condizioni di manutenzione degli stessi; l'assenza di adeguate scorte di carburante, cibo ed acqua; l'assenza di un equipaggio qualificato e di un comandante; l'assenza di dispositivi di sicurezza, nonché apparecchiature di navigazione e comunicazione; la presenza a bordo di persone che necessitano di assistenza medica urgente, donne in stato di gravidanza e bambini. Per completezza giova precisare che, ai sensi del già citato Piano SAR Marittimo nazionale, il criterio generale di valutazione della veridicità di una notizia di pericolo è quello del «minimo di attendibilità», a fronte del quale è fatto obbligo alle autorità di comportarsi come se quella notizia fosse certamente vera⁸⁹.

In conclusione, tra gli orientamenti emersi nella prassi giudiziaria esaminata, l'unico coerente con il diritto internazionale è quello espresso dall'archiviazione disposta su richiesta della Procura di Agrigento nel caso *Sea Watch* (nonché, analogamente, nel caso *Mare Jonio*), secondo cui il *distress* è una situazione sostanzialmente *connaturata* al *modus operandi* dei trafficanti di migranti attivi lungo la rotta del Medi-

incertezza, allarme o pericolo, le unità partecipanti tengono in conto, e trasmettono al centro di coordinamento del soccorso competente, tutte le informazioni e osservazioni pertinenti, anche per quanto riguarda: i) l'esistenza di una richiesta di assistenza, anche se tale richiesta non è l'unico fattore per determinare l'esistenza di una situazione di pericolo; ii) la navigabilità del natante e la probabilità che questo non raggiunga la destinazione finale; iii) il numero di persone a bordo rispetto al tipo di natante e alle condizioni in cui si trova; iv) la disponibilità di scorte necessarie per raggiungere la costa, quali carburante, acqua e cibo; v) la presenza di un equipaggio qualificato e del comandante del natante; vi) l'esistenza e la funzionalità di dispositivi di sicurezza, apparecchiature di navigazione e comunicazione; vii) la presenza a bordo di persone che necessitano di assistenza medica urgente; viii) la presenza a bordo di persone decedute; ix) la presenza a bordo di donne in stato di gravidanza o di bambini; x) le condizioni e previsioni meteorologiche e marine».

⁸⁸ In questo senso v. ancora la Raccomandazione del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, cit.: «*Le imbarcazioni che trasportano rifugiati, richiedenti asilo e migranti sono invariabilmente sovraffollate, inadatte a lunghi viaggi, soprattutto in caso di mare mosso, e non hanno generalmente un equipaggio competente né attrezzature per la navigazione. Di conseguenza, tali imbarcazioni dovrebbero essere considerate in pericolo dal momento stesso in cui iniziano il loro viaggio*» (p. 24).

⁸⁹ Cfr. Piano SAR, cit., cap. 310: «quando si presume che sussista una reale situazione di pericolo per le persone, si deve adottare un criterio non restrittivo, nel senso che una notizia con un minimo di attendibilità deve essere considerata veritiera a tutti gli effetti».

terraneo centrale, con la conseguenza che le imbarcazioni dei *boat migrants* ivi rintracciate devono considerarsi in tale condizione *sin dal momento della partenza delle coste nordafricane*.

4.2. *Gli attori privati dei soccorsi in mare: tra facoltà di ricerca e dovere di salvataggio.*

Sin dal caso *Cap Anamur*, una critica più o meno velatamente rivolta alle ONG riguarda il fatto che la loro attività non consisterebbe, semplicemente, nel soccorrere persone in pericolo, ma comprenderebbe, a monte, il pattugliamento delle acque marittime, alla *ricerca* di imbarcazioni da soccorrere. Il disvalore insito in siffatte condotte risiederebbe, secondo i sostenitori di questa posizione, in una sorta di strumentalizzazione della disciplina sui soccorsi in mare, piegata alla finalità di aprire corridoi per l'ingresso di stranieri senza documenti nel Paese⁹⁰; con l'ulteriore e indesiderabile risultato di incentivare le partenze delle coste nordafricane (c.d. *pull factor*), pregiudicando così l'interesse al controllo dei flussi e oltretutto generando nuove situazioni di pericolo per gli stessi migranti⁹¹.

Si tratta, nel complesso, di una narrazione non condivisibile. L'argomento della strumentalizzazione, anzitutto, è giuridicamente infondato, considerato che le iniziative dei privati in questo settore costituiscono esercizio di una facoltà pacificamente riconosciuta dal diritto internazionale, ossia la libertà di navigazione in alto mare, e che nessun trattato contempla un divieto espresso di condurre attività di ricerca pro-

⁹⁰ Si possono ricordare le espressioni utilizzate dal GIP di Trapani nel decreto di convalida del sequestro preventivo della nave *Iuventa* (v. *supra*, par. 3.2): «l'equipaggio [...] ha posto in essere condotte antecedenti e successive all'attività di soccorso che non hanno alcuna giustificazione in una situazione di pericolo per i migranti ma nella precisa volontà di permettere l'accesso in Italia del maggior numero di clandestini possibile»; nonché dal GIP di Catania nel decreto di convalida di sequestro preventivo della nave *Open Arms* (v. *supra*, par. 3.3): «per gli indagati solo i porti italiani, e quelli siciliani in particolare, rappresentano l'obiettivo da raggiungere; un approdo, cioè, cui tutti i migranti ambiscono di arrivare, nella quasi certezza che i porti spagnoli e quelli di diversi altri Paesi che si affacciano sul Mediterraneo, non siano così aperti come quelli nostri»; «non può essere consentito alle stesse [ONG] di creare autonomi corridoi umanitari al di fuori del controllo statale e internazionale, forieri di situazioni critiche all'interno dei singoli Paesi sotto il profilo dell'ordine pubblico e della sicurezza».

⁹¹ Come già visto, gli stessi argomenti sono stati utilizzati per giustificazione l'adozione dei provvedimenti ministeriali di interdizione navale nei confronti delle navi soccorritrici: v. *supra*, cap. II, par. 2.7; con specifico riguardo alla teoria del «*pull factor*» v. anche *infra*, par. 4.2.

dromica al soccorso⁹². Al contrario, come si vedrà meglio *infra* (par. 4.3), le convenzioni SOLAS e SAR sono state emendate proprio allo scopo di meglio chiarire che le questioni relative alla salvaguardia della vita in mare (SAR issues) hanno la precedenza rispetto a quelle relative allo status giuridico dei naufraghi (non-SAR issues), e che in ogni caso l'obbligo di cooperazione tra gli Stati che hanno avuto notizia di un incidente non si esaurisce fino a che non sia stato individuato un porto sicuro per lo sbarco.

Quanto all'argomento del "pull factor", pur suggestivo sul piano teorico, esso si è dimostrato fallace sul piano empirico. Invero, gli studi che sono andati oltre all'apodittica equazione tra maggiori soccorsi e maggiori partenze, raccogliendo e analizzando i dati disponibili, sono giunti a conclusioni di segno opposto, mettendo in evidenza come non vi sia corrispondenza tra maggiore presenza delle navi delle ONG in mare e aumento del numero delle partenze, quest'ultimo dato essendo prevalentemente collegato alle previsioni metereologiche e a fattori geopolitici (in particolare, situazioni di instabilità nei Paesi che si affacciano sul Mediterraneo) che nulla hanno a che vedere con l'intensità delle attività di soccorso⁹³. Il venire meno dei presupposti empirici della teoria del pull factor si riflette sull'impossibilità di valorizzarla tanto sul piano politico, formulando cioè giudizi di *inopportunità* sull'organizzazione di attività SAR a beneficio di migranti; quanto sul piano giuridico, posto che, in assenza di una valida massima di esperienza che dimostri un nesso di causalità psichica tra soccorsi e partenze, non è nemmeno possibile tematizzare una possibile rilevanza delle condotte dei membri delle ONG alla stregua di forme di *concorso morale* al traffico di migranti (diverso, evidentemente, il tema del *contributo materiale* al trasporto dei migranti sul territorio nazionale, sul quale v. *infra*, par. 5 ss.).

Così chiarito che nulla osta, né sul piano dell'opportunità politica,

⁹² In questo senso P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze "Stato-centriche" e "cosmopolitiche": il caso "Sea-Watch" in una prospettiva conflittuale*, in *Quad. SIDIBlog*, 2019, 70; K. GOMBEER, M. FINK, *Non-Governmental Organisations and Search and Rescue at Sea*, cit., 8-15; I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 516.

⁹³ In questi termini: E. STEINHILPER, R. GRUIJTERS, *Border Deaths in the Mediterranean: What We Can Learn from the Latest Data*, in *Border Criminologies*, 8 marzo 2017; E. CUSUMANO, M. VILLA, *Sea rescue NGOs: a pull factor of irregular migration?*, *Policy Briefs*, 2019/22, *Migration Policy Centre, European University Institute*; C. AMENTA, P. DI BETTA, C. FERRARA, *La crisi dei migranti nel Mediterraneo Centrale: le operazioni search and rescue non sono un fattore di attrazione*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2021, 16-33.

né sul piano giuridico, allo svolgimento di sistematiche attività di *search and rescue* a favore dei *boat migrants*, occorre soffermarsi più da vicino sulle fonti e i contenuti dell'obbligo di soccorso delle persone trovate in *distress*.

Il primo punto fermo è che i comandanti delle navi, senza distinzioni tra attori pubblici e privati, sono *diretti destinatari* dell'obbligo di prestare immediatamente soccorso alle persone che si trovano in condizioni di pericolo, indipendentemente dal modo in cui siano venuti a conoscenza della situazione (per avvistamento diretto oppure a seguito di richiesta di intervento da parte di un MRCC o da qualsiasi altra fonte). In tal senso dispone, anzitutto, una regola consuetudinaria pacificamente riconosciuta, direttamente applicabile nell'ordinamento italiano attraverso il meccanismo del trasformatore permanente di cui all'art. 10, comma 1, Cost.⁹⁴, come ricordato anche dalla Corte di cassazione nella pronuncia sul caso *Sea Watch*. Sul piano delle norme pattizie, l'obbligo in parola è rintracciabile nella Convenzione *Salvage*⁹⁵ e nella Convenzione *SOLAS*⁹⁶, le quali – a differenza di altri strumenti talvolta richiamati nei procedimenti a carico dei comandanti, ma a ben vedere recanti norme indirizzate solo agli Stati⁹⁷ – inequivocabilmente si rivolgono, con disposizioni *self-executing*, alle persone fisiche⁹⁸. Ancora, l'esistenza di un obbligo in capo a *tutti* i comandanti è data per presupposto dalle Linee guida *IMO*⁹⁹, nelle quali si mette opportunamente in luce l'impossibilità, altrimenti, di garantire adeguati livelli di sicurezza in mare¹⁰⁰. Infine, l'obbligo di soccorso è normalmente incorporato

⁹⁴ M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare*, cit., 18-20.

⁹⁵ Art. 10, par. 1: «*Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea*».

⁹⁶ Capitolo V, regola n. 33.1: «*the master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance [...]*». È significativo osservare che, nella versione originaria del 1914 (poi a più riprese sostituita), la Convenzione era finalizzata a rafforzare la sicurezza in mare successivamente al tristemente famoso naufragio del *Titanic*, verificatosi nella notte tra il 14 e il 15 aprile 1912.

⁹⁷ Si tratta, in particolare, della Convenzione *UNCLOS* e della Convenzione *SAR*: sul punto sia consentito rinviare a C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro*, cit., 669.

⁹⁸ Sulla diretta applicabilità di tali disposizioni si tornerà nel dettaglio *infra* (par. 5.1), a proposito delle ricadute penalistiche della disciplina in esame.

⁹⁹ Le Linee Guida *IMO* sono infatti «*indirizzate tanto ai governi quanto ai comandanti in una prospettiva di partenariato pubblico-privato*»: così M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare*, cit., 16.

¹⁰⁰ V. Linee Guida *IMO*, par. 5.1.

anche nelle discipline nazionali sulla navigazione, di regola applicabili a bordo di navi battenti la rispettiva bandiera nazionale: si pensi agli artt. 489 e 490 del codice della navigazione italiano, recanti rispettivamente obblighi di assistenza e di salvataggio a carico del comandante, presidiati dalle sanzioni penali di cui alla fattispecie di «omissione di assistenza a navi o persone in pericolo» (art. 1158 cod. nav.).

Giova inoltre chiarire che l'obbligo di soccorso in capo ai singoli comandanti opera indipendentemente dalla zona di ricerca e soccorso in cui il recupero delle persone viene effettuato. Le zone SAR, infatti, non sono "zone marine" (a differenza delle acque interne, del mare territoriale ecc.) nelle quali lo Stato costiero gode di determinati poteri e diritti¹⁰¹; la loro creazione – oggetto a sua volta di obbligo internazionale – comporta solo doveri per gli Stati, *in primis* quello di ricevere, ventiquattr'ore su ventiquattro, richieste di soccorso¹⁰², nonché – come vedremo *infra* – la responsabilità primaria di coordinare le operazioni di salvataggio, anche al fine di sbarcare le persone soccorse in un luogo sicuro. Proprio perché dalla zona SAR discendono obblighi e non poteri, lo Stato costiero «non può impedire a una nave di entrarvi, non può precludere a una nave di prestare soccorso al suo interno, e non può imporre al comandante della nave che ha soccorso persone in pericolo un determinato comportamento, per esempio di trasferirle su altre navi»¹⁰³.

È su questo complesso, ma a ben vedere chiaro, quadro normativo, che si sono inserite le iniziative del governo italiano finalizzate a circoscrivere gli spazi di manovra delle organizzazioni non governative. Il contesto è quello della lotta all'immigrazione irregolare via mare, progressivamente intensificatasi a partire dal 2011, di cui si è già dato conto in precedenza¹⁰⁴. Dapprima, è stata "proposta" alle ONG la sottoscrizione di un «codice di condotta», recante un elenco di tredici clau-

¹⁰¹ Le zone di ricerca e soccorso definiscono porzioni di acque internazionali nelle quali gli Stati si impegnano a effettuare i soccorsi, ma non attribuiscono giurisdizione o altre forme di potestà. Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue*, cit., 515: «né la SOLAS né la Convenzione SAR prevedono il potere, in capo allo stato della 'zona SAR' o altri stati, di obbligare il comandante a trasferire, consegnare o far sbarcare le persone soccorse in un determinato stato». Per un quadro delle diverse aree marittime individuate dal diritto internazionale, v. T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, 2014, 213-217.

¹⁰² Sul punto, anche per i riferimenti normativi, v. ancora I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue*, cit., 513.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ V. *supra*, cap. II, parr. 2.7 e 7.

sole¹⁰⁵ in parte riprodotte norme già dettate dalle convenzioni internazionali sui soccorsi in mare e in parte, al contrario, recanti regole di comportamento di dubbia compatibilità con quelle stesse convenzioni (tra queste ultime, in particolare, il divieto di entrare nelle acque territoriali libiche, di interferire con l'attività della guardia costiera libica, o ancora di trasferire i migranti soccorsi a bordo di altre navi)¹⁰⁶. Peraltro, stante il carattere verosimilmente non vincolante di quel documento¹⁰⁷, all'epoca della sua introduzione era risultato agevole sostenere che il comandante potesse (*rectius*, dovesse) discostarsene ogniquivolta la sua applicazione fosse risultata incompatibile con il dovere di soccorso¹⁰⁸. Successivamente, e forse proprio in ragione della constatata inefficacia del codice di condotta, sono stati introdotti, mediante il “decreto-sicurezza-bis” (2019), il “decreto Lamorgese” (2020) e il “decreto Piantedosi” (2023), i poteri ministeriali di interdizione navale, ac-

¹⁰⁵ Le principali clausole dettate dal codice sono riportate *supra*, cap. II, par. 2.7, nt. 49.

¹⁰⁶ Il documento, pertanto, racchiudeva previsioni in parte ridondanti e in parte di dubbia legittimità: in questo senso I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3, 2017, 25-28; K. GOMBEER, M. FINK, *Non-Governmental Organisations and Search and Rescue at Sea*, cit., 4-6.

¹⁰⁷ La dottrina ha messo in luce che il codice di condotta non era riconducibile ad alcuna tipologia di atto normativo nazionale (in quanto non era stato adottato con le forme a tal fine previste dall'ordinamento italiano) o internazionale (non foss'altro perché prevedeva obblighi a carico di una parte soltanto, le ONG). Muovendo da tali premesse, esso è stato qualificato in termini di “impegno unilaterale delle ONG firmatarie” (in questo senso I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, loc. cit.*); ovvero, stante il suo esplicito richiamo in un atto di indirizzo della Commissione europea (segnatamente l'*Action Plan on Measures to Support Italy, Reduce Pressure along the Central Mediterranean Route and Increase Solidarity*, 4 luglio 2017), nonché la sua approvazione da parte di un vertice informale di Ministri dell'Interno UE (Tallinn, 6 luglio 2017), come atto atipico di diritto dell'UE, privo di carattere vincolante (in questo senso F. MUSSI, *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative*, in *Oss. fon.*, n. 3, 2017, 7; F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *DUDI*, n. 1, 2018, 191 s.).

¹⁰⁸ Per la conclusione secondo cui, in questi casi, il mancato rispetto del Codice di condotta (analogamente alla sua mancata sottoscrizione) doveva considerarsi privo di qualsivoglia conseguenza apprezzabile, v. M. RAMACCIOTTI, *Sulla utilità di un codice di condotta per le organizzazioni non governative impegnate in attività di search and rescue (SAR)*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 222; nello stesso senso, F. MUSSI, *Sulla controversa natura giuridica*, cit., 9. Sul punto v. anche K. GOMBEER, M. FINK, *Non-Governmental Organisations and Search and Rescue at Sea*, cit., 22, che affermano il carattere non vincolante del «codice di condotta» quanto meno in acque internazionali, dove le navi sono soggette alla giurisdizione dello Stato di bandiera; nello stesso senso C. PITEA, S. TREVISANUT, *Posizione sulla bozza di “codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare”*, ASGI, 25 luglio 2017, 3.

compagnati (a partire dal “decreto Lamorgese”), da una serie di puntuali prescrizioni sulle modalità di svolgimento delle operazioni di *search and rescue*¹⁰⁹. Trattandosi di prescrizioni dotate di rango di legge primaria, il tema della loro vincolatività per i comandanti, anche laddove potenzialmente in contrasto con il diritto internazionale del mare, si pone in maniera certamente più problematica. In questa sede è sufficiente ricordare che la dottrina internazionalistica ha immediatamente sollevato numerosi dubbi in ordine alla legittimità di questa disciplina¹¹⁰, dubbi che potrebbero eventualmente prendere la forma di questioni di costituzionalità in base al combinato disposto dell'art. 117 Cost. e delle rilevanti previsioni di diritto internazionale del mare. Nella prospettiva del penalista, peraltro, il tema acquista specifica rilevanza *sub specie* di conflitto di doveri, e pertanto dovrà essere ulteriormente approfondito in sede di esame dei presupposti della causa di giustificazione *ex art.* 51 c.p. (v. *infra*, par. 5).

4.3. *L'individuazione di un place of safety (PoS) e lo sbarco.*

L'individuazione del luogo dove sbarcare i migranti tratti in salvo rappresenta, nella prospettiva della presente indagine, la fase più delicata e problematica delle operazioni di soccorso. Come vedremo, infatti, a fronte di una disciplina internazionale che presenta alcuni profili di lacunosità, la circostanza che il Paese di destinazione debba di regola farsi carico della complessa gestione della fase *post-sbarco* (si pensi alle operazioni di identificazione degli stranieri, alla raccolta di eventuali domande di protezione internazionale, all'esecuzione dei rimpatri dei soggetti irregolari e via dicendo), spesso determina atteggiamenti refrattari alla concessione di un porto sul proprio territorio, accompagnati da rimpalli di responsabilità e conseguenti situazioni di stallo¹¹¹.

È bene, anche in questo caso, prendere le mosse da alcuni punti fermi. Anzitutto, come riconosciuto dalle pronunce italiane di cui si è dato conto poc'anzi, l'obbligo di condurre le persone salvate in un *pla-*

¹⁰⁹ Si rinvia ancora al cap. II, par. 7. In generale, sui limiti che incontrano gli Stati nell'impartire “*SAR instructions*”, v. K. GOMBEER, M. FINK, *Non-Governmental Organisations and Search and Rescue at Sea*, cit., 15-21.

¹¹⁰ Dubbi sui quali non si può che rinviare, nuovamente, al cap. II, par. 7.

¹¹¹ Sui rapporti tra operazioni *SAR* e accoglienza dei richiedenti asilo v. da ultimo S. CARRERA, D. COLOMBI, R. CORTINOVIS, *Policing search and rescue NGOs in the Mediterranean. Does justice end at sea?*, CEPS *in-depth analysis*, 2023, 13 s.

ce of safety (*PoS*), sulla terraferma, rappresenta, ai sensi della Convenzione SAR, parte integrante dell'obbligo di soccorso¹¹². Sin d'ora è pertanto opportuno sottolineare – anticipando quanto meglio si dirà nella trattazione delle ricadute penalistiche della disciplina in esame – che la scriminante dell'adempimento del dovere copre l'intera condotta realizzata dal comandante, a partire dal salvataggio in senso stretto fino al momento dello sbarco¹¹³.

Il secondo punto fermo è rappresentato dalla nozione di *PoS*, fornita dalle Linee Guida IMO (che la ricollegano esplicitamente alla nozione estensiva di soccorso poc'anzi ricordata), in base alla quale esso è un luogo in cui le operazioni di recupero possono considerarsi ultimate, dove la sicurezza delle persone non è messa in pericolo e i loro bisogni fondamentali possono essere soddisfatti¹¹⁴. Proprio quest'ultimo presupposto evoca un ventaglio di interessi certamente più ampio della tutela della vita e dell'integrità fisica in senso stretto, incluso – secondo l'interpretazione fornita dalle medesime Linee Guida e avallata dal Consiglio d'Europa¹¹⁵ – il diritto d'accesso alla procedura d'asilo e più

¹¹² Sul punto, v. la nozione di «soccorso» di cui alla Convenzione SAR, allegato, par. 1.3.2: «*Rescue*». *An operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety*».

¹¹³ *Contra*, M. RONCO, *L'esercizio dei poteri costituzionali*, cit., 20-23, secondo il quale non sarebbe possibile, alla luce del diritto internazionale, ricostruire la scriminante di cui all'art. 51 c.p. in maniera tale da ricomprendervi lo sbarco in un *PoS*; per una posizione sostanzialmente coincidente, v. V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare?*, cit., 792-796.

¹¹⁴ Linee Guida IMO, punto n. 6.12: «*A place of safety (as referred to in the Annex to the 1979 SAR Convention, paragraph 1.3.2) is a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination*».

¹¹⁵ Linee Guida IMO, punto n. 6.17: «*The need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-founded fear of persecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea*»; nello stesso senso, v. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione n. 1821 del 2011, avente ad oggetto «*The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants*»: «9. *the Assembly calls on member states, when conducting maritime border surveillance operations, whether in the context of preventing smuggling and trafficking in human beings or in connection with border management, be it in the exercise of de jure or de facto jurisdiction, to: [...] 9.5. carry out as a priority action the swift disembarkation of rescued persons to a "place of safety" and interpret a "place of safety" as meaning a place which can meet the immediate needs of those disembarked and in no way jeopardizes their fundamental rights, since the notion of "safety" extends beyond mere protection from physical danger and must also take into account the fundamental rights dimension of the proposed place of disembarkations*».

in generale il rispetto dei diritti fondamentali¹¹⁶. Per questa ragione non può considerarsi luogo sicuro la nave soccorritrice¹¹⁷, se non provvisoriamente e in vista dello sbarco sulla terraferma¹¹⁸.

¹¹⁶ Sull'importanza di incorporare i diritti fondamentali dei naufraghi nella nozione di PoS, v. F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., 448: l'autrice sottolinea l'importanza di far discendere il divieto di sbarco in luoghi non sicuri per i diritti fondamentali non già dalle convenzioni sui diritti umani (operazione soggetta ai limiti di applicazione delle convenzioni stesse: segnatamente la circostanza che le persone soccorse siano rifugiati e/o la sussistenza della giurisdizione statale), bensì, come correttamente fatto dal GIP di Ragusa nel caso *Open Arms*, «direttamente dalle norme sul diritto del mare, vincolanti per tutti gli Stati coinvolti nell'operazione di soccorso, e – attraverso le normative nazionali che alla CNUDM e alle Convenzioni SAR e SOLAS danno esecuzione – per il capitano della nave». Con specifico riguardo al collegamento tra non-refoulement e sbarco in un porto sicuro v. T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, cit., 245: «As the identification of asylum seekers and the processing of their applications are activities which normally cannot be carried out on ships, the obligation of the intercepting state is to disembark the refugees in a state where they can exercise the right to fair and efficient asylum procedures, normally the intercepting state itself»; I. PAPANICOLOPULU, G. BAJ, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Dir. imm. citt.*, n. 4, 2020, 41: «l'obbligo di salvataggio non realizzerebbe il suo scopo umanitario nel caso in cui gli individui soccorsi in mare fossero fatti sbarcare in luoghi non sicuri. [...] Il collegamento tra l'obbligo di salvataggio in mare e sbarco in luogo sicuro e l'obbligo di non-refoulement costituisce così un punto di incontro tra il diritto del mare, il diritto dei rifugiati e il diritto dei diritti umani»; M. RATCOVICH, *International Law and the Rescue of Refugees at Sea*, cit., 282: «a place of safety shall be safe not only in a maritime safety sense but also in a basic security sense».

¹¹⁷ La tesi secondo cui la nave soccorritrice rappresenterebbe di per sé un PoS è stata erroneamente sostenuta dalla Procura di Agrigento nel ricorso per cassazione avverso il diniego di convalida dell'arresto della comandante Rackete, facendo leva sulla distinzione tra «porto sicuro» e «posto sicuro», nonché sul diniego di *interim measures* da parte della Corte di Strasburgo (che, come si ricorderà, la comandante aveva richiesto ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura). Sostanzialmente nello stesso senso R. FONTI, V. VALENTINI, *Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte*, cit., 11, secondo i quali il diritto internazionale non impone di individuare il PoS sulla terraferma. Si tratta, tuttavia, di argomenti infondati: il primo valorizza una distinzione inesistente nel diritto internazionale; mentre il secondo, relativo al diniego di *interim measures*, non tiene conto nel fatto che il pericolo imminente di danno irreparabile per la vita o l'integrità fisica rappresenta un presupposto delle misure provvisorie, e non dell'obbligo di sbarco. Su questi aspetti sia consentito rinviare a v. C. PI-TEA, S. ZIRULLA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro*, cit., 675 s.

¹¹⁸ Linee Guida IMO, cit., punto n. 6.13: «An assisting ship should not be considered a place of safety based solely on the fact that the survivors are no longer in immediate danger once aboard the ship. An assisting ship may not have appropriate facilities and equipment to sustain additional persons on board without endangering its own safety or to properly care for the survivors. Even if the ship is capable of safely accommodating the survivors and may serve as a temporary place of safety, it should be relieved of this responsibility as soon as alternative arrangements can be made»; e punto n. 6.14: «A place of safety may be on land, or it may be aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to their next destinations».

Il terzo, e ultimo, punto fermo riguarda l'obbligo di cooperazione tra *tutti* gli Stati che abbiano avuto notizia dell'evento, obbligo sancito dalle Convenzioni SOLAS e SAR a seguito di emendamenti adottati nel 2004, volto a garantire che lo sbarco dei naufraghi presso un PoS avvenga il più presto possibile; con la precisazione che la responsabilità principale del coordinamento volto all'identificazione del luogo di sbarco spetta allo Stato competente per la regione SAR nella quale è stata data assistenza¹¹⁹. L'obbligo di cooperazione si riflette anche sul comandante, chiamato a sua volta a collaborare con gli Stati interessati e in particolare con quello responsabile per la regione SAR dell'evento¹²⁰.

Nessuna norma consuetudinaria o pattizia, invece, fornisce criteri rigidi per la localizzazione del PoS in un determinato territorio, né obbliga gli Stati che si trovino in determinate relazioni di diritto o di fatto con la nave soccorritrice a concederlo¹²¹. Il *punctum dolens* dell'intera

¹¹⁹ Conv. SOLAS (come emendata dalla risoluzione MSC 153(78) del 2004), allegato V, regola 33, par. 1-1: «*Contracting Governments shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from the obligations under the current regulation does not further endanger the safety of life at sea. The Contracting Government responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases the relevant Contracting Governments shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable*»; nello stesso senso, con formulazione pressoché identica, dispone la Convenzione SAR (come emendata dalla risoluzione MSC 155(78) del 2004), allegato, par. 3.1.9. La finalità di tali emendamenti è esplicitata dalle Linee Guida IMO 2004, n. 2.5: «[...] *the intent of new paragraph 1-1 of SOLAS regulation V/33 and paragraph 3.1.9 of the Annex to the International Convention on Maritime Search and Rescue, 1979, as amended, is to ensure that in every case a place of safety is provided within a reasonable time [...]*». La centralità dell'obbligo di cooperazione tra tutti gli Stati coinvolti, a prescindere dalla zona SAR nella quale si verifica l'incidente, è ribadita dalle Linee Guida IMO, n. 6.5: «*Each RCC should have effective plans of operation and arrangements [...] in place for responding to all types of SAR situations. Such plans and arrangements should cover incidents that occur within its associated SAR region, and should also cover incidents outside its own SAR region if necessary until the RCC responsible for the region in which assistance is being rendered (see paragraph 6.7) or another RCC better situated to handle the case accept responsibility*». Sul punto v. T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, cit., 228-234; per ulteriori dettagli e anche per ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza di diritto internazionale, dei quali non è possibile in questa sede dare conto, C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro*, cit., 674.

¹²⁰ Linee Guida IMO, n. 5.1.7.

¹²¹ Cfr. P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze "Stato-centriche" e "cosmopolitiche"*,

questione, dunque, non riguarda la portata dell'obbligo di soccorso (che pacificamente non si esaurisce fino a che i naufraghi non raggiungono un *PoS*); né la nozione di *PoS* (da intendersi, come visto, come luogo sulla terraferma dove sono garantiti un ampio fascio di diritti fondamentali); bensì la mancanza di una disciplina che consenta, nei casi concreti, di adempiere l'obbligo di sbarco a fronte di eventuali resistenze manifestate dagli Stati costieri relativamente all'individuazione del *PoS* sul proprio territorio (resistenze che tipicamente si manifestano quando i naufraghi sono migranti e richiedenti asilo)¹²². La circostanza che la disciplina non fornisca indicazioni univoche non significa, tuttavia, che le stesse non possano essere ricavate in via interpretativa.

Per giungere a tale risultato è utile, *in limine*, sfatare due diffuse false credenze. La prima, in qualche modo collegata alla già ricordata tesi secondo cui le ONG strumentalizzano gli obblighi di soccorso in mare per aprire corridoi migratori, è che la disciplina vigente mal si attagli a regolare efficacemente un contesto, come quello del Mediterraneo centrale, caratterizzato dal sistematico afflusso di stranieri irregolari che intraprendono navigazioni pericolose¹²³. L'erroneità dell'argomento è dimostrata dalla genesi degli emendamenti apportati nel 2004 alle con-

cit., 71: «il diritto internazionale non prevede un obbligo specifico di consentire lo sbarco di persone soccorse, e la stessa Convenzione di Amburgo, pur stabilendo un obbligo di cooperazione per la individuazione del porto sicuro, non fissa criteri precisi al riguardo»; nello stesso senso K. GOMBEER, M. FINK, *Non-Governmental Organisations and Search and Rescue at Sea*, cit., 20: «The SAR Convention requires that persons retrieved from the water are disembarked to a place of safety. This, legally speaking, terminates a rescue operation [...] However, it is unclear how much discretion coastal states enjoy in determining, first, who carries out the disembarkation and, second, where»; analoghe conclusioni in T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, cit., 234.

¹²² Secondo un'autorevole voce della dottrina penalistica, mentre è pacifico che sul comandante gravi l'obbligo negativo e assoluto di non sbarcare i naufraghi in un porto *non sicuro*, viceversa l'assenza di regole internazionali che consentano di individuare, in maniera chiara e vincolante, il *PoS* di destinazione, si riflette sulla natura condizionata dell'obbligo positivo di sbarco; con la conseguenza che, in assenza di individuazione del *PoS* da parte degli Stati coinvolti, e dunque nei casi di ingresso non autorizzato (come ad esempio quello realizzato dalla comandante Rackete), la scriminante *ex art.* 51 c.p. non potrà trovare applicazione rispetto all'ultimo segmento dell'operazione di soccorso. La tesi appena riportata è proposta, con più articolata motivazione, da A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., 1888 ss. Come si vedrà nel prosieguo, peraltro, l'autore ritiene che le più gravi situazioni di stallo possano essere legittimamente sbloccate sulla base della scriminante dello stato di necessità.

¹²³ Cfr. F. MUNARI, *Migrations by Sea in the Mediterranean: An Improvement of EU Law is Urgently Needed*, in *Oc. Year. Onl.*, n. 1, 2018, 119: «the rules on salvage and rescue of persons in peril at sea have been conceived to cope with situations different from those characterizing the movement of "boat-people" in the Mediterraneans».

venzioni SAR e SOLAS: essi furono infatti negoziati all'indomani del caso australiano della nave *Tampa*, caratterizzato da molti degli elementi che oggi ritroviamo nei soccorsi di stranieri *sans papiers* nel Mediterraneo¹²⁴, anche al fine di prevenire indesiderabili situazioni di stallo motivate dalla presenza a bordo della nave soccorritrice di migranti e richiedenti asilo. Nell'ambito degli stessi emendamenti, inoltre, è stata introdotta nella convenzione SOLAS una regola che espressamente assegna priorità alle "SAR-issues" rispetto alle "non-SAR issues"; regola già presente nella convenzione SAR e che trova puntuale riflesso nelle Linee guida IMO¹²⁵. La disciplina internazionale, dunque, assegna univocamente prevalenza ai diritti alla vita e alla dignità dei naufraghi rispetto al (potenzialmente confliggente) interesse degli Stati al controllo delle frontiere; fermo restando che la sovranità in punto di controllo dei flussi migratori torna ad espandersi successivamente alla conclusione delle operazioni di soccorso, quando cioè le persone sono ormai con i piedi all'asciutto. Non solo: tenuto conto del significativo impatto economico e organizzativo che si accompagna alla gestione di queste vicende, è chiaro che anche le *non-SAR issues* dovranno in qualche modo rientrare nella dinamica cooperativa tra gli Stati, attraverso for-

¹²⁴ Il "*Tampa affair*" ebbe luogo nell'estate 2001 in acque internazionali al largo delle coste australiane. Una nave portacontainer norvegese aveva tratto in salvo oltre quattrocento richiedenti asilo, principalmente Hazara afgani in fuga dai talebani, nei pressi della *Christmas Island*. Le autorità australiane negarono per otto giorni l'ingresso nelle acque territoriali e lo sbarco, dispiegando forze militari per garantire l'effettività del blocco navale e prospettando al comandante il rischio di essere incriminato per *smuggling* se non avesse desistito dal tentativo di condurre gli stranieri sul territorio nazionale. All'esito di complessi negoziati internazionali i naufraghi vennero dirottati verso la Nuova Zelanda e Nauru, mentre il governo australiano sfruttò l'incidente per lanciare una campagna, nota come *Pacific solution*, volta a impedire ai *boat migrants* di raggiungere il Paese e presentare domanda d'asilo. Per approfondimenti sulla vicenda, v. C. BAILLIET, *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, in *Hum. R. Quar.*, 2003, 741-774; S. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max P. Year. U.N. L.*, 2008, 205-246.

¹²⁵ Convenzione SAR, allegato, par. 2.1.10: «Parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found». Analoga previsione è stata aggiunta, con gli emendamenti del 2004, alla Convenzione SOLAS, cap. V, regola 33, par. 1. Quanto alle Linee guida IMO, esse tengono chiaramente separate le indicazioni relative all'individuazione al «Place of safety» (nn. 6.12-6.18) rispetto alle «Non-SAR considerations» (nn. 6.19-6.22). Nell'ambito di queste ultime rileva in particolare, ai nostri fini, l'indicazione secondo cui «Any operations and procedures such as screening and status assessment of rescued persons that go beyond rendering assistance to persons in distress should not be allowed to hinder the provision of such assistance or unduly delay disembarkation of survivors from the assisting ship(s)» (n. 6.20).

me di *burden sharing* occasionale o istituzionalizzato, onde evitare che i Paesi geograficamente più esposti siano chiamati a sostenere gli oneri maggiori¹²⁶.

La seconda falsa credenza riguarda la responsabilità dello Stato di bandiera della nave soccorritrice. In realtà, le convenzioni internazionali si limitano a ricomprendere tale Stato tra quelli gravati dall'obbligo di cooperazione, senza per questo assegnargli l'obbligo di indicare un *PoS* sul proprio territorio; opzione quest'ultima che, del resto, risulterebbe del tutto disfunzionale rispetto alle finalità di tutela della vita in mare, ogniqualvolta lo Stato di bandiera non fosse rapidamente raggiungibile dal luogo del salvataggio (si pensi a un mercantile battente bandiera norvegese che effettui un soccorso nel Mar Mediterraneo)¹²⁷.

Sgombrato il campo dalle false credenze è possibile rivolgere lo sguardo allo specifico interrogativo che ci impegna in questa sede (e che tornerà rilevante *infra*, per le sue ricadute penalistiche): ossia quando l'obbligo giuridico di sbarcare i migranti soccorsi si traduce nell'obbligo di sbarcarli *in Italia*. La risposta deve tenere conto di una più ampia cornice normativa, calata nello specifico contesto del Mediterraneo centrale.

Anzitutto, tanto gli Stati quanto i comandanti sono vincolati dalle norme imperative che fissano i divieti di *refoulement*, di tortura e di trattamenti inumani e degradanti¹²⁸. Il *PoS*, pertanto, non potrà *in nessun caso* essere rappresentato dagli Stati nordafricani che si affacciano sulla rotta del Mediterraneo centrale: non la Libia, dove notoriamente la vita, l'integrità psico-fisica e la libertà personale dei migranti sono esposti ad ogni genere di minaccia e abuso¹²⁹; ma nem-

¹²⁶ Cfr. C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro*, cit., 678.

¹²⁷ Per ulteriori precisazioni sul ruolo dello Stato di bandiera nelle operazioni di *search and rescue*, v. F. DE VITTOR, S. ZIRULIA, *Il caso della nave Alan Kurdi: profili di diritto penale e internazionale in punto di omessa assegnazione di un porto sicuro*, in *Sist. pen.*, 5 dicembre 2019, punto n. 4.

¹²⁸ Sull'incorporazione dei diritti fondamentali nella nozione di *PoS*, e dunque sui vincoli che ne discendono, in forza del dovere di soccorso, in capo ai singoli comandanti, v. *supra*, nt. 116 e testo corrispondente.

¹²⁹ Sul punto convergono i *reports* delle più autorevoli istituzioni internazionali (cfr., *ex multis*, UNHCR, *Position on the Designations of Libya as a Safe Third Country and as a Place of Safety for the Purpose of Disembarkation Following Rescue at Sea*, settembre 2020, nn. 4-18) e le pronunce di Tribunali penali italiani. A quest'ultimo riguardo, la questione è stata affrontata sotto diversi profili, che si ha già avuto occasione di richiamare: la responsabilità degli esecutori materiali di reati contro la persona, quali omicidi,

meno la Tunisia e l'Egitto, considerando l'insoddisfacente livello di tutela dei diritti fondamentali che tuttora si registra al loro interno, anche con specifico riguardo alla condizione di migranti e richiedenti asilo¹³⁰.

Una volta esclusa la possibilità di ricondurre i migranti nei citati Paesi nordafricani, il criterio dello sbarco "in tempi ragionevoli"¹³¹ porta ad individuare come unici punti di attracco alternativi, per evidenti ragioni di vicinanza geografica, lo Stato italiano e quello maltese. Ciò non significa (già lo si è esplicitato, ma è bene ribadirlo) che questi Stati siano chiamati a farsi sistematicamente carico anche delle *non-SAR issues*: al contrario, proprio la logica della cooperazione internazionale dovrebbe rafforzare il principio, di matrice solidaristica, secondo cui ad una maggiore esposizione geografica, e ad un conseguente maggiore coinvolgimento diretto nelle *SAR-issues*, corrisponde un proporzionato alleggerimento nella successive fasi attinenti alle questioni *lato sensu* migratorie.

Premesso che entrambi tali Paesi garantiscono, almeno sulla carta, trattamenti conformi agli obblighi internazionali di tutela dei diritti fondamentali, la scelta se far rotta verso l'uno o l'altro dipende, anzitutto, dalla rispettiva disponibilità a concedere lo sbarco. A tale riguardo occorre osservare che, ogniqualevolta gli obblighi di cooperazione non abbiano dato frutto, consentendo di individuare consensualmente il punto di attracco, può sostenersi l'operatività di un obbligo residuale di assegnare un *PoS* sul proprio territorio in capo allo Stato nella cui

torture, sequestri di persona, violenze sessuali (v. *supra*, cap. II, par. 5.3, nt. 214); l'applicabilità della scriminante della legittima difesa ai migranti che si oppongono al respingimento in Libia (v. *supra*, cap. III, par. 6.2); nonché la responsabilità penale del comandante che riconduce i naufraghi in Libia anziché in un porto sicuro (v. *supra*, cap. III, par. 6.2.1, nt. 100).

¹³⁰ Con riferimento alla Tunisia, v. la dettagliata analisi di R. BEN AMOR, M. COSTA, *La Tunisie entre la classification de "Pays Sâr" et la réalité d'un Pays à la dérive*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3, 2021, 480-526, i quali descrivono l'incompiuto passaggio del Paese dalla dittatura a uno Stato liberale di diritto, soffermandosi dettagliatamente sulle criticità riscontrabili a tutti i livelli dell'apparato statale, senza trascurare le arbitrarie limitazioni dei diritti di migranti e richiedenti asilo. Con riferimento all'Egitto, v. la recente risoluzione del Parlamento europeo del 24 novembre 2022 «sulla situazione dei diritti umani in Egitto» (2022/2962(RSP)), che denuncia con fermezza le gravi e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali che si registrano nel Paese (quali la repressione della libera manifestazione del pensiero; l'utilizzo sistematico della tortura da parte degli apparati di sicurezza; le detenzioni arbitrarie; molteplici forme di discriminazione di genere; l'applicazione della pena di morte, anche ai minorenni).

¹³¹ Linee Guida IMO 2004, n. 2.5.

zona SAR si è verificato l'incidente¹³², o che per primo ha avuto notizia dello stesso¹³³.

Qualora, infine, anche tali criteri non abbiano consentito di sbloccare la situazione, toccherà al comandante della nave, *in via residuale*, stabilire in autonomia un punto di attracco qualificabile come PoS. Tale soluzione ha ricevuto due autorevoli avalli: sul piano internazionale, la Raccomandazione emanata nel 2019 dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, avente ad oggetto proprio la situazione del Mediterraneo¹³⁴; sul piano interno, i provvedimenti giudiziari che, a

¹³² Tale conclusione è ricavabile dall'interpretazione autentica della citata regola 33 dell'allegato V alla Convenzione SOLAS, nonché del corrispondente par. 3.1.9 dell'allegato alla Convenzione SAR, offerta dalle Linee Guida IMO, punto n. 2.5: «[...] *the responsibility to provide a place of safety, or to ensure that a place of safety is provided, falls on the Government responsible for the SAR region in which the survivors were recovered*»; nonché dai principi, dettati dalla stessa IMO, sullo sbarco delle persone soccorse (*Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea*, Doc. FAL.3/CIRC.194, 22 gennaio 2009), par. 2.3.: «*if disembarking from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued in accordance with immigration laws and regulations of each Member State into a place of safety under its controls*». Per approfondimenti e riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro*, cit., 676 s.

¹³³ Conclusione quest'ultima ricavabile dalla Convenzione SAR, allegato, par. 4.5.4.1 («*when an emergency phase exists, a rescue coordination centre or rescue sub-centre shall, unless it is aware that other centres are taking action, assume responsibility for initiating suitable action and confer with other centres with the objective of designating one centre to assume responsibility*»), interpretato alla luce delle Linee Guida IMO, punto n. 6.7, ultimo periodo («*The first RCC, however, is responsible for co-ordinating the case until the responsible RCC or other competent authority assumes responsibility*»). Sul punto sia consentito rinviare ancora a C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro*, cit. 681.

¹³⁴ *Vite salvate. Diritti protetti*, cit., 29: «*Mentre i RCC sono i principali responsabili del coordinamento delle operazioni di salvataggio, compreso lo sbarco, i comandanti delle navi svolgono un ruolo cruciale nel processo decisionale. In un'operazione SAR, oltre alla responsabilità principale di dirigersi a tutta velocità verso la situazione di pericolo e di offrire assistenza alle persone in difficoltà, il comandante è responsabile del mantenimento della sicurezza a bordo e di garantire che i sopravvissuti siano trattati con umanità, cooperando al contempo con le autorità responsabili per lo sbarco in un luogo sicuro. Il comandante della nave è colui che ha il quadro complessivo della situazione a bordo, ha una visione generale delle condizioni delle persone soccorse nonché di fattori esterni, comprese le condizioni meteorologiche e la capacità della nave di completare in sicurezza l'operazione. I comandanti hanno la discrezione di prendere qualsiasi decisione che, secondo loro giudizio professionale, sia necessaria per garantire la sicurezza della vita in mare (ad esempio se la nave o le persone a bordo sono in pericolo a causa delle condizioni meteorologiche) e la protezione dell'ambiente marino. Inoltre, le linee guida IMO prevedono che qualsiasi comandante di nave debba "cercare di garantire che i sopravvissuti non siano fatti sbarcare in un luogo in cui la loro sicurezza sarebbe ulteriormente compromessa". Di conseguenza, i comandanti sono autorizzati a impedire lo sbarco delle persone soccorse in un luogo non sicuro*».

più riprese, hanno giudicato lecito in quanto doveroso l'operato della comandante Rackete nella vicenda relativa allo sbarco forzoso della nave *Sea Watch 3*. Presupposto affinché la responsabilità, in punto di individuazione del *PoS*, si trasferisca dagli Stati al comandante, è, in sintesi, il *fallimento della cooperazione internazionale*: è infatti a fronte della conseguente situazione di stallo, pregiudizievole per l'integrità psico-fisica dei naufraghi, che l'individuazione del *PoS* entra a far parte del fascio di obblighi gravanti sul comandante *in quanto garante* della vita e dell'integrità fisica di tutte le persone a bordo, nonché soggetto *best placed* per effettuare, in luogo degli Stati, le valutazioni necessarie alla concreta scelta del porto¹³⁵. L'obbligo di soccorso *sub specie* di obbligo di individuazione del *PoS* da parte del comandante è dunque caratterizzato da una sorta di *formazione progressiva*: esso richiede *in primis* la maturazione di un ritardo irragionevole da parte degli Stati, e viene compiutamente in essere nel momento in cui tale ritardo produce una situazione di pericolo che il comandante stesso non può non fronteggiare, proattivamente, senza venire meno ai suoi doveri giuridici.

Sul piano dei criteri di valutazione, se da un lato il comandante non potrà più, a questo punto, subire condizionamenti esterni da parte di altri soggetti¹³⁶, dall'altro lato non potrà nemmeno agire in maniera arbitraria¹³⁷: ogni sua decisione dovrà, infatti, fondarsi su valutazioni di carattere tecnico, che, in armonia con quanto indicato dalle linee guida *IMO*, tengano conto di tutte le circostanze concrete rilevanti ai fini della scelta del luogo di sbarco (distanza, condizioni metereologiche, condizioni delle persone a bordo, e via dicendo)¹³⁸.

¹³⁵ Sulla posizione di garanzia del comandante, v. *supra*, par. 4.2. Secondo M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare*, cit., 17 s., i comandanti delle navi possono essere considerati alla stregua di «incaricati» della «funzione pubblica internazionale di soccorso della vita umana in mare».

¹³⁶ Tale affermazione, oltre a essere la logica conseguenza del carattere sussidiario dell'intervento del comandante, trova anche un fondamento normativo nella Convenzione *SOLAS*, allegato V, regola 34-1 (inserita mediante gli emendamenti del 2004), significativamente rubricata «*Master's discretion*»: «*The owner, the charterer, or the company, as defined in regulation IX/1, operating the ship or any other person, shall not prevent or restrict the master of the ship from taking or executing any decision which, in the master's professional judgement, is necessary for safe navigation and protection of the marine environment*».

¹³⁷ Proprio in ragione del carattere a formazione progressiva dell'obbligo di individuazione del *PoS*, nonché dei criteri tecnici ai quali deve attenersi il comandante nell'individuare, risulta infondata e fuorviante la tesi (sostenuta da R. FONTI, V. VALENTINI, *Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte*, cit., 13) secondo cui, seguendo l'impostazione adottata dalla Corte di cassazione nel caso *Sea Watch*, si finirebbe per obbligare lo Stato a ricevere tutti i migranti sbarcati a seguito di un'insindacabile decisione del comandante.

¹³⁸ Linee Guida *IMO*, punto n. 6.15: «*The Conventions, as amended, indicate that deliv-*

5. *Favoreggiamento dell'ingresso irregolare via mare e scriminanti: adempimento del dovere di soccorso.*

Ad oggi, il principale argomento utilizzato per escludere la responsabilità a titolo di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di coloro che conducono i *boat migrants* sul territorio italiano è stato quello dell'adempimento del dovere di soccorso in mare. In tal senso, come visto, si sono pronunciate l'unica sentenza di merito e l'unica pronuncia della Corte di cassazione intervenute in materia (rispettivamente, nel caso *Cap Anamur* e nel caso *Sea Watch*). La tesi, per quanto intuitivamente condivisibile, è stata a ben vedere formulata in modo più assertivo che propriamente argomentato: nel senso che la puntuale ricostruzione della disciplina in forza della quale il comandante è obbligato a effettuare il salvataggio e condurre i superstiti in un luogo sicuro non è stata seguita da un'illustrazione altrettanto esaustiva del *perché* tale obbligo prevalga sul confliggente dovere, presidiato dall'art. 12, comma 1, t.u. imm., di non violare l'integrità delle frontiere nazionali, introducendovi soggetti privi di titolo di ingresso¹³⁹. Il quesito non può essere sottovalutato, tenuto conto, da un lato, del rilevante fascio di beni giuridici finali in funzione dei quali ogni Stato sovrano protegge le proprie frontiere; dall'altro lato, della circostanza che, nel momento in cui si trovano a bordo della nave soccorritrice, salvo casi particolari i naufraghi non corrono più immediati pericoli per la vita e l'integrità fisica¹⁴⁰.

ery to a place of safety should take into account the particular circumstances of the case. These circumstances may include factors such as the situation on board the assisting ship, on scene conditions, medical needs, and availability of transportation or other rescue units. Each case is unique, and selection of a place of safety may need to account for a variety of important factors».

¹³⁹ Per la fondamentale considerazione secondo cui «il meccanismo di bilanciamento valido per l'esercizio del diritto e l'adempimento del dovere è peculiare: la natura originariamente non penale di tale tipo di norme scriminanti non conduce per necessità alla soluzione del conflitto nel senso della indiscriminata prevalenza della norma di liceità», v. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principi di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, 2018, 161. Tanto, osserva l'autore, per ragioni normative (il contenuto delle norme che configurano diritti e doveri), assiologiche (posto che nessun diritto può godere di tutela incondizionata) e funzionali (proprio perché si tratta di diritti e doveri previsti per altri scopi e all'interno di altri rami dell'ordinamento). Con la conseguenza – decisiva, ai fini del presente discorso – che «Il confronto normativo si fa così più libero e improntato soprattutto a rapporti di pura gerarchia assiologica» (p. 162).

¹⁴⁰ Circostanza quest'ultima sulla quale insistono, in chiave critica della giurisprudenza che ha riconosciuto l'adempimento del dovere, R. FONTI, V. VALENTINI, *Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte*, cit., 11-14.

5.1. *Considerazioni preliminari sulla diretta applicabilità al comandante della disciplina internazionale in materia di soccorsi in mare.*

Prima di affrontare lo specifico nodo del conflitto di doveri, peraltro, occorre soffermarsi su un'altra questione rimasta sullo sfondo della pur pregevole elaborazione giurisprudenziale esaminata: quella, cioè, della diretta applicabilità del diritto internazionale sui soccorsi in mare in capo al comandante della nave. *Nulla quaestio* rispetto al dovere di soccorso inteso come norma consuetudinaria generalmente riconosciuta, pacificamente applicabile ai singoli individui in forza dell'art. 10, comma 1, Cost.¹⁴¹. Più complessa, invece, è la questione della diretta applicabilità delle disposizioni di fonte pattizia¹⁴²; questione, tuttavia, non eludibile in quanto, come visto, sono proprio tali disposizioni a contenere la disciplina *di dettaglio* sullo svolgimento delle operazioni SAR, fino allo sbarco in un *PoS*.

Giova anzitutto ricordare che le convenzioni di diritto internazionale sui soccorsi in mare sono state ratificate sulla base di altrettante leggi ordinarie di autorizzazione alla ratifica, tutte contenenti la clausola «piena e intera esecuzione»¹⁴³. Ne segue che, in linea di principio, le disposizioni in esse contenute possono essere direttamente applicate dal giudice comune, nella misura in cui non contrastino con una disposizione di diritto interno (ipotesi nella quale l'antinomia deve essere risolta dalla Corte costituzionale *ex art. 117 Cost.*¹⁴⁴) e purché risultino

¹⁴¹ Come è noto, l'art. 10, comma 1 Cost. rappresenta un meccanismo di adattamento automatico nei confronti del diritto internazionale generale (con esclusione, quindi, delle fonti pattizie). Esso quindi non si limita a stabilire, nei confronti degli Stati, l'obbligo di adattamento dell'ordinamento nazionale alle consuetudini, ma dispone direttamente tale adattamento, assicurando un costante regime di conformità fra ordinamento interno e diritto internazionale generale: cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XVI ed. (riveduta da G. SILVESTRI), Giuffrè, 2022, 79. In questo senso si parla anche di «*dispositivo di adattamento automatico*»: T. PERASSI, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 1952, 22, citando gli Atti dell'Assemblea Costituente, III, p. 2429.

¹⁴² Sul dibattito che ha fatto da sfondo al diverso regime costituzionale di penetrazione nell'ordinamento interno della consuetudine internazionale e delle norme pattizie, v. G. TE SAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, n. 2, 2009, 199-204.

¹⁴³ V. *supra*, nt. 3.

¹⁴⁴ Secondo lo schema del parametro interposto definito – con specifico riguardo alla Convenzione Edu, ma estendibile a tutte le norme internazionali pattizie – dalle note “sentenze gemelle” della Corte costituzionale nn. 348 e 349/2007. Cfr., *ex multis*, D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2008, 133-136.

sufficientemente chiare e precise (carattere *self-executing*)¹⁴⁵. Ciò premesso, occorre anche considerare che le norme in esame rientrano tra quelle impositive di *obblighi*, e non assegnatrici di diritti, in capo ai singoli; e che proprio rispetto a tale categoria di norme internazionali la dottrina ha a lungo ritenuto indispensabile un atto normativo interno di trasposizione *ulteriore* alla ratifica e all'ordine di esecuzione¹⁴⁶.

Tale impostazione tradizionale, tuttavia, appare oggi in via di superamento in favore di quella secondo cui le fonti pattizie ratificate dallo Stato possono, in realtà, produrre obblighi in capo ai singoli, a condizione che, accanto ai requisiti della sufficiente chiarezza e precisione, presentino anche quelli della *necessità* (nel senso che l'imposizione in via indiretta, mediata dalla trasposizione dello Stato, non risulta sufficiente a garantire l'effettività della norma)¹⁴⁷ e della *prevedibilità* (intesa come conoscibilità del precetto da parte del singolo destinatario)¹⁴⁸. Ebbene, entrambi tali requisiti appaiono sussistere rispetto alla disciplina sui soccorsi in mare, come dimostrano proprio le vicende giudiziarie esaminate: da un lato, la normativa nazionale non risulta sufficiente a garantire l'efficace tutela del diritto alla vita degli stranieri irregolari trovati in pericolo in mare¹⁴⁹; dall'altro lato, il carattere professionale dei destinatari dell'obbligo (comandanti delle navi) garantisce la conoscibilità (se non l'effettiva conoscenza) dei relativi contenuti, come ha testualmente

¹⁴⁵ In tal senso, da ultimi, P. DE SENA, L. ACCONCIAMESSA, A. CARDONE, A. GIANELLI, D. RUSSO, A. SACCUCCI, F. TAMMONE, *Dichiarazione congiunta degli studiosi di diritto internazionale e di diritto costituzionale sulla diretta applicabilità dei trattati internazionali nell'ordinamento italiano*, in DUDI, n. 1, 2022, 103-105.

¹⁴⁶ Per una sintetica ricostruzione dell'articolato dibattito in materia, di cui non è possibile dare conto in questa sede, v. A. PETERS, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, 2016, 60-62.

¹⁴⁷ A. PETERS, *Beyond Human Rights*, cit., 77: «*It must be shown that in a specific area of the law, the indirect imposition of obligations on individuals via State duties of protection is not sufficient, so that it must be complemented by direct international "horizontal" obligations of individuals*».

¹⁴⁸ A. PETERS, *op. cit.*, 84 s.: «*the demands of the principle of legality, i.e., the specificity and accessibility of the norm and accordingly the foreseeability of the individual obligations derived from that norm, set a clear limit to the recognition of direct international obligations*».

¹⁴⁹ Le rilevanti disposizioni del codice della navigazione, infatti, sono assai meno dettagliate di quelle racchiuse nelle esaminate convenzioni internazionali: cfr. l'art. 489, che si limita ad imporre l'obbligo di «assistenza» nei casi di urto tra navi (art. 485) ovvero «quando a bordo della nave [...] siano in pericolo persone»; nonché l'art. 490, che si limita a imporre l'obbligo di «tentare il salvataggio» della nave in pericolo che sia «del tutto incapace di manovrare», ovvero delle persone che si trovino «in mare o in acque interne in pericolo di perdersi».

affermato la Corte di cassazione nel caso *Sea Watch* a proposito della “verosimile esistenza” della scriminate *ex art. 51 c.p.* nell’ambito del sindacato sulla legittimità dell’arresto *ex art. 385 c.p.p.*

Per completezza conviene chiarire che alla diretta applicabilità dell’obbligo di soccorso come sancito dalle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia non osta il principio di legalità in materia penale, tenuto conto che, nella prospettiva qui adottata, l’operazione non produce effetti *in malam partem*, estendendo cioè il fascio degli obblighi la cui violazione è penalmente sanzionata¹⁵⁰; bensì *in bonam partem*, arricchendo cioè le ipotesi in cui lo stesso comandante può vantare l’adempiimento del dovere in funzione scriminate.

5.2. I criteri di risoluzione del conflitto di doveri.

Sciolto questo nodo preliminare, è possibile soffermarsi sulla principale lacuna motivazionale che, come anticipato, ci pare di poter ravvisare nella giurisprudenza che ha riconosciuto l’operatività della causa di giustificazione *ex art. 51 c.p.*: quella relativa ai criteri di soluzione del conflitto tra il dovere di soccorre (e condurre in un porto sicuro) e il dovere di non violare l’integrità delle frontiere nazionali.

Occorre anzitutto chiarire che, tra le disposizioni in conflitto, da considerarsi di pari rango sotto il profilo della gerarchia delle fonti¹⁵¹, non sussiste un rapporto di genere a specie: non tutti i casi di soccorso in mare sono anche casi di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, e viceversa non tutte le condotte di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare avvengono nel contesto dei soccorsi in mare. Pertanto, diversamente da quanto accade in altre situazioni riconducibili all’art. 51 c.p. (si pensi ai rapporti tra sequestro di persona e custodia cautelativa)

¹⁵⁰ La questione del *nullum crimen* potrebbe invece porsi, per ipotesi, se un comandante venisse punito a titolo di omissione di soccorso *ex art. 1113 cod. nav.*, ovvero per sbarco arbitrario di persone *ex art. 1155 cod. nav.*, per il solo fatto di avere agito (o omesso di agire) violando i doveri sanciti dalle convenzioni internazionali. Il problema, peraltro, dovrebbe essere affrontato tenendo conto della possibilità di un’*interpretazione conforme* con effetti *in malam partem*, tema che tuttavia fuoriesce dal perimetro della presente indagine.

¹⁵¹ È vero che, in quanto dettate da fonti sovranazionali, le disposizioni sul dovere di soccorso possono considerarsi norme interposte ai sensi dell’art. 117 Cost.: come già ricordato in precedenza, tuttavia, ciò si traduce nella facoltà, per il giudice comune, di sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma non certo nel potere di disapplicare la norma nazionale, alla quale resta comunque soggetto *ex art. 101 Cost.*

re), l'antinomia non può essere risolta sulla base del criterio strutturale di specialità¹⁵².

Ci troviamo, piuttosto, di fronte a un rapporto di mera *interferenza* tra le due discipline, le quali *occasionalmente* possono entrare in contrasto, sulla base di un particolare atteggiarsi del *fatto concreto* sulle quali convergono¹⁵³: in particolare, è soltanto quando il soccorso si attegga a trasporto in Italia *di migranti irregolari* che il suo contenuto doveroso entra in conflitto con quello espresso dall'art. 12, comma 1, t.u. imm.

Dal punto di vista metodologico, questo genere di antinomie deve essere risolto stabilendo quale sia, tra i doveri in conflitto, quello alla cui osservanza l'ordinamento assegna «*maggiore rilievo*»¹⁵⁴. Si tratta di un bilanciamento di interessi che, evidentemente, non può essere affidato al pur prudente *intuitus* del giudice; bensì deve essere effettuato tenendo conto dell'ipotetica *voluntas legis*, ossia individuando le finalità sottese alle norme in conflitto e soppesandole attraverso criteri dotati, a loro volta, di fondamento positivo (criteri c.d. intrasistematici)¹⁵⁵. Inoltre, laddove tale impostazione non offra risultati univoci, occorre procedere attraverso una più precisa caratterizzazione degli interessi in gioco nella situazione concreta¹⁵⁶.

Rispetto all'antinomia qui in esame, pur sussistendo validi appigli normativi per sostenere che, di regola, il trasporto dei naufraghi sulla terraferma prevalga sulle considerazioni attinenti alle politiche migratorie¹⁵⁷; non vi sono, come ampiamente visto in precedenza, disposizioni

¹⁵² Sulla specialità come criterio di risoluzione dei conflitti di doveri, v. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, 495 s.

¹⁵³ Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., 478-481, che riconduce i «*conflitti di doveri*» rilevanti ai sensi dell'art. 51 c.p. al *genus* delle «*antinomie giuridiche*», richiamando al contempo l'attenzione sulla necessità di adottare un concetto di «*antinomia*» non limitato ai conflitti tra norme generali e astratte: «*Accanto ad ipotesi in cui l'antinomia emerge già dal confronto tra le norme (si pensi al classico "è vietato fumare"/"è permesso fumare")*, esistono [...] *altresì ipotesi in cui il conflitto tra più qualificazioni normative in termini, ad esempio, di divieto e di permesso emerge soltanto in relazione ad un singolo fatto, o ad una singola classe di ipotesi non immediatamente enucleabile da un mero esame delle singole norme*».

¹⁵⁴ Seguiamo qui l'impostazione autorevolmente proposta da F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 502. Sulla «*gerarchia assiologica*» come criterio di risoluzione del conflitto tra norma incriminatrice e norme di liceità, v. anche F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 87-99.

¹⁵⁵ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 503.

¹⁵⁶ F. VIGANÒ, *op. cit.*, 509.

¹⁵⁷ Per la fondamentale distinzione tra «*SAR issues*» e «*non-SAR issues*», v. *supra*, par. 4.3.

che consentano di stabilire, in maniera sufficientemente univoca, se e quando il trasporto dei naufraghi *in Italia* prevalga sul divieto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare sancito dall'art. 12, comma 1, t.u. imm. Pertanto, seguendo le indicazioni metodologiche poc'anzi riportate, il riferimento al caso concreto risulta imprescindibile per pervenire ad una soluzione. Detto altrimenti, il bilanciamento tra gli interessi in gioco dovrà tenere conto delle specifiche circostanze di fatto nelle quali il comandante, da un lato, e le autorità nazionali, dall'altro lato, si sono trovati ad operare. A titolo esemplificativo, un conto è se il comandante, dopo avere recuperato persone che non presentano evidenti criticità psico-fisiche, si dirige a tutta velocità verso il porto di Lampedusa, senza coordinarsi con le autorità e senza sincerarsi che in quel momento il centro di accoglienza dell'isola abbia posti disponibili; un altro conto è se il comandante decide di far rotta verso il porto italiano più vicino in ragione dell'imminente arrivo di una tempesta, malgrado l'assenza di risposte da parte delle autorità, pur a più riprese interpellate.

Questa impostazione, del resto, si raccorda perfettamente con quanto rilevato, in sede di esame della disciplina internazionale, con riferimento al rapporto di inversa proporzionalità che intercorre tra la disponibilità degli Stati costieri a cooperare al fine dell'individuazione di un *PoS* in tempi ragionevoli, da un lato, e l'estensione dell'autonomia decisionale del comandante, dall'altro lato. È infatti a fronte di un ritardo irragionevole da parte degli Stati, e del conseguente pericolo per l'integrità psico-fisica dei naufraghi, che l'ingresso forzoso in un porto può trovare giustificazione, prevalendo sul contro-interesse all'integrità delle frontiere. Diversamente opinando, del resto, si verrebbe a determinare una situazione di *impasse normativa*, nella quale i comandanti sarebbero, contemporaneamente, obbligati a soccorrere e obbligati ad attendere, *sine die*, le determinazioni degli Stati costieri, spesso oltretutto condizionate dal clima politico contingente sulla "questione migratoria"¹⁵⁸. Resta fermo, beninteso, che la scelta del comandante di fare rotta proprio verso *l'Italia* (e non, ad esempio, verso Malta) si giustifica nella misura in cui risponde a valutazioni di ordine tecnico-professionale (quali la distanza, le condizioni metereologiche o altre informazioni oggettive di cui l'agente è in possesso). Sotto questo punto

¹⁵⁸ Cfr. F. PARISI, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete*, cit., 314, il quale prospetta a tale proposito il rischio di un «*incastrato normativo*» che finirebbe per scoraggiare (o almeno per non favorire) la scelta di effettuare il salvataggio, e nei cui ingranaggi si inserirebbe pericolosamente il rischio per il comandante di esporri comunque a responsabilità penale».

di vista si conferma, nuovamente, la correttezza delle valutazioni compiute dall'autorità giudiziaria italiana – in sede precautelare e poi in sede di archiviazione del procedimento – rispetto al caso *Sea Watch*: la decisione della comandante di entrare nel porto di Lampedusa, lungi dall'essere stata affrettata o impulsiva (o addirittura, come adombrato in dottrina, dolosamente attendista¹⁵⁹), era maturata, dopo numerosi giorni di stallo, a fronte dell'insuccesso delle trattative con le autorità, dell'inutile esperimento di rimedi giurisdizionali (dinanzi a istanze nazionali e sovranazionali), nonché del rapporto del medico di bordo che aveva constatato l'incrementare dei rischi per la salute psicofisica delle persone trasportate e l'imprevedibilità, a partire da un certo momento, delle loro azioni.

Un'ultima, ma fondamentale, considerazione, concerne la rilevanza dei requisiti della necessità e della proporzionalità nel giudizio in ordine alla sussistenza della causa di giustificazione in esame. Pur non essendo requisiti espressamente contemplati dall'art. 51 c.p., tanto la Procura di Agrigento (nel ricorso in Cassazione avverso il diniego di convalida dell'arresto della comandante Rackete), quanto una parte della dottrina (in sede di commento alla medesima vicenda), hanno mostrato di considerarli limiti intrinseci alla sua operatività e li hanno valorizzati per censurare la scelta di attraccare forzosamente a Lampedusa, urtando la motovedetta della Guardia di finanza¹⁶⁰. Il punto merita alcune precisazioni, anche al di là della specifica vicenda rispetto alla quale è stato sollevato.

Per quanto riguarda la proporzionalità, il suo accertamento è a ben vedere assorbito, a monte, dal bilanciamento tra l'interesse sotteso al dovere di soccorrere e quello tutelato dalla fattispecie penale. Viceversa, non è errato affermare che il requisito della necessità trovi autonomo spazio sul piano della corretta delimitazione della condotta giustificata: posto,

¹⁵⁹ Cfr. V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare?*, cit., 798, il quale, forse a causa di un'incompleta disamina della ricostruzione dei fatti offerta dai provvedimenti giudiziari, descrive la situazione in termini di «scelta di gironzolare per due intere settimane a ridosso del mare territoriale italiano, invece di provare a cercar riparo e "sicurezza dei diritti" altrove», spingendosi fino a paragonare l'atteggiamento della comandante ad un «un attendismo (deliberato) che ha (colposamente) innescato un pericolo pluridirezionale».

¹⁶⁰ In questo senso, in dottrina, M. RONCO, *L'esercizio dei poteri costituzionali*, cit., 18; R. FONTI, V. VALENTINI, *Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte*, cit., 16. Nel ricorso per cassazione avverso il diniego di convalida dell'arresto della comandante Rackete, la Procura di Agrigento aveva sostenuto che il risultato di condurre i naufraghi sulla terraferma sarebbe stato ottenibile mediante condotte meno pericolose per i controinteressi in gioco, ad esempio calando scialuppe in mare per trasportare i naufraghi a terra.

infatti, che l'ordinamento non può autorizzare (*rectius*, imporre) la realizzazione di *qualsiasi* condotta strumentale all'ottenimento del risultato (nel nostro caso, lo sbarco in un *PoS*)¹⁶¹, è giocoforza riservare il giudizio di liceità (anzi, di doverosità) alle sole condotte che si avvalgano del mezzo meno lesivo tra quelli disponibili per ottenere il risultato stesso¹⁶². Proprio dall'angolo visuale della "necessità", peraltro, non paiono ravvisarsi profili di "eccesso" nella condotta della comandante della nave *Sea Watch*: in particolare, diversamente da quanto sostenuto dal ricorso della Procura di Agrigento, non è affatto detto che la condotta alternativa consistente nel trasporto dei migranti a terra mediante scialuppe di salvataggio avrebbe garantito il medesimo risultato utile; senza contare che l'argomento non tiene conto dei pericoli che tale soluzione avrebbe potuto generare per i migranti, anche in considerazione delle loro debilitate condizioni psico-fisiche e della possibilità di manovre ostruzionistiche da parte delle autorità¹⁶³.

5.3. *L'estendibilità dello schema a illeciti (penali e amministrativi) diversi dal favoreggiamento dell'ingresso irregolare.*

Le considerazioni svolte in merito ai rapporti tra adempimento del dovere di soccorso e favoreggiamento dell'ingresso irregolare possono essere agevolmente riprodotte in caso di conflitto del medesimo dovere con altre figure di reato suscettibili di essere contestate – come già dimostrato dalla prassi – dall'autorità giudiziaria ai soccorritori privati.

A venire in rilievo è, anzitutto, la resistenza a pubblico ufficiale (art.

¹⁶¹ Cfr. D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Digesto disc. pen.*, Vol. IV, 1990, 327: «Non basta [...] che la realizzazione del fatto tipico sia strumentale all'adempimento di un dovere avente diverso contenuto: il fine, di per sé, non giustifica il mezzo; il criterio della "necessità" strumentale, così come non vale a immutare (in senso restrittivo) la scriminante dell'esercizio d'un diritto, così non vale ad immutare (in senso estensivo) la scriminante dell'adempimento d'un dovere».

¹⁶² Sostanzialmente in questo senso F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 872, il quale osserva, a titolo esemplificativo, che «il dovere di arresto in flagranza ex art. 380 c.p.p. si estende logicamente anche a condotte strumentali a tale scopo, come l'uso di una modica violenza fisica sull'arrestando (ma non si estende, ovviamente, all'uso di una violenza superflua rispetto a tale scopo)».

¹⁶³ Per queste considerazioni v. F. PARISI, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete*, cit., 314; S. CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in *Quest. giust.*, 29 luglio 2019, 36-38.

337 c.p.), delitto rispetto al quale, peraltro, potrebbe utilmente valutar-si l'applicabilità della causa di non punibilità *ex art. 393-bis*, ogniqualvolta l'interferenza dell'autorità pubblica con le operazioni di soccorso possa qualificarsi in termini di «atto arbitrario»¹⁶⁴. Con riferimento alla scriminante *ex art. 51 c.p.*, anche in questo caso il conflitto di doveri si atteg-gia a rapporto di mera interferenza occasionale, ricorrente laddove il dovere di condurre i naufraghi sulla terraferma si scontri con quello di rispettare i contrari ordini provenienti dall'autorità di frontiera. Ed anche in questo caso occorre stabilire quale dei due interessi prevalga, in concreto, sull'altro, sulla scorta di indici intrasistematici ed eventual-mente di una più precisa caratterizzazione degli interessi conflig-genti alla luce di tutte le circostanze concrete. La possibilità che a pre-valere sia proprio il dovere di soccorso è confermata dalla sentenza del-la Corte di cassazione che, nel caso *Sea Watch*, ha negato la convalida dell'arresto della comandante disposto per resistenza a pubblico uffici-ale, in ragione della ritenuta operatività della scriminante *ex art. 51 c.p.*; pronuncia seguita, di lì a poco, dall'archiviazione del procedimen-to per la medesima ragione.

Considerazioni sovrapponibili, *mutatis mutandis*, possono svolgersi con riferimento alle fattispecie di «rifiuto di obbedienza a nave da guer-ra» e «resistenza o violenza contro nave da guerra» (rispettivamente, artt. 1099 e 1100 cod. nav.), sempreché la loro sussistenza non venga esclusa, a monte, per altre ragioni (ad esempio, come accaduto nello stesso caso *Sea Watch*, il difetto della qualità di nave da guerra in capo all'unità inca-ricata dell'intervento). Si tratterà qui di valutare, caso per caso, se l'ordi-namento attribuisce maggiore rilievo al fascio di interessi sottesi al dove-

¹⁶⁴ La questione dipende, a sua volta, dall'estensione che si conferisce al concetto di «atto arbitrario»: se si adotta la tesi restrittiva, prevalente nella giurisprudenza tradizionale, occor-rerà accertare, oltre all'illegittimità dell'atto, anche un *quid plus* consistente nella consape-vole strumentalizzazione del potere per scopi estranei alle finalità per le quali è stato conferi-to (così Cass. pen., sez. V, 30 maggio 2014, n. 35686, CED 260309), ovvero nel carattere ingiustamente persecutorio dell'attività svolta, che deve altresì risultare del tutto sganciata dalle ordinarie modalità di esplicazione dell'azione di controllo e prevenzione demandata al-l'autorità (Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2012, n. 23255, CED 253043); viceversa, se si adotta la tesi estensiva, rintracciabile in una pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 140/1998, avente ad oggetto l'art. 4 del d.lgs. luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 288, cons. in dir., n. 3) ed in almeno una sentenza di legittimità (Cass. pen., sez. VI, 27 aprile 2018, n. 54424, CED 274680), l'illegittimità dell'atto è da considerarsi condizione sufficiente a renderlo arbi-trario. In dottrina, a favore della tesi estensiva v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed., 2021, 324-325; *contra*, in ragione del tenore letterale della dispo-sizione, M. PELISSERO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI, M. PELIS-SERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, 2022, 635.

re di condurre i naufraghi in un *PoS* in tempi ragionevoli, ovvero agli interessi di carattere militare e di sorveglianza del mare territoriale, nonché di ordine pubblico, tutelati dai menzionati delitti marittimi¹⁶⁵. La natura in concreto della valutazione impedisce, per definizione, di abbozzare una possibile soluzione del conflitto nell'uno o nell'altro senso. È chiaro, peraltro, che il “peso” degli interessi sottesi al dovere di soccorso, per lo più riconducibili a diritti fondamentali (vita, integrità psico-fisica, richiesta di asilo), farà verosimilmente pendere la bilancia a favore del comandante; a meno che non sussistano specifiche contro-ragioni, sul piano della sicurezza e dell'ordine pubblico, per ritardare lo sbarco, come ad esempio fondati timori in ordine alla presenza a bordo di sospetti terroristi ovvero di soggetti portatori di gravi malattie epidemiche.

Infine, l'antinomia in questione potrebbe venire in rilievo rispetto agli illeciti amministrativi recentemente introdotti dal c.d. “decreto Piantedosi”, applicabili in caso di trasgressione di un provvedimento ministeriale di interdizione navale, ovvero di violazione delle regole di condotta dettate dal medesimo decreto¹⁶⁶. Anche prescindendo da ogni valutazione in merito alla natura “sostanzialmente penale” di tali disposizioni¹⁶⁷, l'art. 4 della legge n. 689/1981 stabilisce che non risponde delle violazioni amministrative chi le ha commesse, tra l'altro, in adempimento di un dovere. In questo caso il contemperamento di interessi vedrà sul secondo piatto della bilancia la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (che rappresentano le finalità perseguite dal “decreto Piantedosi”, come si apprende dalla relazione illustrativa del disegno di legge di conversione¹⁶⁸). Vale, sul punto, quanto detto poc'anzi: fermo restando che il giudizio deve essere effettuato caso per caso, laddove emerga che il comandante ha agito a tutela dei diritti fondamentali delle persone, valutando prudentemente tutte le circostanze concrete, è

¹⁶⁵ Sui beni giuridici tutelati dai delitti contro la polizia della navigazione, v. S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione*, Editoriale Scientifica, 2020, 102-110.

¹⁶⁶ Si tratta degli illeciti previsti dall'art. 1, commi 2-*quater*, *quinquies* e *sexies*, d.l. n. 130/2020 (c.d. “decreto Lamorgese”), come da ultimo modificato dal d.l. n. 1/2023 (c.d. “decreto Piantedosi”), conv. con modif. dalla legge n. 15/2023. Per la disamina di questa disciplina si rinvia al cap. II, parr. 7.2, 7.3.

¹⁶⁷ Sul punto v. *infra*, cap. V, par. 7.2.4, spec. nt. 103.

¹⁶⁸ Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, recante disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori: «*l'intervento operato con il presente decreto legge si propone di contemperare l'esigenza di assicurare l'incolumità delle persone recuperate in mare, nel rispetto delle norme di diritto internazionale e nazionale in materia, con quella di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, fatta a Montego Bay nel 1982*».

obiettivamente difficile immaginare situazioni nelle quali possa considerarsi prevalente il pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica generato da violazioni di carattere essenzialmente formale.

6. (Segue): *esercizio di un diritto*.

Un'impostazione assai meno esplorata, e assente nei provvedimenti giurisdizionali, è quella che propone di qualificare la condotta dei soccorritori in termini di esercizio di un diritto. Dal punto di vista pratico, la tesi mira a superare, o comunque a prevenire, l'obiezione – in precedenza accennata – secondo cui le convenzioni internazionali non potrebbero, senza una norma attuativa interna (ulteriore rispetto alla legge di ratifica e all'ordine di esecuzione), fissare direttamente obblighi in capo ai singoli comandanti¹⁶⁹. Posto invece che dal diritto internazionale pattizio possono pacificamente discendere, in capo ai singoli, posizioni di diritto soggettivo, ecco allora che il problema verrebbe risolto in radice se i comandanti potessero invocare, anziché il dovere, il “diritto di soccorrere”¹⁷⁰.

Quanto al fondamento di siffatto diritto, esso è stato a sua volta ricostruito seguendo due diversi percorsi logici. In base ad una prima impostazione, a fronte dell'obbligo degli Stati di garantire e coordinare le operazioni di salvataggio, e soprattutto di *non ostacolarne* il concreto svolgimento da parte del comandante, sussisterebbe direttamente in capo a quest'ultimo una corrispondente posizione giuridica di diritto vantabile, appunto, nei confronti degli Stati¹⁷¹. Tale impostazione non convince in quanto prospetta l'esistenza di un diritto soggettivo (quello “a non essere ostacolati”) dal contenuto eccessivamente vago e dunque facilmente strumentalizzabile da entrambe le parti: i comandanti po-

¹⁶⁹ L'osservazione è formulata da M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare*, cit., 38. Nel stesso senso, V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare?*, cit., 793.

¹⁷⁰ M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare*, cit., 39 s.; l'impostazione è condivisa da F. PARISI, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete*, cit., 314 s., il quale peraltro osserva come «una certa fungibilità argomentativa a sostegno dell'una o dell'altra scriminante [adempimento del dovere /esercizio di un diritto] non dovrebbe stupire eccessivamente».

¹⁷¹ In questo senso M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare*, cit., 39 s. Lo stesso autore peraltro osserva, nel prosieguo del saggio (p. 42 s.), che il riferimento all'esercizio del diritto è funzionale soltanto alla penetrazione della regola nell'ordinamento nazionale, fermo restando che la scriminante applicabile ai casi di soccorso in mare sarebbe comunque l'adempimento del dovere (o lo stato di necessità).

trebbero sostenere di essere titolari *ab origine* del diritto di scegliere il porto dove sbarcare (mentre invece, come visto in precedenza, si tratta di una prerogativa residuale); mentre gli Stati, all'opposto, potrebbero negare tale margine di scelta proprio in quelle ipotesi residuali nelle quali essa costituisce un tassello dell'adempimento del dovere.

Una diversa impostazione ricostruisce il “diritto di soccorrere” muovendo dal presupposto che gli obblighi di soccorso e sbarco in un porto sicuro gravanti sugli Stati si riflettono in corrispondenti diritti *dei naufraghi* ad essere, appunto, soccorsi e sbarcati in un *PoS*. Il comandante, pertanto, potrebbe in linea di principio difendersi sostenendo di avere contribuito all'esercizio di un diritto *altrui*¹⁷². Si tratterebbe, in altre parole, di un esercizio mediato del diritto, categoria concettuale da riferirsi alle ipotesi in cui il titolare del diritto non è in grado di soddisfarlo da solo e deve quindi necessariamente affidarsi ad un terzo dotato delle capacità fisiche o tecniche occorrenti per esercitarlo materialmente¹⁷³. Ancorché raffinata, tale impostazione si infrange – come del resto riconosce la stessa voce dottrinale che la passa al vaglio – con la constatazione che il diritto soggettivo dei naufraghi non ha ad oggetto *uno specifico porto*, fintantoché quest'ultimo non sia stato assegnato dallo Stato costiero¹⁷⁴. In definitiva, nella materia che qui ci occupa la ricostruzione in esame risulta inutile, in quanto incontra un ostacolo insormontabile proprio nelle situazioni in cui è più alta la probabilità che il comandante debba difendersi invocando una causa di giustificazione.

Vi è, infine, un'obiezione trasversale a tutti i tentativi di ricostruire la posizione giuridica del comandante in termini di diritto di soccorrere: e cioè il fatto che un diritto si accompagna, di regola, alla *facoltà* di esercitarlo, mentre l'intera disciplina internazionale sui soccorsi in mare si caratterizza per la previsione di veri e propri obblighi, finalizzati, nel

¹⁷² Tale impostazione è illustrata, ma al contempo scartata, da A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., 1896 s.

¹⁷³ La categoria dell'esercizio mediato di un diritto è concettualizzata da A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Giuffrè, 2008, 255 ss. L'autore, oltre ad esplorarne la rilevanza pratica soprattutto con riferimento ad alcune situazioni controverse attinenti alla liceità dell'attività medico-chirurgica e al fine-vita, si preoccupa di enunciare i presupposti in presenza dei quali il *dominus* morale della vicenda rimane il titolare del diritto, e pertanto l'autore materiale della condotta può invocarlo appunto come esercizio mediato: la condotta dell'*extraneus* deve risultare «*obiettivamente strumentale all'esercizio dell'altrui diritto*»; la stessa condotta deve essere anche «*direttamente o indirettamente, riconducibile ad una conforme volontà del titolare del diritto [...]*» (p. 263). Entrambi tali presupposti, evidentemente, sussistono nelle vicende che qui ci occupano.

¹⁷⁴ Cfr. A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., 1896.

complesso, a garantire il più alto livello possibile di tutela della vita umana in mare. Ecco allora che, se si accede alla tesi tradizionale della non diretta applicabilità ai singoli di norme internazionali portatrici di obblighi, l'unica via d'uscita dall'*impasse* è quella che passa per l'intervento del legislatore, il quale dovrebbe garantire una più puntuale incorporazione di siffatti obblighi nell'ordinamento nazionale, mediante discipline ulteriori alla legge di ratifica; eventuali lacune o imprecisioni potrebbero essere, inoltre, colmate per via di interpretazione conforme. Ciò posto, come ampiamente illustrato in precedenza, *sussistono* le condizioni per affermare che le disposizioni convenzionali in parola *sono in realtà direttamente applicabili in capo ai singoli*; conclusione che comporta il venire meno, in radice, del bisogno di elaborare le teorie appena esaminate.

7. (Segue): *stato di necessità*.

Nei provvedimenti dell'autorità giudiziaria italiana – inquirente e giudicante – sui soccorsi in mare, non mancano riferimenti all'esimente dello stato di necessità (*sub specie* di soccorso di necessità). Schematizzando, è possibile distinguere i provvedimenti che hanno ritenuto applicabile lo stato di necessità in presenza dei *medesimi presupposti* che fondano l'adempimento del dovere di soccorso in mare; dai provvedimenti che, invece, hanno applicato l'esimente a situazioni nelle quali avevano in prima battuta *escluso* l'adempimento del dovere di soccorso.

Appartengono al primo gruppo le richieste e i decreti di archiviazione dei casi *Sea Watch* e *Mare Jonio*. Si tratta infatti di provvedimenti che hanno ritenuto contestualmente sussistenti tanto gli estremi dell'art. 51 c.p., quanto quelli dell'art. 54 c.p. Ora, il richiamo a entrambe le esimenti, in via cumulativa, può forse avere un senso nelle *richieste* di archiviazione, la cui funzione è anche quella di prospettare al giudice tutti i plausibili inquadramenti giuridici della vicenda concreta. A tale proposito, è bene tenere presente che il quadro della giurisprudenza di legittimità in materia non può ancora dirsi del tutto consolidato: infatti, a fronte della sentenza che non ha convalidato l'arresto della comandante Rackete in ragione dell'adempimento del dovere, vi sono numerose pronunce, intervenute in procedimenti che vedevano imputati gli "scafisti", le quali hanno incidentalmente affermato che i soccorritori non rispondono penalmente del trasporto degli stranieri in Italia in

quanto agiscono coperti dall'esimente dello stato di necessità¹⁷⁵. Pur trattandosi, evidentemente, di *obiter dicta*, l'autorevolezza dell'organo da cui promanano impone di non trascurarne il rilievo, e in questo senso, come si diceva poc'anzi, si comprende la scelta delle Procure di prospettare, alternativamente, l'applicabilità degli artt. 51 e 54 c.p. Assai meno comprensibile è il riferimento congiunto ad entrambe le esimenti nei decreti di archiviazione, riferimento che appare più il riflesso della diffusa prassi di motivare le archiviazioni *per relationem* alle rispettive richieste, che il frutto di una scelta meditata. Pare allora opportuno chiarire che, laddove sussistano, in un caso concreto, tanto i presupposti dell'adempimento del dovere quanto quelli dello stato di necessità, il giudice dovrebbe assegnare prevalenza al primo: sia perché in questo modo ribadisce che l'azione soccorritrice è oggetto di un obbligo, e non di una mera facoltà, in capo all'agente; sia perché, laddove si aderisca all'autorevole, ancorché minoritaria, posizione dottrinale secondo cui lo stato di necessità configura una mera scusante, e non una causa di giustificazione¹⁷⁶, tale soluzione garantisce un esito decisorio più favorevole.

Rientrano nel secondo gruppo di provvedimenti – quelli, cioè, che hanno applicato lo stato di necessità solo dopo avere escluso la sussistenza degli estremi dell'adempimento del dovere – il decreto di dissequestro della nave *Open Arms* del GIP di Ragusa e la successiva sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal GUP. Come si ricorderà, mentre l'adempimento del dovere di soccorso era stato escluso in ragione del ritenuto buono stato di galleggiabilità dei gommoni, nonché dell'imminente arrivo della guardia costiera libica, proprio la prospettiva della presa in carico da parte di quest'ultima e della conseguente riconduzione nel Paese nordafricano erano stati valorizzati in termini di pericolo attuale di grave danno alle persone, tenuto conto delle violazioni dei diritti fondamentali che notoriamente subiscono i migranti in quel contesto. Tali statuizioni appaiono, per un verso, criticabili: come visto, infatti, la nozione di *distress* rilevante ai fini della sussistenza del dovere di soccorso si estende ad un ventaglio di ipotesi più ampio del pericolo immediato di morte, comprensivo di tutte le situazioni in cui difettano le condizioni

¹⁷⁵ Si tratta, più nello specifico, di quelle pronunce, già esaminate in precedenza (v. *supra*, cap. II, par. 6.2), che hanno affermato l'applicabilità della legge penale italiana alle condotte degli scafisti esaurite in acque internazionali sulla base dell'art. 54, comma 3, c.p. Come si ricorderà, è infatti alla luce di tale disposizione che i trafficanti sono stati qualificati alla stregua di autori mediati, riversando su di loro la responsabilità per il trasporto in Italia materialmente (e lecitamente) realizzato, nell'ultimo segmento del tragitto, dai soccorritori.

¹⁷⁶ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 581 ss.

essenziali di sicurezza della navigazione. Tanto è vero che, come pure visto (*supra*, par. 4.1), i barconi dei migranti devono di regola considerarsi *in distress* sin dal momento in cui salpano dalle coste nordafricane.

Per altro verso, l'assegnazione di un'autonoma portata esimente all'art. 54 c.p., nei termini indicati dai giudici ragusani, ossia valorizzando fattori di rischio diversi da quelli marittimi, appare meritevole di attenzione. Declinato in questo senso, infatti, il soccorso di necessità potrebbe venire in rilievo nei casi (al momento non accertati, ma oggetto di ipotesi accusatoria nel c.d. caso *Iuventa*) riconducibili al paradigma delle c.d. consegne concordate tra gli operatori umanitari e i trafficanti attivi in Libia, o in altro territorio dal quale i migranti tentano di fuggire in ragione delle gravissime violenze alle quali si trovano sottoposti. In particolare, i presupposti dell'esimente paiono sussistere ogniqualvolta l'operatore umanitario "scenda a patti" con l'organizzazione criminale non già allo scopo di contribuire alla realizzazione delle sue finalità illecite, bensì al fine di sottrarre gli stranieri a torture, trattamenti inumani e degradanti, illegittime privazioni della libertà personale¹⁷⁷. Oltre, evidentemente, al pericolo perdurante di grave danno alla persona, sussistono in questi casi la necessità della condotta tipica, considerata la pratica impossibilità di evacuare migliaia di persone attraverso gli esigui corridoi umanitari esistenti; e la proporzionalità della stessa, stante l'evidente superiorità gerarchica di beni giuridici quali la vita e l'integrità fisica rispetto agli interessi intermedi tutelati dalla fattispecie di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm. È chiaro che, in concreto, la "consegna concordata" potrebbe realizzarsi attraverso modalità che a loro volta generano il pericolo di naufragio (in particolare laddove i migranti non vengano consegnati "*brevi manu*", bensì abbandonati in mare, a bordo di un'instabile imbarcazione, in attesa dei soccorritori); ed è altrettanto chiaro che siffatto pericolo potrebbe considerarsi «volontariamente creato» (anche) dai soccorritori che hanno agito di concerto con i trafficanti¹⁷⁸. Anche in siffatte ipotesi, tuttavia, l'esimente dello stato di necessità continuerebbe a fondarsi sulla sottrazione dei migranti dai menzionati pericoli che si collocano a monte, sulla terraferma, rispetto ai quali i soccorritori non hanno giocato alcun ruolo causale.

¹⁷⁷ Prospetta questa ricostruzione del soccorso di necessità, L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi*, n. speciale 2/2019, 40 s.

¹⁷⁸ Rileva, in quest'ottica, l'inapplicabilità dell'art. 54 c.p. allo scenario delle "consegne concordate", V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giappichelli, 2018, 58.

Mutatis mutandis, una condotta di questo tipo potrebbe essere paragonata a quella dei cittadini danesi che, nel 1943, aiutarono migliaia di ebrei a sottrarsi alle persecuzioni naziste, nascondendoli e poi trasportandoli a bordo delle proprie imbarcazioni fino in Svezia¹⁷⁹: si trattava, infatti, di reti di persone impegnate non già nel soccorso in mare di naufraghi, bensì nell'organizzazione ed effettuazione della loro (formalmente illegittima) emigrazione in un altro Stato, all'evidente scopo di sottrarle a un destino tragico.

Margini di autonoma rilevanza dello stato di necessità sono stati infine prospettati con riferimento alle condotte di ingresso "forzoso" in un porto italiano, realizzate, come nel caso *Sea Watch*, a fronte dell'ingiustificata resistenza dello Stato ad assegnare un *PoS*¹⁸⁰. Presupposto di tale ricostruzione, in punto di diritto, è la ritenuta laconicità della normativa sovranazionale relativamente ai criteri di individuazione del *PoS*, ed il corrispondente ampio margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati costieri (con il solo limite negativo del divieto di assegnazione di un porto *non* sicuro). La conseguenza che se ne trae è che l'adempimento del dovere non potrebbe essere invocato per giustificare la porzione di condotta consistente nell'ingresso in un determinato porto, scelto unilateralmente dal comandante, ogniqualvolta lo Stato in questione neghi l'autorizzazione. Sempre secondo tale impostazione, la condotta del comandante che realizza un ingresso forzoso potrebbe tuttavia essere giustificata, *sub specie* di soccorso di necessità, laddove il protrarsi della situazione di stallo imputabile all'infruttuosa collaborazione tra gli Stati finisca per generare un pericolo attuale di danno grave alle persone (naufraghi e/o equipaggio soccorritore), inevitabile se non appunto attraverso uno sbarco non autorizzato¹⁸¹.

La tesi appare ineccepibile sotto il profilo della ritenuta applicabilità dello stato di necessità nelle drammatiche situazioni generate dall'inerzia degli Stati costieri nell'assegnazione di un *PoS*. Al contempo, essa presenta l'inconveniente di risultare applicabile soltanto laddove, ap-

¹⁷⁹ Furono in particolare i pescatori, coordinati dalla resistenza danese, a traghettare migliaia di ebrei fino alla Svezia, a bordo delle proprie imbarcazioni: la vicenda è ricordata dalla voce *Rescue* della *Holocaust Encyclopedia* (encyclopedia.ushmm.org); per un parallelismo con la disciplina contemporanea che criminalizza il soccorso di migranti irregolari, v. già R. LANDRY, *The "humanitarian smuggling" of refugees Criminal offence or moral obligation?*, in *Refugee Study Center, Working paper series n. 119*, Oxford, 2016, 15.

¹⁸⁰ Così A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., 1891 ss.

¹⁸¹ V. ancora A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., 1897 ss., a cui si rimanda anche per alcune utili precisazioni in punto di sussistenza del requisito dell'"inevitabilità altrimenti" del danno.

punto, la situazione concreta abbia subito un'*escalation* tale da determinare la sussistenza degli stringenti presupposti previsti dall'art. 54 c.p. Pare allora preferibile, a modesto avviso di chi scrive, insistere su un'interpretazione della disciplina internazionale – invero, come visto, molto meno laconica di quanto risulti *prima facie* – che assegni al comandante tutte le prerogative necessarie ad adempiere al proprio dovere di soccorso *fino in fondo*, esercitando la propria discrezionalità tecnica a partire dal momento in cui risulta chiaro che gli Stati non sono in grado di offrire soluzioni praticabili in tempi ragionevoli; e senza attendere che vengano a profilarsi le condizioni di pericolo attuale di danno grave alla persona sulle quali soltanto potrebbe innestarsi il soccorso di necessità.

8. (Segue): *legittima difesa*.

Come visto nel precedente capitolo, la scriminante della legittima difesa è stata ritenuta applicabile, con sentenza definitiva, alla condotta dei migranti che, opponendosi al proprio respingimento illegittimo in Libia da parte del comandante del rimorchiatore privato *Vos Thalassa*, avevano posto in essere, tra l'altro, il reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare in Italia a vantaggio degli altri migranti *sans papiers* che si trovavano a bordo della medesima imbarcazione¹⁸². La vicenda non è stata trattata in questo capitolo in quanto non è riconducibile al paradigma dei soccorsi in mare (in caso di respingimento da parte della nave soccorritrice, infatti, la situazione di *distress* è cessata); bensì a quello dell'aiuto reciproco tra migranti, suscettibile di integrare gli estremi oggettivi e soggettivi del procurato ingresso irregolare in capo a coloro che svolgano un ruolo proattivo qualitativamente diverso dalla mera partecipazione alla medesima vicenda migratoria.

Secondo un'autorevole voce della dottrina italiana, peraltro, la scriminante della legittima difesa potrebbe trovare applicazione, più in generale, ogniqualvolta gli Stati ritardino irragionevolmente l'assegnazione di un *PoS* a favore dei naufraghi: si tratterebbe, infatti, di ipotesi equivalenti a un respingimento collettivo, tenuto conto che l'unica alternativa per i migranti sarebbe ritornare nel Paese dal quale sono partiti. Ecco allora che, in base a questa impostazione, il comandante che decidesse autonomamente di entrare nelle acque territoriali italiane e

¹⁸² V. *supra*, cap. III, par. 6.2.

attraccare in un porto realizzerebbe una condotta inquadrabile nell'art. 52 c.p., *sub specie* di soccorso difensivo a favore dei migranti¹⁸³.

Proprio il confronto con il caso *Vos Thalassa*, peraltro, mette in luce un possibile profilo di debolezza della tesi in esame: invero, fintantoché non è *in corso* il respingimento (come invece era nel caso *Vos Thalassa*), pare lecito dubitare in ordine al carattere *attuale* del pericolo di *refoulement*. La tesi potrebbe ricevere nuova linfa a condizione che il requisito dell'“attualità” venisse interpretato estensivamente, come comprensivo delle ipotesi nelle quali i fattori in grado di condurre al risultato lesivo sono già in movimento (secondo la logica “ora o mai più”)¹⁸⁴; ovvero, laddove si ritenga che tali ipotesi non ricadono tra i significati letterali dell'“attualità”, mediante l'applicazione della scriminante in via analogica (c.d. legittima difesa anticipata)¹⁸⁵. Come è noto, peraltro, la giurisprudenza è refrattaria ad accogliere simili impostazioni, e la stessa dottrina ha sollevato, al riguardo, dubbi meritevoli di considerazione¹⁸⁶: sicché da questo punto di vista l'accoglimento della tesi in esame rischia di trovare una strada in salita.

Anche ammettendo di avere superato questa prima obiezione, se vediamo correttamente la tesi risulta applicabile nelle stesse situazioni concrete rispetto alle quali, poc'anzi, abbiamo sostenuto che il comandante è coperto dalla scriminante dell'adempimento del dovere: non basta, infatti, che vi sia *proporzione* tra l'interesse tutelato (*non refoulement*) e quello sacrificato (integrità delle frontiere); ma occorre altresì che l'ingresso forzoso in un porto italiano sia *necessario*, ossia che nel caso concreto non sussistano (più) alternative lecite; situazione che ricorre, in sintesi, quando non vi sono più ragionevoli prospettive di addivenire ad una soluzione concordata con gli Stati. Alla luce di tale considerazione, è chiaro allora che la riconduzione dell'operato del

¹⁸³ In questo senso A. DI MARTINO, L. RICCI, *L'inosservanza delle limitazioni o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, in *Leg. pen.*, 1° marzo 2021, 17 s.

¹⁸⁴ Così, nella manualistica, F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giappichelli, 2023, 377 s. Per una più dettagliata ricostruzione della tesi in parola, corredata da ulteriori riferimenti bibliografici, cfr., ancorché in senso critico, F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., 889.

¹⁸⁵ Così, ad esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2020, 85.

¹⁸⁶ Per una critica di ordine generale alla diffusa idea secondo cui, in ragione dei suoi effetti *in bonam partem*, l'analogia dovrebbe sempre essere ammessa per le cause di giustificazione, v. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 450-459; per una critica, basata su ragioni di ordine politico-criminale, all'estensione del requisito dell'“attualità” del pericolo alle ipotesi nelle quali esso non è “imminente”, v. F. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, cit., 890.

comandante alla legittima difesa risulta concretamente utile soltanto laddove, per qualche ragione, si respinga la tesi – condivisa, invece, da chi scrive – secondo cui lo sbarco forzoso in un *PoS* rappresenta per il comandante (non già una mera facoltà, bensì) una modalità di adempimento del dovere di soccorso in mare. Proprio in quest'ottica, la tesi della legittima difesa potrebbe rappresentare una variante di quella, sopra esaminata, che esclude la responsabilità del comandante sulla base della scriminante dell'esercizio del diritto: anche la legittima difesa, in quanto facoltà e non dovere, si sottrae infatti alle censure di non diretta applicabilità della disciplina internazionale ai singoli individui. Tuttavia, una volta che si ritengano tali censure infondate, viene meno anche l'interesse a coltivare ricostruzioni alternative all'adempimento del dovere di soccorso.

9. *Una proposta alternativa: l'esclusione della tipicità del favoreggiamento dell'ingresso irregolare in caso di soccorso in mare.*

Dall'analisi finora condotta è emerso con nitidezza che, a fronte delle operazioni di soccorso in mare e (soprattutto) di conduzione dei naufraghi-migranti presso porti italiani, la giurisprudenza ha sostanzialmente dato per scontata la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (art. 12, comma 1, t.u. imm.), concentrando l'attenzione sull'eventuale ricorrenza dei presupposti di cause di giustificazione.

Si tratta di un approccio che, a prima vista, risulta in linea con la formulazione della norma incriminatrice: come a più riprese illustrato nelle pagine precedenti, essa è infatti concepita – in linea con gli obblighi di incriminazione di fonte europea da cui discende – per attrarre nel proprio ambito di applicazione qualunque condotta diretta a procurare l'ingresso di stranieri privi di titolo, senza quei filtri – come, ad esempio, il dolo specifico di *ingiusto* profitto o di sfruttamento – che consentirebbero di escludere più agevolmente la rilevanza penale del trasporto in Italia effettuato per finalità di soccorso.

Ad un più attento esame, tuttavia, non mancano argomenti a sostegno della conclusione secondo cui la sussistenza del reato in parola dovrebbe essere esclusa, a monte, proprio sul terreno della tipicità, segnatamente facendo leva sul difetto dei presupposti della «violazione delle disposizioni del presente testo unico» e del carattere «illegale» dell'ingresso che contribuiscono a perimetrarla, marcando cioè il confine tra

una condotta penalmente rilevante e una giuridicamente neutra come trasportare in Italia uno straniero¹⁸⁷. Detto altrimenti, la responsabilità penale dei soccorritori sembrerebbe potersi escludere, anziché all'esito di un bilanciamento in concreto tra gli interessi in conflitto, mediante una più accorta «*delimitazione reciproca della portata delle norme confliggenti*»¹⁸⁸, vale a dire negando in radice la sussistenza di un'antinomia normativa.

La tesi che esclude la tipicità dei soccorsi in mare ai sensi dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. è stata oggetto, ad oggi, di due diverse elaborazioni (esclusivamente dottrinali), che conviene esaminare separatamente. Non prima, tuttavia, di avere chiarito come lo sforzo ad esse sotteso non persegua uno sterile intento classificatorio, essendo piuttosto finalizzato, anzitutto, a illustrare le ragioni in virtù delle quali i soccorritori dovrebbero essere assolti perché «il fatto non sussiste»; e in secondo luogo, a sfatare l'idea che le operazioni di soccorso, pur essendo lecite, rappresentino comunque una forma di offesa alla funzione di sorveglianza e protezione delle frontiere spettante allo Stato. Senza contare, in terzo luogo, che l'esclusione in radice della tipicità, sfuggendo alla logica del bilanciamento *in concreto* che contrassegna le cause di giustificazione, offrirebbe alle Procure italiane un solido argomento per smettere di considerare il trasporto di naufraghi *sans papiers* una *notitia criminis*, e in questo modo potrebbe favorire la riduzione (se non proprio la scomparsa) dei procedimenti penali avviati nei confronti dei soccorritori. Risultato, quest'ultimo, a sua volta auspicabile nella prospettiva di prevenire il *chilling effect* che il proliferare di siffatti procedimenti rischia alla lunga di produrre in capo all'intera *categoria* dei comandanti di navi private, i quali potrebbero essere scoraggiati dal prestare soccorso ai barconi di migranti proprio in considerazione del timore di finire negli ingranaggi della giustizia penale italiana (con tutte le conseguenze negative che ne derivano, anche in caso di archiviazione o proscioglimento, sul piano patrimoniale e non patrimoniale)¹⁸⁹.

Veniamo, dunque, alla prima delle due elaborazioni in esame. Essa poggia sulla considerazione che il trasporto in Italia non possa essere considerato *contra ius* ogniquale volta l'attività di soccorso sia caratteriz-

¹⁸⁷ Per l'esame di tali elementi della fattispecie, v. *supra*, cap. II, par. 3.2.3.

¹⁸⁸ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., 500 s.

¹⁸⁹ Manifesta timori in questo senso L. MASERA, *Soccorsi in mare e diritto penale*, cit., 18-20. Sul tema del *chilling effect* rispetto alla criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare, v. più estesamente *infra*, cap. V, par. 7.1.

zata dalla «costante ricerca di un dialogo con le autorità», nel senso che la nave soccorritrice, anche nella fase della ricerca del porto dove sbarcare, «tiene informati i Mrcc competenti, richiede loro indicazioni, interagisce con essi»¹⁹⁰. Si osserva che in siffatte condizioni, quando cioè il trasferimento in Italia avviene «alla luce del sole»¹⁹¹, gli stranieri non vengono sottratti ai controlli di frontiera, ed anzi l'operazione mira ad affidarli allo Stato affinché si faccia carico della prima accoglienza e delle successive operazioni di identificazione, ricezione delle eventuali domande di asilo ecc. L'assenza di illiceità si riverbera, sempre secondo l'impostazione in esame, sul difetto di offesa al bene giuridico tutelato dall'art. 12, comma 1, t.u. imm., non essendo messa a repentaglio l'integrità dei confini, bensì, tutt'al più, la legittima pretesa di uno Stato membro dell'UE, collocato in corrispondenza di una frontiera esterna, a non farsi carico, da solo, dell'accoglienza di cittadini di Stati terzi; interesse, tuttavia, che non rientra nell'oggettività giuridica del reato in questione¹⁹².

Questa impostazione, nel complesso condivisibile, potrebbe tuttavia risultare inapplicabile alle ipotesi in cui la cooperazione tra soccorritori e Stati non si instaura proficuamente, oppure viene a un certo punto a mancare, e – come emblematicamente accaduto nel caso *Sea Watch* – il comandante decide di portare l'operazione a termine, in autonomia, scegliendo un porto italiano come *PoS*. All'interno di questo ventaglio di situazioni, suscettibili naturalmente di presentare gradi diversi di conflittualità, è possibile che le condotta del comandante venga occasionalmente considerata, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, come funzionale a sottrarre i naufraghi dall'esercizio della potestà statale di controllo delle frontiere, e dunque a procurarne l'ingresso in violazione del testo unico sull'immigrazione.

Questo rischio potrebbe essere evitato, se vediamo correttamente, adottando la seconda delle due impostazioni in esame, che chi scrive

¹⁹⁰ A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., 1902, secondo cui, non essendo in questi casi gli stranieri sottratti all'effettivo svolgimento dei controlli alla frontiera, le condotte non potrebbero essere qualificate come atti diretti a procurarne «illegalmente» l'ingresso; sostanzialmente nello stesso senso S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2018, 138; A. MASSARO, *L'immigrazione irregolare via mare e la triade soggettiva "soccorritori-trafficienti-migranti"*, in *Giust. ins.*, 11 aprile 2019; M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms*, cit.; F. De VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., 452.

¹⁹¹ A. SPENA, *Smuggling umanitario*, loc. cit.

¹⁹² V. ancora A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., 1903-1904; S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici*, loc. cit.

ha avuto occasione di elaborare in un saggio redatto a quattro mani con uno studioso di diritto internazionale¹⁹³. La tesi poggia su uno dei capisaldi della disciplina sui soccorsi in mare precedentemente illustrata: quello – sancito dalla Convenzione SAR (allegato, par. 2.1.10), dalla Convenzione SOLAS (cap. V, regola 33, par. 1), nonché dalle Linee Guida IMO (nn. 6.12 ss.) – secondo cui gli Stati sono di regola chiamati a valutare le c.d. “non-SAR issues” (ossia le questioni non attinenti all’operazione di *search and rescue*, incluse quelle amministrative relative alla posizione migratoria) soltanto *dopo* la positiva risoluzione delle “SAR-issues”, vale a dire quando le persone siano state ormai trasferite presso un porto sicuro¹⁹⁴. Se si muove da questo presupposto, il carattere illecito dell’ingresso deve essere escluso, a ben vedere, in virtù della qualificazione delle persone soccorse come “naufraghi”, anziché come cittadini stranieri senza titolo per attraversare la frontiera. Detto altrimenti, la conduzione delle persone soccorse in mare nel territorio nazionale costituisce un’operazione al contempo doverosa (per il diritto internazionale) e neutra (per le norme interne sull’immigrazione, incluse quelle che concorrono a definire la liceità dell’ingresso)¹⁹⁵. Questa impostazione, in conclusione, appare preferibile in ragione sia del suo più evidente addentellato al diritto internazionale del mare; sia del suo più esteso ambito di applicazione, dal momento che risulta agevolmente applicabile anche alle non in-

¹⁹³ C. PITEA, S. ZIRULIA, “Friends, not Foes”: *qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *Quad. SIDIBlog*, 2019, 74-86.

¹⁹⁴ Sul punto v. *supra*, par. 4.3.

¹⁹⁵ In senso analogo, benché con riferimento alla disciplina europea dettata dal *Facilitators Package*, si esprime la Commissione europea nella Comunicazione *Orientamenti della Commissione sull’attuazione delle norme dell’UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali* (2020/C 323/01), pp. 5-6: in particolare, dopo avere sinteticamente ricostruito il quadro della disciplina internazionale sul dovere di soccorso in mare, la Commissione esclude che l’adempimento di tale dovere possa rientrare nella nozione di favoreggiamento dell’ingresso irregolare di cui all’art. 1 della direttiva 2002/90/EC. Sul punto v. anche A. DI MARTINO, L. RICCI, *L’inosservanza delle limitazioni o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, cit., 14, secondo i quali la presa a bordo e il successivo trasferimento sul territorio non potrebbero integrare il concetto di «trasporto» di stranieri irregolari, quest’ultimo dovendosi interpretare in maniera restrittiva, tenuto anche conto del significato pregnante delle altre condotte contemplate dall’art. 12 t.u. imm., in termini di «attività specificamente e consapevolmente strumentale al conseguire lo scopo di far arrivare alla destinazione tipica, cioè l’ingresso illegale». Ad avviso dei medesimi autori, inoltre, in queste ipotesi non sarebbe ravvisabile il dolo di favoreggiamento dell’ingresso irregolare, la volontà dei soccorritori essendo rivolta al salvataggio (che si completa con lo sbarco), e non all’ingresso (irregolare) nel territorio statale.

frequenti situazioni nelle quali l'interazione tra i soccorritori privati e l'IMRCC si interrompe o comunque fallisce¹⁹⁶.

Né a diverse conclusioni – in ordine alla liceità dell'ingresso dei naufraghi *sans papiers* – potrebbe pervenirsi laddove i soccorritori abbiano, in qualche fase delle operazioni, violato la disciplina delle attività di *search and rescue* di cui al d.l. n. 130/2020, conv. con modif. in legge 18 dicembre 2020, n. 173 (c.d. “decreto Lamorgese”), come da ultimo modificato dal d.l. n. 1/2023, conv. con modif. dalla legge 24 febbraio 2023, n. 15 (c.d. “decreto Piantedosi”); e/o abbiano violato un provvedimento ministeriale di limitazione o divieto di transito o sosta emanato ai sensi della medesima normativa¹⁹⁷. Al di là della legittimità di siffatte previsioni (in ordine alla quale, come abbiamo già avuto occasione di ricordare, sono stati sollevati seri dubbi¹⁹⁸), si tratta di regole che attengono alle *modalità* di conduzione delle operazioni di soccorso; regole la cui violazione determina, tutt'al più, l'applicabilità delle sanzioni amministrative ivi previste, ma lascia impregiudicata la valutazione in ordine alla liceità dell'ingresso, che come visto poc'anzi poggia su diversi presupposti, *in primis* la situazione di *distress*¹⁹⁹. Quanto appena affermato trova conferma testuale nell'inciso «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», inserito in apertura della disciplina sanzionatoria per i casi di violazione dei provvedimenti ministeriali di interdizione navale (art. 1, comma 2-*quater*, d.l. n. 130/2020 e successive modifiche): la mera *possibilità* che la trasgressione delle regole di condotta ivi previste costituisca reato, presuppone, logicamente, che possano esservi casi in cui il comandante realizza quelle violazioni *senza* tuttavia integrare alcun illecito pe-

¹⁹⁶ A proposito di tali situazioni conflittuali, v. L. GRADONI, L. PASQUET, *Lisistrata a Lampedusa*, cit., 55; S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *Search and Rescue, Disembarkation and Relocation Arrangements in the Mediterranean. Sailing Away from Responsibility?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, n. 10, 2019, 3-6. Per costanti aggiornamenti sui dinieghi o i ritardi di sbarco di migranti soccorsi dalle ONG, v. l'osservatorio curato dal *European Council on Refugees and Exiles (ECRE)*, in www.ecre.org/news/news.

¹⁹⁷ Sui decreti “Lamorgese” e “Piantedosi”, v. *supra*, cap. II, par. 7.2, 7.3.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ Ad analoga conclusione perviene, ancorché con riferimento alla disciplina dettata dal precedente “decreto sicurezza-bis”, ma con considerazioni di portata più generale, A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., 1905. In particolare, l'autore sottolinea che l'irregolarità dell'ingresso rappresenta un presupposto, e non l'effetto, del provvedimento ministeriale di interdizione navale. Proprio con riferimento a un divieto ministeriale di ingresso disposto sulla base del “decreto sicurezza-bis”, già il GIP di Agrigento, nella pronuncia che non ha convalidato l'arresto della comandante Carola Rackete (v. *supra*, par. 3.4), aveva avuto modo di evidenziare che la trasgressione di quel divieto non valesse, di per sé, a rendere illecita la condotta di trasporto dei naufraghi sul suolo italiano.

nale (né si potrebbe affermare che tali situazioni si riducono alle ipotesi in cui, pur essendo stata integrata la violazione amministrativa, per qualunque ragione gli stranieri non vengano sbarcati sul territorio nazionale, posto che per l'integrazione dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. è sufficiente la realizzazione di *atti diretti* a procurare tale risultato).

A ulteriore sostegno dell'impostazione, qui proposta, fondata sulla distinzione tra "naufraghi" e "migranti" sussistono argomenti ricavabili di diritto positivo italiano e dalla giurisprudenza. Sotto il primo profilo, si consideri che le operazioni di prima assistenza e identificazione presso i punti di crisi (*hotspots*) allestiti sul territorio hanno come destinatario «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare» (art. 10-ter t.u. imm.): una formulazione testuale che riflette univocamente il riconoscimento, anche da parte della normativa nazionale, della distinzione tra naufrago e persona che attraversa irregolarmente la frontiera. Sotto il secondo profilo, giova ricordare che un consistente filone della giurisprudenza di legittimità afferma che i migranti tratti in salvo in acque internazionali e successivamente trasportati in Italia per necessità di pubblico soccorso non commettono il reato di immigrazione clandestina (art. 10-bis t.u. imm.), in quanto non possono considerarsi entrati irregolarmente²⁰⁰. Pur trattandosi, come ampiamente visto, di un orientamento maturato per finalità completamente diverse da quelle in esame (ossia per affermare l'utilizzabilità delle sommarie informazioni rilasciate da quei migranti come dichiarazioni testimoniali nei procedimenti contro gli scafisti²⁰¹), pare evidente che, ai fini della coerenza interna del testo unico immigrazione, non sarebbe ragionevole differenziare la nozione di «ingresso irregolare» a seconda che a venire in rilievo sia la responsabilità penale del migrante *ex art. 10-bis* o di chi ha compiuto atti diretti a procurarne l'ingresso *ex art. 12*, comma 1.

Ancora, posto che, come vedremo nel prossimo capitolo, l'eccessiva ampiezza dell'area della punibilità tracciata dall'art. 12, comma 1 si traduce in un *vulnus* al principio di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione, l'esegesi restrittiva qui proposta rappresenta una soluzione *costituzionalmente conforme*, un modo cioè per porre la norma incriminatrice al riparo dalle censure di incostituzionalità quanto meno in un settore, come quello dei soccorsi in mare, dove la disciplina internazionale che ri-qualifica i migranti irregolari alla stregua di naufraga-

²⁰⁰ V. *supra*, cap. III, par. 6.1.1.

²⁰¹ *Ibidem*.

ghi consente di espungere dall'area della rilevanza penale una classe di condotte obiettivamente rivolte alla tutela di diritti fondamentali come la vita, l'integrità fisica e la richiesta di asilo²⁰².

La soluzione qui proposta potrebbe prestare il fianco alla critica di paralizzare l'operatività della norma incriminatrice anche rispetto a condotte meritevoli di sanzione. In particolare, si potrebbe anzitutto obiettare che, laddove si considerasse *comunque lecito* l'ingresso in Italia dei naufraghi, il reato non potrebbe ritenersi sussistente, per difetto di un elemento essenziale, nemmeno nei confronti dei soccorritori che abbiano agito previo accordo con i trafficanti (si tratta del già richiamato scenario della consegna concordata)²⁰³. L'obiezione, da non sottovalutare, potrebbe essere valorizzata come indicazione di metodo: ossia come richiamo alla necessità di un puntuale accertamento in ordine alla sussistenza di un'autentica (e non artefatta) situazione di *distress*, dalla quale soltanto discende la possibilità di qualificare i migranti alla stregua di "naufraghi".

In secondo luogo – anticipando un'ulteriore possibile obiezione che non ci risulta sia stata finora formulata – si potrebbe obiettare che il carattere lecito dell'ingresso dei naufraghi precluderebbe in radice la punibilità dei trafficanti che lo hanno "procurato" (giungendo al paradosso di trasformare l'esposizione dei migranti a pericolo per la vita in un fattore di impunità per i suoi autori). L'obiezione sarebbe tuttavia agevolmente superabile ricordando che il reato si perfeziona a fronte della mera volontaria realizzazione di atti diretti a procurare l'ingresso irregolare: dunque, ben prima dell'eventuale intervento dei soccorritori; ed evidentemente conserva immutati i suoi caratteri di tipicità e antigiuridicità anche qualora l'ultimo segmento del tragitto verso l'Italia sia compiuto dai soccorritori stessi²⁰⁴. Del resto, la tendenza a considerare in maniera unitaria le

²⁰² Sull'utilizzo del principio di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione come canone ermeneutico, ossia al fine di «orientare la lettura dei singoli elementi del tipo secondo un equilibrio di 'non eccedenza' rispetto alla compressione o al pregiudizio dei diritti fondamentali sottostanti», v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, 327.

²⁰³ Con riferimento al rischio di lacune di tutela rispetto alle "consegne concordate", cfr. V. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo*, cit., 58.

²⁰⁴ Viene qui in rilievo il fondamentale insegnamento di Cesare Pedrazzi (*Il concorso di persone nel reato*, Priulla, 1952; ora anche in ID., *Diritto penale*. Vol. I. *Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003, 3-145), il quale, proprio con riferimento alle ipotesi in cui «l'attività intermedia non ha valore criminoso dal punto di vista di chi la pone in essere, e lo acquista invece inquadrata nella esperienza più ricca del terzo che la provoca o vi coopera» (p. 77), osservava che nulla osta alla coesistenza di due diverse valutazioni giuridiche, l'una in termini di responsabilità penale, l'altra in termini di immunità da ogni rimprovero «già sul terreno ogget-

condotte dei trafficanti e dei soccorritori, come frammenti della stessa vicenda che si dipana senza soluzione di continuità dalle coste nordafricane all'Italia, è a ben vedere il riflesso (o l'effetto collaterale) dello sforzo compiuto dalla giurisprudenza per risolvere il problema dell'applicabilità della legge italiana alle condotte che si esauriscono in acque internazionali, facendo leva sullo schema dell'autoria mediata²⁰⁵. Un percorso logico, quest'ultimo, che, come già visto, pur perseguendo finalità condivisibili, poggia su premesse sistematiche piuttosto fragili.

10. *Rilievi conclusivi e linee di prosecuzione dell'indagine.*

In linea di continuità con il precedente capitolo, la trattazione appena conclusa ha anzitutto messo in luce l'esistenza di un ulteriore, e cruciale, settore nel quale l'art. 12, comma 1, t.u. imm. ha finito per generare veri e propri eccessi di criminalizzazione: i soccorsi in mare effettuati da membri della società civile a favore dei migranti che tentano la traversata del Mediterraneo allo scopo di approdare, clandestinamente, sulle coste europee. Pur essendo, infatti, condotte radicalmente diverse, e per certi aspetti agli antipodi, rispetto a quelle realizzate dai membri delle organizzazioni criminali dedite al traffico di migranti, esse nondimeno vengono attratte nell'orbita applicativa della medesima norma incriminatrice e delle medesime circostanze aggravanti speciali²⁰⁶. Ciò accade, come visto, in ragione dell'estrema povertà selettiva della disciplina italiana sul contrasto al traffico di migranti, sotto il profilo sia dell'*an* che del *quantum* della sanzione: da un lato viene colpito qualunque contributo causalmente rilevante all'ingresso irregolare sul territorio; dall'altro lato, il passaggio dalla fattispecie base alle ipotesi aggravate di cui ai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* è affidato a elementi non univocamente rivelatori di un incremento di disvalore proporzionato al delta sanzionatorio (basti ricordare, a titolo esemplificativo, che il favoreggiamento dell'ingresso di cinque o più persone comporta l'applica-

tivo: «non si può superare, a nostro avviso, questo coesistere di due valutazioni, divergenti eppure egualmente legittime ciascuna nella propria sfera. D'altronde tale dualismo è esso stesso una soluzione» (*ibidem*).

²⁰⁵ V. *supra*, cap. II, par. 6.2.

²⁰⁶ L'importanza di mantenere ben distinte le condotte di favoreggiamento di ingressi irregolari realizzate «per finalità in senso lato altruistiche» da quelle poste in essere «a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati», è rimarcata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 63/2022, sulla quale v. *supra*, cap. II, par. 4.2; nonché, più diffusamente, *infra*, cap. V, par. 4.

zione della stessa aggravante prevista per il favoreggiamento da cui derivi un pericolo per la vita dei trasportati).

La trattazione ha altresì messo in luce come, di fronte ad una *overbreadth* punitiva così smaccata, l'ordinamento abbia messo in campo importanti anticorpi, essenzialmente rappresentati dalle cause di giustificazione dell'adempimento del dovere, dello stato di necessità, nonché, in situazioni peculiari, della legittima difesa. Queste norme, sapientemente combinate con le regole del diritto internazionale che pongono, in capo agli Stati e ai singoli comandanti, puntuali obblighi di soccorso e divieti di respingimento, hanno in effetti consentito di evitare, ad oggi, che venissero pronunciate sentenze di condanna nei confronti dei soccorritori. Tanto sulla scorta di valutazioni caratterizzate, come si spera di avere illustrato, da un serrato e metodologicamente rigoroso confronto con il diritto positivo, nazionale e sovranazionale; uno sforzo alla luce del quale le critiche di "politicità" talora rivolte a quei provvedimenti non solo possono essere agevolmente respinte, ma a ben vedere possono essere rovesciate sui loro stessi sostenitori, le cui pur rispettabili convinzioni personali sulla "questione migratoria" potrebbero averne involontariamente condizionate le analisi giuridiche.

Quanto appena rilevato in ordine al ruolo decisivo giocato delle cause di giustificazione non toglie, anzi semmai contribuisce a rivelare, come una soluzione soddisfacente al problema della criminalizzazione dei soccorsi sia ancora lontana dall'essere raggiunta. Le cause di giustificazione presentano infatti, per definizione, una valenza limitata alla singola vicenda alla quale si riferiscono, essendo il giudizio di liceità il frutto di bilanciamenti di interessi effettuati in concreto. L'esito dei procedimenti penali tuttora in corso, pertanto, non è affatto scontato; così come non è affatto escluso che vengano avviate nuove indagini, a fronte delle frequenti operazioni di soccorso di stranieri che si concludono con lo sbarco in un porto italiano.

L'accoglimento della proposta, avanzata nelle riflessioni da ultimo formulate, di escludere la responsabilità dei soccorritori sul piano del fatto tipico, potrebbe forse porre un freno alla tendenza, non ancora del tutto sopita, a considerare *notitiae criminis* le vicende di soccorso in mare che si concludono con l'ingresso di *undocumented migrants* sul suolo italiano, specialmente quando, nel corso delle operazioni, la cooperazione con le autorità di frontiera per qualche ragione non funziona fino in fondo. Ma, anche qui, si tratterebbe pur sempre di una valutazione rimessa ai singoli uffici giudiziari, priva, in parole povere, di effetti *erga omnes*. Se consideriamo che l'assoggettamento a indagini penali, talvolta accompagnato da misure pre-cautelari e cautelari, presenta già

di per sé un significativo carico afflittivo, oltretutto potenzialmente foriero di *chilling effect* rispetto ai successivi soccorsi, ecco allora che il bilancio finale sull'assetto attuale della disciplina italiana anti-*smuggling*, osservata dalla prospettiva dei soccorsi in mare, non può che essere, a parere di chi scrive, largamente insoddisfacente.

Proprio questa conclusione offre la premessa per la prosecuzione dell'indagine. Se infatti gli sforzi ermeneutici profusi dalla giurisprudenza e della dottrina non risultano sufficienti a sanare le problematiche di sovra-criminalizzazione evidenziate, ecco allora che, inevitabilmente, si fa strada un sospetto: e se, di fondo, vi fossero uno o più vizi di *illegittimità* al metro della Costituzione e/o di fonti sovranazionali? La ricerca di una risposta a questo quesito rappresenta l'oggetto del prossimo capitolo.

PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DELLA DISCIPLINA EUROPEA E NAZIONALE SUL CONTRASTO AL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – SEZIONE I. LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SUPERIORI SUL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE. – 2. La sentenza della Corte di giustizia UE sul reato di assistenza ai richiedenti asilo (*Commissione c. Ungheria*, 2021). – 3. La sentenza del *Conseil Constitutionnel* sulla scriminante umanitaria francese (caso *Cédric Herrou*, 2018). – 4. La sentenza della Corte costituzionale italiana sulla proporzionalità delle pene per alcune ipotesi di favoreggiamento aggravato (caso *E.K.*, sent. n. 63/2022). – 5. Uno sguardo oltreoceano: la sentenza della *Supreme Court of Canada* sul reato canadese di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (caso *Appulonappa*, 2015). – SEZIONE II. L'ILLEGITTIMITÀ DEGLI OBBLIGHI DI INCRIMINAZIONE EUROPEI E DELLE NORME PENALI ITALIANE IN MATERIA DI FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO IRREGOLARE. – 6. Il favoreggiamento dell'ingresso irregolare al vaglio del principio di proporzionalità. – 7. La sproporzione delle scelte di criminalizzazione. – 7.1. Sproporzione delle scelte di criminalizzazione sottese al *Facilitators Package* al metro della Carta dei diritti fondamentali. – 7.1.1. I diritti fondamentali incisi dagli obblighi di incriminazione. – 7.1.2. L'illegittimità dell'interferenza al metro dell'art. 52(1) CDF. – 7.2. Sproporzione delle scelte di criminalizzazione sottese all'art. 12 t.u. imm. al metro della Carta dei diritti fondamentali e della Costituzione italiana. – 7.2.1. Premessa sulla necessità del previo esperimento di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, avente ad oggetto la validità del *Facilitators Package*, al fine di non incorrere in una procedura di infrazione. – 7.2.2. L'illegittimità dell'art. 12 t.u. imm. al metro della Carta dei diritti fondamentali: l'opzione del rinvio pregiudiziale avente ad oggetto il carattere "ostativo" della Carta rispetto alla norma nazionale. – 7.2.3. (*Segue*): l'opzione della questione di legittimità costituzionale. – 7.2.4. L'estendibilità delle conclusioni raggiunte in punto di illegittimità dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. agli illeciti amministrativi in materia di diritto della navigazione (disciplina dei c.d. "porti chiusi"). – 7.3. L'irragionevole delimitazione della scriminante umanitaria (art. 12, comma 2, t.u. imm.) alle condotte prestate a favore di stranieri già presenti sul territorio italiano. – 8. La sproporzione delle pene previste dall'art. 12 t.u. imm. – 8.1. La sproporzione della cornice editale della fattispecie base. – 8.1.1. L'irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio tra autore del favoreggiamento e straniero favorito. – 8.1.2. La sproporzione "intrinseca" della cornice editale nella prospettiva della fi-

nalità rieducativa della pena. – 8.1.3. I possibili sbocchi decisori. – 8.2. La sproporzione delle circostanze aggravanti speciali relative al numero di concorrenti e al numero di migranti trasportati. – 8.3. La sproporzione delle pene previste dalla nuova fattispecie di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina». – 8.4. Chiosa sull'organo giurisdizionale competente ad accertare e correggere la sproporzione delle pene. – 9. Sintesi.

1. *Introduzione.*

Nei capitoli III e IV sono stati messi in luce – attraverso il prisma della casistica italiana, adottata come paradigma di fenomeni che si riproducono in tutti gli Stati membri orientati alla tendenziale chiusura delle frontiere – alcuni tra i più controversi risvolti applicativi della normativa penale anti-*smuggling* di matrice europea: vale a dire, da un lato, la criminalizzazione di forme di aiuto all'ingresso irregolare motivate da istanze di carattere in senso lato altruistico; dall'altro lato, la previsione, per gli autori di tali condotte, di un apparato repressivo di spiccata severità, dotato di sanzioni di entità pari a quelle applicabili ai trafficanti che sfruttano le vulnerabilità dei migranti per un tornaconto economico.

La tesi di fondo del presente capitolo è che entrambi tali profili di criticità – l'uno attinente alle scelte di criminalizzazione, ossia all'*an* della rilevanza penale di determinate condotte; l'altro attinente alla portata dell'apparato sanzionatorio, ossia al *quantum* delle pene comminate dal legislatore¹ – pur collocandosi in un'area che ideal-

¹ In termini generali, sulla distinzione tra proporzionalità delle scelte di criminalizzazione e proporzionalità della pena, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, 239-243; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, 231-237. Nella letteratura in lingua inglese il tema è spesso affrontato distinguendo, rispettivamente, tra *prospective proportionality* e *retrospective proportionality*: cfr., di recente, R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law: Proportionality of What to What?*, in E. BILLIS, N. KNUST, J. PETER RUI (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart, 2021, 29-39. Come vedremo, la distinzione trova riflesso anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, segnatamente negli artt. 52(1) e 49(3): sulle intersezioni tra le due disposizioni della Carta, con specifico riguardo alla materia penale, v. R. SICURELLA, *Art. 49. Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, 995. Sul carattere «*proteiforme*» del principio di proporzione, v. già V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 144-150.

mente lambisce l'insindacabile merito delle scelte politiche, in realtà travalicano i confini del ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa e assumono le sembianze di veri e propri profili di illegittimità, come tali suscettibili di essere accertati e sanzionati attraverso appropriati rimedi giurisdizionali a carattere nazionale e sovranazionale.

Del resto, la strada della correzione per via giudiziaria delle distorsioni che affliggono la disciplina penale in esame, se per un verso presenta indubbi profili pioneristici, per altro verso non è nuova, essendo già stata imboccata, con risultati meritevoli di attenzione, in alcune recenti ed emblematiche vicende, di cui ci si accinge a dare conto².

La prima sezione del capitolo è infatti dedicata alla ricostruzione, nel dettaglio, di queste pronunce fondative. Pur trattandosi, come vedremo, di interventi eterogenei per ordinamento di provenienza e natura dell'organo giurisdizionale interpellato, essi nondimeno offrono un ricco serbatoio di argomenti giuridici che, opportunamente depurati dalle peculiarità di ciascuna vicenda concreta, si prestano, a nostro avviso, ad acquistare una valenza di carattere universale.

Proprio a questa finalità – la “capitalizzazione” del significato profondo di quelle singole esperienze giudiziarie – è dedicata la seconda sezione del capitolo, nella quale si cercherà di mettere in luce – sviluppando e approfondendo una tesi che chi scrive ha già avuto modo di prospettare in precedenti lavori³ – i profili di illegittimità che affliggono gli obblighi di incriminazione europei del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, nonché potenzialmente tutte le discipline penali nazionali che li abbiano fedelmente trasposti, *in primis* quella di cui all'art. 12 t.u. imm.

²Proprio con riferimento al settore del controllo dell'immigrazione, del resto, si è osservato che il «*rights-based approach*» penetra nelle discipline nazionali «*principalmente grazie al contributo delle corti*»: così M. SAVINO, *Immigrazione e sicurezza: due paradigmi*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, 64.

³Si veda in particolare 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. – Riv. trim.*, n. 3, 2020, 143-177.

SEZIONE I

LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SUPERIORI
SUL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE
IRREGOLARE2. *La sentenza della Corte di giustizia UE sul reato di assistenza ai richiedenti asilo* (Commissione c. Ungheria, 2021).

L'ordinamento ungherese prevede una figura di reato specificamente volta a punire l'assistenza agli stranieri che si concretizzi nell'aiuto a presentare una domanda di protezione internazionale "abusiva", ossia da parte di soggetti privi dei requisiti per ottenere l'asilo secondo il diritto nazionale. Si tratta dell'art. 353/A, par. 1 del codice penale, che – nella versione precedente a quella introdotta a seguito della pronuncia della Corte di giustizia di cui ci si accinge a dare conto⁴ – puniva «Chiunque svolga attività organizzative dirette: a) a consentire l'avvio di una procedura di asilo in Ungheria da parte di una persona che non è perseguitata nel suo Paese di origine, nel suo Paese di residenza abituale o in un altro Paese attraverso il quale è giunta, per motivi di razza, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale, opinioni religiose e politiche, o che non abbia un fondato timore di essere direttamente perseguitata»⁵. Sulla base di tale previsione erano stati avviati alcuni procedimenti penali nei confronti di volontari ed esperti legali, senza tuttavia che alcuno di essi, secondo quanto dichiarato dall'Ungheria, fosse sfociato in una condanna definitiva⁶.

⁴ Con riferimento alla nuova fattispecie, in vigore da gennaio 2023, v. le osservazioni critiche di cui al documento dell'*Hungarian Helsinki Committee, Criminalisation continues – Hungary fails to implement CJEU judgment*, 21 dicembre 2022.

⁵ Traduzione italiana riportata dalla sentenza della Corte di giustizia (per i cui estremi v. *infra*, nt. 7), punto 20. Seguiva, nel medesimo art. 353/A, par. 1, un'ulteriore fattispecie consistente nell'aiutare uno straniero irregolare presente sul territorio a ottenere un titolo di soggiorno. I successivi parr. 2 e 3 dell'art. 353/A contenevano una serie di circostanze aggravanti; mentre il par. 4 prevedeva una circostanza alternativamente attenuante o di esclusione della punibilità in caso di collaborazione con le autorità. Infine, il par. 5 racchiudeva la norma definitoria delle «attività organizzative» di cui al par. 1, le quali «comprendono, in particolare: a) il monitoraggio delle frontiere, al confine o presso un marcatore di confine corrispondente alla frontiera esterna dell'Ungheria ai sensi dell'articolo 2, punto 2, del regolamento 2016/399; b) l'elaborazione o la diffusione di documenti informativi o l'incarico a un terzo di compiere tali atti; e c) la creazione o la gestione di una rete».

⁶ Così è riportato nei punti 107 e 108 della sentenza della Corte di giustizia. Più di recente, l'assenza di condanne è confermata da un *report* sulla situazione ungherese pubblicato

Adita dalla Commissione europea mediante ricorso per inadempimento (art. 258 TFUE), la Grande Sezione della Corte di giustizia UE⁷ ha ritenuto che, nell'adottare tale figura di reato, l'Ungheria avesse violato alcuni obblighi sanciti dalle direttive sulla protezione internazionale, segnatamente dall'art. 8, par. 2 e dall'art. 22, par. 1 della direttiva procedure (2013/32/UE)⁸, nonché dall'art. 10, par. 4 della direttiva accoglienza (2013/33/UE)⁹: si tratta, in sintesi, delle norme che obbligano gli Stati membri a garantire che presso le frontiere esterne, le zone di transito e i centri di trattenimento, i cittadini stranieri abbiano diritto a ricevere informazioni, consulenza e assistenza, anche in merito alla presentazione dell'eventuale domanda di asilo.

La pronuncia della Corte di giustizia ruota attorno a tre interrogativi fondamentali: *i*) se le attività di assistenza ai richiedenti protezione internazionale contemplate dalle direttive accoglienza e procedure rientrano nell'*ambito di applicazione* della figura di reato di cui all'art. 353/A

dalla *European Commission against Racism and Intolerance* (organo costituito in seno al Consiglio d'Europa): v. *ECRI Report on Hungary*, 9 marzo 2023, p. 11, n. 21.

⁷ Corte giust. UE, grande sezione, 16 novembre 2021, causa C 821/19, *Commissione c. Ungheria*. Per un commento v. L. PASCUAL MATELLÁN, *La criminalización de la asistencia a los solicitantes de asilo en Hungría (a propósito de la sentencia Comisión/Hungría, C-821/19)*, in *Rev. Der. Com. Eur.*, 2022, 169-187.

⁸ L'art. 8, rubricato «Informazione e consulenza nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera», al par. 2 dispone: «Gli Stati membri garantiscono che le organizzazioni e le persone che prestano consulenza e assistenza ai richiedenti abbiano effettivo accesso ai richiedenti presenti ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito, alle frontiere esterne. Gli Stati membri possono adottare norme relative alla presenza di tali organizzazioni e persone nei suddetti valichi e, in particolare, subordinare l'accesso a un accordo con le autorità competenti degli Stati membri. I limiti su tale accesso possono essere imposti solo qualora, a norma del diritto nazionale, essi siano obiettivamente necessari per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa dei valichi interessati, purché l'accesso non risulti in tal modo seriamente ristretto o non sia reso impossibile». L'art. 22, rubricato «Diritto all'assistenza e alla rappresentanza legali in ogni fase della procedura», al par. 1 prevede: «Ai richiedenti è data la possibilità di consultare, a loro spese, in maniera effettiva un avvocato o altro consulente legale, ammesso o autorizzato a norma del diritto nazionale, sugli aspetti relativi alla domanda di protezione internazionale, in ciascuna fase della procedura, anche in caso di decisione negativa».

⁹ L'art. 10, rubricato «Condizioni di trattenimento», al par. 4 dispone: «Gli Stati membri garantiscono ai familiari, avvocati o consulenti legali e rappresentanti di organizzazioni non governative competenti riconosciute dallo Stato membro interessato la possibilità di comunicare con i richiedenti e di rendere loro visita in condizioni che rispettano la vita privata. Possono essere imposte limitazioni all'accesso al centro di trattenimento soltanto se obiettivamente necessarie, in virtù del diritto nazionale, per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa del centro di trattenimento, e purché non restringano drasticamente o rendano impossibile l'accesso».

del codice penale ungherese; *ii*) in caso di risposta affermativa al primo interrogativo, se la configurazione di siffatto reato comporti una *limitazione* dei diritti che le medesime direttive sanciscono; *iii*) in caso di risposta affermativa anche al secondo interrogativo, se detta limitazione possa considerarsi *giustificata* alla luce del diritto dell'Unione europea.

Cominciando dal primo interrogativo, la Corte osserva che rientrano nell'ambito di applicazione della norma incriminatrice almeno alcune delle attività di assistenza ai richiedenti protezione internazionale il cui esercizio deve essere garantito dallo Stato ai sensi delle menzionate direttive: si tratta, in particolare, delle attività che consentono l'avvio della procedura di richiesta di asilo, laddove prestate da organizzazioni o comunque in forma coordinata, ogniqualvolta la persona che offre l'assistenza sia consapevole che la domanda è destinata all'insuccesso (punto 93).

Quanto al secondo interrogativo, la Corte osserva che la minaccia di una sanzione penale, ancorché limitata alla prestazione di «*un certo tipo di assistenza*» (punto 95), si traduce in una limitazione tanto al diritto delle organizzazioni di comunicare con gli stranieri, quanto al diritto di questi ultimi di ricevere la consulenza desiderata. Tenuto conto, in particolare, della natura della pena prevista (privativa della libertà personale) e della sua durata (fino a un anno in caso di reiterazione delle condotte) la Corte ritiene che la disciplina penale oggetto di scrutinio possa avere «*un effetto dissuasivo particolarmente significativo, che può indurre le persone che intendono assistere i cittadini di paesi terzi o gli apolidi che desiderano ottenere lo status di rifugiato in Ungheria ad astenersi dal prendere parte alle attività di assistenza oggetto delle disposizioni del diritto dell'Unione*» (punto 98); disposizioni che – soggiunge la Corte sottolineando così il rango sovraordinato dei diritti in gioco – «*contribuiscono a dare espressione concreta al diritto sancito dall'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*» (punto 99).

Concludendo sull'esistenza di una limitazione dei diritti garantiti dalle direttive procedure e accoglienza, la Corte confuta due controargomenti avanzati dall'Ungheria, sviluppando considerazioni che, in ragione della loro ampia portata, conviene riportare per esteso. Anzitutto, con riferimento all'argomento secondo cui il rischio di criminalizzare attività coperte dal diritto UE sarebbe stato scongiurato dall'interpretazione restrittiva della norma penale offerta dalla Corte costituzionale ungherese – la quale ne aveva espressamente esclusa l'applicabilità ai «*comportamenti altruistici che soddisfano il dovere di aiutare le persone indigenti e bisognose e che non attuano scopi vietati da detta disposizione*» (punto 102) – la Corte europea osserva come, a ben vedere,

tale lettura non escluda affatto che la sanzione possa comunque raggiungere le attività offerte dai consulenti legali *a titolo oneroso*, coperte dall'art. 22, par. 1 della direttiva accoglienza (punto 103), così come, più in generale, le attività prestate da chiunque abbia la *consapevolezza* che la domanda d'asilo non potrà essere accolta ai sensi del diritto ungherese (punto 103). In secondo luogo, la Corte ritiene infondata l'obiezione secondo cui la Commissione europea, nell'atto di ricorso per inadempimento, non avrebbe soddisfatto il proprio onere probatorio, essendosi limitata ad affermare l'esistenza di un effetto dissuasivo correlato alla sanzione penale, senza tuttavia dimostrarlo sulla scorta di dati empirici: osservano infatti i giudici di Lussemburgo che, da un lato, «*la sussistenza di un inadempimento può essere provata, nel caso in cui esso tragga origine dall'adozione di una misura legislativa o regolamentare [...], mediante un'analisi giuridica delle disposizioni*» (punto 106); dall'altro lato, sebbene non vi siano state ancora condanne, la stessa Ungheria ha ammesso che sono stati avviati procedimenti penali, sicché non si può escludere che in futuro vi siano condanne e in ogni caso «*è proprio dell'effetto dissuasivo connesso ai reati scoraggiare chiunque dall'intraprendere l'attività considerata illecita e dall'esporsi in tal modo alle sanzioni che la corredano*» (punti 107, 108).

Passando al terzo ed ultimo interrogativo affrontato dalla pronuncia, la Corte ritiene che nessuna delle due finalità che lo Stato ungherese ha dichiarato di perseguire mediante la norma incriminatrice oggetto d'esame possa giustificare la limitazione dei diritti sanciti delle direttive procedure e accoglienza.

Quanto alla prima finalità, ossia la lotta contro l'abuso della procedura di asilo, la Corte afferma che la norma penale «*eccede quanto può essere considerato necessario per conseguire l'obiettivo*» (punto 133). Dopo avere ricordato, in termini generali, il divieto di abuso del diritto dell'Unione, e dopo avere conseguentemente affermato che le direttive procedure e accoglienza non possono essere interpretate nel senso di impedire agli Stati membri di sanzionare condotte fraudolente o abusive realizzate a beneficio di sedicenti richiedenti protezione internazionale (punti 111-113); la Corte rileva che la norma penale oggetto di scrutinio non si limita a reprimere siffatte condotte, ma si spinge oltre, travalicando così i limiti fissati dallo scopo perseguito. Risultano infatti attratte nell'area della rilevanza penale anche ipotesi in cui l'assistenza è offerta nel rigoroso rispetto delle norme procedurali e senza la volontà di indurre in errore l'autorità accertante, come accade quando l'agente, pur essendo consapevole che la domanda non può essere accolta alla luce delle norme del diritto ungherese, nondimeno ritenga che dette

norme siano contrarie al diritto internazionale o al diritto dell'Unione (118). Dissuadere la prestazione di questo tipo di assistenza significa – osserva il collegio – negare effettività alla procedura di accesso alla protezione internazionale (119). La stessa norma incriminatrice, del resto, considera abusiva la domanda di protezione formulata, tra l'altro, dallo straniero che giunge alla frontiera ungherese attraversando uno Stato in cui non è esposto a persecuzioni, ossia una situazione che la stessa Corte ha ritenuto, in un precedente passaggio della pronuncia avente ad oggetto una diversa censura rivolta dalla Commissione all'Ungheria, non poter essere elevata a causa di inammissibilità della domanda d'asilo (126)¹⁰.

Sempre a sostegno della conclusione secondo cui la norma incriminatrice eccede il proprio scopo la Corte osserva che, per evitare di incorrere nella sanzione penale, l'agente «*non può limitarsi a prestare un'assistenza puramente formale al richiedente, nell'ambito della presentazione o dell'inoltro della sua domanda, ma deve, al contrario, esaminare, sin da tale fase, se detta domanda sia idonea ad essere accolta in forza del diritto ungherese*» (128). Si tratta – illustra la motivazione – di un onere inesigibile, oltre che spesso impraticabile sulla base degli elementi disponibili nelle prime fasi di contatto con gli stranieri, per effetto del quale viene così a determinarsi una situazione di incertezza in merito ai confini di legittimità dell'assistenza, e al cui mancato adempimento vengono collegate sanzioni particolarmente afflittive, in quanto privative della libertà personale. Il risultato di questo assetto esorbita dalle dichiarate finalità della norma incriminatrice, in quanto consiste, in ultima analisi, nel «*dissuadere fortemente chiunque intenda fornire un qualsivoglia sostegno finalizzato a presentare o a inoltrare una domanda di asilo [...] anche qualora tale assistenza miri unicamente a consentire al cittadino di un paese terzo o all'apolide di esercitare il suo diritto fondamentale di richiedere asilo in uno Stato membro, quale garantito dall'articolo 18 della Carta*» (132).

Rispetto alla seconda delle finalità dichiarate dall'Ungheria, ossia il contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, la Corte afferma che la norma penale in esame «*non è una misura idonea a perseguire un siffatto obiettivo*» (134). Dopo avere rilevato che, come ricono-

¹⁰ L'ulteriore censura formulata dalla Commissione e accolta dalla Corte (v. punti 32-42), la cui disamina è tuttavia estranea alla presente trattazione, riguardava l'incompatibilità tra l'art. 33, par. 2, della direttiva procedure e la norma ungherese che sancisce l'inammissibilità della domanda di asilo presentata dal richiedente giunto alla frontiera attraversando un Paese nel quale non è esposto a persecuzioni o in cui è garantito un adeguato livello di protezione.

sciuto anche dall'Ungheria, esiste nell'ordinamento nazionale un'auto-noma fattispecie incriminatrice del favoreggiamento; la Corte europea ribadisce, richiamando la propria giurisprudenza in materia, che, sin dal momento in cui esercita il diritto fondamentale a presentare domanda di asilo, il cittadino straniero acquisisce la qualità di richiedente protezione internazionale ai sensi della direttiva procedure, e pertanto *«non può, in linea di principio, essere considerato in una situazione di soggiorno irregolare nel territorio dello Stato membro in cui ha presentato la sua domanda, fintantoché non sia stata adottata una decisione sulla medesima in primo grado»* (137). Ne consegue, del tutto logicamente, che *«la prestazione di assistenza al fine di presentare o inoltrare una domanda di asilo nel territorio di uno Stato membro, anche qualora alla persona che offre tale sostegno sia noto che la domanda in questione non sarà accolta, non può essere considerata un'attività che facilita l'ingresso o il soggiorno irregolari [...]»* (138).

Tali argomentazioni, di per sé assorbenti, sono rafforzate da considerazioni che la Corte formula per respingere l'obiezione ungherese secondo cui la norma censurata sarebbe attuativa degli obblighi di incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare definiti dal *Facilitators Package*. Secondo la Corte europea, la condotta intercettata dalla norma penale censurata *«si distingue nettamente»* dai comportamenti che gli Stati membri sono tenuti a sanzionare ai sensi della direttiva 2002/90/CE (la quale, come si ricorderà, detta all'art. 1 la nozione di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare). Posto infatti che *«non si può ritenere che un cittadino di un paese terzo o un apolide violi le norme relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio degli Stati membri per il solo fatto di richiedere, nel territorio dello Stato membro di cui trattasi, una protezione internazionale»*, ne segue che *«la persona che si limiti a offrire sostegno a tale cittadino di un paese terzo o a tale apolide per presentare o inoltrare una domanda di asilo alle autorità nazionali competenti, pur sapendo che detta domanda è destinata all'insuccesso, non può essere paragonata a una persona che favorggi l'ingresso, il transito o il soggiorno illegali, come quello di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2002/90»* (141). Siffatta interpretazione – conclude la Corte – è confermata dall'art. 6 dell'altro strumento che compone il *Facilitators Package*, ossia la decisione quadro 2002/946: *«sebbene quest'ultima imponga agli Stati membri di adottare sanzioni effettive volte a reprimere la commissione degli illeciti previsti all'articolo 1 della direttiva 2002/90, l'articolo 6 di detta decisione quadro prevede espressamente che l'applicazione della stessa non pregiudichi la protezione concessa ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale»* (142).

Alla luce di tali argomenti, come già anticipato, la Corte dichiara che, adottando il reato di cui all'art. 353/A, par. 1, del codice penale, l'Ungheria sia venuta meno agli obblighi sanciti delle direttive procedure e accoglienza in punto di garanzia dei diritti dei richiedenti asilo all'informazione, alla consulenza e all'assistenza legale presso le frontiere.

3. *La sentenza del Conseil Constitutionnel sulla scriminante umanitaria francese (caso Cédric Herrou, 2018).*

Molta attenzione ha attratto, a livello europeo, la pronuncia della Corte costituzionale francese (*Conseil Constitutionnel*) avente ad oggetto la disciplina nazionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare¹¹. Un'eco verosimilmente dovuta a due fattori: anzitutto è la prima pronuncia del *Conseil Constitutionnel* a riconoscere espressamente la rilevanza costituzionale, e la giustiziabilità, del principio di *fraternité*¹²; in secondo luogo – e per quanto maggiormente rileva in questa sede – si tratta, almeno in Europa, del primo intervento di un Tribunale costituzionale scaturito da un procedimento per il c.d. «*délit de solidarité*»¹³.

Il processo *a quo* vedeva imputato un noto attivista della val Roia, l'agricoltore Cédric Herrou, per una serie di condotte, realizzate in più occasioni, consistite nel trasportare stranieri irregolari dall'Italia (Ventimiglia) alla Francia e nell'offrire loro, così come ad altri migranti irregolari autonomamente entrati nel territorio francese, ora ospitalità presso la propria abitazione, ora il trasporto in automobile fino ad un edificio abbandonato (un'ex colonia di vacanze delle ferrovie francesi) e

¹¹ *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2018/717-718 QPC*, 6 luglio 2018. Tra i commenti v. G. TUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel et le "délit de solidarité"*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2019, 35-64; M.R. DONNARUMMA, *Le "délit de solidarité", un oxymore indéfendable dans un État de droit*, in *Rev. fran. dr. const.*, n. 1, 2019, 46-58; C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité à la française?*, in *Dir. imm. cit.*, n. 3, 2019, 169-189; L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Feder.*, n. speciale 2/2019, 33-35.

¹² In questo senso il *Commentaire* ufficiale alla pronuncia (disponibile sul sito del *Conseil Constitutionnel*), p. 16.

¹³ L'espressione, oggi ampiamente utilizzata a livello accademico, politico e mediatico, compare in un rapporto pubblicato nel 2009 dall'*Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme* intitolato *Délit de solidarité: Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants* (www.fidh.org/IMG/pdf/obsfra11062009.pdf).

abusivamente occupato da un'associazione locale proprio per offrire riparo ai migranti. Complessivamente, delle condotte realizzate da Herrou avevano beneficiato circa 200 stranieri. L'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare si fondava sull'art. L 622-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA), che prevede sanzioni privative della libertà personale e pecuniarie nei confronti di chiunque, tra l'altro, faciliti o tenti di facilitare l'ingresso, la circolazione o la permanenza irregolari di cittadini stranieri in Francia¹⁴.

Dinanzi al Tribunale di Nizza¹⁵, Herrou veniva condannato a una pena pecuniaria di tremila euro (sospesa), esclusivamente con riferimento alle condotte di favoreggiamento dell'ingresso, della circolazione e della permanenza realizzate a beneficio degli stranieri che egli stesso aveva irregolarmente condotto dall'Italia alla Francia. Secondo il giudice, infatti, rispetto a tali condotte non potevano trovare applicazione né la scriminante umanitaria di cui all'art. L 622-4 CESEDA, che nella formulazione all'epoca vigente era circoscritta nelle sole ipotesi di favoreggiamento della *permanenza* irregolare (non preceduta dal favoreggiamento dell'ingresso) realizzata per ragioni familiari (nn. 1 e 2) o per altre finalità "altruistiche" tipizzate (n. 3)¹⁶; né la causa di giustificazione generale dello stato di necessità (art. 122-7 del codice penale francese) in quanto, pur trovandosi gli stranieri in stato di bisogno sotto il profilo sia materiale che psicologico, non vi erano elementi sufficienti per affermare la sussistenza di tutti i presupposti della scriminante (ossia, in sintesi, il pericolo attuale di un danno imminente, nonché la necessità e la proporzionalità della condotta tipica). Per quanto invece riguarda gli altri stranieri irregolari *già presenti* sul territorio francese, ai

¹⁴ Si riporta il testo dell'art. L 622-1 CESEDA: «*Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 Euros*».

¹⁵ *Tribunal Correctionnel de Nice*, 10 febbraio 2017, disponibile in www.gisti.org.

¹⁶ Si riporta il testo dell'art. L 622-4 CESEDA all'epoca vigente: «*[...] ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait: 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint; 2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui; 3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci*».

quali l'imputato si era limitato a procurare un rifugio presso la propria abitazione o presso l'edificio abbandonato, il giudice riteneva potesse trovare applicazione la menzionata scriminante umanitaria di cui all'art. 622-4; inoltre, alla stessa conclusione perveniva con riferimento alle condotte di aiuto alla *circolazione* sul territorio francese dei medesimi migranti, in quanto, pur non essendo a rigore ricomprese nella scriminante, erano consistite nel mero trasferimento degli stranieri fino all'edificio occupato, e dunque erano da considerarsi inscindibilmente collegate alle condotte, scriminate, di favoreggiamento della permanenza.

In accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero, la pronuncia del Tribunale veniva parzialmente riformata dalla Corte d'appello di Aix-en-Provence: secondo i giudici di secondo grado, infatti, la scriminante umanitaria non poteva trovare applicazione rispetto ad alcuna delle condotte di Herrou, avendo egli agito non già per le ragioni altruistiche specificamente elencate nell'art. L 622-4, bensì, come ammesso dallo stesso imputato, nell'ambito di un'attività militante, finalizzata a sottrarre i migranti irregolari ai controlli delle forze dell'ordine e dunque all'applicazione della vigente normativa sull'immigrazione¹⁷. Alla luce di tali considerazioni, nonché della ritenuta corresponsabilità di Herrou per l'occupazione dell'edificio abbandonato, la Corte lo condannava alla più severa pena di quattro mesi di reclusione, comunque sospesa.

Nel giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, l'imputato chiedeva che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'esimente *ex art. L 622-4*, a suo avviso incompatibile con il principio costituzionale di *fraternité* sotto due distinti profili. Anzitutto, nella parte in cui escludeva la sola responsabilità di coloro che, per le ragioni familiari o altruistiche indicate ai nn. da 1 a 3, avessero favorito la *permanenza* sul territorio di stranieri irregolari, con esclusione di coloro che, per le stesse ragioni, ne avessero favorito *l'ingresso* ovvero la *circolazione*. In secondo luogo, nella parte in cui, nell'individuare le finalità altruistiche di cui al n. 3, faceva riferimento a un *catalogo tassativo* di condotte, purché realizzate a titolo gratuito; anziché estendere la non punibilità a *tutte* le condotte realizzate per finalità umanitarie, a titolo gratuito. Con due ordinanze gemelle del 9 maggio 2018¹⁸ (la prima scaturita dal caso Herrou, la seconda scaturita da un caso simile¹⁹), la

¹⁷ *Court d'Appel d'Aix en Provence*, 8 agosto 2017, in www.gisti.org.

¹⁸ *Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 9 maggio 2018, *affaire* n. 17-85736 e *affaire* n. 17-85737, entrambe in www.legifrance.gouv.fr.

¹⁹ Si trattava del caso di Pierre-Alain Mannoni, ricercatore universitario condannato in

Corte di cassazione francese rimetteva la questione al *Conseil Constitutionnel*.

Quest'ultimo, riunite le due questioni, ha emanato una sentenza che ha parzialmente accolto le censure.

Dopo avere sinteticamente individuato negli artt. 2 e 72-3 Cost. il fondamento del principio di *fraternité*²⁰, il *Conseil* afferma che dal medesimo principio discende la libertà di aiutare il prossimo, per finalità umanitarie, a prescindere dalla regolarità della sua presenza sul territorio nazionale²¹. Subito dopo, peraltro, i giudici precisano che nessuna norma attribuisce agli stranieri il diritto assoluto di entrare e soggiornare in Francia, tenuto anche conto che la lotta all'immigrazione irregolare contribuisce alla tutela dell'ordine pubblico, avente a sua volta rango costituzionale. Sulla base di tali premesse, il *Conseil* imposta lo scrutinio di legittimità chiedendosi se il legislatore, nel delimitare l'ambito di applicazione dell'esimente nel senso anzidetto, abbia effettuato un ragionevole temperamento («*une conciliation équilibrée*») tra il principio di *fraternité* e la tutela dell'ordine pubblico.

Con riferimento al primo profilo di denunciato contrasto, i giudici censurano l'art. L 622-4 nella parte in cui limita il proprio ambito di applicazione al *solo aiuto alla permanenza* sul territorio. Secondo la Corte, infatti, nell'escludere l'applicabilità dell'esimente alle condotte che consistono nell'aiuto alla *circolazione* sul territorio, il legislatore non ha individuato un giusto equilibrio tra le due esigenze poc'anzi ricordate, tenuto conto che l'aiuto alla circolazione, a differenza dell'aiuto all'*ingresso* e in maniera analoga all'aiuto alla *permanenza*, non implica la creazione di una nuova situazione di illiceità. Al fine di evitare, peraltro, che la rimozione delle parole "aiuto al soggiorno" dall'art. 622-4 produca testualmente l'estensione dell'esimente anche alle ipotesi di aiuto all'ingresso, risultato che la Corte definisce «*manifestamente eccessivo*», gli effetti della pronuncia vengono posticipati al 1° dicembre 2018, così concedendo tempo al legi-

appello a due mesi di reclusione (pena sospesa) per favoreggiamento della circolazione e del soggiorno irregolare, per avere trasportato e ospitato nella propria abitazione tre persone di nazionalità eritrea (*Court d'Appel d'Aix en Provence*, 11 settembre 2017, in www.gisti.org).

²⁰ Si riporta il sintetico passaggio: «7. *Aux termes de l'article 2 de la Constitution: "La devise de la République est 'Liberté, Égalité, Fraternité'". La Constitution se réfère également, dans son préambule et dans son article 72-3, à l'"idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité". Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle*». Per approfondimenti sul punto, v. G. TUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel et le "délit de solidarité"*, cit., par. II.

²¹ «8. *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 nationaux*».

slatore per modificare le legge in senso conforme al *dictum* dei giudici costituzionali²².

Con riferimento al secondo profilo, ossia l'esclusione della responsabilità per le sole condotte altruistiche specificamente elencate al numero 3 della disposizione censurata, il *Conseil* risponde con una statuizione interpretativa di rigetto, osservando che, per non contrastare con il principio di *fraternité*, la disposizione in parola deve essere interpretata come applicabile anche a tutte le altre condotte realizzate con finalità umanitaria²³. In sostanza, l'elenco delle condotte viene considerato meramente esemplificativo, anziché, come pacificamente ritenuto fino a quel momento, tassativo.

Con legge 10 settembre 2018, il legislatore francese ha modificato l'art. L 622-4 *CESEDA* in conformità alle indicazioni della pronuncia²⁴: da un lato, l'aiuto alla circolazione è stato affiancato all'aiuto della permanenza nel novero delle condotte giustificate a fronte di accertata finalità solidale, con esclusione dell'aiuto all'ingresso irregolare; dall'altro lato, il numero 3 è stato riformulato in termini più estesi, facendo espresso riferimento all'assistenza di carattere giuridico, linguistico o sociale, nonché ad ogni altro aiuto di carattere esclusivamente umanitario, purché, in ogni caso, realizzati senza corrispettivo diretto o indiretto.

²² «23. [...] *l'abrogation immédiate 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. Elle entraînerait des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 1er décembre 2018 la date de l'abrogation des dispositions contestées.*»

²³ «14. [...] *Toutefois, ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire. 15. Il résulte de ce qui précède que, sous la réserve énoncée au paragraphe précédent, le législateur n'a pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de fraternité par le 3° de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile doit donc être écarté.*»

²⁴ Si riporta il testo vigente, con le modifiche in tondo: «[...] *ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger lorsqu'elle est le fait: 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et soeurs de l'étranger ou de leur conjoint; 2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et soeurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui; 3° De toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire.*»

La vicenda giudiziaria si è conclusa nel 2021 con l'assoluzione in via definitiva di Cédric Herrou da tutti i capi di imputazione²⁵.

4. *La sentenza della Corte costituzionale italiana sulla proporzionalità delle pene per alcune ipotesi di favoreggiamento aggravato (caso E.K., sent. n. 63/2022).*

Il 27 agosto 2019 la signora E.K., di origine congolese, giungeva all'aeroporto di Bologna con un volo proveniente da Casablanca insieme a due minorenni che riferiva essere la figlia e la nipote. Al varco di frontiera la donna esibiva, sia per sé che per le minori, passaporti senegalesi di cui le autorità rilevavano immediatamente la falsità. E.K. veniva pertanto arrestata in flagranza di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, aggravato dall'utilizzo di un servizio di trasporto internazionale (l'aereo) e, appunto, di documenti contraffatti (art. 12, commi 1 e 3, lett. *d*), seconda parte, t.u. imm.).

Disposto nei confronti dell'imputata il giudizio immediato, alla prima udienza dibattimentale il Tribunale di Bologna, su istanza della difesa, sollevava questione di legittimità costituzionale delle due menzionate circostanze aggravanti, ravvisandone il contrasto con i principi di uguaglianza-ragionevolezza e di proporzionalità della pena²⁶.

Con la sent. n. 63/2022, la Corte costituzionale ha accolto le censure del rimettente e ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 12, comma 3, lett. *d*), t.u. imm., nella parte in cui prevede, quali circostanze aggravanti speciali del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, l'utilizzo di servizi internazionali di trasporto ovvero di documenti contraffatti o

²⁵ In applicazione dell'esimente novellata, la Cassazione ha annullato la condanna inflitta ad Herrou e ha rinviato la causa alla Corte d'Appello di Lione (*Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 12 dicembre 2018, n. 17-85736, in legifrance.gouv.fr). Quest'ultima, con sentenza del 13 maggio 2020 (disponibile in banca dati *Dalloz.fr*) lo ha assolto da tutte le imputazioni: quella di aiuto alla permanenza e alla circolazione, in forza della riformata esimente; quella di aiuto all'ingresso irregolare per insufficienza di prove relativamente agli elementi oggettivo e soggettivo del reato. Il successivo ricorso per cassazione proposto dalla Procura è stato dichiarato inammissibile con sentenza del 31 marzo 2021 e conseguente chiusura definitiva del caso.

²⁶ Trib. Bologna, ordinanza del 1° dicembre 2020, in *Sist. pen.*, 7 dicembre 2020. Le ulteriori censure prospettate dalla difesa, aventi ad oggetto la cornice edittale della stessa fattispecie incriminatrice nonché la c.d. scriminante umanitaria di cui all'art. 12, comma 2, sono state dichiarate in parte irrilevanti e in parte manifestamente fondate.

alterati o comunque illegalmente ottenuti²⁷. I giudici delle leggi hanno infatti ritenuto che il significativo inasprimento della cornice edittale ricollegato a tali ipotesi – all'epoca (ossia prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 20/2023, c.d. “decreto Cutro”) pari al quintuplo della pena detentiva minima e al triplo di quella massima previste per la fattispecie base di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm. – fosse contrario al principio di proporzionalità della pena, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

In via preliminare la sentenza richiama sinteticamente la propria giurisprudenza in materia proporzionalità della pena, ribadendo che il relativo sindacato di legittimità può essere effettuato sia alla luce delle pene previste per altre figure di reato, secondo il modello del *tertium comparationis*; sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato. La manifesta sproporzione, chiarisce la Corte, sussiste in particolare ogniqualvolta il legislatore preveda una forbice edittale la cui misura *minima* risulti eccessivamente elevata, vincolando così il giudice a commisurare pene non proporzionate al disvalore delle condotte tipiche di minore gravità.

Avvicinandosi al nocciolo delle censure, i giudici della Consulta evidenziano, anzitutto, che «l'intera gamma delle ipotesi delittuose descritte dall'art. 12 t.u. immigrazione ha quale comune oggetto di tutela l'ordinata gestione dei flussi migratori», ossia un interesse che – soggiunge la Corte citando il proprio precedente relativo al c.d. reato di clandestinità (sent. n. 250/2010) – può considerarsi «bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici ‘finali’, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata [...] quali, in particolare, gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica»²⁸. Si tratta di un interesse alla cui tutela il legislatore italiano dedica, in adempimento dei richiamati obblighi sovranazionali, la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 12 t.u. imm., che reprime gli atti diretti a procurare ingressi irregolari con la reclusione da uno a cinque anni.

Un trattamento sanzionatorio assai più severo è invece previsto dai successivi commi 3, 3-bis e 3-ter dell'art. 12, i cui aumenti di pena – osserva la Corte – «si ricollegano chiaramente, nella prospettiva del legisla-

²⁷ Corte cost., 8 febbraio 2022, n. 63, Pres. Amato, Red. Viganò. Per i commenti alla pronuncia, v. *supra*, cap. II, par. 4.2, nt. 174.

²⁸ Cons. in dir., n. 4.2.

tore, alla dimensione plurioffensiva delle ipotesi ivi contemplate, il cui orizzonte di tutela trascende di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori». In particolare – aggiunge la Consulta richiamando un proprio precedente relativo al medesimo reato – le ipotesi aggravate «sono volte anzitutto, anche se non esclusivamente, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo (sentenza n. 142 del 2017)»²⁹. Quanto appena affermato trova agevolmente riscontro – prosegue la pronuncia – rispetto alla maggior parte delle ipotesi aggravate in parola, le stesse selezionando modalità della condotta, o altre caratteristiche del fatto, in grado di fornire ragionevoli giustificazioni al significativo scarto sanzionatorio rispetto all'ipotesi base: il riferimento è, in particolare, alle lett. b) e c) del comma 3, riguardanti, rispettivamente, l'esposizione dei migranti a pericolo per la vita o l'incolumità, ovvero la sottoposizione degli stessi a trattamenti inumani o degradanti; nonché alla lett. a) del comma 3-ter, avente ad oggetto condotte di sfruttamento lavorativo e sessuale confinanti con la tratta di persone.

Vi sono poi ulteriori ipotesi aggravate «che appaiono evocare, secondo le verosimili intenzioni del legislatore, scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti»³⁰, ossia quelle di cui al comma 3, lett. a) (fatto riguardante l'ingresso o la permanenza illegale di cinque o più persone), lett. d) prima parte (fatto commesso da tra o più persone in concorso), lett. e) (disponibilità di armi o materiali esplosivi da parte degli autori del fatto).

Le medesime conclusioni non possono tuttavia essere estese – osserva la Corte giungendo così ad uno dei passaggi chiave della motivazione – alle ipotesi aggravate oggetto di censura.

Non, anzitutto, a quella consistente nell'utilizzo di servizi internazionali di trasporto, che già sul piano dell'*an* non è in grado di evidenziare alcun surplus di disvalore rispetto alla fattispecie base, dal momento che «non offende alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello tutelato dal comma 1 (l'ordinata gestione dei flussi migratori), né rappresenta una modalità di condotta particolarmente insidiosa o tale da creare speciali difficoltà di accertamento alla polizia di frontiera»³¹. A tale riguardo viene respinto l'argomento dell'Avvocatura dello Stato secondo cui ai vettori internazionali di trasporto, per esigenze di speditezza, non potrebbero essere imposti lunghi e penetranti controlli, osservandosi

²⁹ Cons. in dir., n. 4.3. Sulla sent. n. 142/2017 v. anche *supra*, cap. II, par. 4.2, nt. 178.

³⁰ Cons. in dir., n. 4.3.

³¹ Cons. in dir., n. 4.4.1.

come, al contrario, chiunque si avvalga di tali servizi è sistematicamente sottoposto a siffatti controlli proprio in funzione preventiva di ingressi non autorizzati.

Nemmeno l'aggravante dell'utilizzo di documenti contraffatti appare, a giudizio della Corte, sorretta da una ragionevole giustificazione: sebbene infatti, contrariamente a quella poc'anzi esaminata, essa sia in grado di arricchire l'oggettività giuridica del reato base con l'offesa arrecata alla fede pubblica, nondimeno «*sugge ad ogni plausibile giustificazione [...] l'entità dello scarto tra la pena prevista per la fattispecie base e quella ora all'esame*»³². A tale riguardo la Corte evidenzia un'anomalia intrasistemica rispetto alle pene comminate per i delitti di falso, tanto quelli previsti dal codice penale, quanto quelli previsti dallo stesso testo unico immigrazione, che salvo eccezioni non oltrepassano, nel minimo, un anno di reclusione. Si tratta, chiosa la Corte, di un ragionamento analogo a quello compiuto, *mutatis mutandis*, dalla sent. n. 236/2016, in materia di alterazione di stato civile del neonato (art. 567 c.p.), che aveva giudicato illegittima la cornice edittale della reclusione da cinque a quindici anni prevista dall'art. 567, comma 2 per l'alterazione di stato del neonato *mediante falsità documentali*, ritenendo manifestamente irragionevole l'incremento sanzionatorio rispetto all'ipotesi di cui al comma 1, avente ad oggetto la *materiale sostituzione* del neonato, punita con la reclusione da tre a dieci anni.

Né, infine, la coerenza sanzionatoria potrebbe essere recuperata sostenendo che, a differenza della fattispecie base, strutturata come reato a consumazione anticipata, le ipotesi aggravate di cui al comma 3 presuppongano l'effettivo ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato (di tal ché il surplus di disvalore discenderebbe da un più approfondito grado di offesa al bene giuridico): trattasi – osserva la Corte – di argomento errato, avanzato dalla difesa erariale sulla base di un'isolata pronuncia di legittimità, senza tuttavia avvedersi che quest'ultima era stata successivamente sconfessata dalle Sezioni unite della Cassazione (sent. n. 40982/2018, *Mizanur*), le quali, a sostegno della natura a consumazione anticipata anche delle ipotesi di cui al comma 3, avevano fatto leva sull'inequivoco tenore letterale della disposizione, sul punto formulata in maniera identica al comma 1.

L'ultima parte della motivazione sviluppa considerazioni che la Corte porta a corroborazione di quanto già affermato³³. Si tratta di argomenti di ampio respiro, che valorizzano sul terreno della ragionevolezza

³² Cons. in dir., n. 4.4.2.

³³ Cons. in dir., n. 4.5.

za delle comminatorie edittali alcune fondamentali considerazioni in ordine ai «*tipi*» *criminologici*» suscettibili di essere attratti dall'ampia fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, nonché alla corrispondente posizione assunta dagli stranieri irregolari coinvolti. La sentenza infatti evidenzia come l'evoluzione della disciplina italiana sul contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare si sia caratterizzata per lo sforzo di differenziare, con sempre maggiore nettezza, il trattamento sanzionatorio di due distinte classi di condotte: «*da un lato, l'aiuto all'ingresso illegale nel territorio dello Stato compiuto in favore di singoli stranieri, per finalità in senso lato altruistiche; e dall'altro, l'attività posta in essere a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati nei confronti di un numero più o meno ampio di migranti destinati a essere trasportati illegalmente nel territorio dello Stato*». Del resto, quella che la stessa Consulta definisce «*l'evidente distinzione, sul piano criminologico, tra due fenomeni radicalmente diversi*», era già stata opportunamente valorizzata dalla pronuncia che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere prevista indistintamente per tutte le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (sent. n. 331/2011)³⁴. Ancora, la sentenza mette in luce come la distinzione criminologica in parola trovi riscontro nei rilevanti strumenti sovranazionali, ora sul piano dell'*an* dell'obbligo di incriminazione (così il Protocollo di Palermo, che impone agli Stati l'adozione di sanzioni penali per il solo favoreggiamento commesso a scopo di lucro), ora sul piano della *species* sanzionatoria (così il *Facilitators Package*, che, mediante l'art. 1, par. 3 della decisione quadro 2002/946/GAI, riserva l'obbligo di adottare severe sanzioni privative della libertà soltanto per le condotte riconducibili al traffico internazionali di migranti).

La distinzione tra trafficanti veri e propri e agevolatori occasionali per ragioni altruistiche – prosegue la Corte – si riflette sulla “fisionomia” della controparte negoziale del reato, ossia il soggetto straniero trasportato. Conviene anche qui riportare le cristalline parole della Corte: «*Rispetto al favoreggiamento “individuale”, o “altruistico”, ab-*

³⁴ In quell'occasione, infatti, la Consulta aveva censurato come irragionevole la sottoposizione alla medesima presunzione di situazioni eterogenee così compendiate: «*dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, rigidamente strutturato e dotato di ingenti mezzi, che specula abitualmente sulle condizioni di bisogno dei migranti, senza farsi scrupolo di esporli a pericolo di vita; all'illecito commesso una tantum da singoli individui o gruppi di individui, che agiscono per le più varie motivazioni, anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati, essendo il fine di profitto previsto dalla legge come mera circostanza aggravante*» (Cons. in dir., n. 4).

bracciato nella legge italiana dall'art. 12, comma 1, t.u. immigrazione, lo straniero il cui ingresso illecito viene facilitato compare quale soggetto nella sostanza 'beneficiario' della condotta illecita, i suoi interessi restando comunque estranei al fuoco della tutela apprestata dalla disposizione, tutta incentrata sul bene giuridico dell'ordinata gestione dei flussi migratori. Rispetto invece a svariate ipotesi aggravate previste dai commi 3, 3-bis e 3-ter, lo straniero assurge indubitabilmente a titolare degli altri beni giuridici di volta in volta tutelati, costituendo anzitutto la 'vittima' della condotta criminosa: esposta ora a pericolo per la propria vita o incolumità, ora a trattamenti inumani e degradanti, ora al rischio di essere avviata alla prostituzione o sfruttata in attività lavorative, e comunque – nel caso ordinario in cui la condotta sia compiuta con finalità di profitto – costretta a sborsare ingenti somme di denaro in cambio dell'aiuto a varcare le frontiere»³⁵.

All'interno di questo quadro, giudicato complessivamente coerente, la Corte ritiene che le due aggravanti censurate rappresentino altrettante note stonate. Infatti, a differenza delle altre ipotesi aggravate di cui ai commi 3, 3-bis e 3-ter dell'art. 12 t.u. imm., le ipotesi di cui alla lett. d), seconda parte, fotografano condotte che non sono in alcun modo in grado di riflettere situazioni nelle quali siano coinvolte organizzazioni dedite al traffico internazionale di migranti e/o nelle quali gli stranieri coinvolti siano *vittime* della condotta criminosa, con conseguente manifesta irragionevolezza della scelta legislativa di sottoporle al medesimo, e particolarmente severo, trattamento sanzionatorio. Quanto appena affermato, chiosa la Corte con una brevissima incursione sul piano del fatto, è emblematicamente esemplificato nel caso oggetto del procedimento *a quo*, che, come visto, riguarda una donna accusata di avere accompagnato in Italia la figlia e la nipote, entrambe minorenni. Né coglie nel segno, precisa ancora la Corte, l'argomento dell'Avvocatura dello Stato secondo cui il documento falso o illecitamente ottenuto deriva, secondo l'*id quod plerumque accidit*, proprio dalle organizzazioni criminali, ben potendo accadere che l'autore dell'illecito si sia rivolto occasionalmente alle stesse, senza tuttavia farne parte.

L'evidenziata sproporzione sanzionatoria non può essere superata – osserva infine la Corte³⁶ – valorizzando la possibilità che l'aggravante sia neutralizzata da circostanze attenuanti: sia perché la ricorrenza di queste ultime è soltanto eventuale, e *a fortiori* è eventuale il giudizio di equivalenza o di prevalenza delle stesse sulle aggravanti; sia perché la

³⁵ Cons. in dir., n. 4.5.

³⁶ Cons. in dir., n. 4.6.

funzione delle circostanze, incluse quelle generiche, è di adeguare la misura della pena al disvalore del fatto concreto, non certo di correggere la sproporzione dei minimi edittali comminati dal legislatore.

Il dispositivo della sentenza, in coerenza con le premesse di cui si è dato conto, dichiara l'illegittimità costituzionale delle circostanze aggravanti relative all'utilizzo di servizi internazionali di trasporto e documenti falsi o illegalmente ottenuti, le quali vengono pertanto espunte dall'elenco di aggravanti di cui all'art. 12, comma 3, t.u. imm.

5. *Uno sguardo oltreoceano: la sentenza della Supreme Court of Canada sul reato canadese di favoreggiamento dell'ingresso irregolare (caso Appulonappa, 2015).*

Il 17 ottobre 2009 una nave con a bordo settantasei persone di etnia tamil provenienti dallo Sri Lanka veniva intercettata dalle autorità canadesi nei pressi della Vancouver Island, in acque nazionali. Tutti i passeggeri dichiaravano di essere in fuga dal Paese d'origine in quanto, a seguito della guerra civile, le loro vite erano in pericolo. Per tale ragione, esprimevano la volontà di chiedere asilo. Gli stessi passeggeri dichiaravano di avere pagato somme comprese tra i 30 e i 40 mila dollari per essere trasportati dal luogo di imbarco (per alcuni in Indonesia, per altri in Thailandia) fino al Canada.

Le autorità canadesi ritenevano che il comandante e tre vertici dell'equipaggio (tra cui il sig. Francis A. Appulonappa) fossero le persone di fiducia dell'organizzazione criminale che aveva organizzato la tratta a scopo di lucro. Venivano perciò accusati di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare ai sensi della Sezione 117 dell'*IRPA (Immigration and Refugee Protection Act)*, che, all'epoca dei fatti³⁷, puniva con severe pene detentive il mero aiuto all'ingresso irregolare, anche quando prestato senza scopo di lucro e in forma non organizzata³⁸. Gli imputati

³⁷Nel 2012, quindi successivamente ai fatti in questione, la sezione 117 è stata modificata dal *Protecting Canada's Immigration System Act, S.C. 2012, c. 17, ss. 41(1) e 41(4)*. Pertanto, la disposizione sulla base della quale, come illustrato nel prosieguo del testo, i ricorrenti erano stati condannati in appello, non era più in vigore al momento del giudizio di costituzionalità.

³⁸La sezione 117(1) *IRPA* era rubricata «*Organizing entry into Canada*» e formulata come segue: «*No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required*

venivano assolti in primo grado, ma la decisione veniva riformata in appello³⁹.

Il caso giungeva, infine, dinanzi alla Corte Suprema, la quale, con una sentenza resa nel 2015, dichiarava l'illegittimità della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 117 *IRPA*, nella parte in cui non escludeva dal proprio ambito di applicazione l'aiuto umanitario offerto a stranieri irregolari, l'aiuto reciproco tra richiedenti asilo e l'assistenza tra familiari⁴⁰. La Corte, quindi, rinviava gli atti al giudice di merito per un nuovo giudizio, che si concludeva con l'assoluzione dei quattro accusati, le cui condotte venivano considerate una forma di aiuto reciproco tra richiedenti asilo⁴¹. Nel prosieguo verranno sinteticamente ripercorsi i passaggi chiave della motivazione resa dalla Corte Suprema a sostegno della dichiarazione di illegittimità del "favoreggiamento canadese".

Il primo test al quale la Corte sottopone la sezione 117 dell'*IRPA* riguarda l'eventuale eccedenza («*overbreadth*») del suo ambito applicativo rispetto alle finalità perseguite dalla disposizione medesima. Il parametro di riferimento è la sezione 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (incorporata nella Parte I della Costituzione canadese del 1982), disposizione che, tra l'altro, subordina la legittimità di ogni privazione della libertà personale alla sua conformità ai principi di "giustizia"⁴². Per consolidata giurisprudenza della stessa Corte Suprema, tale conformità difetta ogniqualvolta la norma sulla quale si fonda la privazione della libertà personale risulti esorbitante rispetto alla propria finalità (par. 26). L'accertamento del vizio richiede due sotto-passaggi: *i*)

by this act». Le successive sezioni 117(2) e (3) stabilivano le pene detentive e pecuniarie: fino a 2 anni e 100.000 dollari in caso di giudizio abbreviato (*summary conviction*); fino a 10 anni e 500.000 dollari in caso di prima condanna; fino a 14 anni e 1 milione di dollari per le condanne successive; fino all'ergastolo e 1 milione di dollari in caso di aiuto a 10 o più persone. La sezione 121(1)(c), rubricata «*Aggravating factors*» prevedeva che la finalità di profitto dovesse essere presa in considerazione nella commisurazione della pena.

³⁹ Per una sintesi dello svolgimento del processo si rinvia ai parr. da 10 a 16 della sentenza della Corte Suprema che ci si accinge ad esaminare.

⁴⁰ *Supreme Court of Canada, R. v. Appulonappa*, 27 novembre 2015 (2015 SCC 59). Per un commento, v. D. MOFFETTE, N. AKSIN, *Fighting Human Smuggling or Criminalising Refugees – Regimes of Justification in and around R. v. Appulonappa*, in *Canad. Jour. L. Soc.*, 2018, 21-40.

⁴¹ Come riportano D. MOFFETTE, N. AKSIN, *Fighting Human Smuggling or Criminalising Refugees*, cit., 29.

⁴² Si riporta la sezione 7 della Carta: «*Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice*».

l'individuazione della finalità della norma incriminatrice; *ii*) la verifica se la norma incriminatrice interferisce con la libertà personale in situazioni che non contribuiscono alla realizzazione della sua finalità.

Sotto il profilo *sub i*) la Corte rigetta la tesi sostenuta dallo Stato canadese secondo cui la finalità della sezione 117 *IRPA* sarebbe sanzionare qualsiasi forma di aiuto prestata all'ingresso di migranti senza documenti. Al contrario, i giudici ritengono che, malgrado la sua ampia formulazione, la norma incriminatrice debba considerarsi finalizzata alla sola repressione dello *smuggling of migrants* realizzato da organizzazioni criminali (par. 70). A tale conclusione la Corte perviene sulla base di un articolato percorso argomentativo, fondato su considerazioni di ordine sia storico che sistematico, per lo più strettamente ancorate a elementi peculiari dell'ordinamento canadese. Ai nostri fini, è significativo richiamare i passaggi in cui la Corte afferma che la ricostruzione in senso restrittivo della finalità della norma è coerente con gli obblighi internazionali assunti dal Canada attraverso l'adesione alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati, da un lato, e al Protocollo di Palermo sul traffico di migranti, dall'altro lato (parr. 41-44): la prima, infatti, vieta di applicare ai richiedenti asilo eventuali sanzioni previste per l'ingresso irregolare (art. 31, par. 1), divieto che deve essere esteso anche alle condotte di aiuto reciproco tra richiedenti asilo, tenuto conto che gli stessi spesso fuggono in gruppi e cooperano per raggiungere la destinazione; il secondo, a sua volta, persegue lo scopo di contrastare il traffico di migranti a scopo di lucro, facendo comunque salvi gli obblighi a carico dello Stato discendenti dal diritto internazionale umanitario e dai diritti umani (art. 19, par. 1), sicché sarebbe contrario al bilanciamento di interessi cristallizzato in tale strumento se le pene venissero estese all'assistenza umanitaria nonché all'aiuto reciproco tra rifugiati o all'aiuto tra famigliari⁴³.

Così ricostruita, in senso restrittivo, la finalità della sezione 117, la Corte passa ad affrontare il profilo *sub ii*), chiedendosi se la norma incriminatrice interferisca con la libertà personale in situazioni diverse dalla lotta al traffico di migranti realizzato da organizzazioni criminali. Ebbene, alla luce del tenore testuale della disposizione sotto scrutinio, che incrimina senza ulteriori precisazioni l'aiuto all'ingresso in Canada prestato a soggetti senza documenti, la Corte ha gioco facile nell'affermare che essa sia in grado di sanzionare anche condotte

⁴³ Si riporta il passaggio (par. 44): «*It would depart from the balance struck in the Smuggling Protocol to allow prosecution for mutual assistance among refugees, family support and reunification, and humanitarian aid*».

che nulla hanno a che vedere con la predetta finalità – segnatamente quelle, già menzionate, di aiuto umanitario, aiuto reciproco tra richiedenti asilo e tra famigliari – e che pertanto, rispetto ad esse, debba considerarsi esorbitante («*overbroad*») (parr. 71-73). Né varrebbe ad escludere tale conclusione l'argomento secondo cui l'effettiva repressione di condotte a sfondo solidaristico dipenderebbe pur sempre da una scelta discrezionale dell'*Attorney General*, il quale potrebbe negare l'autorizzazione all'avvio del procedimento penale tenuto appunto conto della diversa, e più ristretta, finalità perseguita dalla norma: posto infatti che il vizio discende dalla formulazione testuale della disposizione, sulla carta nulla impedisce che la pubblica accusa si orienti a favore dell'autorizzazione (par. 74).

Una volta stabilito che la norma incriminatrice è effettivamente «*overbroad*», e dunque incompatibile con la sezione 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, il secondo test effettuato dalla Corte consiste nel verificare se essa possa nondimeno considerarsi giustificata ai sensi della sezione 1 della Carta medesima. Tale disposizione, infatti, da un lato stabilisce che la Carta garantisce i diritti e le libertà in essa sanciti, inclusa la libertà personale; dall'altro fa salve le ragionevoli limitazioni che possono essere imposte a tali diritti e libertà, purché fondate su una legge a sua volta dotata di una dimostrabile giustificazione in una società libera e democratica⁴⁴.

Secondo la giurisprudenza della Corte, la legittimità delle limitazioni di cui alla sezione 1 soggiace a tre condizioni: *i*) l'esistenza di un obiettivo «*pressing and substantial*»; *ii*) una qualche forma di collegamento (non necessariamente una corrispondenza in senso stretto), tra tale obiettivo e il limite imposto al diritto fondamentale; *iii*) l'adeguatezza del sacrificio imposto al diritto fondamentale, sussistente quando si tratta del minimo sacrificio possibile («*minimal impairment*»). Nel caso di specie la Corte ritiene soddisfatte le prime due condizioni, considerato che almeno alcune applicazioni della norma incriminatrice sono coerenti con l'obiettivo, senz'altro urgente e reale, di contrastare il traffico di migranti; ma non la terza. Dai lavori parlamentari, infatti, emerge che l'ampia formulazione testuale è finalizzata ad evitare qualsivoglia lacuna di tutela, ricomprendendo nell'ambito applicativo della disposizione ogni forma di aiuto all'ingresso, in maniera incompatibile con il principio del minimo sacrificio possibile (par. 82).

⁴⁴ Si riporta il testo della disposizione: «*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*».

L'ultima parte della pronuncia è dedicata all'individuazione del rimedio adatto a correggere il riscontrato vizio di legittimità. Al riguardo la Corte osserva che la norma incriminatrice non deve essere considerata integralmente illegittima, bensì *non applicabile* («*not applicable*») alle tre categorie di condotte rispetto alle quali è risultata sproporzionata per eccesso, vale a dire – come già anticipato – l'aiuto umanitario agli stranieri senza documenti, l'aiuto reciproco tra richiedenti asilo e l'assistenza tra familiari⁴⁵.

SEZIONE II

L'ILLEGITTIMITÀ DEGLI OBBLIGHI DI INCRIMINAZIONE EUROPEI E DELLE NORME PENALI ITALIANE IN MATERIA DI FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO IRREGOLARE

6. *Il favoreggiamento dell'ingresso irregolare al vaglio del principio di proporzionalità.*

In questa seconda sezione del capitolo si tenterà di sottoporre la disciplina sul favoreggiamento dell'ingresso irregolare (europea e nazionale) ad un ideale test di proporzionalità, tanto sotto il profilo delle sottese scelte di criminalizzazione (v. *infra*, par. 7), quanto sotto il profilo dell'entità dell'apparato sanzionatorio (v. *infra*, par. 8). Rispetto ad entrambi i profili, le pronunce esaminate nella prima sezione del capitolo offriranno numerosi argomenti e spunti di riflessione utili allo sviluppo del discorso.

Oggetto di attenzione saranno sia, a monte, le disposizioni che compongono il *Facilitators Package*, vale a dire gli obblighi di incrimi-

⁴⁵ Si riporta il passaggio: «*The extent of the inconsistency that has been proven is the overbreadth of section 117 in relation to three categories of conduct: (1) humanitarian aid to undocumented entrants, (2) mutual aid amongst asylum-seekers, and (3) assistance to family entering without the required documents [...] I conclude that the preferable remedy is to read down section 117 as not applicable to persons who give humanitarian, mutual or family assistance*» (parr. 84-85).

nazione che da oltre vent'anni vincolano gli Stati membri nella previsione e implementazione di discipline penali nazionali per il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso irregolare; sia, a valle, la disciplina risultante dall'attuazione di tali obblighi di incriminazione, concentrando l'attenzione sulla fattispecie delittuosa italiana di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm., che come già visto riflette puntualmente le prescrizioni di Bruxelles.

Il parametro di legittimità al quale si farà riferimento, come accennato, è il principio di proporzionalità, inteso come limite di rango costituzionale e sovranazionale alla discrezionalità del legislatore penale, tanto in punto di scelta dei comportamenti da punire (o da non punire), quanto in punto di determinazione dell'entità delle relative pene edittali. Verranno in rilievo, in particolare, gli artt. 52(1) e 49(3) della Carta dei fondamentali dell'Unione europea, nonché il canone di proporzionalità ricavabile in via interpretativa dalla Costituzione italiana. Per quanto invece riguarda la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che come è noto non contempla un limite *generale* di proporzionalità allo *ius puniendi* nazionale, i diritti in essa contemplati, e la rilevante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, verranno richiamati, laddove pertinenti, come parametri utili all'interpretazione di corrispondenti previsioni costituzionali o europolitane.

Allo scopo di dotare la trattazione di maggiore concretezza, gli argomenti a sostegno della sproporzione nell'*an* e nel *quantum* saranno sviluppati tenendo conto della sede giurisdizionale dinanzi alla quale le censure di illegittimità potrebbero essere effettivamente presentate: la Corte di giustizia dell'Unione europea, la Corte costituzionale italiana, nonché il giudice comune con riguardo ai profili di illegittimità sanzionabili mediante disapplicazione delle norme nazionali.

7. La sproporzione delle scelte di criminalizzazione.

Obiettivo delle riflessioni che seguono è indagare la legittimità delle scelte di criminalizzazione sottese alla disciplina europea e nazionale per il contrasto al favoreggiamento dell'ingresso irregolare di stranieri. Al centro della riflessione, dunque, saranno posti i *limiti* – di rango, evidentemente, sovra-legale – che incontrano i legislatori nella determinazione di *quali condotte* possono essere punite, ossia nella *configurazione* degli obblighi di incriminazione (da parte del legislatore euro-

peo) e delle norme incriminatrici (da parte del legislatore nazionale)⁴⁶. Ragioni di ordine sia logico che giuridico suggeriscono di prendere le mosse dalla disciplina europea, per poi rivolgere lo sguardo a quella italiana (soffermandosi, rispetto a quest'ultima, dapprima sulla norma incriminatrice e poi sulla causa di giustificazione speciale che ne riduce l'ambito applicativo).

7.1. *Sproporzione delle scelte di criminalizzazione sottese al Facilitators Package al metro della Carta dei diritti fondamentali.*

Per agevolare la lettura, conviene preliminarmente ricordare quali sono i due pilastri fondamentali sui quali si regge il *Facilitators Package* (ossia la disciplina europea per il contrasto del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare dettata dalla direttiva 2002/90/CE e della collegata decisione quadro 2002/946/GAI⁴⁷): *i*) l'obbligo di prevedere sanzioni appropriate, di natura necessariamente penale, nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti uno straniero a entrare o transitare irregolarmente nel territorio di uno Stato membro, a prescindere dal buon esito dell'operazione⁴⁸ e, per quando maggiormente interessa in questa sede, anche in assenza di scopo di lucro⁴⁹; *ii*) la mera facoltà per gli Stati membri di escludere la responsabilità penale nei casi in cui l'aiuto all'ingresso o al transito irregolare persegua «*lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata*»⁵⁰.

Ebbene, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, siffatta disciplina si traduce in un'interferenza con alcuni dei diritti tutelati dal Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti: Carta o CDF), e lo fa senza rispettare i requisiti imposti dalla medesima Carta,

⁴⁶ Oggetto di indagine non saranno dunque i limiti di carattere "politico-criminale", che hanno come unico interlocutore il legislatore stesso; bensì i limiti "costituzionali", che interpellano anche i giudici delle leggi (nel nostro caso, principalmente la Corte costituzionale e la Corte di giustizia UE): per questa fondamentale distinzione tra le due categorie di limiti, v. per tutti N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 24-32.

⁴⁷ Per una più dettagliata analisi di tali strumenti, v. *supra*, cap. I, par. 3.2.

⁴⁸ Giova ricordare che l'art. 2, lett. c) della direttiva 2002/90/CE prevede espressamente l'obbligo di sanzionare anche il tentativo.

⁴⁹ Come si ricorderà, infatti, l'art. 1, par. 1 della direttiva 2002/90/CE, definisce «comportamenti illeciti» l'aiuto all'*ingresso* irregolare o al *transito* irregolare, *in quanto tali* (lett. a); l'aiuto al *soggiorno* irregolare quando realizzato «a scopo di lucro» (lett. b).

⁵⁰ Direttiva 2002/90/CE, art. 1, par. 2.

all'art. 52, par. 1, per la limitazione dei diritti e delle libertà in essa previsti⁵¹.

7.1.1. *I diritti fondamentali incisi dagli obblighi di incriminazione.*

Imprescindibile punto di partenza è la constatazione che gli obblighi di incriminazione in esame determinano, mediante le norme nazionali che ne costituiscono attuazione, un'interferenza con alcuni diritti fondamentali sanciti dalla Carta.

Si tratta, anzitutto, dei diritti facenti capo ai soggetti autori del reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, ossia la reputazione personale, già incisa non appena si diffonde la notizia dell'avvio di indagini, quale espressione del diritto alla vita privata (art. 7 CDF)⁵²; la libertà personale, incisa dall'eventuale applicazione di pene detentive e, prima ancora, di eventuali misure cautelari o pre-cautelari (art. 6 CDF); il patrimonio, espressione del diritto alla proprietà privata (art. 17 CDF), anch'esso colpito sin dal compimento di atti per i quali l'accusato è chiamato a nominare un difensore, e poi ulteriormente inciso da eventuali sanzioni pecuniarie⁵³.

In secondo luogo, non si può trascurare che gli obblighi di incriminazione in questione raggiungono anche un secondo fascio di diritti fondamentali, quelli cioè facenti capo ai migranti che si avvalgono dell'aiuto prestato dal reo. Il punto è delicato e merita particolare attenzione.

⁵¹Per effetto del Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE) e pertanto costituisce parametro di valutazione della legittimità sia degli atti normativi degli Stati membri, sia degli atti di diritto derivato dell'Unione, incluse direttive e decisioni quadro. Per un recente sguardo d'insieme sulle principali questioni che circondano l'interpretazione e l'applicazione della Carta, v. C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Giappichelli, 2022.

⁵²Il diritto all'onore e alla reputazione sono pacificamente ricavabili dal diritto alla vita privata in base a un consolidato filone della giurisprudenza di Strasburgo (cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., il Mulino, 2019, 279); giurisprudenza i cui approdi, come è noto, sono rilevanti anche per l'interpretazione dei corrispondenti diritti di cui alla CDF, ai sensi dell'art. 52, par. 3 della Carta stessa.

⁵³Cfr. T. LOCK, *Article 17 CFR*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford University Press, 2019, 2150: il concetto di «proprietà» di cui all'art. 17 CDF deve essere inteso in senso estensivo, in un'accezione sostanzialmente coincidente con il patrimonio; è inoltre pacifico che le sanzioni pecuniarie rappresentino un'interferenza con il godimento di tale diritto (*ibidem*, 2151).

In termini generali, quando ci si riferisce al ventaglio dei possibili diritti fondamentali incisi dalla sanzione penale, vengono in rilievo anche i *diritti fondamentali facenti capo a soggetti terzi* che, dalla minaccia della sanzione penale in capo ai potenziali autori del reato, potrebbero trarre indiretto nocumento. Lo strumento concettuale che consente di valorizzare tali diritti – e di incorporarli, come vedremo nel prosieguo, all'interno del sindacato sulla proporzionalità delle scelte di criminalizzazione – è rappresentato dalla teoria del *chilling effect* (letteralmente, effetto di congelamento). Si tratta di una dottrina elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti e già in uso da parte di alcune istanze superiori europee, come la Corte costituzionale tedesca, la Corte di Strasburgo, nonché, sebbene ancora marginalmente, la Corte costituzionale italiana⁵⁴. In estrema sintesi, l'espressione *chilling effect* viene utilizzata per indicare l'effetto di *deterrenza* che la minaccia della sanzione penale può in taluni casi esplicare rispetto allo svolgimento di attività che, a loro volta, sono riconducibili all'esercizio di un diritto fondamentale, o sono funzionali alla tutela di un diritto fondamentale altrui. Tale effetto di "*overdeterrence*", pur essendo di regola non voluto dal legislatore⁵⁵, è riconducibile alla formulazione stessa della norma incriminatrice, ed è caratteristico di figure di illecito eccessivamente ampie e/o indeterminate nel loro spettro applicativo⁵⁶. Nella prassi, le manifestazioni del *chilling effect* sono numerose e non è questa la sede per passarle in rassegna⁵⁷: a titolo esemplificativo possono citarsi l'effetto inibitore che le

⁵⁴Per un'approfondita analisi della teoria del *chilling effect*, completa di riferimenti comparatistici, v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 251-317. Nella giurisprudenza costituzionale, la logica sottesa alla teoria in parola ha trovato applicazione nella sent. n. 150/2021, che ha dichiarato illegittima l'aggravante prevista dall'art. 13 della legge n. 47/1948 per le condotte di diffamazione a mezzo stampa consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato: i giudici delle leggi, infatti, hanno ritenuto – richiamando i principi consolidati nella giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 10 Cedu, più dettagliatamente ricostruita, con riferimenti espliciti alla categoria del «*chilling effect*», nell'ordinanza di incostituzionalità c.d. "prospettata" n. 132/2020 – che la minaccia di una pena privativa della libertà personale (segnatamente la reclusione da uno a sei anni) fosse «*incompatibile con l'esigenza di non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri*» (cons. in dir., n. 4.2).

⁵⁵Fatta eccezione per i casi patologici in cui il legislatore intenda "governare mediante l'incertezza", fenomeno sul quale v. F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1198 s., che a tal proposito parla di «*prevenzione generale tramite l'incertezza, come produzione di disorientamento nella collettività*».

⁵⁶N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 253-256.

⁵⁷Per un'ampia rassegna, dalla quale sono attinti i due esempi riportati nel prosieguo del testo, v. ancora N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 264 ss.

norme incriminatrici della diffamazione, laddove costruite in maniera troppo ampia o indeterminata, possono determinare sull'esercizio dell'attività giornalistica, colpendo così il diritto alla libertà di espressione tanto della categoria dei giornalisti, quanto, *sub specie* di diritto ad essere informati, della generalità dei consociati; oppure l'effetto paralizzante che le norme incriminatrici sul riciclaggio, anche qui laddove costruite in maniera eccessivamente estesa, possono determinare sull'esercizio dell'attività forense, segnatamente al momento dell'accettazione del mandato, rispetto alla percezione di onorari da parte di soggetti dediti ad attività delittuose, con conseguente lesione sia del diritto dell'avvocato ad esercitare la professione, sia del diritto di difesa del cliente.

Tornando alla materia che ci occupa, pare difficilmente dubitabile che, proprio in ragione dell'estrema latitudine delle condotte oggetto di obbligo di incriminazione, accompagnata dalla mera facoltà di prevedere una scriminante umanitaria, il *Facilitators Package* finisca per imporre agli Stati membri l'adozione di norme penali suscettibili di dispiegare un effetto deterrente talmente ampio da investire anche lo svolgimento di attività funzionali alla tutela di diritti fondamentali dei migranti che si affacciano alle frontiere europee: si pensi ai diritti alla vita e all'integrità fisica (artt. 2 e 3 CDF), minacciati dalla progressiva contrazione delle attività di soccorso in mare o in altri contesti pericolosi⁵⁸; al diritto di richiedere asilo (art. 18 CDF), depotenziato dalla repressione delle attività di assistenza ai rifugiati⁵⁹, con conseguente au-

⁵⁸ Tale rischio è stato evidenziato, proprio con riguardo all'eccessiva ampiezza dell'obbligo di incriminazione di cui al *Facilitators Package*, da S. CARRERA, L. VOSYLUTE, S. SMIALOWSKI, J. ALLSOP, G. SANCHEZ, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 update, Study requested by the PETI Committee* (Parlamento europeo), spec. p. 93 e *passim*. Con specifico riferimento al contesto dei soccorsi in mare, v. la Raccomandazione del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa *Vite salvate. Diritti protetti. Colmare le lacune in materia di protezione dei rifugiati e migranti nel Mediterraneo*, giugno 2019, pp. 38-40, dove vengono posti in relazione i procedimenti penali nei confronti delle ONG ed il vuoto di tutela che si viene periodicamente a creare nel mare Mediterraneo. Nella dottrina italiana, paventano il rischio di *chilling effect* di condotte umanitarie e operazioni di soccorso, come riflesso dell'eccessiva ampiezza delle norme penali per il contrasto al favoreggiamento dell'ingresso irregolare, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 300-303; L. MASERA, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *Leg. pen.*, 22 aprile 2022, 18-20.

⁵⁹ Cfr. J.C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, in *Vir. Jour. Int. L.*, 2008, 6 e 35 ss., dove, muovendo dalla premessa che il richiedente asilo non ha di regola un visto d'ingresso in tasca, e dunque ha bisogno di aiuto per attraversare illegalmente le frontiere che lo separano dalla salvezza, si pongono in relazione gli eccessi repressivi di *smuggling* e *trafficking* con il rischio di uno svuotamento del diritto fondamentale a ri-

mento del rischio che le persone in cerca di protezione diventino vittime di tratta, subendo così ulteriori violazioni dei diritti fondamentali⁶⁰; nonché al diritto alla vita privata e familiare (art. 7 CDF), inciso dalla criminalizzazione di coloro che agiscono con il solo obiettivo di favorire l'ingresso irregolare dei propri congiunti.

Giova infine sottolineare che, tanto ai diritti fondamentali facenti capo agli autori del favoreggiamento dell'ingresso irregolare, quanto a quelli facenti capo ai migranti, deve essere riconosciuto, per effetto dell'art. 52(3) della Carta, il contenuto minimo loro assicurato dalle corrispondenti disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei suoi protocolli, come interpretate da parte dalla giurisprudenza di Strasburgo⁶¹.

7.1.2. *L'illegittimità dell'interferenza al metro dell'art. 52(1) CDF.*

La circostanza che il *Facilitators Package* interferisca con il godimento di una serie di diritti fondamentali sanciti dalla Carta non significa

chiedere asilo. Nello stesso senso, A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press, 2014, 360: «*asylum-seekers and refugees are frequently required to use the services of smugglers to flee persecution, serious human rights violations, and conflict*». Un esempio storico, particolarmente efficace per toccare con mano il problema in esame, è quello, già illustrato in precedenza (v. *supra*, cap. IV, par. 7; nonché *infra*, cap. VI, par. 1), relativo ai cittadini danesi, soprattutto pescatori, che durante il secondo conflitto mondiale aiutarono numerosi ebrei a fuggire in Svezia, evidentemente ponendo in essere condotte formalmente illegali ed esponendosi al pericolo di gravi sanzioni. Per ulteriori riferimenti a esperienze più o meno recenti di “*fair smuggling*” nei confronti di richiedenti asilo, v. cap. I, par. 6.6. Come già illustrato (v. *supra*, cap. III, par. 4), in Italia non sono mancati i procedimenti e le condanne per condotte consiste nell'aiutare richiedenti asilo ad entrare nel territorio nazionale.

⁶⁰ La particolare esposizione dei richiedenti asilo al rischio di tratta è stata recentemente evidenziata, con riferimento alla popolazione in fuga dalla guerra in Ucraina, dall'agenzia europea Frontex (Risk Analysis for 2022/2023, 37): «*The unprecedented flow of people at the Eastern land borders, fleeing from the war in Ukraine, is presenting opportunities for trafficking networks for luring vulnerable people into prostitution or exploiting them in poor work conditions. The exceptional humanitarian crisis and difficulties to independently sustain their living expose many female refugees and children to trafficking*».

⁶¹ Sul punto v. per tutti F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2019, 485, il quale sul punto soggiunge: «*Penetrando [...] nella Carta attraverso la finestra dell'art. 52 (3), l'acquis convenzionale acquista la peculiare forza giuridica caratteristica del diritto dell'Unione, ed in particolare il suo carattere di primazia – nell'ormai vastissimo ambito di applicazione del diritto dell'Unione – rispetto al diritto nazionale degli Stati membri; con conseguente idoneità a determinare, in capo a tutti i giudici nazionali, l'obbligo di disapplicare le norme interne con esso contrastanti, senza necessità di alcun passaggio avanti alla Corte costituzionale, secondo i notissimi principi della giurisprudenza Simmenthal [...]*».

necessariamente che tale interferenza sia da considerarsi *illegittima*. Invero, fatta eccezione per i diritti tutelati in maniera assoluta (come quello a non subire torture), la Carta consente agli Stati di introdurre limitazioni al godimento dei diritti fondamentali, in funzione di tutela di contro-interessi meritevoli, disciplinando al contempo i presupposti di tali limitazioni, ora all'interno delle stesse disposizioni che contemplano i singoli diritti, ora, in via generale, nell'art. 52, par. 1. È proprio quest'ultima disposizione ad offrire, secondo la prospettiva qui adottata, la base giuridica sulla quale si fonda l'illegittimità delle disposizioni oggetto d'esame⁶².

L'art. 52(1) subordina la legittimità di limitazioni all'esercizio dei diritti e della libertà riconosciuti dalla Carta al triplice requisito della previsione di legge, della preservazione del «contenuto essenziale» del diritto o della libertà in questione, nonché al «rispetto del principio di proporzionalità». *Nulla quaestio* sui primi due requisiti, posto che il *Facilitators Package* costituisce esso stesso una previsione di legge, e considerato che dalla sua attuazione non consegue un sacrificio totale dei diritti fondamentali sopra evidenziati, bensì una loro, pur rilevante, compressione. È invece sul rispetto del principio di proporzionalità che occorre concentrare l'attenzione.

Per consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, recepita dai codificatori della Carta, il test di proporzionalità delle norme limitatrici di diritti fondamentali si articola, a sua volta, nella quadruplica verifica avente ad oggetto: *i*) la legittimità dell'obiettivo perseguito dal legislatore mediante la normativa in questione; *ii*) l'idoneità della disciplina stessa a raggiungere l'obiettivo prefissato; *iii*) la necessità, intesa come adozione della misura meno afflittiva a parità di efficacia; nonché, infine, *iv*) la proporzionalità in senso stretto, intesa come ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco⁶³.

⁶² Per uno sguardo d'insieme sull'art. 52 CDF e sulla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia, v. S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, 2021, 1611-1673. Per un'impostazione almeno parzialmente diversa rispetto a quella qui adottata, che sembrerebbe ricondurre il limite della proporzionalità delle scelte di criminalizzazione (anche) all'art. 49(3) CDF, da leggersi, comunque, in combinato disposto con l'art. 52(1) CDF, v. V. MITSILEGAS, E. BILLIS, *Art. 49*, *ivi*, 1498-1501.

⁶³ Per la declinazione del test di proporzionalità nelle quattro indicate verifiche, anche senza menzionare esplicitamente l'art. 52(1), cfr., *ex multis*, Corte giust. UE, grande sezione, 22 gennaio 2013, C-283/11, Sky Österreich GmbH, par. 50: «il principio di proporzionalità esige, secondo costante giurisprudenza della Corte, che gli atti delle istituzioni dell'Unione non superino i limiti di quanto è opportuno e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta

Con riferimento alla materia che qui ci occupa, occorre dunque *in primis* interrogarsi in merito all'obiettivo perseguito dal legislatore europeo mediante l'adozione del *Facilitators Package* ed alla legittimità dello stesso. Posto che, sul punto, sono prospettabili due diverse risposte, l'intero test di proporzionalità, articolato nelle sue quattro sotto-verifiche, verrà svolto separatamente rispetto a ciascuna di esse.

a) *Il test di proporzionalità declinato sul Facilitators Package, inteso come disciplina finalizzata al contrasto allo smuggling of migrants.*

In base ad una lettura restrittiva, il Pacchetto sul favoreggiamento dovrebbe considerarsi finalizzato al contrasto del solo *smuggling of migrants*, ossia il traffico di migranti inteso come attività criminale organizzata. In tal senso depongono: in primo luogo, l'inquadramento della disciplina ivi racchiusa come adempimento degli obblighi assunti dall'UE mediante l'adesione al Protocollo di Palermo (strumento che, come visto nel primo capitolo, è sulla carta finalizzato al contrasto dello *smuggling of migrants* in senso stretto); in secondo luogo, un'esplicita presa di posizione, sul punto, da parte della Comunicazione della Commissione europea recante linee guida per l'attuazione del *Facilitators Package*⁶⁴; in terzo e ultimo luogo, l'osservazione, formulata in pas-

tra più misure idonee, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti; nello stesso senso, più di recente, Corte giust. UE, sez. X, 22 marzo 2017, cause riunite C-497/15 e C-498/15 Euro-Team Kft., par. 40; sez. V, 19 ottobre 2016, C-501/14, EL-EM-2001 Ltd, par. 39. Per l'inquadramento delle quattro verifiche nell'art. 52(1) CDF, v. T. LOCK, *Article 52 CFR*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, cit., 2250. Per l'applicazione del test di «*prospective proportionality*» alle scelte di criminalizzazione, v. R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law*, cit., 34 s., il quale propende per un test tripartito, ma semplicemente perché accorpa la verifica *sub i*) nella proporzionalità in senso stretto. Nello stesso senso v. il test tripartito di Alexy, da ultimo illustrato in R. ALEXY, *Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation*, in J. SIECKMANN (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights. Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Springer, 2021, 2. Per un approfondito esame delle caratteristiche del giudizio di proporzionalità in senso stretto (c.d. *proportionality in the narrow sense* o *stricto sensu*), considerato il momento decisivo del giudizio di proporzionalità, v. R. POSCHER, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, in E. BILLIS, N. KNUST, J. PETER RUI (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, cit., 58-68.

⁶⁴ Commissione europea, *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* (2020/C 323/01). L'«*obiettivo principale*» della disciplina europea è descritto nei seguenti termini dall'*incipit* della Comunicazione: «*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*». Per un commento alla Comunicazione, v. A.

sato dalla stessa Commissione, secondo cui la *ratio* della scelta di non prevedere lo scopo di lucro tra gli elementi costitutivi del reato è da rinvenirsi (non già nell'intento di colpire qualunque forma di agevolazione, incluse quelle a titolo gratuito, bensì) nella difficoltà che avrebbero riscontrato le autorità inquirenti nazionali nel tracciare i flussi di denaro all'interno, appunto, dei *network* internazionali del traffico⁶⁵.

Ora, se la lotta allo *smuggling of migrants* rappresenta davvero l'obiettivo sotteso al Pacchetto, non vi è dubbio che si tratti di un obiettivo *legittimo* (prima verifica), il contrasto a tale forma di criminalità rientrando tra gli obiettivi dell'UE, anche nell'ambito di specifici accordi di cooperazione internazionale. Tutto sommato si può anche affermare che la scelta politico-criminale di obbligare gli Stati membri a punire qualunque forma di favoreggiamento risulti *idonea* a realizzarlo (seconda verifica); sebbene siffatto approccio "*catch-all*" possa a ben vedere comportare una dispersione di risorse tale da rendere meno efficace, in ultima analisi, la repressione delle condotte più gravi⁶⁶.

A conclusioni senza dubbio negative si perviene, invece, con riguardo al profilo della *necessità* di un obbligo di incriminazione dai contorni così estesi (terza verifica). Il legislatore europeo finisce infatti per ricomprendere nello spettro applicativo della sanzione anche condotte che, in quanto animate da finalità altruistiche, umanitarie o comunque disinteressate, non hanno evidentemente nulla a che vedere con quelle che intende reprimere, presentando come unico disvalore il contributo causale alla violazione della disciplina amministrativa sull'accesso al territorio e sulla circolazione al suo interno. Ciò si traduce in una interferenza ingiustificata – perché va oltre a ciò che è strettamente funzionale al contrasto delle organizzazioni criminali – con i diritti fondamentali facenti capo ai soggetti accusati di favoreggiamento, ossia, come già visto, il diritto all'onore e alla reputazione personale, il diritto alla libertà personale e il diritto al patrimonio. Il ragionamento appare sovrapp-

MARLETTA, *The Commission 'Guidance' on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 ottobre 2020. Peraltro, come si vedrà nel prosieguo (v. *infra*, lett. *b*), un successivo passaggio del medesimo documento attribuisce al *Facilitators Package* una finalità più estesa.

⁶⁵ Commissione europea, *REFIT Evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: The Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA)*, SWD (2017) 117 final, pp. 8-9.

⁶⁶ Per la collocazione del giudizio sull'efficacia di una norma nell'ambito della verifica sulla sua "idoneità" a perseguire lo scopo avuto di mira, v. R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law*, cit., 41. Sull'inefficacia delle discipline anti-*smuggling* come conseguenza dell'eccessiva ampiezza del loro ambito di applicazione, v. anche *infra*, cap. VI, par. 2.1.

ponibile a quello seguito dalla Corte Suprema canadese nella sentenza *Appulonappa*: il vizio della disciplina discende infatti dal suo imporre sacrifici eccessivi, in termini di compressione dei diritti fondamentali degli autori delle condotte illecite, rispetto agli obiettivi perseguiti.

Né potrebbe ritenersi che tali censure siano superabili alla luce delle già ricordate osservazioni svolte dalla Commissione europea con riguardo alle ragioni sottese alla mancata inclusione dello scopo di lucro tra gli elementi costitutivi dell'illecito. Secondo Bruxelles, aggiungendo tale elemento si sarebbe introdotto un ostacolo per le indagini, essendo spesso impossibile tracciare i flussi di denaro tra gli stranieri ed i trafficanti. Se così fosse, si potrebbe sostenere che il requisito della necessità risulta soddisfatto in quanto una diversa formulazione dell'obbligo di incriminazione, comprensiva dello scopo di lucro, non avrebbe consentito di dotare le agenzie di *law enforcement* di uno strumento repressivo altrettanto efficace. L'obiezione coglierebbe nel segno, se solo l'argomento della Commissione non risultasse – come invece risulta – doppiamente fallace: da un lato, infatti, la dimostrazione del dolo specifico di profitto non richiede necessariamente l'individuazione del flusso di denaro (ben potendo, l'intento, essere dimostrato *aliunde*, ad esempio mediante intercettazioni o testimonianze); dall'altro lato, la conduzione di indagini “*money-focused*”, cioè incentrate proprio sulla ricerca dei flussi di denaro, è stata indicata dal *United Nation Office on Drugs and Crime* come una delle tecniche più efficaci per colpire le più importanti organizzazioni dedite al traffico di esseri umani, mentre al contrario gli approcci basati sul contrasto dell'immigrazione irregolare (“*migration-focused*”) sono stati giudicati scarsamente idonei al perseguimento di tale scopo⁶⁷. Senza contare che la Commissione non affronta il tema, inscindibilmente connesso, del perché, se davvero la previsione del dolo specifico era inopportuna, il legislatore non l'abbia controbilanciata con l'*obbligo* (anziché con la mera facoltà) di introdurre una scriminante umanitaria sufficientemente estesa⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. il documento del *United Nation Office on Drugs and Crime* intitolato *The Concept of “Financial or Other Material Benefit”*, 2017, p. iii: «*Smuggling of migrants has become a very profitable business generating significant proceeds that can be disrupted by “following the money”, as for other forms of organized crime. [...] Migration-focused measures risk not fully addressing the challenges presented by migrant smuggling as a form of serious organized crime, to the potential benefit of criminals and to the detriment of migrants*». In senso analogo, benché con riferimento alla tratta di persone, F. LA CHIOMA, *Organizzazioni criminali transnazionali e traffico di migranti. L'esperienza nel Canale di Sicilia*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, 109.

⁶⁸ Tanto è vero che persino la dottrina (minoritaria) che condivide i timori manifestati dalla

b) *Il test di proporzionalità declinato sul Facilitators Package, inteso come disciplina finalizzata alla protezione delle frontiere da qualsiasi atto di agevolazione di ingressi irregolari.*

A conclusioni (parzialmente) diverse si perviene laddove si opti per una lettura estensiva della finalità perseguita dal *Facilitators Package*, ritenendo cioè che esso sia stato concepito come strumento di protezione delle frontiere da qualsiasi atto volto ad agevolare l'ingresso di stranieri privi di regolari documenti, anche se occasionale e disinteressato⁶⁹. In tal senso militano, in effetti, sia il tenore testuale di alcune disposizioni del Pacchetto (in particolare, come già ricordato, l'art. 1, par. 1, lett. a) della direttiva, laddove prescrive di reprimere l'aiuto all'ingresso irregolare *tout court*; nonché l'art. 1, par. 3 della decisione quadro, laddove contempla la contestuale presenza dello scopo di lucro e dell'esistenza di un'organizzazione criminale come mera circostanza aggravante); sia, inequivocabilmente, lo stesso preambolo della direttiva, che rileva la necessità di «*adottare misure volte a combattere l'attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tanto se correlata all'attraversamento illegale della frontiera in senso stretto quanto se perpetrata allo scopo di alimentare le reti di sfruttamento di esseri umani*» (considerando n. 2); sia, infine, un altro passaggio della già citata Comunicazione della Commissione UE recante le linee guida per l'attuazione del Pacchetto sul favoreggiamento⁷⁰.

Commissione UE rileva, al contempo, che l'omessa inclusione del fine di profitto dalla nozione di favoreggiamento dell'ingresso irregolare dovrebbe essere accompagnata dalla previsione dell'obbligo di adottare scriminanti umanitarie: così A. ALJEHANI, *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol*, in *Jour. Cr. L.*, n. 2, 2015, 136. Critico rispetto alle giustificazioni addotte dalla Commissione anche V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law*, in *N. Jour. Eur. Cr. L.*, n. 1, 2019, 79, il quale osserva come la Commissione abbia perso un'occasione per formulare tre utili proposte: allineare la nozione europea di «favoreggiamento dell'immigrazione irregolare» con quella di «traffico di migranti» del Protocollo di Palermo; «lisbonizzare» gli obblighi di incriminazione del favoreggiamento, mediante una nuova direttiva; depenalizzare le condotte di assistenza umanitaria.

⁶⁹ In questo senso, evidenziando la funzione essenzialmente *preventiva* di ingressi irregolari della normativa europea, 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"*, Hart, 2021, 29; sostiene che il *Facilitators Package* persegue una pluralità di obiettivi, tra loro non incompatibili ma, in virtù della loro eterogeneità, richiedenti misure di implementazione diverse, C.M. RICCI, *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the 'Facilitators' Package*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVUOLA (eds.), *Securitising Asylum Flows Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Brill, 2020, 41-43.

⁷⁰ Commissione europea, *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme*

Ora, se questa è la finalità perseguita, pare corretto concludere che il *Facilitators Package* superi positivamente non solo le prime due verifiche (la protezione delle frontiere rappresenta infatti un obiettivo *legittimo* dell'UE e l'incriminazione dell'assistenza agli ingressi irregolari è certamente *idonea* a perseguirlo); ma, a differenza di quanto visto in precedenza, anche la terza, dal momento che, proprio in considerazione del carattere onnicomprensivo dell'obiettivo perseguito, l'incriminazione di *qualunque* forma di assistenza all'ingresso costituisce una misura che non ne travalica gli scopi.

È tuttavia sul fronte della quarta ed ultima verifica che, se vediamo correttamente, la disciplina è comunque destinata ad essere raggiunta da censure difficilmente superabili. Il test di proporzionalità in senso stretto consiste nel verificare se il legislatore abbia operato un ragionevole bilanciamento tra gli interessi contrapposti in gioco, ossia, nel nostro caso, la tutela dell'integrità delle frontiere, da un lato; e i diritti fondamentali compressi dalla criminalizzazione "a tutto campo" dell'assistenza agli ingressi irregolari, dall'altro lato. Ebbene, su questo secondo piatto della bilancia è possibile collocare, avvalendosi della già illustrata teoria del *chilling effect*, anche alcuni diritti fondamentali facenti capo ai migranti irregolari che si affacciano alle frontiere europee, quali i diritti alla vita e all'integrità fisica, il diritto di richiedere asilo, nonché il diritto alla vita privata e familiare; ed è proprio rispetto a tali diritti che la sproporzione degli obblighi di incriminazione in esame risulta maggiormente evidente.

Cominciando dal diritto alla vita familiare, è pacifico il suo carattere di *limite* al potere degli Stati di regolare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri sul territorio⁷¹. Ciò evidentemente non significa che tale potere debba necessariamente affievolirsi al cospetto di qualsivoglia esigenza familiare. Il punto, però, è che né nel diritto di Strasburgo, né nel diritto dell'Unione europea, l'eventuale carattere irregolare della posizione migratoria di un soggetto determina *automaticamente* l'esclusione del diritto a ricongiungersi o a mantenere l'integrità del nucleo

dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, cit., p. 3: «L'obiettivo generale del pacchetto sul favoreggiamento è contribuire a contrastare sia la migrazione irregolare, sanzionando il favoreggiamento in relazione all'attraversamento illegale delle frontiere, sia le reti della criminalità organizzata che mettono in pericolo la vita dei migranti».

⁷¹ Per uno sguardo d'insieme, v. C. CORSI, *Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., 28-31; con specifico riferimento all'art. 8 Cedu, V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 301.

famigliare, a prescindere da un'attenta analisi di tutte le *circostanze concrete*⁷². Tale automatismo risulta invece sotteso al *Facilitators Package*, concepito per consentire agli Stati di colpire indistintamente ogni forma di assistenza all'ingresso irregolare, inclusa quella prestata a favore dei propri famigliari di ogni grado. È particolarmente significativo, a tale proposito, ricordare che, secondo i *Travaux Préparatoires* del Protocollo di Palermo, l'inserimento del «*financial or other material benefit*» nella nozione di *smuggling of migrants* aveva tra i suoi scopi anche quello di evitare la criminalizzazione dell'aiuto tra famigliari⁷³. Da questo angolo visuale, pertanto, la diversa scelta operata dal legislatore del Pacchetto europeo risulta del tutto sbilanciata a favore dell'impermeabilizzazione dei confini, con conseguente fallimento del test di proporzionalità in senso stretto.

A conclusioni sovrapponibili si perviene con riferimento all'ingiustificato sacrificio imposto al diritto di richiedere asilo, che parimenti rappresenta un limite – anzi, *il principale* limite – al potere degli Stati di non ammettere stranieri sul proprio territorio⁷⁴. Qui addirittura una

⁷² Con riferimento al diritto di Strasburgo, si veda, in particolare, la giurisprudenza della Corte europea che ricava dall'art. 8 della Convenzione l'obbligo negativo, a certe condizioni, di non rimuovere dal territorio stranieri irregolari che abbiano sullo stesso solidi legami famigliari (Corte Edu, grande camera, 18 ottobre 2006, *Üner c. Paesi Bassi*; sez. II, 31 gennaio 2006, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*); nonché l'obbligo positivo, anch'esso non generalizzato bensì soggetto alla ricorrenza di determinati presupposti, di garantire la riunificazione familiare tra stranieri residenti e non residenti sul territorio stesso (cfr. Corte Edu, grande camera, 9 luglio 2021, *M.A. c. Danimarca*). Appare inoltre significativo che, proprio rispetto a una vicenda di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, nella quale il ricorrente era stato condannato per avere facilitato l'ingresso e la permanenza in Francia del fidanzato marocchino della figlia, la Corte di Strasburgo abbia valutato, tra gli elementi che rendevano a suo giudizio proporzionata, e dunque legittima, la compressione dell'art. 8 Cedu, l'applicazione a favore del ricorrente dell'istituto della «*dispense de peine*» (art. 132-59 codice penale francese) in ragione della natura altruistica della sua condotta (Corte Edu, sez. V, 10 novembre 2011, *Mallab c. Francia*, § 40). Anche la legislazione europea in materia di libera circolazione e immigrazione è ispirata al temperamento tra la salvaguardia della famiglia e degli interessi dei minori, da un lato, e la tutela di contro-interessi quali l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la sanità pubblica e, naturalmente, l'integrità delle frontiere esterne (per un sintetico quadro d'insieme, v. ancora V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 304-307): si può menzionare, a titolo esemplificativo, l'art. 5 della direttiva 2008/115 (c.d. direttiva rimpatri), rubricato «Non-refoulement, interesse superiore del bambino, vita familiare e condizioni di salute», che impone agli Stati di attuare la direttiva tenendo «nella debita considerazione», tra l'altro, «a) l'interesse superiore del bambino; b) la vita familiare [...]».

⁷³ V. *supra*, cap. I, par. 2.2.

⁷⁴ Così C. CORSI, *Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza*, cit., 22. Per un'articolata indagine sul divieto di *refoulement* nelle sue dimensioni internazionali e regionali, v. F.L.

momentanea situazione di irregolarità in capo allo straniero è, nella maggior parte dei casi, del tutto fisiologica, tenuto conto dell'assenza di canali di mobilità regolare per l'accesso alla protezione internazionale⁷⁵. Del resto, la possibilità che il richiedente asilo si presenti alla frontiera senza titolo di ingresso è stata presa in considerazione anche dagli estensori della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, che infatti hanno introdotto un esplicito divieto per gli Stati di sanzionare tale soggetto a motivo della sua entrata o soggiorno irregolare⁷⁶; divieto oltretutto richiamato dall'art. 6 della decisione quadro 2002/946/GAI. Non si comprende, allora, quale possa essere la ragionevole giustificazione alla base di sanzioni, come quelle imposte dal *Facilitators Package*, evidentemente destinate a colpire, a prescindere da ogni valutazione del caso concreto, coloro che si fanno carico di aiutare i richiedenti asilo a raggiungere un territorio sicuro. Né, d'altra parte, sarebbe risolutivo affermare che il diritto a richiedere asilo, laddove correttamente esercitato, possa funzionare da scriminante a favore di chi abbia prestato assistenza allo straniero⁷⁷: infatti, come ricordato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Commissione c. Ungheria* in precedenza esaminata, una preventiva verifica, da parte di coloro che operano alla frontiera, in ordine alla genuinità della domanda di protezione internazionale, rappre-

GATTA, *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2023.

⁷⁵ C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2022, 74-132.

⁷⁶ Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati, art. 31: «Gli Stati Contraenti non prenderanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1, per quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustificino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari». Sulla centralità di tale previsione nel sistema internazionale di tutela dei richiedenti asilo, v. J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, II ed., Cambridge University Press, 2021, 485: «Perhaps the most important innovation of the 1951 Refugee Convention is its commitment to the protection of refugees who travel to a state party without authorization». Sulla necessità di interpretare in maniera flessibile l'obbligo di presentarsi senza indugio («without delay») alle autorità, v. *Ibidem*, 493 s.: «In general, unless the refugee has truly 'been in the territory a long time' before presenting herself to authorities, the duty to come forward 'without delay' amounts to a reasonableness requirement. The flexible language of the Convention requires a non-mechanistic assessment of bona fides, with the standard necessarily varying from person to person. A more generous interpretation is appropriate in the case of, for example, refugees who face linguistic or cultural barriers, who are uncertain about how best to seek protection, or who are traumatized or otherwise not in a position immediately to make their need for protection known».

⁷⁷ Per aperture in questo senso nella recente giurisprudenza italiana, v. *supra*, cap. III, par. 4.1.

senta un onere inesigibile, oltre che impraticabile sulla base dei limitati, e spesso scarsamente attendibili, elementi disponibili nelle prime fasi di contatto con gli stranieri. In siffatto contesto, l'obbligo di incriminazione del favoreggiamento *tout court* determina una situazione di incertezza in merito alla legittimità dell'assistenza prestata, che – come puntualmente rilevato dalla stessa pronuncia della Corte di Lussemburgo, con argomenti che riflettono la logica del *chilling effect* – finisce per «*dissuadere fortemente chiunque intenda fornire un qualsivoglia sostegno finalizzato a presentare o a inoltrare una domanda di asilo*». In conclusione, anche su questo terreno la disciplina in esame appare lungi dall'aver individuato un corretto punto di equilibrio tra l'integrità delle frontiere e un diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta, risultando, piuttosto, completamente orientata all'ostinata tutela delle prime.

Infine, la sproporzione emerge in maniera ancora più evidente se si considera che la criminalizzazione di qualsiasi condotta agevolatrice può financo pregiudicare, in casi estremi, il diritto alla vita dei migranti, considerato che l'effetto deterrente può inibire le azioni soccorritrici. È certamente vero che, a fronte di situazioni di conclamato pericolo per la vita, gli ordinamenti contemplan cause di giustificazione di portata generale che dovrebbero assicurare l'impunità dei soccorritori. Nondimeno, è possibile che anche solo il timore di subire un procedimento penale, a prescindere dalla fiducia in ordine al suo esito favorevole, agisca da contropinta psicologica rispetto al salvataggio di una vita umana⁷⁸. Tale considerazione costituisce un argomento sufficiente per concludere nel senso dell'irragionevolezza della disciplina in esame: il diritto alla vita, infatti, ammette deroghe in un numero circoscritto di casi, tra i quali non si annovera il controllo delle frontiere, come del resto la Corte di Strasburgo aveva già avuto modo di osservare in un risalente caso relativo all'uccisione delle persone che tentavano di attraversare – illegalmente secondo la legge dell'epoca – il Muro di Berlino⁷⁹.

⁷⁸ Per posizioni in questo senso, v. *supra*, nt. 58.

⁷⁹ Corte Edu, grande camera, 23 marzo 2001, *Streletz, Kessler and Krenz c. Germania*. La vicenda trae origine dalla condanna riportata, dopo la riunificazione della Germania, da tre alti ufficiali della Repubblica Democratica Tedesca (DDR), per avere contribuito alle decisioni politiche che si erano tradotte nell'uccisione di molte persone colte nell'atto di attraversare illegalmente il confine tra Berlino est e ovest tra il 1971 e il 1989. Dinanzi alla Corte Europea, i tre ricorrenti sostenevano che la loro condotta fosse da considerarsi legittima ai sensi delle leggi in vigore nella DDR, lamentando di conseguenza la violazione dell'art. 7 Cedu, ossia l'assenza di una valida base legale per la loro condanna penale. La Corte europea ha respinto l'argomento, sulla base, tra l'altro, dell'assunto che una corretta inter-

Ne consegue che, diversamente da quanto accade sul fronte di altri diritti fondamentali pur di elevatissimo rango, come la libertà personale, per i quali sono in effetti ammesse limitazioni allo scopo di garantire un efficace controllo dei flussi migratori, nessun bilanciamento può essere effettuato tra tale esigenza e la tutela del diritto alla vita. Principio, quest'ultimo, nella sostanza ribadito dalla recente pronuncia con la quale la Corte di Strasburgo ha condannato l'Ungheria, tra l'altro, per violazione dell'art. 2 Cedu, in relazione alla mancata tutela della vita di un migrante siriano respinto dalle autorità di frontiera mentre tentava di entrare nel Paese attraversando un fiume al confine con la Serbia⁸⁰.

Le conclusioni raggiunte a proposito della sproporzione del *Facilitators Package* in ragione del *chilling effect* ricollegabile ai suoi contenuti precettivi non paiono revocabili in dubbio valorizzando la circostanza che, finora, i procedimenti penali avviati rispetto a condotte squisitamente solidali si sono conclusi con l'assoluzione degli imputati. Caratteristica fondamentale della dottrina del *chilling effect*, infatti, è proprio quella di mettere in luce la sproporzione delle norme penali produttive di effetti sovra-deterrenti già sul piano generale e astratto, ossia con riguardo alla mera *minaccia* della sanzione: è infatti anzitutto da quest'ultima che discende, nei confronti della generalità dei consociati, la contropinta psicologica alla realizzazione di condotte meritevoli. Come è stato lucidamente osservato in dottrina «*interesse di ogni soggetto è non solo non incorrere in sanzioni, ma soprattutto – prima e più in alto – evitare che il riconoscimento della liceità della condotta tenuta avvenga al prezzo di una gravosa “sofferenza processuale” o richieda elevati costi, economici e personali, con tutto il carico di conseguenze negative sulla propria attività professionale che anche la mera sottoposizione a procedimento, come noto, implica*»⁸¹. Lo ha sostanzialmente riconosciuto la stessa Corte di giustizia, laddove, nella già più volte richiamata sentenza sulla fattispecie ungherese di assistenza ai rifugiati “abusivi”, ha chiarito come la portata eccessiva dell'incriminazione fosse individuabile sul piano strettamente normativo, *senza necessità di allegare dati empirici in ordine a eventuali procedimenti o condanne penali*. A maggior ragione può affermarsi che il mero avvio di indagini penali, eventualmente se-

pretazione delle norme della *DDR* alla luce del diritto internazionale fondava, già all'epoca dei fatti, un riconoscibile (senz'altro da parte di alti ufficiali) divieto di privazione della vita in funzione del controllo dei confini, e a tale proposito rilevando che detto controllo non è ricompreso in nessuna delle ipotesi in cui è legittimo privare taluno della vita ai sensi dell'art. 2, par. 2, Cedu.

⁸⁰ Corte Edu, sez. I, 2 febbraio 2023, *Halbhowais c. Ungheria*, §§ 131-145.

⁸¹ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 257.

guita dalla celebrazione del processo, nei confronti di singoli autori di condotte solidali, contribuisca al rafforzamento dell'effetto sovra-deterrente *erga omnes*, sulla scorta del comprensibile timore di condividere la stessa sorte, già di per sé lesiva della reputazione e del patrimonio, a prescindere dall'esito eventualmente assolutorio.

c) *Conclusioni, formulazione del rinvio pregiudiziale e possibili sbocchi decisori.*

Le considerazioni svolte hanno messo in luce che, per come è attualmente formulato, il *Facilitators Package* impone di adottare norme penali aventi nel proprio spettro applicativo *anche* condotte che, in quanto animate da finalità umanitarie, da un lato non hanno evidentemente nulla a che vedere con lo *smuggling of migrants*, e pertanto subiscono una repressione *non necessaria* (fallimento della terza verifica); dall'altro lato contribuiscono – ancorché su un terreno che talvolta sconfinava nell'illegalità – alla tutela di alcuni *diritti fondamentali dei migranti irregolari*, di talché la loro *indiscriminata* repressione si traduce in una compressione di quei diritti *sproporzionata* in senso stretto (fallimento della quarta verifica).

Certo, il *Facilitators Package* concede agli Stati membri la *facoltà* di mandare esenti da responsabilità coloro che agiscono per finalità umanitarie. Ma, a ben vedere, il *vulnus* di sproporzione – cioè il disequilibrio normativo tra la protezione delle frontiere e i diritti fondamentali – risiede proprio nella *coesistenza*, all'interno della medesima disciplina, dell'*obbligo* di penalizzare qualunque forma di contributo causale all'ingresso (o al transito) irregolare, e della *mera facoltà* di giustificare gli aiuti umanitari. Proprio questa coesistenza, infatti, rivela – a prescindere dalle scelte politico-criminali compiute dagli Stati membri in fase attuativa – che il legislatore *europeo* non ha fatto buon governo della propria discrezionalità, configurando una disciplina che *mette in conto* – e dunque *legittima* – l'esistenza di norme nazionali del tutto sbilanciate a favore della protezione delle frontiere⁸². Per inciso, la cir-

⁸² È evidente che il giudizio di proporzionalità in senso stretto, proprio in virtù del bilanciamento di interessi che sottende, si espone alla critica di aprire la strada a indebite intrusioni del potere giudiziario nell'area del merito legislativo. A ben vedere, come è stato autorevolmente osservato, il principio di divisione dei poteri non entra in crisi in quanto «[...] constitutional courts use the principle of proportionality reactively. It is not their place to substitute their idea of proportional balancing for that of more democratically legitimated institutions, but rather to use the principle of proportionality to force such institutions to show that their decisions are rationally justifiable» (R. POSCHER, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, cit., 57 s.). Sui possibili diversi bilanciamenti di interessi sottesi al *Facili-*

costanza che pochi Stati membri abbiano corredato le norme incriminatrici del favoreggiamento dell'ingresso irregolare con una "clausola umanitaria" *ad hoc*, e che la maggior parte delle clausole adottate siano caratterizzate da un ambito di applicazione particolarmente ristretto, conferma l'incapacità della disciplina europea di armonizzare le norme penali nazionali in maniera tale da garantire, oltre alla certezza del diritto (da ricollegarsi al principio di legalità *ex artt.* 49, par. 1 CDF e 7 Cedu), un alto livello di tutela dei sopra menzionati diritti fondamentali⁸³.

Muovendo da queste premesse, il giudice comune che intendesse portare la questione di legittimità del *Facilitators Package* all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea, avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE⁸⁴, potrebbe interrogare i giudici di Lussemburgo in ordine alla validità dell'art. 1, par. 1 della direttiva 2002/90/CE, in combinato disposto con l'art. 1, par. 1 della decisione quadro 2002/946/GAI, nella parte in cui obbligano gli Stati membri ad adottare sanzioni di natura penale nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti uno straniero a entrare o transitare irregolarmente sul territorio di uno Stato membro, limitandosi a prevedere la facoltà, anziché l'obbligo, di non adottare sanzioni nei confronti di coloro che abbiano agito allo scopo di prestare soccorso o assistenza umanitaria alla persona interessata. I parametri di legittimità dovrebbero consistere, come sopra dettagliatamente indicato, nell'art. 52, par. 1, CDF, a sua volta letto congiuntamente alle disposizioni della Carta stessa che tutelano, da un lato, i diritti fondamentali facenti capo ai potenziali accusati del reato (artt. 7 CDF, diritto alla reputazione personale, quale corollario del diritto al rispetto della vita privata; 6 CDF, diritto alla libertà personale; 17 CDF, diritto al patrimonio); nonché, dall'altro lato, i diritti fondamentali facenti capo ai potenziali beneficiari del reato stesso (artt. 2 e 3 CDF, diritti alla vita e all'integrità fisica; 18 CDF, diritto d'asilo; 7 CDF, diritto al rispetto della vita familiare).

tators Package, v. A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance'*, cit.: «affirming that an act of "facilitation" inspired by a humanitarian or altruistic purpose may or may not be criminalised at the discretion of a Member State does not simply entail an implementation option, but rather a completely different balance between the legal interests at stake and, ultimately, a different characterisation of the punishable conduct».

⁸³ Per un quadro delle "clausole umanitarie" nazionali, v. *supra*, cap. I, par. 4.

⁸⁴ Sulle ragioni della «assoluta indispensabilità» dello strumento del rinvio pregiudiziale anche per il giudice penale, v. per tutti A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in corso di pubblicazione in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, disponibile in anteprima in *Sist. pen.*, 30 maggio 2023, 3-4.

La Corte di giustizia, laddove ritenesse fondati gli argomenti qui proposti a sostegno della sproporzione del *Facilitators Package*, potrebbe, alternativamente, dichiarare l'invalidità *tout court* delle disposizioni in questione; oppure, e più verosimilmente, intervenire con una pronuncia a carattere interpretativo. In particolare, preso atto della natura a dolo generico dell'illecito definito dall'art. 1, par. 1 della direttiva, come tale applicabile anche al di fuori dei contesti di traffico organizzato di migranti (contesti normalmente contrassegnati da finalità di profitto e/o sfruttamento), potrebbe stabilire che l'art. 1, par. 2 della medesima direttiva debba essere interpretato nel senso che l'adozione di un'esimente umanitaria sia *obbligatoria* (anziché meramente facoltativa); e potrebbe altresì spingersi a precisare – seguendo l'esempio della Corte Suprema canadese nella sentenza *Appulonappa* – che, stante la vaghezza della direttiva in merito ai *contenuti* di siffatta esimente, gli Stati membri siano chiamati a formularla in maniera tale da garantire la non punibilità delle condotte realizzate a tutela dei menzionati diritti fondamentali dei migranti (segnatamente i diritti alla vita e all'integrità fisica, a richiedere asilo, nonché al rispetto della vita familiare).

7.2. *Sproporzione delle scelte di criminalizzazione sottese all'art. 12 t.u. imm. al metro della Carta dei diritti fondamentali e della Costituzione italiana.*

Confidando di avere offerto plausibili argomenti a sostegno dell'illegittimità degli obblighi di incriminazione dettati dal *Facilitators Package* al metro del principio di proporzionalità cristallizzato nella Carta dei diritti fondamentali, si tratta ora di verificare se analoghe considerazioni possano mettere in luce profili di illegittimità della disciplina penale italiana, che come sappiamo costituisce fedele attuazione del Pacchetto; e nel caso quali siano i rimedi esperibili.

7.2.1. *Premessa sulla necessità del previo esperimento di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, avente ad oggetto la validità del Facilitators Package, al fine di non incorrere in una procedura di infrazione.*

Trattandosi di un problema di legittimità di una norma nazionale, la prima strada della quale sorge spontaneo saggiare la percorribilità è, chiaramente, la questione di costituzionalità. A tale riguardo, tuttavia,

occorre considerare che un eventuale intervento ablatorio, o manipolativo in senso restrittivo, sulla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12, comma 1, t.u. imm., potrebbe esporre l'Italia ad una procedura di infrazione per sopravvenuto inadempimento degli obblighi di incriminazione sanciti dal diritto derivato europeo. È vero che resterebbe pur sempre la possibilità di qualificare le condotte a titolo di concorso nel reato di ingresso irregolare (110 c.p., 10-*bis* t.u. imm.). Tuttavia, a parte la considerazione che in tal caso non sarebbe configurabile il tentativo (oggetto di obbligo incriminazione da parte della direttiva 2002/90/CE), non si può escludere del tutto il rischio che la procedura di infrazione venga comunque avviata per verificare la compatibilità della rimodulata disciplina italiana con il *Facilitators Package*.

Una strada per evitare tale indesiderabile scenario è rappresentata dalla preliminare sottoposizione alla Corte di giustizia della questione relativa alla legittimità del *Facilitators Package* al metro della Carta dei diritti fondamentali, nel senso sopra specificato. Soltanto laddove i giudici di Lussemburgo dovessero giungere alla conclusione che gli obblighi di incriminazione ivi sanciti sono, in tutto o almeno in parte, incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, allora sarebbe possibile provare a trasferire tali conclusioni sul terreno della normativa penale nazionale. Operazione, quest'ultima, che a sua volta potrebbe essere svolta mediante strumenti diversi, singolarmente esaminati nei prossimi paragrafi.

Naturalmente nulla impedisce che sia la stessa Corte costituzionale, alla quale il giudice nazionale si fosse ipoteticamente rivolto in prima battuta, a sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Ed anzi, forse tale scenario potrebbe essere per certi aspetti preferibile, in considerazione del rango istituzionale dell'organo che, su questioni così delicate, andrebbe ad interfacciarsi con i giudici europei⁸⁵.

⁸⁵ Come è noto, a fronte di una "doppia pregiudiziale", l'alternativa tra rivolgersi alla Consulta o alla Corte di Lussemburgo è rimessa, in sostanza, alla valutazione discrezionale del giudice *a quo*. Sul tema, che per la sua estensione non può essere affrontato in questa sede, v. G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, n. 4, 2019, 691-733; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, 2020, 231 ss.; S. MANACORDA, "Doppia pregiudizialità" e *Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*", in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Giuridica, 2021, 137-180.

7.2.2. *L'illegittimità dell'art. 12 t.u. imm. al metro della Carta dei diritti fondamentali: l'opzione del rinvio pregiudiziale avente ad oggetto il carattere "ostativo" della Carta rispetto alla norma nazionale.*

Il giudice comune italiano (ovvero la Corte costituzionale laddove il giudice comune avesse deciso di rivolgersi ai giudici del Palazzo della Consulta), potrebbero interrogare la Corte di giustizia: *i*) in ordine alla legittimità del *Facilitators Package* al metro della Carta dei diritti fondamentali (nel senso illustrato nei precedenti paragrafi); nonché *ii*) in ordine al carattere "ostativo" della Carta stessa rispetto ad una disciplina nazionale come quella racchiusa nell'art. 12 t.u. imm.

Pare invero facilmente prevedibile che, se il giudizio *sub i*) fosse nel senso, qui prospettato, dell'illegittimità, anche il giudizio *sub ii*) si risolverebbe, analogamente, in termini di "ostatività". Infatti, tenuto conto della tendenziale coincidenza tra la descrizione delle condotte illecite da parte dell'art. 1, par. 1, lett. *a*) della direttiva 2002/90/CE, da un lato, e l'ambito di applicazione della fattispecie traspositrice italiana, dall'altro lato, eventuali censure sulle scelte di criminalizzazione effettuate a Bruxelles al metro della CDF sarebbero immediatamente trasferibili, *mutatis mutandis*, alla norma penale nazionale che ha tradotto quelle scelte in una figura di reato. In altre parole, se l'illegittimità dovesse emergere rispetto all'*obbligo* di incriminazione, in quanto già di per sé affetto da profili di sproporzione, *a fortiori* le norme nazionali, nella misura in cui di quell'obbligo costituiscano un fedele adempimento, sarebbero da considerarsi portatrici della stessa patologia.

Laddove la Corte di giustizia dovesse in effetti rilevare l'incompatibilità tra l'art. 12 t.u. imm. e la Carta, il giudice nazionale si troverebbe già nelle condizioni di *disapplicare* la norma interna, in forza della primazia del diritto UE sulle norme nazionali contrastanti, assolvendo gli imputati nel giudizio *a quo* con la formula «perché il fatto non costituisce reato»⁸⁶. Ed alla stessa conclusione, si badi, dovrebbero pervenire, senza ulteriori passaggi a Lussemburgo, anche gli *altri* giudici nazionali chiamati ad applicare la medesima disposizione, tenuto conto della valenza generale del verdetto della Corte in ordine all'illegittimità della norma interna. Si tratterebbe, del resto, di una soluzione già sperimentata presso numerosissime giurisdizioni italiane all'esito della nota

⁸⁶ Anche le norme eurounitarie *non* sufficientemente chiare e precise, una volta interpretate dalla Corte di giustizia, rendono "disapplicabili", da parte dello stesso giudice ordinario, le norme incriminatrici nazionali con esse incompatibili: il punto è scolpito con estrema chiarezza da C. SOTIS, *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo*, cit., 26-32.

vicenda *El Dridi*, dopo cioè che la Corte di giustizia aveva affermato l'incompatibilità della fattispecie di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14, comma 5-ter, t.u. imm.), all'epoca punita con severe pene detentive, con la c.d. direttiva rimpatri⁸⁷. In quel caso il contrasto rilevato era tra una norma nazionale e un atto di diritto derivato; ma lo schema della disapplicazione per contrasto con una disposizione di fonte UE è assolutamente identico, tenuto conto del valore vincolante acquistato dalla Carta per effetto del Trattato di Lisbona (ex art. 6, par. 1, TUE).

7.2.3. (Segue): *l'opzione della questione di legittimità costituzionale.*

La questione di legittimità costituzionale rappresenta il secondo strumento, per certi aspetti preferibile al precedente⁸⁸, di cui il giudice comune potrebbe avvalersi per vagliare l'illegittimità dell'art. 12 t.u. imm. al metro del principio di proporzionalità, declinabile tanto nella sua veste europea (ex art. 52, par. 1, CDF), quanto nella sua veste nazionale⁸⁹.

Sotto il primo profilo (proporzionalità "europea"), la strada per la Consulta sarebbe già spianata da un'eventuale pronuncia dei giudici di Lussemburgo in ordine all'illegittimità del *Facilitators Package* (pronuncia che, come poc'anzi ricordato, dovrebbe logicamente precedere il sindacato di costituzionalità sulla norma nazionale): la caducazione dell'art. 12 t.u. imm. conseguirebbe, infatti, ad un classico giudizio di

⁸⁷ Per ulteriori riferimenti alla vicenda *El Dridi*, v. *supra*, cap. II, nt. 23.

⁸⁸ Sulle ragioni della preferibilità (non, evidentemente, obbligatorietà) di un controllo accentrato sulla compatibilità della legge con i diritti fondamentali, v. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, cit., 489: «solo la Corte è in grado di ripulire definitivamente l'ordinamento dalle cause normative della violazione dei diritti fondamentali in gioco, attraverso soluzioni chiare e vincolanti per tutti: con l'ovvio vantaggio per la certezza del diritto che ne consegue».

⁸⁹ Ad oggi la Corte costituzionale è stata chiamata a valutare la legittimità dell'art. 12 t.u. imm. sotto profili diversi da quelli che verranno nel prosieguo esaminati: in particolare, come già emerso in precedenza, la sent. n. 21/2009 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso in uno Stato diverso dall'Italia, sollevata con riferimento ai canoni di tassatività e determinatezza, nonché alla libertà di emigrazione di cui all'art. 35, comma 4, Cost. (v. *supra*, cap. II, par. 3.2.3); la sent. n. 331/2011 ha dichiarato incostituzionale la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere prevista dall'art. 12, comma 4-bis per le ipotesi ricadenti nell'art. 12, comma 3 t.u. imm. (v. *supra*, cap. II, par. 2.6, nt. 42); la sent. n. 142/2017 ha respinto le censure rivolte al carattere asseritamente "fisso" delle pene pecuniarie di cui ai commi 3 e 3-ter (v. *supra*, cap. II, par. 4.2). Da ultimo, la sent. n. 63/2022, sopra esaminata, ha censurato per sproporzione due delle circostanze aggravanti previste dal comma 3, lett. d).

illegittimità basato su un parametro interposto, dunque per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. Non si dimentichi, infatti, che la Carta dei diritti fondamentali costituisce un parametro di legittimità anche del diritto nazionale, nella misura in cui quest'ultimo intervenga in un ambito nel quale l'Unione europea ha esercitato le proprie competenze (art. 51, par. 1, CDF), come indubitabilmente accade nell'ambito qui in esame.

Sotto il secondo profilo (proporzionalità "costituzionale"), invece, la strada sarebbe per certi aspetti più salita, ma non per questo impercorribile. In ogni caso – si osserva per inciso – la sua "alterità" rispetto al giudizio di proporzionalità "europea" dovrebbe avere una funzione più descrittiva che sostanziale, quanto meno laddove si ragioni in termini di tutela "integrata" dei diritti fondamentali⁹⁰.

Punto di partenza del discorso è la constatazione, oggetto di recenti e approfonditi contributi⁹¹, secondo cui il principio di proporzionalità si sta facendo strada, nella giurisprudenza costituzionale, come autonomo parametro di sindacato sulle scelte di criminalizzazione, ereditando e in parte rielaborando il più classico e noto strumentario penalistico dell'offensività, dell'*extrema ratio* e della ragionevolezza⁹². Elemento caratterizzante di questa evoluzione è la verifica in ordine alla *sostenibilità dei bilanciamenti di interessi* compiuti dal legislatore: quello tutelato (o quelli tutelati) dalla norma incriminatrice oggetto di sindacato, da un lato; quello compresso (o quelli compromessi), di riflesso, dalla medesima norma incriminatrice, dall'altro lato. Paradigmatiche di questo *modus operandi* sono le recentissime pronunce intervenute sulla fattispecie di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)⁹³, le quali, come è noto, ne hanno ridimensionata l'area applicativa sulla scorta della considerazione che il legislatore del 1930, introducendo un divieto assoluto – ossia, in altre parole, sanzionando indistintamente qualsiasi contributo materiale all'interruzione della vita, senza prendere in considerazione le specificità delle situazioni concrete – non avesse individuato un ragionevole punto di equilibrio tra gli interessi in conflitto,

⁹⁰ Sul punto v. ancora F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 489-496, in una più ampia ottica di rimeditazione dello schema dualistico inaugurato dalle c.d. sentenze gemelle.

⁹¹ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 116-119, 344-345 e *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹² Gli albori di questa evoluzione, risalenti al secolo scorso, erano già stati colti dalla più attenta dottrina: cfr., ad esempio, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 358 ss.

⁹³ Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207; Corte cost., sent. 22 novembre 2019, n. 242.

rappresentati dal diritto alla vita del paziente, da un lato, e dalla sua libertà di autodeterminazione in ambito terapeutico scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., dall'altro lato.

È indispensabile sottolineare che a questa inarrestabile ascesa del canone in esame non osta l'assenza di una disposizione costituzionale che lo cristallizzi *expressis verbis*, sulla falsariga dell'art. 52, par. 1, CDF. Sebbene una tale disposizione, laddove espressamente prevista come nel caso della Carta europea, non possa dirsi del tutto superflua, il punto da mettere a fuoco è proprio che, quando parliamo di proporzionalità, ci troviamo al cospetto – più che di un principio in senso stretto – di una *tecnica di giudizio* in ordine alla legittima compressione, da parte del legislatore, di uno o più diritti fondamentali⁹⁴. Muovendo da queste premesse, pare corretto concludere che il parametro di legittimità rilevante, ai fini del sindacato sulle scelte di criminalizzazione, non debba essere individuato all'interno di disposizioni di portata generale – ad esempio tentando di spremere ulteriormente l'inesauribile art. 3 Cost. –, essendo piuttosto rappresentato dalle stesse *disposizioni codificatrici dei diritti fondamentali compressi dalla norma penale di cui si sospetta l'incostituzionalità*⁹⁵.

È proprio questa, del resto, la logica all'interno della quale si muove la Corte europea dei diritti dell'uomo quando valuta l'operato degli Stati in punto di compressione dei diritti convenzionali: sebbene infatti nessuna disposizione della convenzione cristallizzi il principio di proporzionalità “una volta per tutte”, ciascuno dei diritti in essa codificato è considerato alla stregua di limite (anche) per le scelte di criminalizzazione compiute dai legislatori nazionali, nel senso che ogni interferenza normativa al godimento di quel diritto viene considerata legittima a condizione che, tra l'altro, rispetti il canone della proporzionalità.

Se si accolgono queste premesse, allora il giudizio di (s)proporzionalità sopra espresso con riferimento ai diritti codificati dalla Carta dei diritti fondamentali può essere agevolmente riprodotto anche sul piano squisitamente nazionale, utilizzando quali parametri le corrispondenti posi-

⁹⁴In questo senso, lucidamente, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 103-104. Per la tesi che ravvisa una relazione di intrinseca *necessità* tra diritti costituzionali e principio di proporzionalità («*necessity thesis*»), v. il fondamentale contributo di R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Jour. Const. Th. Phil. L.*, 2014, 22, 51-65. Come osserva R. POSCHER, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, cit., 49, la proporzionalità è diventata, almeno in alcuni ordinamenti, tra i quali la Germania, il più importante parametro di valutazione della legittimità costituzionale delle limitazioni imposte ai diritti umani.

⁹⁵V. ancora N. RECCHIA, *loc. cit.*, spec. nt. 140.

zioni soggettive tutelate dalla Carta costituzionale: da un lato i diritti fondamentali dei potenziali accusati/imputati, ossia il diritto alla libertà personale (art. 13), alla reputazione (arg. ex art. 2 Cost.) e al patrimonio (art. 42 Cost.); dall'altro lato i diritti fondamentali dei migranti, valorizzabili in base alla dottrina del *chilling effect*, ossia il diritto alla vita (arg. ex art. 2 Cost.), all'integrità fisica (art. 32 Cost.), all'asilo (art. 10 Cost.), alla vita familiare (art. 29 ss.).

Una volta individuati i diritti fondamentali in gioco, il sindacato di proporzionalità dovrebbe essere condotto secondo le medesime cadenze illustrate, nei precedenti paragrafi, con riguardo al *Facilitators Package*, ossia "spacchettandolo" nelle sue tradizionali quattro sotto-verifiche: *i*) legittimità dell'obiettivo perseguito dal legislatore mediante la norma penale; *ii*) idoneità della stessa norma a raggiungere l'obiettivo prefissato; *iii*) necessità, intesa come adozione della misura meno afflittiva a parità di efficacia; *iv*) proporzionalità in senso stretto, intesa come ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Ebbene, laddove si ritenga che l'obiettivo del legislatore nazionale consista nel combattere lo *smuggling of migrants*, anche l'art. 12 t.u. imm., analogamente alla sua matrice europea, andrebbe incontro alla censura del difetto di *necessità*, lo stesso scopo essendo evidentemente perseguibile mediante una fattispecie dai contorni più ristretti (ad esempio, limitata ai casi di dolo specifico di ingiusto profitto e/o sfruttamento). Laddove invece si ritenga che l'obiettivo consista nel contrastare qualunque forma di favoreggiamento degli ingressi irregolari, e dunque in ultima analisi nella protezione delle frontiere, l'art. 12 t.u. imm. presterebbe il fianco, anche qui analogamente al Pacchetto europeo, ad una censura fondata sul fallimento del test di *proporzionalità in senso stretto*. Non è il caso di ripercorrere le già illustrate ragioni in virtù delle quali la repressione penale a tutto campo dell'aiuto all'ingresso irregolare si traduce in un sacrificio sproporzionato dei diritti dei migranti, a loro volta attratti nel bilanciamento mediante la dottrina del *chilling effect*. Ciò che qui preme evidenziare è che siffatto bilanciamento non sarebbe diverso da quelli che la Corte costituzionale italiana ha già avuto modo di effettuare in altre occasioni, né sotto il profilo metodologico, né sotto quello contenutistico. Lo schema di ragionamento riproduce, infatti, l'idea secondo cui «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»⁹⁶. Occorrerebbe allora chiedersi se l'incremento di

⁹⁶ Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143. Sulla scorta di tale principio la Consulta ha dichiara-

tutela che una fattispecie configurata come l'art. 12 t.u. imm. accorda ai confini nazionali possa giustificare il *decremento di tutela* che la medesima norma determina nei confronti dei menzionati diritti fondamentali. La risposta non può che essere negativa, tenuto conto che, come già riconosciuto dalla stessa Consulta nella sentenza relativa al c.d. reato di clandestinità (sent. n. 250/2010), l'ordinata gestione dei flussi migratori deve considerarsi un bene giuridico «*strumentale*», ossia meramente funzionale alla tutela di altri interessi (questi sì) aventi rilievo costituzionale (quali gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica)⁹⁷; mentre i diritti fondamentali compresi dall'art. 12 non solo presentano essi stessi natura di beni «*finali*», ma sono anche da considerarsi di rango più elevato, nella gerarchia degli interessi costituzionalmente rilevanti, rispetto ai contro-interessi sopraccitati.

Una volta accertato il *vulnus* di sproporzione, si tratta di stabilire quali potrebbero esserne i rimedi sul piano decisorio. Mentre è difficile, e forse nemmeno desiderabile, che la Consulta proceda ad un'ablazione totale della norma incriminatrice, certamente percorribile risulta la strada dell'intervento manipolativo. Torna utile, a tale riguardo, il già richiamato precedente relativo all'aiuto al suicidio, dove la Corte ha scelto di ridimensionare l'ambito di applicazione dell'art. 580 c.p., espungendone quella specifica categoria di condotte (individuata attraverso una serie di requisiti cumulativi) la cui inclusione pregiudicava – a suo giudizio – la ragionevolezza del sotteso bilanciamento di interessi. Una soluzione, dunque, certamente creativa (e che infatti la Corte aveva inizialmente rifuggito, inaugurando la tecnica dell'illegittimità “prospettata”); ma al contempo non arbitraria, poiché fondata su riferimenti normativi già rinvenibili nell'ordinamento (segnatamente, la disciplina sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento di cui alla legge n. 219/2017). Lo stesso percorso logico potrebbe essere riprodotto rispetto all'art. 12 t.u. imm., selezionando le condotte da espungere alla luce del contenuto essenziale dei diritti fondamentali dei

rato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*), ultimo periodo, della legge n. 354/1975, che introduce restrizioni al diritto di espletamento dei colloqui con i difensori, limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari», ritenendo che «*alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, prima facie, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini*» (cons. in dir., n. 7).

⁹⁷ Sull'oggettività giuridica dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. v. *supra*, cap. II, par. 3.2.2.

migranti che si affacciano alle frontiere italiane. Muovendo da queste premesse, la norma incriminatrice del favoreggiamento dell'ingresso irregolare dovrebbe essere dichiarata illegittima nella parte in cui non esclude: *i*) le condotte di soccorso, volte a tutelare la vita e l'integrità fisica dei migranti; *ii*) le condotte di assistenza a coloro che intendono chiedere protezione internazionale, volte a tutelare il diritto d'asilo; *iii*) le condotte animate da spirito di solidarietà verso i famigliari, volte a garantire il pieno svolgimento di questo aspetto della vita privata. Si tratterebbe di un esito inedito in Europa, ma a ben vedere molto simile a quello già raggiunto dalla Corte canadese nel caso *Appulonappa*, e comunque fortemente radicato sulla tutela di diritti fondamentali di altissimo rango.

Non si ignora che una decisione in tal senso sarebbe quanto mai coraggiosa, specialmente in momento storico nel quale la protezione delle frontiere rappresenta uno dei temi caratterizzati da maggiore sensibilità politica e sociale. Eppure, se la Consulta è riuscita nell'opera di restringere l'ambito di applicazione di una norma come l'art. 580 c.p., certo non privo di sensibilità politica, accettando l'idea che perfino la vita umana possa a certe condizioni essere sacrificata in nome di un altro diritto fondamentale come quello all'autodeterminazione in campo terapeutico, proprio non si vede perché lo stesso giudice costituzionale non possa cimentarsi nella riscrittura di una norma, come l'art. 12 t.u. imm., che, come crediamo di avere dimostrato, sottende un obiettivo di impermeabilizzazione delle frontiere non compatibile con un adeguato livello di tutela di diritti fondamentali delle persone coinvolte.

7.2.4. *L'estendibilità delle conclusioni raggiunte in punto di illegittimità dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. agli illeciti amministrativi in materia di diritto della navigazione (disciplina dei c.d. "porti chiusi").*

Come ampiamente visto in precedenza, a partire dal 2019 le frontiere marittime sono state rafforzate da un ulteriore presidio, rappresentato da un apparato di norme amministrative finalizzate a prevenire l'introduzione di stranieri irregolari recuperati in acque internazionali nell'ambito di operazioni di ricerca e soccorso condotte da organizzazioni della società civile⁹⁸. L'ultimo degli interventi in tal senso (d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, conv. con modif. dalla legge 24 febbraio 2023, n. 15, meglio noto con il nome del ministro dell'interno *pro tempore* Piante-

⁹⁸ V. *supra*, cap. II, par. 7.

dosi), ha introdotto sanzioni amministrative (pecuniarie e reali, in particolare il fermo dell'imbarcazione e la confisca in caso di reiterazione dell'illecito) applicabili a fronte della trasgressione del provvedimento ministeriale che vieta o limita il transito o la sosta della nave soccorritrice in acque territoriali «per motivi di ordine e sicurezza pubblica»; ovvero in caso di violazione di una serie di prescrizioni, di portata piuttosto ampia, relative alla modalità di conduzione delle operazioni di *search and rescue*⁹⁹.

In linea di principio, eventuali conflitti tra il dovere di soccorrere i migranti (che si estende fino allo sbarco in un porto sicuro¹⁰⁰), e il dovere di rispettare il provvedimento ministeriale ovvero le altre regole di condotta previste dal decreto, potranno essere risolti, come già evidenziato, mediante un giudizio di bilanciamento in concreto tra i sottesi interessi contrastanti, all'esito del quale sarà possibile stabilire se l'illecito amministrativo è "scriminato" ai sensi dell'art. 4 della legge n. 689/1981¹⁰¹.

Nella prospettiva della presente indagine, peraltro, non si può sottovalutare il potenziale *chilling effect* che le disposizioni racchiuse nel "decreto Piantedosi" sono suscettibili di produrre rispetto alla generalità dei comandanti di navi (compresi pescherecci, navi da crociera, altre navi commerciali, yacht privati ecc.) che quotidianamente solcano il mare Mediterraneo; i quali, con un certo grado di probabilità, ben potrebbero imbattersi in un barcone carico di migranti diretto verso le coste europee. I timori di incorrere in una delle sanzioni pecuniarie o reali previste dal decreto, ovvero di rimanere a lungo bloccati, per effetto di un provvedimento ministeriale, con a bordo le persone recuperate in acque internazionali – timori, invero, tutt'alto che infondati, tenuto conto degli ampi presupposti applicativi della disciplina in questione – potrebbero agire da contropinta psicologica rispetto all'effettuazione del (doveroso) intervento di salvataggio¹⁰².

⁹⁹ Per tutti i dettagli, v. *supra*, cap. II, par. 7.3.

¹⁰⁰ V. *supra*, cap. IV, par. 4.3.

¹⁰¹ V. *supra*, cap. IV, par. 5.3.

¹⁰² In questo senso si è espresso, in sede di commento del "decreto Piantedosi", l'*Expert Council on NGO Law* del Consiglio d'Europa: cfr. *Opinion on the compatibility with European Standards of Italian Decree Law n. 1 of 2 January 2023 on the management of migratory flows*, 30 gennaio 2023, punto n. 29: «*The provisions will have a significant chilling effect on the work of civil society on account of the unlawfulness of some of the provisions, and the concomitant increased risks that NGOs face as a result of continuing with search and rescue work. The reduction in civil society space in the areas of support to refugees and other migrants may*

A rigore, l'estensione al "decreto Piantodosi" delle censure di illegittimità per "sproporzione in senso stretto" che sono già state formulate rispetto all'art. 12, comma 1, t.u. imm., dovrebbe passare per il previo accertamento della natura "sostanzialmente penale" delle sanzioni ivi previste. Fermo restando che si tratta di una strada, ad avviso di chi scrive, non difficilmente percorribile¹⁰³, va anche detto che la più recente giurisprudenza costituzionale non sempre effettua *expressis verbis* tale passaggio intermedio prima di addentrarsi nel sindacato di legittimità di sanzioni amministrative, come se considerasse il principio di proporzionalità (in quei casi, *della pena*) alla stregua di principio generale dell'ordinamento (o meglio, come ricordato poc'anzi, di tecnica di giudizio in ordine alla legittima compressione di diritti fondamentali) applicabile a prescindere dalla natura dell'illecito oggetto di scrutinio¹⁰⁴.

Quanto, infine, ai rimedi esperibili per l'accertamento e la sanzione del vizio di sproporzione, si tratterebbe dei medesimi già illustrati con riferimento all'art. 12, comma 1, t.u. imm.: vuoi la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia basata sull'"ostatività" della Carta dei diritti fondamentali a una siffatta disciplina nazionale (v. *supra*, par. 7.2.2); vuoi la questione di legittimità costituzionale, a sua volta basata

produce a worrying humanitarian situation, given the significant needs of this very vulnerable population and already existing gaps in service provision by government and others, and the continued violence and judicial harassment such NGOs face, including criminalisation of aspects of their work».

¹⁰³ Sul tema della riqualificazione della sanzione formalmente amministrativa in sanzione penale, v. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2018, 16 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, 82 s. Rispetto alla disciplina in esame, la *finalità punitiva* emerge dalla struttura complessiva del decreto, che adotta la tecnica sanzionatoria tipica del diritto penale complementare, corredando i provvedimenti ministeriali e le altre regole di condotta con sanzioni aventi funzione deterrente e retributiva. A ulteriore conferma di ciò si può menzionare la previsione secondo cui le sanzioni possono essere applicate anche per condotte accertate successivamente all'assegnazione del porto di sbarco, ossia quando l'"emergenza" è ormai cessata. Quanto alla *severità*, fermo restando il carattere recessivo di tale criterio di (ri)qualificazione della sanzione, essa risulta *in re ipsa* rispetto al fermo e alla confisca dell'imbarcazione; mentre, con riferimento alle sanzioni pecuniarie, è argomentabile alla luce della comminatoria di importi almeno in parte superiori a quelli previsti a titolo di regola generale dall'art. 10 della legge n. 689/1981 (secondo cui «la sanzione amministrativa pecuniaria consiste nel pagamento di una somma non inferiore a euro 10 e non superiore a euro 15.000»).

¹⁰⁴ Per aperture in tal senso v. L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sist. pen.*, 4 ottobre 2021, spec. n. 5.3.

sul parametro della “proporzionalità europea” e/o della “proporzionalità costituzionale” (v. *supra*, par. 7.2.3).

7.3. *L'irragionevole delimitazione della scriminante umanitaria (art. 12, comma 2, t.u. imm.) alle condotte prestate a favore di stranieri già presenti sul territorio italiano.*

Le censure di illegittimità per sproporzione delle scelte di criminalizzazione formulate con riferimento al fatto tipico dell'art. 12 t.u. imm. possono essere estese senza particolari difficoltà alla c.d. “scriminante umanitaria” di cui all'art. 12, comma 2, ossia alla disposizione, più ampiamente esaminata nel terzo capitolo, secondo la quale «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».

Punto di partenza è la constatazione che, sebbene le cause di giustificazione rappresentino il terreno sul quale si svolgono i bilanciamenti in concreto tra gli interessi confliggenti¹⁰⁵, la definizione sul piano generale e astratto dei presupposti applicativi di ciascuna scriminante contiene già un primo livello di bilanciamento, non dissimile da quello sotteso alla tipicità¹⁰⁶. Ad esempio, la delimitazione del campo di applicazione dello stato di necessità è frutto di un bilanciamento generale e astratto tra i beni giuridici difesi dall'autore del reato e quelli sacrificati mediante il reato stesso, bilanciamento all'esito del quale il legislatore ha ritenuto (con una scelta diversa da quella effettuata, ad esempio, per la legittima difesa) che l'esimente potesse trovare applicazione soltanto, tra l'altro, a fronte di un pericolo attuale di *grave danno alla persona*.

Rispetto alla scriminante umanitaria, il bilanciamento di interessi è rintracciabile nel suo – come visto, asfittico – campo applicativo, avente ad oggetto, come appena ricordato, condotte di soccorso e assistenza

¹⁰⁵ G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1228 ss., spec. 1238; A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Giuffrè, 2008, 182-187.

¹⁰⁶ Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principi di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, 2018, 71 s., dove l'autore chiarisce che il concetto di bilanciamento non richiama soltanto l'attività del giudice («casistica, fattuale e sempre provvisoria»), bensì anche, a monte, «una valutazione “legislativa” degli interessi, beni e valori coinvolti in un dato campo di materia, operata dal legislatore una volta per tutte, all'atto di introdurre una disposizione, scriminante o incriminatrice che sia».

umanitaria che devono essere realizzate *in Italia e nei confronti di stranieri già presenti sul territorio*. Si tratta di una scelta che può essere senza dubbio sottoposta al medesimo test di proporzionalità già svolto per le condotte tipiche, con esiti del tutto analoghi: l'esclusione dall'area della liceità delle condotte umanitarie prestate a favore di stranieri che si trovano fuori dai confini *non è necessaria*, se l'obiettivo della norma incriminatrice è il contrasto al traffico di migranti; è *sproporzionata*, nel senso che non si fonda su un ragionevole bilanciamento di interessi, se l'obiettivo è la protezione dei confini, tenuto conto del sistematico sacrificio imposto a beni giuridici di alto rango come la libertà personale e la reputazione degli autori del favoreggiamento, nonché la vita, l'integrità fisica, il diritto all'asilo e il diritto alla vita familiare dei migranti favoriti.

Al medesimo giudizio di illegittimità è possibile peraltro pervenire anche mediante un diverso *iter* argomentativo, improntato ad un tradizionale giudizio di uguaglianza-ragionevolezza. A tale riguardo giova anzitutto ricordare che, pronunciandosi proprio con riferimento all'ambito di applicazione di una causa esimente della responsabilità penale, la Corte costituzionale ha sancito il principio secondo cui «*il legislatore, una volta riconosciuta l'esigenza di un'eccezione rispetto a una normativa più generale, non potrebbe, in mancanza di un giustificato motivo, esimersi dal realizzarne integralmente la ratio, senza per ciò stesso peccare di irrazionalità*»¹⁰⁷. La questione di legittimità riguardava l'art. 384, comma 2, c.p., nella parte in cui prevedeva, a favore di chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astensione dei prossimi congiunti *ex art. 199 c.p.p.*, l'esclusione della punibilità soltanto per le ipotesi di falsa testimonianza e false informazioni al PM, e non anche per le omogenee ipotesi di false informazioni alla polizia giudiziaria integranti favoreggiamento personale. La Corte ha seguito un percorso argomentativo volto ad evidenziare l'assenza di qualsivoglia ragionevole giustificazione alla base della mancata estensione della causa di non punibilità all'ipotesi di false informazioni alla PG; ed è pervenuta, coerentemente, alla dichiarazione di illegittimità dell'esimente nella parte in cui, appunto, non si estendeva alle ipotesi irragionevolmente pretermesse.

Applicando tale *iter* argomentativo all'art. 12, comma 2, t.u. imm., occorre chiedersi se l'esclusione dall'ambito di applicazione della scriminante delle condotte umanitarie prestate a favore di stranieri *che ancora non si trovano sul territorio italiano* sia ragionevolmente giustificata

¹⁰⁷ Corte cost., 12 dicembre 1996, n. 416, cons. in dir., n. 4.2.

o meno. Sul punto risultano astrattamente prospettabili due diverse soluzioni, entrambe basate su argomenti rinvenibili all'interno delle pronunce delle Corti superiori straniere esaminate nella prima sezione di questo capitolo.

In base all'impostazione seguita dal *Conseil Constitutionnel* nella sentenza *Herrou* – che come si ricorderà aveva ad oggetto la legittimità della scriminante umanitaria francese, formulata in maniera non troppo dissimile da quella italiana – la disparità di trattamento troverebbe giustificazione nel fatto che, favorendo *l'ingresso* dello straniero nel Paese, si crea una nuova situazione di illegalità, cosa che invece non accade quando se ne favorisce la mera *permanenza*, essendo in tali ipotesi lo straniero irregolare già presente sul territorio¹⁰⁸. Tale impostazione, tuttavia, presta il fianco ad una critica difficilmente superabile: essa infatti presuppone, ancorché implicitamente, che nel conflitto tra il rispetto della disciplina amministrativa sull'immigrazione, da un lato, e la situazione di pericolo o di bisogno in cui si venga a trovare uno straniero irregolare collocato all'esterno dei confini nazionali, dall'altro lato, la prima possa sempre e comunque prevalere. Una conclusione che evidentemente cozza con la gerarchia degli interessi in gioco, nel senso già evidenziato a più riprese sotto l'angolo del canone di proporzionalità.

L'opposta idea secondo cui le condotte umanitarie possano, e in un certo senso debbano, considerarsi prive di rilevanza penale, anche laddove realizzate a favore di stranieri irregolari in fase di ingresso, è alla base del pronunciamento della Corte Suprema del Canada nel caso *Appolonappa*, la quale, come visto in precedenza, ha rilevato l'eccessiva estensione (*overbreadth*) della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso di cui alla Sezione 117 dell'*Immigration and Refugee Protection Act*. Sebbene tale sentenza avesse ad oggetto la selezione delle condotte penalmente rilevanti sul piano dell'*actus reus*, cioè di quella che noi definiamo tipicità, il risultato al quale i giudici d'oltreoceano sono pervenuti all'esito di un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco (ossia l'espunzione dall'area della responsabilità penale dell'aiuto umanitario, nonché della mutua assistenza tra richiedenti asilo o tra famigliari) è il medesimo al quale si potrebbe pervenire estendendo la scriminante umanitaria alle condotte realizzate a favore degli stranieri irregolari in

¹⁰⁸ Per una posizione sostanzialmente coincidente (benché riferita alla scriminante italiana, che l'autore considera sotto questo aspetto non irragionevole), v. L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG*, cit., 40. *Contra*, a sostegno della necessità di riformulare l'esimente umanitaria francese in senso più ampio, ricomprendendo anche l'aiuto all'ingresso irregolare, v. C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité à la française?*, cit., 180 ss.

fase di ingresso. Si tratta di un compito che, anche in Italia, toccherebbe necessariamente al Giudice delle leggi, il limite territoriale essendo scolpito in maniera talmente inequivoca da non essere superabile, ad avviso di chi scrive, in via estensiva o analogica¹⁰⁹.

Né del resto si potrebbe affermare – come già osservato nei due capitoli precedenti – che allo stesso risultato (esclusione della responsabilità penale) si potrebbe pervenire attraverso l'applicazione di cause di giustificazione comuni, quali ad esempio lo stato di necessità e l'adempimento del dovere: al di là delle incertezze interpretative che, come pure visto in precedenza, ne circondano spesso l'applicazione, il punto è che esse non coprono l'intera gamma delle «attività di soccorso e assistenza umanitaria» prestate a favore di stranieri irregolari e richiedenti asilo «in condizioni di bisogno». Si pensi al caso in cui taluno, camminando lungo un sentiero di montagna nei pressi di una frontiera alpina, si imbatta in una famiglia di stranieri che tentano di oltrepassare clandestinamente il confine: in assenza di un pericolo imminente di grave danno per almeno una di quelle persone, la condotta consistente nell'accompagnarle lungo il tragitto (ovvero, tenuto conto delle evidenziate oscillazioni giurisprudenziali in ordine alla portata del concetto di «procurare» l'ingresso¹¹⁰, anche solo nel fornire loro utili indicazioni sulla direzione da seguire) non sarebbe coperta dallo stato di necessità (né, tantomeno, dall'adempimento di un dovere). Del resto, proprio l'assenza di prove in merito alle condizioni di pericolo nelle quali si sarebbero trovati i migranti aiutati da Cédric Herrou era stata valorizzata del Tribunale di Nizza come ostativa al riconoscimento dello stato di necessità in favore dell'imputato. Si pensi, ancora, al caso in cui taluno aiuti un richiedente asilo ad allontanarsi dal Paese nel quale teme di subire persecuzioni, procurandogli documenti falsi o trasportandolo, nascosto, a bordo della propria automobile: anche qui, in assenza di un pericolo imminente, potrebbe essere assai difficile argomentare la liceità della condotta al metro dell'art. 54 c.p.; mentre, come visto, ad oggi la giurisprudenza sembra orientata ad escludere l'illegalità dell'ingresso del richiedente asilo solo laddove vengano effettivamente accertati i requisiti per ottenere la protezione internazionale¹¹¹.

Concludendo sul punto, mantenere immutata la formulazione attuale dell'art. 12, comma 2, t.u. imm., ossia escludere l'esimente umanitaria in *ogni* caso in cui la condotta si concretizzi in un contributo all'*in-*

¹⁰⁹ Per il dibattito sul punto v. *supra*, cap. III, par. 2.2.

¹¹⁰ V. *supra*, cap. II, par. 3.2.1.

¹¹¹ V. *supra*, cap. III, par. 4.1.

gresso in Italia, significa accettare l'idea che – in situazioni come quelle descritte ed in molte altre analoghe – la tutela delle frontiere prevalga sulla finalità di evitare l'insorgere di possibili (e niente affatto improbabili in quei contesti) pericoli per le persone coinvolte. Una soluzione evidentemente inaccettabile alla luce dei richiamati diritti di rango costituzionale e sovranazionale che non possono sistematicamente soccombere, nel bilanciamento al quale è chiamato il legislatore quando disciplina i flussi migratori, rispetto alla tutela delle frontiere.

Si consideri, infine, che l'eliminazione del limite territoriale dall'art. 12, comma 2, t.u. imm., e la conseguente espansione della scriminante umanitaria anche a condotte di aiuto all'*ingresso* irregolare, avrebbe l'effetto di allineare la previsione italiana alle più avanzate legislazioni europee in materia, a loro volta attuative della facoltà concessa dalla direttiva 2002/90/CE di prevedere un'esimente umanitaria proprio per tale categoria di ipotesi. Sebbene tale facoltà, come poc'anzi ricordato, sia stata finora esercitata da pochi ordinamenti, e tendenzialmente con soluzioni restrittive, giova ricordare anche in questa sede alcune previsioni caratterizzate da ambiti di applicazione molto ampi: in Belgio, ad esempio, sono considerate lecite le condotte poste in essere con finalità umanitaria «prevalente»; in Spagna quelle con finalità umanitaria «esclusiva»; ancora, in Finlandia sono considerate lecite tutte le condotte compiute con finalità umanitaria, o di solidarietà familiare, tenuto altresì conto delle condizioni di sicurezza nel Paese di provenienza del migrante¹¹². Soprattutto, in nessuno di questi tre casi è prevista una limitazione territoriale come quella vigente in Italia.

Alla luce di quanto rilevato, la soluzione per il ripristino della legittimità costituzionale pare potersi correttamente individuare nella richiesta al Giudice delle leggi di dichiarare l'illegittimità dell'art. 12, comma 2, t.u. imm. nella parte in cui prevede che 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», anziché le medesime attività «prestate nei confronti degli stranieri, ancorché privi di titolo di ingresso o permanenza sul territorio, in condizioni di bisogno».

¹¹² Per i rispettivi riferimenti normativi, v. *supra*, cap. I, par. 4.

8. *La sproporzione delle pene previste dall'art. 12 t.u. imm.*

Fino a qui l'attenzione è stata rivolta ai vizi di sproporzione che affliggono le scelte di criminalizzazione sottese al *Facilitators Package*, e dunque, a cascata, alle norme penali che ne costituiscono attuazione a livello nazionale, incluso l'art. 12, comma 1, t.u. imm. Nel prosieguo si concentrerà l'attenzione su tale fattispecie delittuosa al fine di mettere in luce i profili di illegittimità che ne intaccano il trattamento sanzionatorio, tanto quello previsto per l'ipotesi base di cui al comma 1, quanto quello previsto per le circostanze aggravanti speciali di cui al comma 3.

Il tema, come visto nella prima sezione del presente capitolo, è stato recentemente affrontato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 63/2022, che ha messo in luce l'irragionevole parificazione punitiva tra le circostanze aggravanti dell'utilizzo di «servizi internazionali di trasporto» o di «documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti» di cui all'art. 12, comma 3, lett. d), da un lato; e altre circostanze aggravanti, previste dal medesimo comma 3, imperniate sull'offesa arrecata a beni giuridici personali ovvero indicative di «*scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti*»¹¹³, dall'altro lato. Il carattere circoscritto del quesito di legittimità formulato dal giudice *a quo* non ha peraltro impedito alla Consulta di individuare il fondamento del *decisum* in una considerazione di assai più ampio respiro, ossia – giova ricordarlo – «*l'evidente distinzione, sul piano criminologico, tra due fenomeni radicalmente diversi*: «*da un lato, l'aiuto all'ingresso illegale nel territorio dello Stato compiuto in favore di singoli stranieri, per finalità in senso lato altruistiche; e dall'altro, l'attività posta in essere a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati nei confronti di un numero più o meno ampio di migranti destinati a essere trasportati illegalmente nel territorio dello Stato*»¹¹⁴. Oltre che un fondamentale punto di arrivo, allora, la sentenza in parola rappresenta un fecondo punto di partenza per provare a sondare ulteriormente la ragionevolezza delle scelte legislative sul *quantum* sanzionatorio impresse nell'art. 12, commi 1 e 3, t.u. imm.

¹¹³ Corte cost. n. 63/2022, cons. in dir., n. 4.3.

¹¹⁴ Cons. in dir., n. 4.5.

8.1. *La sproporzione della cornice edittale della fattispecie base.*

La sproporzione della pena edittale prevista per la fattispecie base di favoreggiamento – reclusione da due a sei anni, per effetto delle modifiche introdotte dal d.l. n. 20/2023, conv. con modif. dalla legge n. 50/2023, nonché multa di 15 mila euro per ogni persona trasportata – emerge sia conducendo un sindacato di ragionevolezza di stampo tradizionale, ossia basato sul confronto della norma censurata con un *tertium comparationis*; sia all’esito di un sindacato di ragionevolezza a carattere intrinseco, ossia basato sul confronto tra la pena e il disvalore delle condotte per le quali è comminata¹¹⁵. Nel prosieguo, per chiarezza espositiva, i due ragionamenti verranno condotti separatamente, fermo restando che entrambi, nella prospettiva qui adottata, condividono la medesima natura di limite negativo alla discrezionalità del legislatore, *sub specie* di diritto fondamentale dei consociati a non subire pene manifestamente sproporzionate¹¹⁶, e di riflesso convergono nell’evidenziare il medesimo *vulnus* costituzionale.

8.1.1. *L’irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio tra autore del favoreggiamento e straniero favorito.*

Conviene prendere le mosse da uno schema di giudizio, quello triadico o di proporzionalità “ordinale” con il quale storicamente la

¹¹⁵ Per un’ampia ricostruzione ragionata dell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla proporzionalità della pena, V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019, 349 s., 365 ss.; sull’opportunità di un affrancamento terminologico dalla categoria della “ragionevolezza”, nel contesto dei giudizi di proporzionalità, avendo gli stessi ormai raggiunto autonomia concettuale, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 238; da ultimo, per un’analisi critica della giurisprudenza delle corti superiori in materia di proporzionalità sanzionatoria, v. N. RECCHIA, *La proporzionalità sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2022, 871-898.

¹¹⁶ Si tratta dell’impostazione di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 226-232, dove è altresì offerto uno sguardo d’insieme sui fondamenti normativi di tale diritto, rintracciabili nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Allo stesso lavoro monografico si rinvia per le ragioni a sostegno della legittimazione delle corti costituzionali al controllo sulla proporzionalità delle sanzioni penali (pp. 306-324). Per un’impostazione parzialmente difforme, che considera la proporzionalità della pena alla stregua di una garanzia, e segnatamente un limite dei limiti (*Schranken-Schranke*) che lo Stato può legittimamente imporre ai diritti fondamentali, v. N. RECCHIA, *La proporzionalità sanzionatoria*, cit., 875.

Corte costituzionale (non solo quella italiana) ha maggiore familiarità¹¹⁷.

Come ampiamente illustrato, la fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12, comma 1 è strutturata come tentativo di procurare l'ingresso nel territorio nazionale di uno straniero privo di titolo per entrarvi¹¹⁸. Da un lato, dunque, l'art. 12, comma 1 rende punibili condotte che altrimenti non lo sarebbero, tenuto conto della natura contravvenzionale del reato di ingresso irregolare (art. 10-*bis* t.u. imm.) e della conseguente non configurabilità, rispetto a tale fattispecie, del tentativo (e dunque nemmeno del *concorso* nel tentativo); dall'altro lato, e soprattutto, introduce un trattamento sanzionatorio *ad hoc* per il soggetto che compie atti diretti a procurare l'ingresso irregolare, marcatamente più severo di quello riservato allo straniero favorito e dunque in deroga ai principi generali sul concorso di persone nel reato fissati dall'art. 110 c.p. (si passa infatti da una contravvenzione presidiata dall'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, ad un delitto punito, come poc'anzi ricordato, con la reclusione da due a sei anni e la multa di 15.000 euro per ogni straniero favorito).

Alla luce di tali premesse, sorge spontaneo chiedersi a quale *ratio* politico-criminale risponda la scelta di punire più gravemente colui che procura (o tenta di procurare) un ingresso irregolare, rispetto a colui che effettivamente varca la frontiera senza averne titolo; e, soprattutto, se tale *ratio* possa assurgere a ragionevole giustificazione di un così marcatamente diverso regime sanzionatorio. Ci muoviamo, dunque, sul terreno più tradizionale del controllo di costituzionalità relativo al *quantum* della sanzione penale, basato sul confronto tra la fattispecie censurata e un *tertium comparationis*; un controllo volto a rintracciare eventuali disarmonie sanzionatorie del catalogo legislativo, censurabili ai sensi dell'art. 3 Cost. allorquando si risolvano in «*sperquazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione*»¹¹⁹.

Una ragionevole giustificazione risulterebbe facilmente rintracciabi-

¹¹⁷ La distinzione tra proporzionalità "ordinale" e "cardinale" riflette, nella giurisprudenza anglosassone, la nostra dicotomia tra giudizio triadico e giudizio intrinseco: sul punto, anche per gli imprescindibili approfondimenti comparatistici, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 160-171; 261-274.

¹¹⁸ V. *supra*, cap. II, par. 3.2.1.

¹¹⁹ Corte cost., 19 marzo 2012, n. 68, cons. in dir., n. 4. Sul tema, V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, cit., 357 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012, 178 ss.

le se il fatto tipico del favoreggiamento fosse arricchito da elementi capaci di limitarne la portata applicativa alle ipotesi di vero e proprio *traffico di migranti*: se cioè il legislatore avesse configurato la fattispecie *ex art. 12, comma 1, t.u. imm.* in maniera tale da colpire soltanto coloro che, agendo per scopo di lucro, si collocano a vario titolo nel *network* criminale internazionale da cui scaturisce il mercato nero delle migrazioni irregolari. Tali condotte, infatti, non solo mettono in pericolo l'integrità delle frontiere in maniera qualitativamente superiore rispetto all'ingresso irregolare autonomamente compiuto dal singolo straniero; ma presentano altresì carattere plurioffensivo, poiché, almeno in base all'*id quod plerumque accidit*, espongono i migranti a pericoli per la loro vita e integrità psico-fisica.

Sennonché, la nozione di favoreggiamento *ex art. 12, comma 1* è stata costruita in maniera tale da attrarre al suo interno un ventaglio molto più ampio di condotte, che spaziano dall'estremo dello *smuggling* vero e proprio fino all'estremo opposto dell'aiuto per finalità umanitarie o comunque genuinamente altruistiche. Soprattutto, nella prospettiva del *quantum* sanzionatorio, è bene ricordare che la cornice edittale dell'*art. 12, comma 1* esaurisce il trattamento sanzionatorio delle sole condotte caratterizzate da un disvalore minimo, mentre la maggior parte delle vicende concrete sono destinate ad essere attratte dalle capienti circostanze aggravanti speciali di cui ai successivi commi 3, *3-bis* e *3-ter*¹²⁰. Le condotte che ricadono nel (solo) comma 1 risultano pertanto difficilmente distinguibili, sotto il profilo dell'oggettività giuridica (l'ordinata gestione dei flussi migratori, *sub specie* di funzione di sorveglianza e tutela delle frontiere spettante allo Stato)¹²¹ e dell'intensità dell'offesa (a tutto concedere, pericolo concreto)¹²², dal c.d. reato di clandestinità commesso in prima persona dallo straniero (assunto, come detto, a *tertium comparationis*).

Si potrebbe invero ritenere che il legislatore, nell'esercizio della propria insindacabile discrezionalità politica, sia libero di considerare più rimproverabile colui che aiuta taluno a commettere l'illecito, rispetto a colui che, in prima persona, viola le frontiere perseguendo una naturale propensione al miglioramento delle proprie condizioni di vita. Si tratterebbe, *mutatis mutandis*, della medesima valutazione compiuta

¹²⁰ Sul carattere tendenzialmente recessivo dell'*art. 12, comma 1, t.u. imm.*, a vantaggio delle ipotesi aggravate, v. *supra*, cap. II, par. 8; cap. III, par. 7.

¹²¹ Sulla sostanziale coincidenza tra l'oggettività giuridica dell'*art. 12, comma 1, t.u. imm.* e quella dell'*art. 10-bis t.u. imm.*, v. *supra*, cap. II, par. 3.2.2.

¹²² V. ancora *supra*, cap. II, par. 3.2.2.

con riguardo ai rapporti tra la fattispecie di evasione (art. 385 c.p.) e quella di *procurata* evasione (art. 386 c.p.), dove l'anelito di libertà sottostante alla prima giustifica il trattamento sanzionatorio più mite ad essa riservato¹²³. Tali considerazioni, se per un verso giustificano, sul piano astratto, la legittimità di scelte politico-criminali improntate ad una ragionevole differenziazione tra concorrenti nella medesima offesa, per altro verso non esauriscono il giudizio in ordine al buon governo che il legislatore abbia fatto della propria discrezionalità. Invero, mentre con riguardo ai rapporti tra gli artt. 385 e 386 c.p. lo *scarto sanzionatorio* risulta ragionevolmente contenuto (si tratta in entrambi i casi di delitti, e si passa dalla reclusione da uno a tre anni a quella da sei mesi a cinque anni), altrettanto non si può certo dire con riguardo ai rapporti tra gli artt. 10-*bis* e 12 t.u. imm.: qui infatti assistiamo (giova rammentarlo) ad una mutazione del tipo di illecito (da contravvenzione a delitto), accompagnata da un radicale cambio di passo sul fronte sanzionatorio (dalla sola pena pecuniaria di modesto importo, alla pena detentiva congiunta a quella pecuniaria, di rilevante importo). Un divario così ampio non può che colorare di manifesta irragionevolezza la scelta di far ricadere nell'art. 12 anche le condotte di *mero aiuto all'ingresso*, prive cioè di un sufficiente *differenziale di disvalore* rispetto a quelle ricadenti nell'art. 10-*bis*.

¹²³ In questo senso F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, XV ed. (aggiornata e integrata a cura di C.F. GROSSO), Giuffrè, 2008, 583; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Zanichelli, 2021, 443. Gli altri casi nei quali la Consulta ha già avuto occasione di occuparsi di questioni per certi aspetti analoghe a quella appena prospettata riguardavano differenze di trattamento sul piano dell'*an* e non del *quantum* della sanzione. Si trattava cioè di ipotesi riconducibili allo schema del concorso in un fatto penalmente irrilevante (perché lecito o perché soggetto a sanzione amministrativa). In questa prospettiva è stata giudicata legittima la disparità di trattamento generata dal referendum sulle sostanze stupefacenti del 1993 (referendum abrogativo indetto con d.P.R. 25 febbraio 1993, il cui esito è stato sancito dal d.P.R. 5 giugno 1993, n. 171), che ha depenalizzato l'acquisto e la detenzione per uso personale, a fronte della perdurante rilevanza penale della cessione a titolo gratuito di modica quantità (attività logicamente e necessariamente propedeutica all'uso personale depenalizzato): la Corte ha infatti ritenuto che la scelta di «ostacolare in ogni caso la fase terminale costituita dalla distribuzione al minuto» fosse coerente con l'obiettivo di politica criminale legittimamente perseguito dal legislatore, ossia «il contrasto della diffusione della droga» (sent. n. 296/1996). Più di recente, i Giudici delle leggi non hanno ravvisato profili di irragionevolezza nella criminalizzazione del favoreggiamento di un'attività di per sé lecita come la prostituzione, in quanto coerente con l'approccio (c.d. abolizionista) che si prefigge di eliminare la compravendita di prestazioni sessuali non già colpendo «quelle che sono in realtà vittime del sistema sociale», bensì «reprimendo severamente le attività ad essa collegate – quali l'induzione, il lenocinio, lo sfruttamento o anche il semplice favoreggiamento (le “condotte parallele”) – così da non consentire alla prostituzione di svilupparsi e di proliferare» (sent. n. 141/2019).

Né si potrebbe sostenere che la discrezionalità del legislatore italiano sia sul punto vincolata dal *Facilitators Package*. Al contrario: l'obbligo di prevedere sanzioni *detentive* scatta, ai sensi della decisione quadro 946/2002/GAI, soltanto per le condotte più gravi, individuate proprio attraverso gli elementi caratteristici dello *smuggling* (ossia lo scopo di lucro, accompagnato alternativamente dalla presenza di un'organizzazione criminale o dal rischio per la vita dei migranti: cfr. art. 1, par. 3). Ne deriva che nulla avrebbe impedito al legislatore italiano, anche sotto il profilo dell'adempimento degli obblighi di incriminazione di fonte europea, di avvicinare la risposta sanzionatoria prevista per il favoreggiamento base a quella prevista per l'omogeneo reato *ex artt.* 110, 10-*bis*.

Tanto è vero che in questo senso si sono orientati altri Stati membri dell'Unione europea aventi tradizione giuridica vicina a quella italiana: in base ai dati raccolti dalla Commissione europea nel 2017, sette Stati prevedono alternativamente la pena detentiva o pecuniaria (Germania, Spagna, Paesi Bassi, Svezia, Finlandia, Estonia, Lituania); mentre altri sei prevedono la possibilità di applicarle congiuntamente o alternativamente (Belgio, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Cipro, nonché, al di là della sua recente uscita dall'Unione, Regno Unito)¹²⁴. Significativamente, in Germania è prevista un'autonoma ipotesi di favoreggiamento solo in presenza di dolo di profitto (e in altri casi aggravati), mentre per le ipotesi base trova applicazione la disciplina generale del concorso di persone nel reato di immigrazione irregolare¹²⁵: un risultato analogo a quello che si otterrebbe in Italia attraverso il già richiamato schema generale *ex artt.* 110 c.p., 10-*bis*.

Per completezza occorre evidenziare che un ulteriore profilo di irragionevole parificazione sanzionatoria, in questo caso tutta "interna" al-

¹²⁴ EU Commission, *EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package* (2017), pp. 84-87.

¹²⁵ Tale risultato è ottenuto attraverso il combinato disposto degli artt. 26 e 27 StGB, che disciplinano il concorso di persone, con l'art. 95, par. 1, n. 3 della legge in materia di immigrazione (*Aufenthaltsgesetz*), che punisce con un anno di reclusione, o in alternativa con la pena pecuniaria, il reato di ingresso irregolare. Il delitto di *smuggling of migrants* è autonomamente punito con pene più severe (da tre mesi a cinque anni di reclusione) ai sensi successivo art. 96, e la sua integrazione dipende dalla finalità di profitto, dalla reiterazione delle condotte ovvero dall'elevato numero di persone trasportate. Per un'analisi della normativa tedesca v. A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., 159-161. Il testo delle disposizioni citate è reperibile, anche con traduzione inglese ufficiale, al seguente indirizzo: https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/index.html.

la disciplina del favoreggiamento dell'ingresso irregolare, potrebbe riguardare le diverse condotte specificamente tipizzate dall'art. 12, comma 1, t.u. imm. In particolare, appare irragionevole la previsione della stessa cornice edittale per le condotte che sottendono l'esistenza di un minimo di struttura organizzativa e di poteri direttivi in capo all'agente (promozione, direzione, organizzazione [...] del trasporto) e le condotte compatibili con contributi di carattere meramente esecutivo e occasionale (finanziamento e, soprattutto, mera effettuazione del trasporto). Detto altrimenti, si potrebbe censurare come irragionevole la deroga che l'art. 12, comma 1 introduce rispetto al regime generale di trattamento differenziato tra concorrenti nello stesso reato previsto dall'art. 112 c.p. L'utilizzabilità di quest'ultima disposizione quale *tertium comparationis* discende sia dal fatto che l'art. 12, comma 1 rappresenta un reato necessariamente plurisoggettivo (improprio); sia dal fatto che, nel configurarlo, il legislatore si è avvalso di terminologia identica a quella prevista dall'art. 112 c.p. per distinguere (anziché parificare) i ruoli dei concorrenti *quoad poneam*. Per quanto anche questo profilo di irragionevolezza appaia meritevole di attenzione, esso risulta senz'altro meno smaccato (e dunque forse meno "manifesto") rispetto a quello, più diffusamente esaminato, che si viene a determinare tra l'autore del favoreggiamento e lo straniero favorito.

8.1.2. *La sproporzione "intrinseca" della cornice edittale nella prospettiva della finalità rieducativa della pena.*

Come già anticipato, in anni recenti, con sempre maggiore frequenza, la Corte costituzionale si è aperta ad un controllo sulla proporzionalità della pena basato su un sindacato intrinseco di ragionevolezza, agguinzando così al tradizionale schema c.d. triadico un più incisivo¹²⁶

¹²⁶ L'impatto del nuovo approccio è reso evidente dalla serie di *declaratorie di illegittimità* che ha finora prodotto: Corte cost. n. 236/2016, che ha dichiarato illegittima la pena edittale prevista dall'art. 567, comma 2, c.p. per l'alterazione di stato civile del minore mediante falso, sostituendola con quella più mite di cui al comma 1 della stessa disposizione; Corte cost. n. 222/2018, che ha dichiarato illegittima la previsione di pene accessorie di durata *pari a* dieci anni, anziché *fino a* dieci anni, per i delitti di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216, ult. comma, l.f.; Corte cost. n. 40/2019, che ha dichiarato illegittima la pena minima di otto anni prevista per le fattispecie di cui all'art. 73, comma 1, t.u. stupefacenti, sostituendola con quella di sei anni; Corte cost. n. 112/2019, che ha dichiarato l'illegittimità delle sanzioni amministrative "punitive" previste per l'abuso di informazioni privilegiate dall'art. 187-*sexies* t.u.i.f., segnatamente la previsione della confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, anziché del solo profitto; Corte cost. n. 185/2021, che ha dichiarato illegittima, senza peraltro sostituirla e

schema diadico o binario di valutazione del corretto esercizio della discrezionalità legislativa in punto di comminatoria edittale alla luce del disvalore del fatto¹²⁷. Il parametro di tale giudizio è stato individuato nel combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., capace di offrire una visuale teleologica della proporzionalità sanzionatoria, nel senso che «una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa»¹²⁸. Ulteriore parametro di riferimento, trattandosi di materia in cui gli Stati membri attuano il diritto dell'Unione europea, è rappresentato dal divieto di pene sproporzionate sancito dall'art. 49, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali UE¹²⁹, disposizione che la

dundue limitandosi a espungerla dall'ordinamento, la sanzione (formalmente) amministrativa fissa di 50.000 euro prevista dall'art. 7, comma 6 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. decreto Balduzzi), conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189, a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse, per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d'azzardo; Corte cost. n. 95/2022, che, pur nell'ambito di un sindacato principalmente triadico, ha ritenuto illegittima la sanzione amministrativa pecuniaria («a carattere punitivo») prevista per la fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza di cui all'art. 726 c.p. anche in ragione della sua manifesta sproporzione rispetto al «limitato disvalore» della condotta, sostituendola con quella prevista per la fattispecie di atti osceni colposi (art. 527, comma 3 c.p.).

¹²⁷ Per una lucida analisi delle diverse tipologie di sindacato ormai rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, accompagnata da puntuali moniti in ordine ai loro delicati rapporti con il “merito” legislativo (e da un certo scetticismo rispetto alla possibilità di abbandonare il modello triadico nel contesto del sindacato sul *quantum* sanzionatorio), v. R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato 'intrinseco' sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 977 ss.; sul sindacato intrinseco di ragionevolezza riferito all'intero ordinamento (e non solo al diritto penale), v. M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, 2016, 468-469; sulla proporzionalità come «idea guida» del rapporto tra delitti e pene, v. D. PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 49, 59; per una lettura che valorizza lo spostamento del baricentro del sindacato di costituzionalità sulla tutela dei diritti, v. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 791 ss.

¹²⁸ Corte cost. n. 222/2018, cons. in dir., n. 7.1. Nello stesso senso Corte cost. n. 236/2016 (sulla quale v. anche *infra* nel testo): «laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione ab initio del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta (sentenze n. 251 e n. 68 del 2012), del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa» (cons. in dir., n. 4.2).

¹²⁹ Per un quadro d'insieme sull'art. 49 CDF cfr. V. MITSILEGAS, E. BILLIS, *Art. 49*, cit., 1498-1505; T. LOCK, *Article 49 CFR*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, cit., 2231-2234; C. SOTIS, *I principi*

Consulta ha già avuto occasione di richiamare quale limite alla discrezionalità del legislatore italiano discendente dall'appartenenza all'Unione (artt. 11, 117 Cost.)¹³⁰.

Pionieristica, nella prospettiva del sindacato intrinseco sulla proporzionalità della pena, la sent. n. 341/1994, che ha ritenuto illegittima per sproporzione la pena minima prevista per l'oltraggio a pubblico ufficiale (sei mesi di reclusione), affermando che «*il principio di proporzionalità nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni*»¹³¹. Questo schema di giudizio può essere a nostro avviso efficacemente replicato rispetto alla fattispecie oggetto della presente disamina. Parafrasando la Corte costituzionale, si può infatti sostenere che l'art. 12, comma 1, t.u. imm., pur essendo presumibilmente idoneo a dispiegare una certa efficacia deterrente rispetto alle condotte agevolatrici di ingressi irregolari, nondimeno produca svantaggi, in termini di sacrificio dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti (tanto l'autore del reato, quanto gli stessi migranti favoriti), superiori rispetto ai vantaggi inerenti alla tutela dell'ordine pubblico *sub specie* di integrità delle frontiere; e così facendo pregiudichi irrimediabilmente, *ab initio*, quel processo rieducativo che invece dovrebbe perseguire.

di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2012, 111-122. In base a quanto previsto dalle Spiegazioni ufficiali relative alla Carta, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (C 303/17), l'art. 49, par. 3 «riprende il principio generale della proporzionalità dei reati e delle pene sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità».

¹³⁰ Cfr. sent. n. 112/2019, cons. in dir., n. 8.2.4. Sulla progressiva penetrazione nella giurisprudenza costituzionale dell'art. 49 CDF, anche (ma non solo) con riguardo al divieto di pene sproporzionate, v. già R. SICURELLA, *Art. 49. Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*, cit., 996-1001.

¹³¹ Cons. in dir., n. 2. Il principio, per vero, è testualmente già rinvenibile nella precedente sent. n. 409/1989, che aveva dichiarato illegittima la pena edittale (da due a quattro anni di reclusione) prevista per il delitto di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza (art. 8, comma 2, legge 15 dicembre 1972, n. 772, recante «Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza»). In quel caso, tuttavia, la Corte si era avvalsa dello schema triadico, utilizzando quale *tertium comparationis* il reato di mancanza alla chiamata di cui all'art. 151 c.p.m.p., presidiato da una pena significativamente più mite (da sei mesi a due anni di reclusione) pur a fronte di assimilabili modalità di lesione dello stesso interesse (la regolare incorporazione degli obbligati al servizio di leva nell'organizzazione militare).

Al fine di pervenire a tale conclusione, conviene anzitutto soffermarsi più da vicino sulle scansioni fondamentali che caratterizzano il sindacato della Corte costituzionale in materia di proporzionalità sanzionatoria “intrinseca”. Soccorre, a tal fine, la già menzionata sent. n. 236/2016, che ha sviluppato e portato a compimento gli “spunti” di cui alla sent. n. 341/1994¹³², dichiarando l’illegittimità costituzionale del quadro edittale previsto per il delitto di alterazione di stato civile di un neonato realizzato mediante falsità nella formazione dell’atto di nascita (art. 567, comma 2, c.p.). In quella sede la Corte ha articolato il proprio sindacato in due passaggi fondamentali. Anzitutto ha ritenuto che la fattispecie incriminatrice fosse talmente ampia da attrarre anche condotte caratterizzate da un disvalore minimo, segnatamente quelle in cui «*l’obiettivo dell’agente – sia pur perseguito, in un’ottica scorretta, mediante la commissione di un falso – sia effettivamente quello di attribuire un legame familiare al neonato, che altrimenti ne resterebbe privo*»¹³³. In secondo luogo, proprio rispetto a tali situazioni contrassegnate da minore disvalore, la Consulta ha statuito che «*l’applicazione, pur nel minimo edittale, della sanzione stabilita dalla disposizione censurata risulta manifestamente irragionevole per eccesso, in violazione dell’art. 3 Cost., e si pone altresì in contrasto con il principio della finalità rieducativa della pena, poiché ingenera nel condannato la convinzione di essere vittima di un ingiusto sopruso, sentimento che osta all’inizio di qualunque efficace processo rieducativo, in violazione dell’art. 27 Cost.*»¹³⁴.

Attraverso tale scansione motivazionale “bifasica” la Corte ha offerto un importante contributo alla cristallizzazione dei passaggi fondamentali in cui si articola la verifica in ordine alla violazione del *divieto di comminare pene manifestamente sproporzionate per eccesso*: anzitutto occorre individuare, all’interno del perimetro tracciato dalla fattispecie

¹³² Così F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2, 2017, 65. La soluzione cui è pervenuta la Corte ha raccolto i consensi dei commentatori, benché con alcuni distinguo e precisazioni con riferimento agli argomenti utilizzati per giungervi: cfr. E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1961; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2108 ss.; M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2016, 19; D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 53; G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont. (arch.)*, 22 dicembre 2017, 13; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 200.

¹³³ Cons. in dir., n. 4.2.

¹³⁴ *Ibidem*.

astratta, quelle «*classi di ipotesi*», o di «*sottofattispecie*», che si collocano «*nel livello più basso tra le fasce di gravità in cui i casi rientranti nella fattispecie possono idealmente ordinarsi*»¹³⁵; in secondo luogo occorre verificare se, rispetto a tali classi di ipotesi, il giudice sia comunque costretto a irrogare una pena che, pur attestandosi sul minimo edittale, appaia comunque eccessiva in rapporto alla gravità del fatto¹³⁶.

Ebbene, non solo tale scansione appare riproducibile anche rispetto all'art. 12, comma 1, t.u. imm.; ma, e soprattutto, i suoi risultati conducono, a parere di chi scrive, a ravvisare nella sua cornice edittale la manifesta sproporzione nella quale si sostanzia il *vulnus* agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. Invero, le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso irregolare caratterizzate da un disvalore particolarmente tenue sono precipuamente quelle in cui l'autore del reato agevola o tenta di agevolare l'ingresso, non in quanto animato da finalità di ingiusto profitto, bensì in quanto persegue scopi solidaristici o umanitari, a beneficio di soggetti in pericolo o comunque portatori di vulnerabilità, come i minori o coloro che provengono da Paesi insicuri. Notevole, ci pare, l'affinità di tali ipotesi con quelle prese in considerazione dalla Corte costituzionale: l'obiettivo dell'agente, infatti, seppur «scorrettamente perseguito» attraverso la commissione di un illecito, è in ultima analisi quello di favorire un soggetto bisognoso. Che la distinzione tra trafficanti e agevolatori per finalità altruistica non sia arbitraria e soprattutto debba trovare riflesso nelle comminatorie edittali lo ha confermato, da ultimo, la stessa Consulta, facendone uno dei capisaldi, come già ricordato, della sent. n. 63/2022. Del resto, non si vede quale utile funzione potrebbe svolgere, sotto il profilo della necessaria finalità rieducativa, una sanzione rivolta a chi, al fine non già di avvantaggiare se stesso bensì di assistere una persona bisognosa, abbia commesso un illecito il cui disvalore risiede nella violazione della disciplina amministrativa che regola l'ingresso degli stranieri nel territorio.

È certamente vero – si anticipa qui una possibile obiezione al ragionamento condotto – che nel caso deciso dalla sent. n. 236/2016 il quadro edittale era molto più severo di quello previsto dall'art. 12, comma 1, t.u. imm. (l'art. 567, comma 2 prevedeva infatti la reclusione da cin-

¹³⁵ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta*, cit., 66.

¹³⁶ V. ancora F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 263, il quale evidenzia la centralità del *minimo* edittale ai fini del giudizio di proporzionalità, trattandosi della «risposta sanzionatoria che il legislatore ritiene in linea di principio appropriata anche per i fatti concreti che si situano al livello più basso nella scala di disvalore dei fatti comunque compresi dalla fattispecie astratta».

que a quindici anni). Tuttavia, per quanto non si possa dubitare che in quel caso il giudizio di sproporzione fosse *ictu oculi* più agevole, è bene sottolineare che il controllo sulla proporzionalità della pena ha necessariamente carattere *relativo*: sicché è possibile che una sanzione di per sé contenuta (peraltro oggetto, come visto, di un recente ritocco al rialzo anche nel minimo edittale, ora pari a due anni di reclusione, oltre alla pena pecuniaria) sia comunque eccessiva se parametrata all'esiguo disvalore del fatto; come del resto dimostra il precedente di cui alla citata sent. n. 341/1994, che ha censurato il minimo edittale di soli sei mesi di reclusione previsto per la fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale.

8.1.3. *I possibili sbocchi decisori.*

Il *vulnus* di costituzionalità rilevato potrebbe essere eliminato da una pronuncia manipolativa che, evitando indesiderabili vuoti di tutela, ristabilisca la proporzione della risposta sanzionatoria, senza sconfinare nell'area del merito legislativo¹³⁷. Si consideri, a tale proposito, che le descritte affinità, sul piano della struttura e dell'oggettività giuridica, intercorrenti tra il favoreggiamento dell'ingresso irregolare ed il concorso materiale nel reato di clandestinità, consentono di estendere al primo lo stesso apparato sanzionatorio del secondo, in base all'ormai consolidato schema delle "rime adeguate", avendo a disposizione un sicuro punto di riferimento, rinvenibile nell'ordinamento positivo, idoneo ad eliminare la manifesta irragionevolezza riscontrata¹³⁸. Detto al-

¹³⁷ Per un'istruttiva disamina dei possibili rimedi alla sproporzione sanzionatoria, suddi-
visi in caducatori, manipolatori o meramente monitori, v. N. RECCHIA, *La proporzione san-
zionatoria*, cit., 882-887.

¹³⁸ Giova a tale proposito ricordare come la stessa Corte si sia progressivamente affran-
cata dal rigido schema delle "rime obbligate", ritenendo sufficiente (e peraltro «*essenzia-
le*») che l'ordinamento metta disposizione «*precisi punti di riferimento e soluzioni già esi-
stenti*», e non necessariamente «*un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di
sostituirsi a quella dichiarata illegittima*», così da consentire alla Corte «*di porre rimedio nel-
l'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di
volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia*» (Corte cost.
n. 222/2018, cons. in dir. n. 8.1, con richiami alla sent. n. 236/2016); nello stesso senso, più
di recente, Corte cost. n. 40/2019 (cons. in dir., n. 4.2); Corte cost. n. 95/2022 (cons. in
dir., n. 5, dove la Corte ha ribadito, in contrapposizione allo schema delle "rime obbliga-
te", che ai fini della correzione del vizio di sproporzione, è «*sufficiente la presenza nell'or-
dinamento di una o più soluzioni "costituzionalmente adeguate", che si inseriscano nel tessuto
normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore*»). L'inizio della nuova sta-
gione è registrato dalla relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019 (28 aprile
2020): «*Proseguendo lungo una linea di sviluppo già affermata negli ultimi anni, la Corte, a*

trimenti, si tratta di un caso in cui il *tertium comparationis*, oltre a (contribuire a) dimostrare, a monte, il vizio di sproporzione, fornisce altresì, a valle, il riferimento di diritto positivo per un intervento di tipo “ortopedico”¹³⁹. In conclusione, quanto alla *fattispecie base* di cui all’art. 12, comma 1, proporzionata al disvalore del fatto sarà la *stessa pena che sarebbe applicabile a titolo di concorso di persone nell’art. 10-bis*¹⁴⁰.

Si noti che tale soluzione, oltre a ricondurre a coerenza le scelte sanzionatorie delineate dall’ordinamento penale a tutela del bene giuridico dell’ordinata gestione dei flussi migratori, mantenendosi al contempo nei margini di apprezzamento statale concessi dagli obblighi di incriminazione europei (i quali, giova ricordarlo, *non* impongono l’adozione di sanzioni *detentive* ai di fuori dei casi più gravi: v. *supra*, par. 8.1.1), soddisfa anche l’inequivoca volontà del legislatore italiano di configurare un reato a consumazione anticipata: la pena dell’ammenda da 5.000 a 10.000 euro, infatti, troverebbe applicazione non soltanto a fronte di un ingresso *compiuto* (come accadrebbe se l’imputazione fosse formalizzata *ex artt.* 110 c.p., 10-*bis* t.u. imm.), bensì già in presenza di *atti diretti a procurare* l’ingresso irregolare. Giova infine sottolineare come tale intervento manipolativo non influirebbe negativamente sul contrasto alle (autentiche) con-

*fronte di un vizio di illegittimità costituzionale, non si astiene dal decidere nel merito per mancanza di “soluzioni costituzionalmente obbligate”, ovvero di risposte a “rime obbligate”, per riprendere una fortunata espressione di Vezio Crisafulli. Mentre in passato la Corte, trovandosi davanti a una pluralità di alternative possibili per rimediare al vizio di incostituzionalità tendeva ad arrestarsi sulla soglia della inammissibilità, ora sempre più frequentemente, pur in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, la Corte decide nel merito, poggiando su previsioni normative già presenti nell’ordinamento e specificamente già rinvenibili nello specifico settore oggetto del giudizio» (p. 9). Sulla “rimeditazione” in atto della dottrina delle “rime obbligate”, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 286-294; D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 101 ss.*

¹³⁹ Su questa duplice funzione del *tertium comparationis*, cfr. V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, cit., 358; sulla garanzia offerta da tale schema rispetto ai rischi di indebite invasioni nel merito delle scelte politico-criminali, cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110; R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 978; F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell’art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1242-1243.

¹⁴⁰ Si tratta di un *modus operandi* assimilabile a quello adottato dalle già menzionate pronunce n. 236/2016 (che ha sostituito la cornice editale prevista dal censurato art. 567, comma 2 con quella più mite prevista dal comma 1 della stessa disposizione) e n. 222/2018 (che, in materia di pene accessorie per i delitti di bancarotta fraudolenta, ha sostituito la pena fissa dell’inabilitazione *pari a* dieci anni prevista dall’art. 216 l. fallim. con quella dell’inabilitazione *fino a* dieci anni prevista dagli artt. 217 e 218 della stessa legge). Per un quadro dei rimedi decisorii finora sperimentati dalla giurisprudenza costituzionale sulle pene sproporzionate per eccesso, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 280-282.

dotte di traffico di migranti, le quali continuerebbero ad essere sanzionate ai sensi delle ipotesi aggravate di cui ai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 12.

8.2. *La sproporzione delle circostanze aggravanti speciali relative al numero di concorrenti e al numero di migranti trasportati.*

Molte delle condotte mediante le quali si realizzano atti di soccorso o comunque di solidarietà a favore di stranieri irregolari sono suscettibili di ricadere in una o più delle circostanze aggravanti di cui all'art. 12, comma 3, dotate di un'autonoma e particolarmente severa cornice edittale: da sei a sedici di reclusione (per effetto, come già più volte ricordato, delle modifiche recentemente apportate dal d.l. n. 30/2023), congiuntamente alla multa di 15.000 euro per ogni straniero favorito; pene suscettibili di ulteriore aumento fino ad un terzo, e in tal caso non bilanciabili con eventuali attenuanti diverse da quelle *ex art.* 98 e 114 c.p., qualora ricorrano più ipotesi tra quelle indicate (art. 12, comma 3-*bis*).

Il riferimento, in particolare, è alle circostanze dell'ingresso irregolare di cinque o più persone (lett. *a*) e del concorso di tre o più persone (lett. *d*), prima parte). Si tratta di aggravanti potenzialmente applicabili, ad esempio, agli equipaggi delle ONG nella pressoché totalità dei casi in cui conducono in Italia i migranti soccorsi in mare. La sproporzione sanzionatoria che, come dimostrato, già emerge rispetto alla fattispecie base di cui al comma 1 dell'art. 12, risulta in questi casi – nient'affatto marginali – ancora più macroscopica. A queste disposizioni paiono, inoltre, facilmente trasferibili le considerazioni svolte dalla sent. n. 63/2022, precedentemente esaminata, a sostegno dell'illegittimità delle aggravanti previste dal medesimo comma 3, lett. *d*), seconda parte (l'utilizzo di servizi internazionali di trasporto o di documenti falsi o illegalmente ottenuti): anche il numero di soggetti trasportati e il numero di concorrenti, infatti, sono elementi non idonei, a differenza di altri elevati a circostanze dotate del medesimo trattamento sanzionatorio (si pensi all'esposizione dei migranti a pericolo per la vita o l'integrità fisica, ovvero alla loro sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti) a selezionare condotte integranti vero e proprio *smuggling of migrants*¹⁴¹. È pur vero che, nella stessa sent. 63/2022, la Consulta ha

¹⁴¹ In questo senso A. SPENA, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3, 2022, 267 (all'esito, peraltro, di un denso commento

ricompreso le aggravanti del numero di stranieri trasportati e di soggetti concorrenti nel novero di quelle che «*appaiono tutte evocare, secondo le verosimili intenzioni del legislatore, scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti*». Occorre tuttavia sottolineare che l'argomento era finalizzato a far risaltare il carattere eccentrico delle due circostanze oggetto di quel giudizio di legittimità rispetto a *tutte* le altre circostanze del comma 3; non invece ad affermare, *incidenter tantum*, la legittimità di queste ultime. Ed anzi, non si può non scorgere, nell'inciso che richiama le «*verosimili intenzioni*» del legislatore, una pur velata espressione di dubbio rispetto alla tenuta costituzionale della loro *ratio*. Certo, il dato numerico (relativo ai migranti irregolari o agli autori del reato) risulta in qualche modo rilevante sul piano del grado dell'offesa per l'integrità delle frontiere; eppure, ci si dovrebbe chiedere se ciò sia sufficiente per giustificare un così marcato scarto sanzionatorio rispetto alla fattispecie base (triplicazione del minimo e quasi triplicazione del massimo edittale). Inoltre, il carattere pur sempre monoffensivo di tali ipotesi rappresenta una differenza cruciale rispetto a quelle di cui alle lett. *b*) e *c*), che si fondano sull'offesa ai beni giuridici della vita, dell'integrità fisica e della dignità dei migranti: la previsione di un'identica cornice edittale per le une e per le altre risulta, pertanto, manifestamente irragionevole.

8.3. *La sproporzione delle pene previste dalla nuova fattispecie di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina».*

Alle censure di manifesta sproporzione non pare sottrarsi nemmeno la nuova fattispecie di cui all'art. 12-*bis* t.u. imm., introdotta, come già illustrato, all'indomani del naufragio verificatosi dinanzi alle coste del Comune di Cutro, al dichiarato scopo di punire più severamente gli "scafisti" ritenuti responsabili delle tragedie che spesso si consumano

nel quale l'autore sostiene che la distinzione tracciata dalla Consulta tra favoreggiamento occasionale e altruistico, da un lato, e traffico organizzato di migranti, dall'altro lato, pur condivisibile nei contenuti, risulti superflua ai fini della declaratoria di illegittimità che ha raggiunto le due aggravanti). Parimenti, ritiene affetta da vizio di sproporzione l'ipotesi di cui al comma 3, lett. *a*), in quanto potenzialmente applicabile alle condotte realizzate da associazioni non governative per fini umanitari, F. PARISI, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: la Corte costituzionale dichiara illegittima l'aggravante per chi agevola l'immigrazione utilizzando servizi di trasporto internazionale o documenti falsi*, in *Foro it.*, n. 9, 2022, 2668.

lungo le rotte migratorie del Mediterraneo¹⁴². Il *vulnus* discende, anche in questo caso, dalla portata dei *minimi* edittali, che, in ragione della loro spiccata severità, non consentono al giudice di calibrare la risposta sanzionatoria in maniera proporzionata alle condotte connotate da minore disvalore¹⁴³. Si pensi, in particolare, alla figura del migrante-scafista, costretto dai trafficanti o dalle circostanze concrete a porsi al timone o a svolgere altre piccole mansioni a bordo¹⁴⁴: mentre in passato, in caso di morte di più soggetti trasportati, la pena minima applicabile ai sensi dell'art. 12, comma 1 (pluriaggravato *ex* comma 3 dalla situazione di pericolo per la vita o l'integrità fisica, dalle condizioni inumane e degradanti di trasporto e, di regola, dalla presenza di cinque o più migranti a bordo), in combinato disposto con gli artt. 586 e 589 c.p., era pari a 5 anni e due giorni di reclusione¹⁴⁵; attualmente la pena minima per la stessa condotta balza a vent'anni di reclusione. Ancora, fuori dal contesto marittimo, si pensi all'escursionista che, imbattutosi in una famiglia di tre stranieri i quali tentano di attraversare il confine italo-francese percorrendo sentieri di montagna, si offre di accompagnarli a destinazione, scegliendo un percorso particolarmente impervio (e dunque esponendoli a pericolo) allo scopo di evitare la polizia di frontiera. Se durante la discesa uno dei tre stranieri scivola in un dirupo e muore, l'escursionista rischia, oggi, una pena minima di quindici anni di reclusione, mentre in precedenza la stessa condotta sarebbe stata punibile con la pena minima di cinque anni e un giorno di reclusione¹⁴⁶. Per queste e altre analoghe situazioni appaiono, in conclusione, riproducibili gli argomenti sopra proposti con riferimento alla sproporzione delle pene di cui all'art. 12, commi 1 e 3: invero, pur trattandosi in questi casi di fatti plurioffensivi, appare evidente, anche dal confronto con le sanzioni applicabili in base alla disciplina previgente, che rispetto alle condotte tipiche di minore disvalore il giudice sia comunque costretto a irrogare una pena manifestamente eccessiva in rapporto alla gravità del fatto.

¹⁴² V. *supra*, cap. II, par. 2.8.

¹⁴³ In questo senso L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Quest. giust.*, 3 aprile 2023.

¹⁴⁴ Sul punto v. nel dettaglio *supra*, cap. III, par. 6.1.

¹⁴⁵ In base al seguente calcolo: 5 anni di reclusione *ex* art. 12, comma 3; aumentati fino a 1/3 *ex* art. 12, comma 3-*bis* in ragione della sussistenza di più di due aggravanti tra quelle di cui al comma 3; aumentati fino al triplo *ex* artt. 586, 589 c.p.

¹⁴⁶ In base al seguente calcolo: 5 anni di reclusione *ex* art. 12, comma 3; aumentati fino al triplo *ex* artt. 586, 589 c.p.

8.4. *Chiosa sull'organo giurisdizionale competente ad accertare e correggere la sproporzione delle pene.*

Gli argomenti sin qui illustrati sono stati sviluppati avendo in mente, come ideale interlocutore, il Giudice delle leggi, o comunque l'interprete (giudice ordinario, pubblico ministero o avvocato difensore) che a quell'istanza giurisdizionale intenda rivolgersi.

Recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, nondimeno, hanno chiarito che il divieto di pene sproporzionate di cui all'art. 49, par. 3, CDF, così come la clausola, spesso racchiusa in singoli strumenti di diritto derivato, che impegna i legislatori ad adottare «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive», sono dotati di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri, ovviamente nel solo ambito di attuazione del diritto dell'Unione (art. 51, par. 1, CDF). Anche nella materia in esame, pertanto, il giudice comune è oggi chiamato, senza necessità di un intervento della Corte costituzionale, a disapplicare le norme nazionali recanti pene sproporzionate, ancorché «*nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate*»¹⁴⁷.

Nella prospettiva qui adottata, allora, il giudice penale chiamato a decidere un caso riconducibile all'art. 12, comma 1, t.u. imm., ovvero aggravato ai sensi del comma 3, lett. *a*) e *d*), potrebbe in linea di principio disapplicare la pena edittale prevista dalla norma incriminatrice, ovvero dalle aggravanti, sulla base degli argomenti in precedenza illustrati, a favore del combinato disposto degli artt. 110, 10-*bis*.

Ferma restando la correttezza di tale soluzione, ci pare nondimeno che colgano nel segno le osservazioni secondo cui il *dictum* della Corte di giustizia deve essere letto nel senso che impone al giudice ordinario di *non applicare* pene sproporzionate; ma non gli vieta di imboccare, a tal fine, la strada della *questione di costituzionalità* per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. Ed anzi, tale opzione appare *preferibile* nella misura in cui, oltre a prevenire frizioni con il principio di legalità delle pene, pone le premesse per una pronuncia dotata di effi-

¹⁴⁷ Corte giust. UE, grande sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, NE, punto 57. La pronuncia contiene un esplicito *overruling* rispetto al precedente di cui alla sent. 4 ottobre 2018, C-384/17, *Link Logistik N&N*, punto 56. Per commenti alla sentenza NE, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022; N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria*, cit., 887-891; A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, cit., 32-47.

cacia *erga omnes*, a garanzia della coerenza dell'ordinamento e della certezza del diritto¹⁴⁸.

9. Sintesi.

Come è emerso nella prima sezione del capitolo, in anni recenti le norme penali per il contrasto del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sono state oggetto, non solo nell'ordinamento italiano, di pronunce di illegittimità da parte di giurisdizioni superiori. Pronunce che hanno evidenziato, sulla base di parametri costituzionali ovvero europei, vizi tra loro eterogenei, ma a ben vedere attraversati dal *fil rouge* della *sproporzione punitiva*, vuoi sul piano dell'irragionevole *ampiezza* dello spettro applicativo della norma penale (Corte di giustizia UE, *Commissione c. Ungheria*; *Conseil Constitutionnel*, caso *Herrou*; *Supreme Court of Canada*, caso *Appulonappa*); vuoi sul piano dell'irragionevole *severità* del trattamento sanzionatorio (Corte costituzionale n. 63/2022, caso *E.K.*).

Prendendo idealmente le mosse da tali arresti fondativi, nella seconda sezione del capitolo si è cercato di dimostrare come analoghi vizi affliggano tanto gli strumenti europei recanti l'obbligo, a carico degli Stati membri, di incriminazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare (la direttiva 2002/90/CE e la decisione quadro 2002/946/GAI); quanto le norme penali italiane attuative di tale obbligo (art. 12, commi 1 e 3, t.u. imm.).

Giunti al termine di questo lungo percorso, pare utile riportare, sinteticamente, i principali argomenti sviluppati a suo sostegno.

I) Il *Facilitators Package* obbliga gli Stati membri a prevedere norme penali che incidono sui diritti fondamentali – tanto dei potenziali autori del reato, quanto dei potenziali beneficiari dell'attività illecita (i migranti irregolari) – in maniera non conforme all'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali, disposizione quest'ultima che a sua volta subordina la legittimità della compressione dei diritti previsti dalla Carta stessa al principio di proporzionalità.

i) Ad essere incisi sono, dal lato degli autori del reato, il diritto alla reputazione personale (arg. *ex art.* 7 CDF); il diritto alla libertà perso-

¹⁴⁸ In questo senso, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 17-19.

nale (art. 6 CDF); il diritto al patrimonio (17 CDF). Dal lato dei migranti irregolari, i diritti alla vita e all'integrità fisica (2 e 3 CDF); il diritto d'asilo (18 CDF); il diritto al rispetto della vita familiare (7 CDF). I diritti fondamentali dei migranti, pur non essendo direttamente incisi dalle norme penali attuative del *Facilitators Package*, lo sono indirettamente, ossia come riflesso del *chilling effect* che la minaccia della sanzione penale per una categoria così ampia di condotte può produrre sulla generalità dei consociati, dissuadendoli dal prestare aiuto a migranti e richiedenti asilo in condizioni di pericolo o di bisogno.

ii) Se si ritiene che il *Facilitators Package* sia una disciplina finalizzata al contrasto del solo *smuggling of migrants*, ossia delle attività criminali organizzate per il traffico di migranti, l'obbligo di criminalizzazione in esso racchiuso è sproporzionato per eccesso sotto il profilo della *necessità*: nello spettro applicativo della sanzione sono infatti ricomprese anche condotte (come i soccorsi, l'assistenza umanitaria a richiedenti asilo e l'assistenza tra familiari) che non hanno nulla a che vedere con le condotte che la stessa intende prevenire o reprimere; l'interferenza con i diritti fondamentali dei potenziali autori del reato è dunque ingiustificata perché va oltre a ciò che è strettamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo perseguito. Si tratta di un ragionamento sovrapponibile a quello seguito dalla Corte Suprema canadese nella sentenza *Appulonappa* per dichiarare parzialmente illegittima la norma incriminatrice nazionale.

iii) Se invece si ritiene che *Facilitators Package* rappresenti uno strumento di protezione delle frontiere da qualsiasi contributo causale all'ingresso irregolare di stranieri, l'obbligo di incriminazione, pur essendo in questa veste necessario, non supera il test di *proporzionalità in senso stretto*, in quanto non riflette un ragionevole temperamento tra gli interessi in gioco: l'obbligo di sanzionare anche le condotte di soccorso, umanitarie o comunque animate da finalità solidaristiche, comporta, infatti, che il nucleo essenziale dei diritti fondamentali dei migranti venga sacrificato all'obiettivo della protezione delle frontiere, verso la cui realizzazione la disciplina risulta pertanto del tutto sbilanciata.

iv) Il giudice comune che, sulla base di tali premesse, intendesse portare la questione di legittimità del *Facilitators Package* all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea, avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, potrebbe interrogare i giudici di Lussemburgo in ordine alla validità, al metro dell'art. 52(1) CDF e dei diritti fondamentali poc'anzi richiamati, dell'art. 1, par. 1 della direttiva 2002/90/CE, in combinato disposto con l'art. 1, par. 1 della decisione quadro 2002/946/GAI, nella parte in cui obbligano gli

Stati membri ad adottare sanzioni di natura *penale* nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti uno straniero a entrare o transitare irregolarmente sul territorio di uno Stato membro, limitandosi a prevedere *la facoltà, anziché l'obbligo*, di non adottare sanzioni nei confronti di coloro che abbiano agito allo scopo di prestare soccorso o assistenza umanitaria alla persona interessata.

II) Passando all'art. 12 t.u. imm., i relativi profili di illegittimità per sproporzione discendono sia dalla Carta dei diritti fondamentali, sia dalla Costituzione italiana.

i) Sotto il primo profilo, un'eventuale declaratoria di illegittimità del *Facilitators Package* al metro della Carta dei diritti fondamentali, nel senso anzidetto, potrebbe essere accompagnata da una corrispondente declaratoria, sempre da parte della Corte di giustizia, di "ostatività" della Carta stessa ad una disciplina nazionale che del *Facilitators Package* costituisce fedele attuazione, come appunto l'art. 12, comma 1, t.u. imm. A tale proposito, si è visto che la Corte di giustizia non ha esitato a ravvisare l'illegittimità di una norma penale nazionale finalizzata al controllo delle frontiere proprio con riferimento all'eccessiva compressione dalla stessa norma imposta ai diritti fondamentali dei migranti e di coloro che li assistono (sentenza *Commissione c. Ungheria*). Il giudice nazionale che ottenesse analoga pronuncia della Corte di Lussemburgo con riguardo all'art. 12, comma 1, t.u. imm. si troverebbe già nelle condizioni di *disapplicare* la norma interna, in forza della primazia del diritto UE sulle norme nazionali contrastanti, assolvendo gli imputati nel giudizio *a quo* con la formula «perché il fatto non costituisce reato». Alla stessa conclusione dovrebbero pervenire, senza ulteriori passaggi a Lussemburgo, anche gli *altri* giudici nazionali chiamati ad applicare la medesima disposizione, tenuto conto della valenza generale del verdetto della Corte in ordine all'illegittimità della norma interna.

ii) Sotto il secondo profilo, ossia nella prospettiva del diritto costituzionale, la sproporzione potrebbe anzitutto discendere, nuovamente, dall'incompatibilità tra l'ambito di applicazione del reato e l'art. 52(1) della Carta dei diritti fondamentali, attraverso il meccanismo del parametro interposto *ex artt. 11 e 117 Cost.* Una volta ottenuta la declaratoria di illegittimità del *Facilitators package* da parte della Corte di giustizia (passaggio auspicabile onde evitare di incorrere in una procedura di infrazione) la Corte costituzionale potrebbe dichiarare l'art. 12, comma 1, t.u. imm. sproporzionato o in quanto "non necessario" o in quanto "sproporzionato in senso stretto", sulla scorta delle medesime argomentazioni utilizzate dai giudici di Lussemburgo, declinate però sulla

norma incriminatrice (anziché sull'obbligo di incriminazione). In secondo luogo, valorizzando un percorso interpretativo che porta a ravvisare nella proporzionalità più una tecnica di giudizio che un principio autonomamente sanzionabile, e dunque anche a sdrammatizzare l'assenza nel nostro ordinamento di una disposizione corrispondente all'art. 52, par. 1, CDF, ulteriori parametri di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. potrebbero essere rappresentati dai diritti fondamentali riconosciuti dalla medesima Costituzione: e dunque, dal lato dei potenziali accusati/imputati, i diritti alla libertà personale (art. 13), alla reputazione (arg. ex art. 2 Cost.) e al patrimonio (art. 42 Cost.); dal lato dei migranti, i diritti alla vita (arg. ex art. 2 Cost.), all'integrità fisica (art. 32 Cost.), all'asilo (art. 10 Cost.), alla vita familiare (art. 29 ss.).

iii) Sotto il profilo dei rimedi attivabili in sede costituzionale, la Consulta potrebbe, riproducendo una tecnica decisoria già sperimentata altrove (si pensi al ridimensionamento dell'ambito applicativo della fattispecie di aiuto al suicidio, alla luce dei diritti fondamentali che la stessa comprimeva in maniera sproporzionata) dichiarare la norma incriminatrice del favoreggiamento dell'ingresso irregolare illegittima nella parte in cui non esclude dal proprio ambito di applicazione una serie di condotte individuate alla luce dei diritti fondamentali irragionevolmente compressi, ossia: *i*) le condotte di soccorso, volte a tutelare la vita e l'integrità fisica dei migranti; *ii*) le condotte di assistenza a coloro che intendono chiedere protezione internazionale, volte a tutelare il diritto d'asilo; *iii*) le condotte animate da spirito di solidarietà verso i familiari, volte a garantire la vita privata e familiare. Anche in questo caso, si tratterebbe di un esito molto simile a quello raggiunto dalla Corte Suprema canadese nel caso *Appulonappa*.

iv) Le censure di illegittimità per sproporzione delle scelte di criminalizzazione formulate con riferimento al fatto tipico dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. possono essere estese agli illeciti (formalmente) amministrativi introdotti dal c.d. "decreto Piantedosi" per le navi soccorritrici che non rispettano i provvedimenti ministeriali di interdizione navale o altre regole di condotta previste dal medesimo decreto. Si tratta infatti, anche in questo caso, di norme sanzionatorie dallo spettro applicativo particolarmente esteso e suscettibili di produrre un indesiderabile *chilling effect* nei confronti della generalità dei soccorritori.

v) Illegittima, infine, risulta la c.d. "scriminante umanitaria" di cui all'art. 12, comma 2, in considerazione della sua irragionevole limitazione alle condotte realizzate a beneficio dei migranti *già presenti sul territorio nazionale*. L'eliminazione di tale presupposto territoriale non

solo correggerebbe il *vulnus* di irragionevolezza, ma allineerebbe la previsione italiana alle più avanzate legislazioni già adottate da altri Stati membri, a loro volta attuative della facoltà concessa dall'art. 1, par. 2 della direttiva 2002/90/CE di prevedere un'esimente umanitaria proprio per le condotte di aiuto all'ingresso o al transito irregolari di stranieri in condizioni di bisogno.

III) L'art. 12 t.u. imm. risulta, inoltre, affetto da sproporzione con riferimento al trattamento sanzionatorio previsto tanto per la fattispecie base di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui al comma 1, quanto per le circostanze aggravanti speciali di cui al comma 3.

i) Con riferimento alla fattispecie base, la macroscopica differenza intercorrente tra il trattamento sanzionatorio previsto per l'autore degli atti diretti a procurare l'ingresso irregolare (un delitto punito con severe sanzioni detentive e pecuniarie) e il trattamento sanzionatorio previsto per lo straniero favorito (una contravvenzione punita con più mite sanzione pecuniaria: art. 10-*bis* t.u. imm.), non è sorretta da alcuna ragionevole giustificazione, e in particolare non può dirsi giustificata dalla finalità di contrastare il traffico di migranti, considerato che la pena prevista dall'art. 12, comma 1 colpisce proprio l'aiuto altruisticamente prestato a uno o pochi stranieri, mentre le ipotesi riconducibili al traffico ricadono necessariamente, sul piano del *quantum* sanzionatorio, nei commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*. Detto altrimenti, la cornice edittale dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. risulta illegittima per sproporzione alla luce di un giudizio triadico di manifesta irragionevolezza, che assume l'art. 10-*bis* t.u. imm. a *tertium comparationis*.

ii) La pena edittale dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. non regge nemmeno ad un sindacato "intrinseco" di proporzionalità-ragionevolezza, fondato sul combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nonché sul principio di proporzionalità delle pene sancito dall'art. 49, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali UE. In particolare, seguendo la scansione bifasica per la verifica della sproporzione intrinseca, tracciata dalla stessa Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 236/2016, da un lato è possibile individuare tra le classi di ipotesi di minore gravità riconducibili alla fattispecie proprio quelle in cui l'autore del reato agevola l'ingresso perseguendo scopi solidaristici o umanitari, a beneficio di soggetti in pericolo o comunque portatori di vulnerabilità; dall'altro lato è possibile affermare che, rispetto a tali classi di ipotesi, il giudice sia comunque costretto ad irrogare una pena che, anche quando si attesta sul minimo edittale, appare comunque eccessiva in rapporto alla gravità del fatto.

iii) Sotto il profilo dei rimedi, la sproporzione della risposta sanziona-

toria può essere ristabilita sostituendo l'attuale cornice edittale dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. con la stessa pena che sarebbe applicabile a titolo di concorso di persone nell'art. 10-*bis* t.u. imm. Si tratta di una soluzione saldamente ancorata al diritto positivo (al punto da soddisfare perfino il rigido standard delle "rime obbligate", e dunque, *a fortiori*, quello più recentemente affermatosi delle "rime adeguate"); compatibile con gli obblighi di incriminazione europei anche relativamente al *quantum sanzionatorio*; priva di impatti negativi sul contrasto alle (autentiche) condotte di traffico di migranti, le quali continuerebbero ad essere sanzionate ai sensi dei commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 12 t.u. imm.

iv) Tra le circostanze aggravanti speciali di cui all'art. 12, comma 3, t.u. imm., appaiono affette da manifesta sproporzione quelle relative al numero di concorrenti e al numero di migranti trasportati, in ragione della loro monoffensività e soprattutto inidoneità, a differenza di altre circostanze corredate dal medesimo trattamento sanzionatorio, a selezionare condotte integranti vero e proprio *smuggling of migrants*. Si tratta di argomenti che sviluppano le conclusioni alla quale è pervenuta la Corte costituzionale nella sent. n. 63/2022 relativa al caso *E.K.*

v) Quanto, infine, all'organo giurisdizionale competente ad accertare e correggere la sproporzione delle pene, sebbene il principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49, par. 3, CDF sia dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri (ovviamente nel solo ambito di attuazione del diritto dell'Unione *ex art.* 51, par. 1, CDF), e dunque il giudice comune sia chiamato a *disapplicare* le norme nazionali recanti pene sproporzionate per eccesso; nondimeno, al giudice stesso non è vietato imboccare la strada della questione di costituzionalità per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. Opzione, quest'ultima, che appare preferibile nella misura in cui, oltre a prevenire frizioni con il principio di legalità delle pene, pone le premesse per una pronuncia dotata di efficacia *erga omnes*, a garanzia della coerenza dell'ordinamento e della certezza del diritto.

RILIEVI CONCLUSIVI E PROPOSTE *DE JURE CONDENDO*

SOMMARIO: 1. Un problema (non solo) definitorio. – 2. Il futuro, tra questioni di legittimità e possibili riforme. – 2.1. A livello europeo. – 2.2. A livello italiano. – 3. Il mercato nero della mobilità e il ruolo del diritto penale.

1. *Un problema (non solo) definitorio.*

L'indagine che ci apprestiamo a concludere ha preso il via da un problema definitorio emerso, su scala internazionale, nell'ultimo decennio del secolo scorso: gli Stati, specialmente quelli che si percepivano come particolarmente vulnerabili ai flussi migratori irregolari in entrata, miravano a mettere a punto una nozione comune del fenomeno all'epoca descritto, in via di prima approssimazione, come «*human smuggling*»; una nozione sulla quale fondare obblighi di incriminazione, da un lato, e di cooperazione di polizia e giudiziaria, dall'altro lato. I risultati prodotti da quegli sforzi, come abbiamo visto, sono stati, tuttavia, deludenti¹.

La nozione di *smuggling of migrants* inserita nel Protocollo di Palermo del 2000 e, in misura ancora più evidente, quella di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare adottata due anni dopo dal *Facilitators Package* europeo, sono state elaborate senza tenere conto delle numerose variabili del fenomeno che ambivano ad inquadrare. Il timore di generare lacune di tutela, alimentato anche dalle incertezze conoscitive che circondavano la materia, si è tradotto nella scelta di annullare la complessità mediante l'astrazione; così generando, in entrambi gli strumenti, un monolitico “stampo” normativo incentrato, principal-

¹ Cap. I, par. 7.

mente, sul contributo causale all'attraversamento irregolare di una frontiera. A cascata, l'attuazione a livello nazionale di obblighi di criminalizzazione di portata così estesa ha prodotto delle autentiche “*catch-all figures*”: norme incriminatrici del tutto indifferenti ai multiformi, e non necessariamente predatorî, rapporti tra migranti e facilitatori; e perciò portatrici di seri effetti collaterali in termini, soprattutto, di *overdeterrence* e conseguente *chilling effect* di condotte soccorritrici e umanitarie. A complicare ulteriormente il quadro sono intervenute le sovrapposizioni tra le nozioni in esame e quelle che, negli stessi anni, venivano elaborate, anche in questo caso a livello sia internazionale che europeo, allo scopo di inquadrare il diverso ma contiguo fenomeno della *tratta di persone*. Sovrapposizioni che, pur essendo senz'altro riconducibili agli intrecci delle sottese realtà empiriche, sono state amplificate da infelici scelte normative e, soprattutto, talvolta strumentalizzate, nei discorsi istituzionali, allo scopo di giustificare, facendo leva sul *surplus* di disvalore che connota il *trafficking*, l'adozione di sempre più severe misure anti-*smuggling*².

A distanza di oltre vent'anni dall'adozione di quelle norme definitive, non si può non constatare la perdurante attualità della semplice ma efficace immagine con la quale, all'inizio del secolo, Kyle e Koslowski descrissero il problema dell'inquadramento giuridico del *human smuggling*: un *puzzle*³.

Eppure, il lungo arco temporale che da allora è trascorso non può risultare del tutto irrilevante nella prospettiva di esprimere un giudizio aggiornato sulle scelte politico-criminali sottese alle storiche nozioni incorporate dal Protocollo e dal Pacchetto europeo. Invero, se all'epoca della loro adozione una significativa parte del problema era rappresentato dal difetto di conoscenze in ordine ai fenomeni che si intendevano contrastare, oggi la situazione è radicalmente mutata: la ricchezza di dati, di studi empirici e di elementi conoscitivi offerti dalle esperienze giudiziarie, offrono ai *policy makers* contemporanei un quadro ricchissimo, a fronte del quale non è più ammissibile evocare le difficoltà del governare nell'incertezza.

Si fa strada, allora, un'altra ipotesi. Quella secondo cui, pur a fronte di un'assai più matura conoscenza del mercato nero della mobilità umana a livello planetario⁴, si sia *scelto* di lasciare inalterate quelle or-

² Cap. I, parr. 5 e 7.

³ Cap. I, par. 1.

⁴ Per l'esplicito paragone dello *smuggling of migrants* agli altri mercati neri, come quelli dell'alcol ai tempi del proibizionismo, degli stupefacenti e della prostituzione, cfr. L. WE-

mai palesemente datate nozioni, perché funzionali al perseguimento di un obiettivo rispetto al quale nessun legislatore contemporaneo sembra disposto a scendere a patti: la protezione delle frontiere. O meglio: *una certa idea* di protezione delle frontiere. Non quella, instancabilmente prospettata dalla più autorevole sociologia delle migrazioni, che passa attraverso la rimozione dei fattori – sociali, economici e anche giuridici – dell’irregolarità⁵; bensì quella, pervicacemente perseguita dai Governi del *Global North* – senza, invero, che all’avvicinarsi di diverse maggioranze corrispondano radicali cambi di approccio – ispirata a parole chiave quali sorveglianza, militarizzazione, respingimento e, per quanto maggiormente rileva ai nostri fini, repressione⁶.

Questo programma, realizzato sia in corrispondenza delle frontiere nazionali sia, mediante accordi bilaterali, nei Paesi di partenza e di transito dei flussi non desiderati, prevede come logico precipitato penalistico la predisposizione di fattispecie incriminatrici a maglie estremamente fitte, capaci di intercettare qualunque volontario contributo all’attraversamento di una frontiera da parte di un *sans papiers*, facendo astrazione da ogni specificità attinente al contesto in cui la condotta è realizzata, alle motivazioni che la supportano, alle condizioni di chi ne trae vantaggio⁷. Adottando questa impostazione, non è rilevante se si trasportano, o comunque si aiutano, persone trovate in condizioni di bisogno o addirittura in pericolo di vita; persone alla ricerca di un Paese al quale rivolgere domanda di protezione internazionale; o ancora membri del proprio nucleo familiare: tutto viene risucchiato dalle capienti fattispecie incriminatrici adottate in attuazione degli strumenti sovranazionali, e candidato a subirne le severe sanzioni⁸.

Si potrebbe obiettare – sul piano dell’*an* della responsabilità penale – che la nozione di cui al Protocollo di Palermo prevede, tra gli ele-

BER, M. GREWCOCK, *Criminalizing people smuggling: Preventing or globalizing harm?*, in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.), *The Routledge Handbook of Transnational Organized Crime*, Routledge, 2012, 379-380.

⁵ Cfr. M. AMBROSINI, *L’invasione immaginaria. L’immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza, 2020.

⁶ Per un recente sguardo alle politiche di controllo dei confini nei Paesi del c.d. Nord globale, v. M. AMBROSINI, *Confini, migrazioni, accoglienza: una sfida per le società democratiche*, in M. AMBROSINI, M. D’AMICO, E. PERASSI, *Confini, migrazioni e diritti umani*, Milan University Press, 2022, 47-52.

⁷ Con particolare riferimento all’evoluzione della disciplina italiana sul contrasto al favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, improntata ad un sempre più marcato e pervasivo utilizzo di strumenti sanzionatori, non solo penali, per “sigillare” le frontiere nazionali, in particolare quelle marittime, v. il cap. II.

⁸ Capp. III, IV.

menti costitutivi, la finalità di ricavare un vantaggio economico o altro vantaggio materiale; ma sarebbe fin troppo facile ribattere che si tratta di un mero standard minimo, e che infatti, come visto, gli Stati di destinazione dei principali flussi hanno adottato nozioni più ampie, prive di quel significativo filtro⁹. Si potrebbe ulteriormente obiettare che la nozione di cui al *Facilitators Package* è accompagnata dalla facoltà di introdurre cause esimenti per le condotte umanitarie; ma anche questa obiezione rivelerebbe immediatamente la sua debolezza a fronte della considerazione che, appunto, di mera facoltà si tratta, oltretutto assai vagamente definita nei suoi contenuti, tanto che pochi Stati membri vi hanno dato seguito e un numero ancora più esiguo lo ha fatto introducendo esimenti davvero efficaci¹⁰.

Soprattutto, e più in radice: siamo davvero convinti che il dolo specifico di profitto sia di per sé sufficiente a risolvere il problema di *overcriminalisation* in esame? Detto altrimenti: davvero esiste uno scarto di disvalore tra il procurare un ingresso irregolare a titolo gratuito ovvero per un tornaconto economico, tale da giustificare la sistematica esclusione della prima condotta dall'area della rilevanza penale, e la sistematica inclusione della seconda? Alla già ricordata vicenda dei cittadini danesi, soprattutto pescatori, che sotto il nazismo aiutarono migliaia di ebrei a fuggire in Svezia, va ora aggiunto un dettaglio: molti di loro si fecero pagare. Il che rende, forse, un po' meno nobili le loro azioni; ma francamente non basta a trasformarle in azioni criminali¹¹.

E ancora, volgendo lo sguardo alle norme europee: siamo proprio convinti che, per prevenire ogni rischio di *chilling effect*, sia sufficiente affiancare esimenti umanitarie *ad hoc* a figure di reato pressoché onnicomprensive? Oppure, come ci pare assai più sensato ritenere, l'effetto dissuasivo discende dall'incriminazione in sé, e dal collegato rischio di rimanere impigliati negli ingranaggi della giustizia penale, posto che la sussistenza della scriminante dovrà essere accertata, in concreto, da un giudice¹²?

Sul piano del *quantum* sanzionatorio, si potrebbe obiettare che gli Stati sono comunque obbligati a prevedere pene proporzionate al di-

⁹ Cap. I, par. 4.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sulla vicenda v. cap. IV, par. 7. Sul carattere multiforme dei rapporti tra i migranti e i loro "*passseurs*", in contrasto con la prevalente narrazione che riduce gli *smugglers* a una monolitica categoria di soggetti senza scrupoli, inquadrati all'interno di strutturate organizzazioni criminali, v. cap. I, parr. 6.3, 6.6.

¹² Sul punto v. cap. V, par. 7.1.2, lett. b).

svalore del fatto, e che sotto tale profilo l'occasionale e magari altruistico aiuto offerto a uno o pochi *sans papiers* non dovrebbe subire lo stesso trattamento sanzionatorio riservato, ad esempio, al soggetto al vertice di un'organizzazione criminale. Così, in effetti, dovrebbe accadere. Ma anche sotto questo profilo né il Protocollo di Palermo, né il *Facilitators Package* forniscono direttrici vincolanti per gli Stati. Tanto è vero che proprio l'ordinamento italiano, uno di quelli in prima linea nel contrasto all'immigrazione irregolare, risulta dotato di un meccanismo sanzionatorio suscettibile di generare macroscopiche sperequazioni. Basti pensare, a titolo d'esempio, al rischio penale che corrono tre amici, i quali, durante una passeggiata in montagna, aiutino una famiglia di cinque persone straniere, trovata smarrita sui sentieri, a raggiungere il fondovalle, e in questo modo ne procurino l'attraversamento di una frontiera (come quella che separa la Slovenia dall'Italia, ovvero l'Italia dalla Francia): salva la sussistenza di cause esimenti – il cui accertamento, come visto a più riprese nel corso della trattazione, non risulta affatto agevole né oggetto di orientamenti univoci – nei loro confronti risultano oggi applicabili, ai sensi dell'art. 12, commi 3 e 3-*bis*, t.u. imm., la reclusione da sei anni e un giorno fino a ventuno anni e quattro mesi, nonché la multa fino a centomila euro¹³.

In conclusione: il problema che abbiamo di fronte è senz'altro un problema definitorio; ma è anche qualcosa di molto più profondo e impregnato di politica criminale. Esso si colloca, infatti, al crocevia tra la strada, fino ad oggi pervicacemente battuta, che porta a presidiare le frontiere nazionali da qualunque forma di contributo al loro attraversamento irregolare, *costi quel che costi*; e tutta una serie di strade alternative, lungo le quali l'obiettivo di tutelare penalmente i confini potrebbe essere perseguito *tenendo conto del fattore umano* che inevitabilmente, e spesso drammaticamente, connota le vicende migratorie.

¹³ La realizzazione del fatto da parte di tre o più persone in concorso integra l'aggravante di cui al comma 3, lett. *d*), mentre la presenza di cinque o più migranti integra quella di cui alla lett. *a*). Ne segue che la cornice edittale, in base alle modifiche introdotte all'art. 12, comma 3 dal d.l. n. 20/2023, va da 6 a 16 anni di reclusione e 15 mila euro per ogni straniero trasportato. La presenza di due aggravanti tra quelle di cui al comma 3 determina un ulteriore aggravamento fino a 1/3 ai sensi del comma 3-*bis* (e la conseguente applicabilità del comma 3-*quater* che vieta il bilanciamento con eventuali attenuanti diverse da quelle *ex artt.* 98 e 114).

2. *Il futuro, tra questioni di legittimità e possibili riforme.*

Sono soprattutto le norme incriminatrici del favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare, e la loro matrice europea di cui al *Facilitators Package*, ad essere oggi affette dai maggiori profili di criticità: sia perché concepite per avere la massima estensione applicativa, senza nemmeno il filtro del dolo specifico di profitto; sia perché destinate a venire in rilievo nelle situazioni in cui la tensione tra la protezione delle frontiere e la tutela dei diritti fondamentali trova le sue più drammatiche manifestazioni, come emblematicamente accade nel contesto dei soccorsi in mare.

Nel corso del lavoro abbiamo illustrato le ragioni in virtù delle quali riteniamo che le criticità di questo assetto normativo configurino veri e propri profili di contrasto con il diritto dell'Unione o di illegittimità costituzionale, essendo per molti aspetti incompatibili con alcuni dei limiti posti alla discrezionalità legislativa dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla stessa Costituzione italiana¹⁴. Non intendiamo qui ritornare, nemmeno sinteticamente, sugli argomenti a sostegno di tali conclusioni, e sui rimedi, esperibili dinanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia, che, a nostro avviso, ne consentirebbero la giustiziabilità. Ciò che ci preme, invece, sottolineare, è che la rotta attuale potrebbe essere corretta mediante l'accertamento, dinanzi alle competenti giurisdizioni superiori, dell'irragionevole compressione imposta dalle discipline anti-*smuggling* contemporanee ai diritti fondamentali; e che, nell'attuale momento storico, caratterizzato da una tendenziale refrattarietà delle istituzioni politiche a ridurre l'intervento penale nella materia che ci occupa, è proprio alle soluzioni giurisdizionali che si ricollegano le maggiori *chances* di sanare le criticità evidenziate.

Ciò peraltro non toglie che l'intervento legislativo rimanga certamente auspicabile, e per certi aspetti preferibile alla soluzione giurisdizionale, tenuto conto dei delicati bilanciamenti di interessi sottesi alla disciplina in esame e dell'opportunità che ad effettuarli sia un soggetto dotato di legittimazione democratica.

2.1. *A livello europeo.*

A muovere il primo passo in tale direzione dovrebbe essere, idealmente, il legislatore europeo. Non perché quello italiano non abbia

¹⁴ Cap. V, sez. II.

marginari di manovra che gli consentirebbero, sin d'ora, di risolvere alcune criticità senza venire meno ai propri obblighi sovranazionali (si pensi alla riformulazione in senso estensivo della scriminante umanitaria, oggi irragionevolmente limitata alle condotte realizzate a favore dei soli stranieri irregolari già presenti sul territorio; ovvero alla rimodulazione verso il basso del trattamento sanzionatorio per le condotte meno gravi). La ragione, tuttavia, per cui la spinta riformatrice dovrebbe quanto meno partire da Bruxelles è che, nell'attuale congiuntura, nessuno Stato membro – a maggiore ragione se chiamato a controllare una frontiera esterna particolarmente vulnerabile, come nel caso dell'Italia – sembra disposto ad allentare i cordoni della tutela penale dei propri confini, se non altro per il timore dell'“effetto annuncio” che potrebbe derivarne tanto nei confronti dei *would-be migrants*, quanto nei confronti degli altri Paesi dell'Unione (i quali potrebbero interpretare la scelta come una forma di lassismo in materia migratoria, con verosimili effetti negativi nelle relazioni interstatali).

Diverso, quanto meno sul piano dei rapporti tra Stati membri, sarebbe se, appunto, l'iniziativa provenisse dalle istituzioni europee, e si presentasse come una complessiva riscrittura del *Facilitators Package*. Prima di toccare i punti sui quali una riforma di questo genere potrebbe incentrarsi, vale peraltro la pena evidenziare, sinteticamente, che la stessa potrebbe essere giustificata, oltre che sul piano della legittimità, anche sul piano dell'*efficacia nel contrasto alle forme più gravi di traffico di migranti*. Ci riferiamo, in estrema sintesi, alla possibilità di interrompere il circolo vizioso, evidenziato da autorevoli studi, in base al quale la repressione a tutto campo del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, anziché produrre l'auspicato calo del fenomeno (la cui linfa rimane la *domanda* di mobilità irregolare), determina, piuttosto, l'aumento dei *costi* delle operazioni (dettati dalla necessità di percorrere rotte più remote, di escogitare nuove soluzioni per eludere i controlli e più in generale dal maggior rischio di essere intercettati e severamente sanzionati) e dunque anche l'aumento delle *tariffe* per i migranti che intendono acquistare i servizi illeciti¹⁵. In questo modo, oltre a favorire

¹⁵ Cfr. T. GAMMELTOFT-HANSEN, J.C. HATHAWAY, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Col. Jour. Trans. L.*, 2015, 2, 237: «*The dissonance between their [dei migranti] often powerful human needs and desires and generalized policies of migration control has spawned a never-ending race between border authorities and ever more inventive human smugglers: for each loophole closed by officials, two new modes of unauthorized entry seem to emerge*». Sul collegamento tra le misure restrittive delle frontiere e l'incremento dei fenomeni di *smuggling* e *trafficking*, v. E. GUILD, *Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immi-*

le condizioni che rendono lo *smuggling* occasione di sfruttamento e/o fonte di pericoli per la vita e l'integrità fisica dei migranti, si avvantaggiano le reti di trafficanti meglio organizzate, le quali vedono incrementare i propri guadagni e al contempo diventano l'unica opzione alla quale rivolgersi per ottenere il risultato sperato¹⁶. In breve: anziché eliminare il problema, si contribuisce ad aggravarlo e cronicizzarlo.

Come per ogni circolo vizioso, la soluzione passa attraverso l'interruzione della sua spinta originaria, anche laddove ciò possa sembrare, all'inizio, illogico o innaturale. Al netto di un più ampio ripensamento delle politiche migratorie, con specifico riguardo al diritto penale occorrerebbe *aumentare la selettività* delle norme incriminatrici; il che richiederebbe anzitutto di rimodulare, a monte, gli obblighi di incriminazione da cui le stesse discendono¹⁷. Ciò permetterebbe sin da subito di concentrare gli sforzi repressivi, in termini di risorse economiche, umane e processuali, su un catalogo più circoscritto di condotte, segnatamente quelle portatrici di una più spiccata attitudine offensiva delle frontiere nazionali e al contempo connotate da elementi predatorî nei confronti dei migranti. Certo, la contropartita sarebbe rappresentata

gration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on "Crimmigration", Hart, 2021, 15-16.

¹⁶Sul punto v. J.C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, in *Vir. Jour. Int. L.*, 2008, 5: «most smuggling has historically been a consensual and relatively benign market-based response to the existence of laws that seek artificially to constrain the marriage of surplus labor supply on one side of the border with unmet demand for certain forms of labor on the other side of the border. Indeed, the criminalisation of smuggling may actually increase the risk of human trafficking by driving up the cost of facilitated transborder movement and leaving the poor with no choice but to mortgage their futures in order to pay for a safe passage». L'affermazione secondo cui l'aumento dei costi e dei pericoli per i migranti rappresenta un effetto collaterale della repressione a tutto campo dello *smuggling of migrants* raccoglie ampio consenso in dottrina: cfr. J. BRACHET, *Manufacturing Smugglers: From Irregular to Clandestine Mobility in the Sahara*, in *Annals AAPSS*, 2018, March, 16-35; S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico della tratta e del traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1394; I. VAN LIEMPT, *A Critical Insight into Europe's Criminalisation of Human Smuggling*, in *Eur. Pol. Analys.*, n. 3, 2016, 5; L. WEBER, M. GREWCOCK, *Criminalizing people smuggling*, cit., 386.

¹⁷Sul pericolo che l'eccessiva ampiezza di una norma sovranazionale con funzione armonizzatrice ne comprometta l'efficacia, cfr., con riferimento alla disciplina della tratta di persone, F. VIGANÒ, *Rethinking the Model Offence. From 'Trafficking' to 'Modern Slavery'*?, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNSTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Bloomsbury, 2019, 260: «nothing harms the prestige of a supranational instrument that seeks to harmonise national criminal law more than its excessive scope, which would result from the bringing together under the umbrella one single offence courses of conduct that differ significantly in terms of their seriousness [...]».

dalla rinuncia a colpire le forme “minori” di favoreggiamento, di cui si dovrebbe, entro certi limiti, tollerare l’esistenza¹⁸; ma il saldo finale dell’operazione risulterebbe comunque positivo, tenuto conto della ridotta dispersione di energie nello svolgimento delle attività di *law enforcement* e del prevedibile incremento delle prestazioni della macchina giudiziaria.

Ciò posto, resta da stabilire *quali* modifiche il legislatore europeo potrebbe concretamente apportare al *Facilitators Package* (verosimilmente sostituendolo con un’unica direttiva adottata ai sensi dell’art. 83, par. 2, TFUE¹⁹) allo scopo di eliminare gli effetti sovra-criminalizzanti di cui risulta oggi portatore.

Tra gli elementi essenziali della nuova e più pregnante nozione, anzitutto, non potrebbe mancare la *finalità di ottenere un vantaggio economico o un altro vantaggio materiale*, in linea con la figura dello *smuggling of migrants* di cui all’art. 3 del Protocollo di Palermo²⁰. Sebbene

¹⁸ Su questo «trade-off», v. P. CAMPANA, F. VARESE, *Exploitation in Human Trafficking and Smuggling*, in *Eur. Jour. Cr. Pol. Res.*, 2016, 101.

¹⁹ Mentre, infatti, ai tempi del *Facilitators Package* – ossia nell’Unione europea pre-Trattato di Lisbona, e (soprattutto) pre-sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Consiglio* del 2005 – gli obblighi di incriminazione in senso stretto potevano essere previsti solo mediante strumenti di terzo pilastro (come, nella nostra materia, la decisione quadro 2002/946/GAD), eventualmente collegati a più robuste norme definitorie di primo pilastro (come la direttiva 2002/90/CE), con l’entrata in vigore del TFUE gli obblighi di incriminazione possono essere adottati, mediante direttiva, sia nelle materie tassativamente indicate dall’art. 83, par. 1, TFUE sia, ai sensi del par. 2 del medesimo art. 83, quando «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione». Il settore delle politiche europee in materia di frontiere, asilo e immigrazione rientra proprio in quest’ultima categoria. Sullo stato attuale dell’integrazione europea in materia penale, v. *ex multis* R. SICURELLA, *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall’“ossimoro poliseno” al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Giuridica, 2021, 56-66; M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, *ivi*, 215-233.

²⁰ Ritengono che la nozione europea dovrebbe essere anzitutto allineata a quella del Protocollo di Palermo (con la precisazione, in alcuni casi, che il profitto rilevante dovrebbe essere solo quello ingiusto): A. SPENA, *Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, CEPS-Brussels, 2016, 39; S. CARRERA, L. VOSYLIUTE, S. SMIALOWSKI, J. ALLSOP, G. SANCHEZ, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 update, Study requested by the PETI Committee* (Parlamento europeo), p. 109; J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2018, 120; C.M. RICCI, *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the ‘Facilitators’ Package*, in V. MITSILE-

infatti, come sopra chiarito, tale elemento non possa considerarsi univocamente indicativo delle più gravi forme di traffico di migranti, è evidente che la controprestazione rappresenta il principale incentivo alla realizzazione di questa tipologia di reati²¹.

In secondo luogo, l'intervento penale dovrebbe essere limitato al contrasto delle *attività organizzate*, che evidentemente hanno una maggiore capacità di muovere numeri significativi di stranieri irregolari. Anche questo fattore, del resto, è valorizzato dal Protocollo di Palermo, benché, come visto, sia discusso se possa considerarsi un elemento costitutivo della nozione di *smuggling of migrants* ovvero soltanto un presupposto dell'obbligo di cooperazione di polizia e giudiziaria²². In ogni caso, la sua rilevanza tra gli indici di maggiore gravità delle condotte – insieme, non a caso, allo scopo di lucro – è confermata dal l'art. 1, par. 3 della decisione quadro 2002/946/GAI, recante l'obbligo di prevedere pene detentive non inferiori nel massimo a otto anni appunto per il favoreggiamento commesso, a scopo di lucro, nell'ambito un'organizzazione criminale quale definita nell'azione comune 98/733/GAI (oggi sostituita dalla decisione quadro 2008/841/GAI).

In terzo luogo, è necessario che la nuova nozione risulti immune dalle censure di illegittimità per sproporzione che, ad avviso di chi scrive, raggiungono l'attuale ambito di applicazione del *Facilitators Package*²³. Come già detto, non si intendono ripercorrere in questa sede gli argomenti sulla base dei quali si è in precedenza concluso che la scelta di criminalizzare *a tutto campo* il favoreggiamento dell'ingresso irregolare sia frutto di un non ragionevole temperamento tra l'esigenza di proteggere le frontiere e la tutela di alcuni diritti fondamentali facenti capo ai migranti *sans papiers* (segnatamente: vita, integrità fisica, asilo,

GAS, V. MORENO-LAX, N. VAVUOLA (eds.), *Securitisng Asylum Flows Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Brill, 2020, 53-54; 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*, cit., 37; *contra*, A. ALJEHANI, *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol*, in *Jour. Cr. L.*, n. 2, 2015, 136, secondo cui la previsione della finalità di profitto tra gli elementi essenziali della nozione rischia di pregiudicare le indagini in ragione della difficoltà di dimostrare le transazioni illecite tra migranti e trafficanti (per la confutazione di questo argomento, v. cap. V, par. 7.1.2, lett. a).

²¹ In questo senso, sebbene nell'ambito di una proposta di riformulazione delle norme incriminatrici nazionali, sulla quale si tornerà *infra*, v. P. BRONZO, E. CANNIZZARO, E. CI-MIOTTA, M.T. TRAPASSO, U. TRIULZI, *Il traffico di migranti: una proposta normativa*, in *Cass. pen.*, 2020, 3463.

²² Cap. I, par. 2.4.

²³ Cap. V, par. 7.1.

vita privata e familiare). Il punto è che, se si condivide tale conclusione, il ripristino della legittimità *sub specie* di proporzionalità dell'obbligo di incriminazione impone di *espungere dall'area della rilevanza penale le condotte di natura umanitaria o comunque solidaristica realizzate allo scopo di tutelare il nucleo minimo di tali diritti*. A tal fine, tuttavia, non appaiono sufficienti gli elementi selettivi sin qui individuati, ossia che il contributo all'ingresso irregolare sia prestato allo scopo di ricavarne un vantaggio materiale e si collochi all'interno di un contesto organizzato: basti pensare che una fattispecie incriminatrice così configurata rischierebbe di essere considerata applicabile anche ad attività quali i soccorsi in mare, o l'assistenza ai richiedenti asilo nei pressi dei valichi di frontiera, realizzate da organizzazioni non governative o da altre realtà associative, che a tal fine ottengono finanziamenti da soggetti terzi²⁴.

Il modo più sicuro per rimuovere gli effetti sovra-criminalizzanti dell'attuale nozione consisterebbe, allora, nell'inserire nella norma definitoria la precisazione che la stessa *non include* le condotte strettamente funzionali alla tutela dei menzionati diritti fondamentali, ossia il soccorso di stranieri in pericolo, l'aiuto all'ingresso di richiedenti asilo, nonché l'aiuto all'ingresso di membri dello stesso nucleo familiare. Si otterrebbe in questo modo, per via legislativa, un risultato analogo a quello scaturito dall'intervento manipolativo della *Supreme Court of Canada* sulla fattispecie canadese di favoreggiamento dell'ingresso irregolare²⁵.

Una soluzione alternativa, rispetto all'utilizzo della tecnica casistica, consisterebbe nell'arricchire la norma definitoria di elementi univocamente in grado di fotografare le condotte *predatorie* nei confronti dei migranti, come tali incompatibili con qualsivoglia genuina finalità solidaristica. Una categoria concettuale idonea a tale scopo potrebbe essere – se vediamo correttamente – quella di *sfruttamento*: da intendersi *non* come sfruttamento *della persona*, quest'ultimo essendo, piuttosto, l'elemento caratterizzante della tratta di esseri umani; bensì come sfruttamento *della condizione di debolezza* nella quale si trova lo straniero *in quanto privo di regolari documenti*²⁶. All'interno di questa

²⁴ L'argomento secondo cui le organizzazioni non governative impegnate nei soccorsi in mare ottengono vantaggi corrispondenti al ritorno di immagine e/o ai finanziamenti che la loro attività comporta è emerso nei capi di imputazione di alcuni dei procedimenti trattati nel cap. IV, segnatamente quelli nei confronti degli equipaggi delle navi *Cap Anamur* e *Iuventa* (parr. 3.1 e 3.2).

²⁵ Cap. V, par. 5.

²⁶ In prospettiva *de jure condito*, e segnatamente con riguardo alla nozione di traffico di

categoria ricadrebbero tutte le ipotesi in cui, secondo uno schema assimilabile a quello dell'*estorsione*, si ottengono dallo straniero controprestazioni alle quali egli acconsente solo in quanto costretto dall'assenza di alternative. Irrilevante, a tale proposito, è la circostanza che, diversamente da quanto accade nell'*estorsione*, la vittima potrebbe sottrarsi al ricatto rinunciando al proprio progetto migratorio; così come è irrilevante la circostanza che il male prospettato in caso di rifiuto a sottostare alle condizioni dettate dallo *smuggler*, ossia la stessa rinuncia a migrare, non provenga dall'autore del reato. Ciò che la nozione in esame intende fotografare, infatti, è il disvalore insito nell'atteggiamento predatorio di chi sfrutta a proprio vantaggio l'altrui irresistibile desiderio di mobilità, e che in questo modo *costringe* la controparte ad accettare condizioni inique; quali, ad esempio, il pagamento di somme di denaro sproporzionate rispetto al servizio offerto, l'esposizione a pericoli per la vita o l'integrità fisica, la sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti, o ancora il pagamento mediante prestazioni sessuali o condotte illecite (si pensi al trasporto di stupefacenti)²⁷.

Meno efficace, a nostro avviso, sarebbe invece un intervento che si limitasse a rendere obbligatoria, anziché meramente facoltativa (come attualmente prevede l'art. 1, par. 2 della direttiva 2002/90/CE), l'introduzione, da parte dei legislatori nazionali, di esimenti umanitarie *ad hoc*²⁸. Anche immaginando di formulare la norma europea in maniera precisa, ad esempio dotandola di un puntuale elenco delle condotte da considerarsi giustificate (sul modello delle più avanzate formulazioni di esimenti umanitarie già adottate da alcuni Stati membri²⁹), ciò non risolverebbe in radice il problema del *chilling effect*: la sussistenza dell'esimente, infatti, dovrebbe essere comunque accertata, caso per caso, dal giudice nazionale, nell'ambito di un procedimento che, dunque, verrebbe avviato anche nei confronti degli autori delle condotte a sfon-

migranti di cui al Protocollo di Palermo, la dottrina ha già avuto modo di esprimersi a sostegno della centralità da attribuirsi, in chiave interpretativa, all'elemento dello sfruttamento della vulnerabilità del migrante: sul punto v. i contributi di A. SPENA citati *supra*, cap. I, par. 2.2, nt. 29.

²⁷ Il pericolo per la vita o l'incolumità delle persone rappresenta, in base alla proposta qui avanzata, un elemento solo eventuale della nozione di traffico di migranti. Per una prospettiva diversa, tesa ad assegnare a tale elemento una funzione selettiva decisiva, v. R. LANDRY, *The "humanitarian smuggling" of refugees Criminal offence or moral obligation?*, in *Refugee Study Center, Working paper series n. 119*, Oxford, 2016, 22.

²⁸ A favore di tale soluzione, invece, S. CARRERA et. al., *Fit for Purpose?*, cit., 110, i quali peraltro ritengono indispensabile anche l'elemento dell'ingiusto profitto.

²⁹ Cap. I, par. 4.

do solidaristico³⁰. Viceversa, l'esclusione della responsabilità a monte, sul piano dell'*actus reus*, dovrebbe, quanto meno nel medio-lungo termine, condurre gli organi inquirenti nazionali a non considerare più tali condotte alla stregua di *notitiae criminis*, e dunque a rinunciare, *ab origine*, a farne oggetto di indagini penali³¹.

Siamo consapevoli che una nozione che incorporasse tutti gli elementi qui prospettati, essendo sulla carta più restrittiva di quella prevista dal Protocollo di Palermo, potrebbe esporre la stessa Unione europea, che ha aderito al Protocollo nel 2006, a possibili censure sul piano internazionale. Analoghe censure, inoltre, potrebbero raggiungere gli Stati membri dell'Unione, anch'essi vincolati al Protocollo, laddove attuassero fedelmente la riscritta disciplina europea. Riteniamo, tuttavia, che simili rischi non dovrebbero rappresentare un freno rispetto a processi di riforma finalizzati a rendere compatibile la protezione delle frontiere mediante il diritto penale con i diritti fondamentali consacrati nella Carta UE; la quale, in questa prospettiva, potrebbe essere invocata come sorta di "controlimite" rispetto ad eventuali profili di responsabilità per l'inadempimento di obblighi assunti a livello internazionale.

2.2. *A livello italiano.*

Ad oggi, le proposte avanzate in dottrina per la riforma della disciplina italiana sul contrasto al favoreggiamento dell'ingresso irregolare di stranieri si sono essenzialmente concentrate sull'obiettivo di *differenziare la risposta sanzionatoria* in funzione dei diversi livelli di disvalore che le condotte possono concretamente assumere. Il principale risultato di questi sforzi è dunque coinciso con proposte tese, da un lato, a ricondurre a proporzionalità la pena prevista per la fattispecie "base" di favoreggiamento dell'ingresso irregolare³²; dall'altro lato, ad affian-

³⁰ Così C.M. RICCI, *Criminalising Solidarity?*, cit., p. 53.

³¹ Sebbene esistano, come è noto, disposizioni di rito che impongono al giudice e al pubblico ministero di tenere conto, sin dall'inizio, dell'eventuale sussistenza di cause di giustificazione (artt. 129, 273, 375 c.p.p.), la «concezione criminocentrica» invalsa nel nostro ordinamento produce, come riflesso, una sorta di primato del fatto tipico nell'analisi e nell'accertamento del reato: in questo senso, criticamente, M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1655-1658.

³² M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'"autoria mediata" in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, 2017,

carvi una fattispecie, più severamente punita, avente ad oggetto il “traffico di migranti” vero e proprio. Gli elementi caratterizzanti di quest’ultima norma incriminatrice sono stati individuati ora nella (mera) finalità di conseguire un vantaggio economico o altro vantaggio materiale, ricalcando così la nozione di *smuggling of migrants* di cui al Protocollo di Palermo³³; ora nella medesima finalità e nello sfruttamento della condizione di vulnerabilità del migrante³⁴; ora nel pericolo per l’incolumità dei soggetti trasportati, congiuntamente all’approfittamento della loro vulnerabilità e alla dimensione massiva della condotta³⁵.

La proposta avanzata nel presente lavoro, come visto, muove da premesse diverse, ossia dalla necessità di *eliminare*, in ragione della sua illegittimità al metro della Carta dei diritti fondamentali e della Costituzione, la fattispecie “base” di favoreggiamento di cui all’art. 12, comma 1, t.u. imm. Fermo restando che almeno una parte delle medesime condotte resterebbero punibili a titolo di concorso nel reato di ingresso irregolare (art. 110 c.p., 10-*bis* t.u. imm.), l’*abolitio* del favoreggiamento “base” dovrebbe essere preceduta dalla rimodulazione degli obblighi di incriminazione europei nel senso anzidetto, onde evitare il rischio di incorrere in una procedura di infrazione.

In luogo dell’attuale art. 12, comma 1, t.u. dovrebbe vedere la luce una nuova fattispecie che ci pare corretto definire – in linea, qui sì, con le richiamate proposte di riforma – “traffico di migranti”³⁶.

Essa dovrebbe essere concepita, anzitutto, come reato d’evento, che si consuma con l’effettivo attraversamento illegale della frontiera³⁷. L’attuale formulazione, basata sullo schema del delitto di attentato, oltre a non essere richiesta nemmeno dal vigente *Facilitators Package*, genera gli esaminati problemi di applicabilità della legge italiana nello

597; J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti*, cit., 120; P. BRONZO et al., *Il traffico di migranti*, cit., 3464.

³³ Così J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto*, loc. cit.

³⁴ P. BRONZO et al., *Il traffico di migranti*, cit., 3463.

³⁵ M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all’“autoria mediata”*, cit., 599 ss.

³⁶ Va da sé che, se il legislatore decidesse di mantenere l’assetto attualmente vigente, ciò non costituirebbe un profilo di infrazione rispetto alle riformate norme europee (le quali prescriverebbero pur sempre uno standard *minimo* di tutela), ma in ogni caso integrerebbe – sempre secondo la prospettiva adottata nel presente lavoro – una violazione del canone di proporzionalità previsto dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Costituzione italiana. Sul punto si rimanda ancora al cap. V, par. 7.2.

³⁷ Così P. BRONZO et al., *Il traffico di migranti*, cit., 3463; M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all’“autoria mediata”*, cit., 598 s., la quale prospetta, in alternativa, un reato di mera condotta e di pericolo, che si consuma nel momento in cui sorge la probabilità di lesione della vita o dell’integrità fisica dei migranti.

spazio³⁸, senza obiettivamente fornire alcun *surplus* di tutela, tenuto conto che al medesimo risultato sarebbe possibile pervenire, almeno sul versante dell'*an* della responsabilità, applicando ad un reato d'evento la disciplina del tentativo. Inoltre, anche prevedendo un reato d'evento rimarrebbero comunque punibili le condotte che si esauriscono all'estero, nella misura in cui rappresentano *condiciones sine qua non* dell'ingresso irregolare, a prescindere dall'interposizione di condotte di terzi (non importa se anch'esse illecite ovvero lecite, quanto meno se si ragiona in termini di accessorietà minima).

In secondo luogo, per le ragioni già illustrate con riferimento alla nozione europea, la condotta dovrebbe collocarsi nell'ambito di un'attività "organizzata", ossia realizzata da più persone e con un livello, seppur minimo, di pianificazione e predisposizione di mezzi³⁹; fermo restando che la sussistenza degli elementi del più pregnante concetto di associazione per delinquere determinerebbe un concorso formale di reati con le corrispondenti fattispecie associative.

In terzo luogo, sempre per le ragioni già illustrate nel precedente paragrafo, la condotta dovrebbe essere connotata dallo *sfruttamento* della condizione di debolezza nella quale si trova lo straniero *in quanto* irregolare, in modo da *costringerlo* ad accettare un sinallagma iniquo⁴⁰. Il reato acquisterebbe così una dimensione plurioffensiva: non più soltanto un presidio penalistico all'ordinata gestione dei flussi migratori, *sub specie* di funzione di controllo delle frontiere; bensì, e in via principale, un illecito penale *contro la persona*. La giurisprudenza italiana, come visto, risulta già sostanzialmente orientata in questo senso con riferimento alla fattispecie di favoreggiamento della permanenza irregolare, di cui valorizza il dolo specifico («al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero») proprio come elemento in grado di restringere l'ambito della punibilità alle ipotesi in cui

³⁸ Cap. II, par. 6.

³⁹ In questo senso, con riferimento alla fattispecie di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 452-*quaterdecies* c.p.), A. GALANTI, *I delitti contro l'ambiente*, Pacini Giuridica, 2021, 284. Sul punto v. anche Cass. pen., sez. III, 17 gennaio 2014, n. 5773, secondo cui la mera "organizzazione" deve essere tenuta distinta dall'associazione per delinquere, quest'ultima non potendo essere individuata «nel mero allestimento di mezzi e attività continuative organizzate e nel compimento di più operazioni finalizzate alla gestione abusiva di rifiuti [...] richiedendosi, evidentemente, un'attiva e stabile partecipazione ad un sodalizio criminale per la realizzazione di un indeterminato programma criminoso».

⁴⁰ Similmente, benché senza enfasi sul momento costrittivo, P. BRONZO et al., *Il traffico di migranti*, cit., 3461, che formulano il requisito in termini di approfittamento di una situazione di necessità o di una condizione di inferiorità fisica o psichica.

il vantaggio è ottenuto speculando sull'assenza di alternative in cui versa il *sans papiers*⁴¹. Una possibile soluzione potrebbe pertanto consistere nel formulare nello stesso modo anche l'elemento soggettivo delle condotte che favoriscono l'ingresso irregolare. In alternativa – e forse preferibilmente, onde prevenire oscillazioni giurisprudenziali sull'ingiustizia del profitto – la fattispecie dovrebbe essere arricchita mediante gli elementi della “costrizione” mediante “sfruttamento”. La tendenziale vaghezza di quest'ultimo elemento potrebbe essere compensata dalla previsione di *indici* fattuali dello stesso, sulla falsariga dello schema adottato per la fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis*). Fermo restando che un approfondimento sul punto non può che essere rimandato a future ricerche, pare significativo sottolineare come la tecnica di tipizzazione per indici sia stata, di recente, oggetto di autorevole avallo dottrinale, sia sul piano metodologico, sia con specifico riferimento al concetto di sfruttamento⁴².

Il dolo del reato di traffico di migranti dovrebbe, in ogni caso, essere formulato come specifico, avente dunque oggetto, come pure visto, non solo la rappresentazione e la volizione di procurare uno o più ingressi irregolari, ma anche il perseguimento di un vantaggio economico o di altro vantaggio materiale. Siffatta formula, mutuata dal Protocollo di Palermo, consentirebbe di ricomprendere, senza forzature linguistiche, anche le situazioni nelle quali la controprestazione richiesta dal trafficante non consiste in una somma di denaro, bensì, ad esempio, in prestazioni sessuali o nello svolgimento di un'attività illecita, come il trasporto di stupefacenti.

È quasi superfluo osservare che, rispetto a un reato così configurato,

⁴¹ Cap. II, par. 3.3.1.

⁴² Si rinvia alle dense pagine di A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, il Mulino, 2019, 67-148, anche per gli ulteriori imprescindibili riferimenti dottrinali al più ampio tema della “scienza penale integrata”. A proposito della tecnica normativa basata sugli indici di sfruttamento, v. anche S. FIORE, (*Dignità degli uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, 2013, 886, il quale ne evidenzia la capacità di conferire determinatezza alla fattispecie, nonché la natura di «*interessante snodo dei complessi rapporti tra diritto sostanziale e processuale*». Ciò, evidentemente, al netto di eventuali criticità relative alla formulazione dei singoli indici, ossia della loro effettiva idoneità a svolgere il compito “tipizzante” assegnatogli; criticità evidenziate, a proposito dell'art. 603-*bis* c.p., dallo stesso S. FIORE, *op. cit.*, 888-890, nonché, tra gli altri, da E. LO MONTE, *Osservazioni sull'art. 603-bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, ivi, 859 s.

la previsione di una “scriminante umanitaria” non avrebbe più senso. Ciò, del resto, appare coerente con quanto in precedenza osservato in ordine alla preferibilità, anche a livello europeo, di soluzioni normative incentrate sulla nozione di traffico, e dunque sul piano della tipicità, più che sull’introduzione di cause di giustificazione.

Un cenno, infine, al trattamento sanzionatorio. Le cornici edittali previste per il favoreggiamento dell’ingresso irregolare dal vigente art. 12 t.u. imm. risultano ampiamente superiori, nel minimo e nel massimo, a quanto richiesto dal *Facilitators Package*. Quest’ultimo, infatti, si limita a stabilire l’obbligo di prevedere pene *detentive*, non inferiori nel massimo a *otto* anni di reclusione, per le sole ipotesi in cui sussistono (necessariamente) lo scopo di lucro, nonché (alternativamente) un’organizzazione criminale o il pericolo per la vita dei migranti. La normativa italiana, invece, prevede pene detentive, di media gravità, anche per l’ipotesi base di favoreggiamento (reclusione da due a sei anni); nonché pene detentive di estrema gravità per le ipotesi nelle quali ricorrono le aggravanti di cui ai commi 3, *3-bis*, *3-ter*, che sommate tra loro consentono di raggiungere la soglia massima di trent’anni prevista nel nostro ordinamento per le pene detentive temporanee. Si tratta, a prima vista, di un trattamento sanzionatorio eccessivo financo per la fattispecie di “traffico di migranti” qui proposta, alla luce sia del disvalore intrinseco delle condotte, sia della necessità di garantire coerenza e armonia al sistema punitivo (basti pensare che la pena massima per il delitto di tratta di persone di cui all’art. 601 c.p. è pari a vent’anni di reclusione). Ecco allora che, tenuto conto della centralità assegnata all’elemento dello sfruttamento dell’altrui condizione di debolezza per ottenere un vantaggio ingiusto, un valido punto di riferimento rinvenibile nel diritto positivo potrebbe essere la cornice edittale del già richiamato delitto di estorsione (reclusione da cinque a dieci anni). La natura plurioffensiva del traffico di migranti, in quanto incisivo anche del bene giuridico dell’ordinata gestione dei flussi migratori, potrebbe giustificare solo un leggero rialzo di tale cornice, tenuto conto che l’omogenea ipotesi di ingresso irregolare dello straniero configura una mera contravvenzione punita con pena pecuniaria (art. 10-*bis* t.u. imm.)⁴³. Naturalmente sulla pena base potrebbero innestarsi eventuali aggravanti speciali, a efficacia comune o speciale, aventi ad oggetto, in particolare, l’esposizione dei migranti a pericolo per la vita e l’integrità

⁴³ Sulla tendenziale omogeneità tra l’art. 12, comma 1 e l’art. 10-*bis* t.u. imm., sotto il profilo dell’oggettività giuridica e delle modalità dell’offesa, v. cap. II, par. 3.2.2 e cap. V, par. 8.1.1.

fisica, ovvero la loro sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti. La verifica di morti o lesioni come conseguenza non voluta rimarrebbe affidata alle regole generali, e in particolare al concorso formale *ex artt.* 586, 589 o 590.

3. *Il mercato nero della mobilità e il ruolo del diritto penale.*

Qualunque mercato, lecito o illecito che sia, *muore*, se viene a mancare la *domanda* dei beni o dei servizi che offre. A questa elementare regola economica non si sottrae nemmeno il mercato nero della mobilità: il quale, semplicemente, scomparirebbe, se non fosse più utile a nessuno. Conseguentemente, ragionando per estremi, una soluzione definitiva ai problemi esaminati in questo lavoro consisterebbe nell'eliminazione delle frontiere, attraverso il riconoscimento generalizzato di un assoluto *ius migrandi*⁴⁴. Evidentemente si tratta, nel mondo contemporaneo, di una proposta irrealizzabile, anche se non priva di autorevoli teorizzazioni⁴⁵. Esistono, tuttavia, soluzioni meno radicali che potrebbero comunque favorire, se non la scomparsa, quanto meno la riduzione della domanda di mobilità illecita: la creazione di autentici canali di ingresso regolare per studio e (ricerca di) lavoro, l'estensione delle ipotesi di ricongiungimento familiare, e ancora l'apertura dei confini nei confronti delle persone in fuga da situazioni di pericolo, come recentemente accaduto rispetto ai profughi ucraini⁴⁶.

Tali interventi, indubbiamente estranei alle competenze dei penali-

⁴⁴ Per la semplice, ma decisiva, considerazione secondo cui l'esistenza del *migrant smuggling* e perfino del *trafficking in human beings* dipendono dall'esistenza delle frontiere, v. già E. GUILD, *Conclusions: the variable political and legal geography of people smuggling and trafficking in Europe*, in E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 407. Per la constatazione che la domanda di servizi di *migrant smuggling* diminuisce nelle aree "free visa" (come le aree ECOWAS in Africa occidentale e MERCOSUR in America latina), v. UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants*, New York, 2018, 38.

⁴⁵ Cfr. N. GILL, *Border abolition and how to achieve it*, in D. COOPER, N. DHAWAN, J. NEWMAN (eds.), *Re-imagining the State: Theoretical Challenges and Transformative Possibilities*, Routledge, 2019, 231-250, nonché *ivi* per ulteriori riferimenti.

⁴⁶ Sull'insufficienza di canali di ingresso regolare in Europa, v. C. FAVILLI, *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 55-80. Con specifico riferimento all'assenza di corridoi umanitari per l'ingresso di richiedenti asilo, v. cap. III, par. 4.4.

sti, potranno essere elaborati e attuati a condizione che si abbia il coraggio di ripensare i meccanismi di controllo e gestione dei flussi in ingresso, nella consapevolezza che si tratta di fenomeni globali, sostanzialmente inarrestabili, e, soprattutto, in larga parte riconducibili a fattori economici, sociali, politici e, da ultimo, anche climatici, ai quali il modello di società e di sviluppo nel quale viviamo, e che cerchiamo di difendere a ogni costo erigendo barriere fisiche e giuridiche, non è affatto estraneo.

Ciò non significa, beninteso, che il diritto penale non possa e non debba svolgere alcun ruolo nel contrasto a forme di criminalità che, approfittando di quelle (insostenibili) barriere fisiche e giuridiche, sfrutta a proprio vantaggio le condizioni nelle quali si trovano coloro per i quali migrare è l'unica alternativa esistenziale possibile. Ma lo strumento, per risultare efficace e prima ancora legittimo, deve essere funzionale e coerente allo scopo. Ostinarsi a mantenere in vita norme incriminatrici onnivore e presidiate da pene sproporzionate, norme capaci di offrire veste giuridica a una narrazione che annulla la complessità delle migrazioni dividendo arbitrariamente i suoi attori in buoni e cattivi, non è certo un indicatore di forza, bensì di debolezza e incapacità di offrire soluzioni lungimiranti ed efficaci⁴⁷. Il mero rafforzamento dell'apparato sanzionatorio consente infatti, soprattutto nel suo momento genetico, ossia quando si annuncia l'intervento riformatore, di nascondere i propri fallimenti, presenti e futuri, dietro un'immagine di apparente inflessibilità. La tendenza al «*repressivismo*»⁴⁸ finisce così per alimentare, come tempo addietro ammoniva autorevole dottrina, una «*spirale repressiva autoalimentata dai suoi stessi prevedibili insuccessi*»⁴⁹. Ne costituisce un plastico esempio il recente decreto-legge emanato all'indomani del tragico naufragio verificatosi davanti alle coste

⁴⁷ Come è stato, di recente, autorevolmente osservato, «*pare innegabile che l'«eccedenza sanzionatoria» (ossia, per dirla penalisticamente, il rapporto squilibrato riscontrabile nell'ordinamento tra fattispecie e comminatorie edittali) sia un indicatore della patologia delle regole (sociali e giuridiche) e del potere che dovrebbe governarne la genesi e applicazione*»: così G. FORTI, *Una prospettiva «diabolicamente umana» sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, 198.

⁴⁸ Ossia il fatto che «*il legislatore non solo non esita ma spesso indulge, anche sotto la spinta dell'Unione europea, a un uso smodato della sanzione penale e di quella detentiva in particolare, sia mediante la previsione a getto continuo di nuove fattispecie criminose sia mediante l'incessante innalzamento delle pene esistenti*»: così F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, 2018, 55.

⁴⁹ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, 25.

del Comune di Cutro⁵⁰. Al dichiarato obiettivo di combattere i “trafficienti di esseri umani” – concetto che gioca sull’ambiguità tra *smuggling* e *trafficking* per rendere più credibile la retorica punitiva dello “scafista” senza scrupoli⁵¹ – si è scelto, prospettandola come efficace contromisura, di inasprire ulteriormente un trattamento sanzionatorio di cui tutto si poteva dire tranne che non fosse già estremamente severo. Un simile intervento non ridurrà in alcun modo i flussi irregolari, né salverà alcuna vita umana⁵²; invece renderà più costose le rotte, incrementando i profitti delle stesse organizzazioni criminali che afferma di volere combattere. La ragione per cui, nondimeno, è stato adottato, è dunque da rinvenirsi, come si diceva, sul piano della debolezza e dell’insipienza dei *policy makers* che l’hanno proposto, compensate cavalcando l’onda del populismo penale e delle ricette semplificate di cui si nutre.

Si diceva: lo strumento penale, per candidarsi a essere efficace e al contempo non incorrere nelle censure di sproporzione che sono state prospettate nel corso della trattazione, non può non prendere le mosse dalla complessità anzitutto *empirica* del fenomeno al quale si contrappone⁵³. Una complessità che può essere compresa solo a partire da un serio approccio criminologico, come ha ricordato la Corte costituzionale nella sent. n. 63/2022: una pronuncia con il richiamo alla quale, non a caso, abbiamo scelto di aprire, e ora di concludere, questo lavoro. Solo muovendo da tali premesse, e dunque rimettendo l’essere umano al centro delle valutazioni politico-criminali, sarà possibile avviare un processo riformatore che cancelli una disciplina inutilmente oppressiva e contribuisca davvero a ridurre lo sfruttamento della mobilità irregolare.

⁵⁰ Cap. II, par. 2.8.

⁵¹ Sulla criminalizzazione degli “scafisti”, v. cap. III, par. 6.1; sulle strumentalizzazioni delle sovrapposizioni tra *trafficking* e *smuggling*, v., cap. I, par. 7, cap. II, par. 5.3.

⁵² Considera nulla, o quasi nulla, l’efficacia deterrente della riforma, D. PULITANÒ, *Sulle attuali politiche del diritto penale*, in *Sist. pen.*, 1° giugno 2023, 10.

⁵³ Cap. I, par. 6.6.

BIBLIOGRAFIA

- ABUKAR HAYO A., *La nuova normativa sul contrasto del mercato dell'immigrazione clandestina*, in *La giustizia penale*, 2003, II, 321-329.
- ABUKAR HAYO A., *Brevi cenni sulla rilevanza penale della c.d. clandestinità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Giappichelli, 2011, 407-432.
- ACHILLI L., *The "Good" Smuggler: The Ethics and Morals of Human Smuggling among Syrians*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2018, March, 77-96.
- ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, 1984.
- ALEXY R., *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n. 22, 2014, 51-65.
- ALEXY R., *Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation*, in J. SIECKMANN (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights. Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Springer, 2021, 1-10.
- ALJEHANI A., *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol*, in *The Journal of Criminal Law*, n. 2, 2015, 122-137.
- ALLSOPP J., VOSYLIUTE L., SMIALOWSKI S.B., *Picking "Low-Hanging Fruit" While the Orchard Burns: The Costs of Policing Humanitarian Actors in Italy and Greece as a Strategy to Prevent Migrant Smuggling*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, n. 1, 2021, 65-88.
- AMALFITANO C., *La reclusione degli immigrati irregolari per violazioni dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni del c.d. direttiva rimpatri*, in *Cassazione penale*, 2011, 2786-2797.
- AMALFITANO C., D'AMICO M., LEONE S. (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Giappichelli, 2022.
- AMBROSINI M., *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza, 2020.
- AMBROSINI M., *Confini, migrazioni, accoglienza: una sfida per le società democratiche*, in M. AMBROSINI, M. D'AMICO, E. PERASSI, *Confini, migrazioni e diritti umani*, Milan University Press, 2022, 47-70.

- AMENTA C., DI BETTA P., FERRARA C., *La crisi dei migranti nel Mediterraneo Centrale: le operazioni search and rescue non sono un fattore di attrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2021, 16-33.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. (aggiornata e integrata da L. CONTI), Giuffrè, 2003.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, XV ed. (aggiornata e integrata a cura di C.F. GROSSO), Giuffrè, 2008.
- APRILE S., *Art. 6*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 214-224.
- ARICÒ R.M., *Governance migratoria e protezione delle vittime di tratta tra narrazioni stereotipiche e bias normativi: una seconda frontiera interna?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2023, 1-19.
- BAILLIET C., *The Tampa Case and its Impact on Burden Sharing at Sea*, in *Human Rights Quarterly*, 2003, 741-774.
- BAIMA BOLLONE L., *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione. Profili sostanziali e procedurali*, IPSOA, 2003, 211-224.
- BAIRD T., *Human smuggling and violence in the east Mediterranean*, in *International Journal of Migration, Health and Social Care*, n. 3, 2014, 121-133.
- BAIRD T., *Carrier Sanctions in Europe: A Comparison of Trends in 10 Countries*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, 307-334.
- BARBARA G., *I poteri coercitivi delle autorità italiane nei confronti delle persone a bordo di navi prive di bandiera in alto mare*, in *Cassazione penale*, 2015, 1158-1161.
- BARBERINI R., *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in *Questione giustizia*, 18 settembre 2017.
- BARBUTO G., *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, in S. CORBETTA, G.L. GATTA, A. DELLA BELLA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, 265-271.
- BARRETTA P., *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Questione giustizia*, 4 luglio 2017.
- BARTOLI R., *"Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 1047-1053.
- BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato 'intrinseco' sul quantum di pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 967-983.
- BASILE F., *La colpa in attività illecita: un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 2005, 769-792.
- BASILE F., *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 484-492.

- BASILE F., *Art. 59 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 1198-1223.
- BASILE F., *Colpa in attività illecita*, in M. DONINI (diretto da), *Enciclopedia del diritto - I Tematici*, Vol. II, *Reato colposo*, Giuffrè, 2021, 133-153.
- BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione*, Laterza, 2007.
- BEN AMOR R., COSTA M., *La Tunisie entre la classification de "Pays Sûr" et la réalité d'un Pays à la dérive*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2021, 480-526.
- BERNARDI A., *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in corso di pubblicazione in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, disponibile in anteprima in *Sistema penale*, 30 maggio 2023, 1-52.
- BERNARDI S., *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 1, 2018, 134-144.
- BERNARDI S., *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Diritto penale contemporaneo (archivio)*, 16 aprile 2018.
- BEVILACQUA G., *Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*, in G. ANDREONE (a cura di), *The Future of the Law of the Sea. Bridging Gaps between National, Individual and Common Interests*, Springer Open, 2017, 165-189.
- BILGER V., *Modeling migrant smuggling: Testing descriptive types against recent findings*, in *New Perspectives on Turkey*, 2018, 33-61.
- BILLIS E., *Art. 49*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, 2021, 1473-1507.
- BIN L., *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli, 2022.
- BIN L., *Il reato eventualmente complesso come (unica) ipotesi di concorso apparente ulteriore rispetto alla specialità. L'esempio del rapporto tra incendio e disastro ambientale*, in *La legislazione penale*, 9 maggio 2023, 1-45.
- BONINI S., *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Editoriale scientifica, 2016.
- BORRACCETTI M., *Il contrasto alla tratta di persone a partire dal Consiglio europeo di Tampere 1999: attualità e criticità*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi, Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 686-702.
- BOTTALICO F., *Art. 12 d. legisl. 25 luglio 1998, n. 286*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., 2007, Cedam, 2612-2632.
- BOZHEKU E., *Le strategie di lotta all'e(im)migrazione clandestina tra l'Al-*

- bania e l'Italia*, in F. ROCCHI, E. ROSI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Jovene, 2013, 327-336.
- BRACHET J., *Manufacturing Smugglers: From Irregular to Clandestine Mobility in the Sahara*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2018, March, 16-35.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Utet, 1973, 7-93.
- BRONZO P., CANNIZZARO E., CIMIOTTA E., TRAPASSO M.T., TRIULZI U., *Il traffico di migranti: una proposta normativa*, in *Cassazione penale*, 2020, 3456-3471.
- CALABRIA S., *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998)*, in *Questione giustizia*, 29 luglio 2019.
- CALLAIOLI A., Art. 12. *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Giuffrè, 2007, 1652-1669.
- CAMPANA P., *Out of Africa: The organization of migrant smuggling across the Mediterranean*, in *European Journal of Criminology*, n. 4, 2018, 481-502.
- CAMPANA P., VARESE F., *Exploitation in Human Trafficking and Smuggling*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2016, 89-105.
- CANCELLARO F., *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 3, 2020, 428-443.
- CANCELLARO F., *Caso Vos Thalassa: una discutibile pronuncia della Corte d'appello di Palermo sui rapporti tra legittima difesa e non-refoulement*, in *Annuario ADiM*, 2020, 731-738.
- CAPRIOGLIO C., *Il fatto non sussiste: brevi note sulla sentenza di Cassazione nel processo Agaish in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Questione giustizia*, 14 febbraio 2023.
- CAPUTO A., *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 1195-1204.
- CAPUTO A., *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato Teorico-Pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2012, 37-94.
- CAPUTO A., *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 164-180.

- CARLI E., *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 689-707.
- CARRERA S., COLOMBI D., CORTINOVIS R., *Policing search and rescue NGOs in the Mediterranean. Does justice end at sea?*, CEPS in-depth analysis, 2023.
- CARRERA S., CORTINOVIS R., *Search and Rescue, Disembarkation and Relocation Arrangements in the Mediterranean. Sailing Away from Responsibility?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, 2019.
- CARRERA S., DEN HERTOOG L., STEFAN M., *The EU-Turkey deal. Reversing "Lisbonisation" in EU migration and asylum policies*, in S. CARRERA, J.S. VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2019, 155-174.
- CARRERA S., GUILD E., *Migrant smuggling in the EU: what do the facts tell us?*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, CEPS-Brussels, 2016, 11-16.
- CARRERA S., GUILD E., ALIVERTI A., ALLSOPP J., MANIERI M.G., LEVOY M., *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, Study for the LIBE Committee (Parlamento europeo), 2016.
- CARRERA S., MITSILEGAS V., ALLSOPP J., VOSYLIUTE L., *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Hart, 2020.
- CARRERA S., VOSYLIUTE L., SMIALOWSKI S., ALLSOP J., SANCHEZ G., *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 update*, Study requested by the PETI Committee (Parlamento europeo), 2018.
- CARTABIA M., *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, 2016, 463-475.
- CASADONTE A., *Profili penalistici*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, 2004, 634-701.
- CATALDI G., *L'impossibile interpretazione conforme del decreto sicurezzabis alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Diritti senza confini*, 26 febbraio 2020.
- CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in F. ROCCHI, E. ROSI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Jovene, 2013, 221-244.

- CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, Jovene, 2000.
- CAVALIERE A., *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in *La legislazione penale*, 21 luglio 2020, 1-24.
- CAVALIERE A., *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, fasc. n. 4/2022, 43-71.
- CENTONZE A., *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori irregolari*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.
- CERASE M., *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della legge "Bossi-Fini"*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 1343-1350.
- CHASSANG C., *La fin du délit de solidarité à la française?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2019, 169-189.
- CIERVO A., *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2022, 314-329.
- CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principi di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, 2018.
- CONSULICH F., *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 1231-1244.
- CORBETTA S., *Modifiche alla "Bossi-Fini"*, in AA.VV., "Decreto sicurezza": tutte le novità, Ipsoa, 2008, 193-202.
- CORNELLI R., *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 4, 2019, 128-142.
- CORSI C., *Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, 15-36.
- COSTELLO C., MANN I., *Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations*, in *German Law Journal*, n. 3, 2020, 311-334.
- CURI F., *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, II ed., Giappichelli, 2021, 109-196.
- CURI F., *La giurisdizione in alto mare: tra universalità tentata e territorialità consumata (commento a Cassazione, sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2022, 197-210.
- CUSUMANO E., VILLA M., *Sea rescue NGOs: a pull factor of irregular migration?*, *Policy Briefs*, 2019/22, Migration Policy Centre, European University Institute, 2019.
- D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, 1-27.

- DE GIORGIO M., *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2013, 87-132.
- DE HASS H., CASTLES S., MILLER M.J., *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Macmillan International Higher Education, 2020.
- DE SENA P., ACCONCIAMESSA L., CARDONE A., GIANELLI A., RUSSO D., SACCUCCI A., TAMMONE F., *Dichiarazione congiunta degli studiosi di diritto internazionale e di diritto costituzionale sulla diretta applicabilità dei trattati internazionali nell'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, 103-105.
- DE SENA P., STARITA M., *Navigare fra istanze 'Stato-centriche' e 'cosmopolitiche': il caso 'Sea-Watch' in una prospettiva conflittuale*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, 61-73.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2020.
- DE VITTOR F., *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 5-27.
- DE VITTOR F., *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 443-453.
- DE VITTOR F., *Il Port State Control sulle navi delle ONG che prestano soccorso in mare: tutela della sicurezza della navigazione o ostacolo alle attività di soccorso?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, 103-127.
- DE VITTOR F., *Controllo dell'immigrazione irregolare o soccorso a naufraghi? Sulla compatibilità con gli obblighi in materia di soccorso della classificazione di eventi SAR come operazioni polizia*, in *ADiM blog*, 30 aprile 2023.
- DE VITTOR F., STARITA M., *Distributing responsibility between shipmasters and the different States involved in SAR disasters*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, n. 1, 2019, 77-95.
- DE VITTOR F., ZIRULIA S., *Il caso della nave Alan Kurdi: profili di diritto penale e internazionale in punto di omessa assegnazione di un porto sicuro*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2019.
- DEAN F., *Norma penale e territorio: gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, 1963.
- DEMURO G.P., *Il dolo*, Vol. II. *L'accertamento*, Giuffrè, 2010.
- DENARO C., *Politiche di ri-confinamento in tempo di pandemia: l'utilizzo di «navi quarantena» in Italia e l'accesso al diritto di asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2021, 34-59.
- DENORA G., *Condotta di agevolazione e sistema penale*, ESI, 2006.
- DI MARTINO A., *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Giappichelli, 2006.

- DI MARTINO A., *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Diritto penale e processo*, 2007, 11-25.
- DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, il Mulino, 2019.
- DI MARTINO A., *Strategie comunicative di indagini penali per agevolazione della migrazione irregolare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2019, 1-18.
- DI MARTINO A., *Supporto organizzato e supporto individuale a migranti non autorizzati. Incrocio pericoloso tra favoreggiamento della migrazione, associazione per delinquere, non punibilità "umanitaria"*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2023, 1-27.
- DI MARTINO A., BIONDI DAL MONTE F., BOIANO I., RAFFAELLI R., *The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy*, Pisa university press, 2013.
- DI MARTINO A., RAFFAELLI R., *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo (archivio)*, 26 luglio 2011.
- DI MARTINO A., RICCI L., *L'inosservanza delle limitazioni o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, in *La legislazione penale*, 1° marzo 2021, 1-19.
- DI PASCALE A., *L'attuazione della protezione temporanea a favore degli sfollati dall'Ucraina*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2023, 1-72.
- DIMITRIADI A., *The Interrelationship Between Trafficking and Irregular Migration*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, CEPS-Brussels, 2016, 64-69.
- DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012.
- DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 1956-1964.
- DOLCINI E., MARINUCCI G., *Introduzione*, in S. CORBETTA, G.L. GATTA, A. DELLA BELLA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009, XXI-XXVIII*.
- DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, 175-245.
- DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè, 1993.

- DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Vol. XIV, Utet, 1999, 221-298.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004.
- DONINI M., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2, 2007, 55-87.
- DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, 101-133.
- DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1646-1678.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 4, 2013, 4-43.
- DONINI M., *Integrazione europea e scienza penale*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Giuridica, 2021, 215-233.
- DONNARUMMA M.R., *Le "délit de solidarité", un oxymore indéfendable dans un État de droit*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 1, 2019, 46-58.
- DOOMERNIK J., KYLE D., *Introduction*, in *Journal of International Migration and Integration*, n. 3, 2004, 265-272.
- DUFF R.A., *Proportionality and the Criminal Law: Proportionality of What to What?*, in E. BILLIS, N. KNUST, J. PETTER RUI (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart, 2001, 29-48.
- ESCOBAR VEAS J., *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 1, 2018, 111-120.
- FAGGIANI V., *Il dovere di soccorso in mare tra politica dei porti chiusi e Covid-19*, in E. AUGUSTI, S. PENASA, S. ZIRULIA (a cura di), *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 2022, 37-69.
- FAVILLI C., *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 55-80.
- FAZZINI A., *Il caso S.S. and Others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della*

- Corte di Strasburgo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2020, 86-113.
- FELICIONI S., ESCOBAR VEAS J., *Rimessa alle Sezioni Unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all'art. 12 co. 3 del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti o fattispecie autonome di reato?*, in *Diritto penale contemporaneo (arch.)*, fasc. n. 6/2018, 253-257.
- FERRARA C., *Il traffico di migranti nel Mediterraneo in un ufficio giudiziario di frontiera. L'esperienza della Procura della Repubblica di Palermo*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, 193-218.
- FERRI F., *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 189-197.
- FIANDACA G., *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale. Scritti in memoria di Girolamo Bellavista – Vol. I*, 1977, 173-205.
- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95-122.
- FIANDACA G., *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, Giappichelli, 2014.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, 2019.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed., Zanichelli, 2021.
- FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, 2013, 871-894.
- FLORA G., voce *Errore*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Vol. IV, Utet, 1990, 255-275.
- FONTI R., VALENTINI V., *Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte: una decisione che non si condivide (proprio perché la si comprende)*, in *Archivio penale*, n. 1, 2020, 1-17.
- FORLENZA O., *Per configurare il reato di favoreggiamento non è necessaria la violenza fisica o psichica*, in *Guida al diritto*, n. 7, 2003, 76 ss.
- FORNASARI G., *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 1514-1539.
- FORTI G., *Una prospettiva “diabolicamente umana” sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, 187-222.
- FORZATI F., *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della per-*

- sona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disegualianza sanzionatoria, in *Archivio penale*, n. 3, 2019, 1-32.
- FORZATI F., *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, ESI, 2020.
- FRASCA E., RAIMONDO F., *Le finalità dei controlli alle frontiere tra ambiguità e giustificazioni: i metodi di anticipazione, privatizzazione ed esternalizzazione dell'Unione europea*, in E. AUGUSTI, S. PENASA, S. ZIRULIA (a cura di), *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 2022, 7-35.
- GALANTI A., *I delitti contro l'ambiente*, Pacini Giuridica, 2021.
- GALLAGHER A.T., *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway*, in *Virginia Journal of International Law*, n. 4, 2009, 789-848.
- GALLAGHER A.T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2010.
- GALLAGHER A.T., DAVID F., *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press, 2014.
- GALLI L., *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni nei corridoi umanitari. Che cosa possiamo imparare dall'esperienza canadese?*, in E. AUGUSTI, S. PENASA, S. ZIRULIA (a cura di), *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 2022, 101-142.
- GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, 1966.
- GALLO M., voce *Dolo*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIII, Giuffrè, 1964, 750-804.
- GALLUCCIO A., *Art. 601*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo III, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 1586-1594.
- GAMBARDELLA M., *Concorso ideale e clausole di riserva: una storia dimenticata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, 153-195.
- GAMMELTOFT-HANSEN T., HATHAWAY J.C., *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 2, 2015, 235-284.
- GARCÍA ANDRADE P., MARTÍN I., VITA V., MANANASHVILI S., *EU Cooperation with Third Countries in the Field of Migration, Study for the LIBE Committee* (Parlamento europeo), 2015.
- GATTA F.L., *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2023.
- GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, 2008.
- GATTA G.L., *Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 1323-1347.

- GATTA G.L., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, 2013.
- GATTA G.L., *La pena nell'era della "Crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Tomo II, Giuffrè, 2018, 987-1037.
- GENNARI L., CECCHINI C.L., CRESCINI G., *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 133-163.
- GIACONA I., *Concorso apparente di reati e istanze di Ne bis in idem sostanziale*, Giappichelli, 2022.
- GILBERTI L., QUEIROLO PALMAS L., *Solidarities in Transit on the French-Italian Border: Ethnographic Accounts from Ventimiglia and the Roya Valley*, in M. AMBROSINI, M. CINALLI, D. JACOBSON (a cura di), *Migration, Borders and Citizenship*, Palgrave Macmillan, 2020, 109-140.
- GILL N., *Border abolition and how to achieve it*, in D. COOPER, N. DHAWAN, J. NEWMAN (eds.), *Re-imagining the State: Theoretical Challenges and Transformative Possibilities*, Routledge, 2019, 231-250.
- GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto-legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pacini Giuridica, 2021.
- GIUFFRÉ M.G., *From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse*, in *Eurojus.it Rivista*, 2017.
- GIUNTA F., *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale", alla luce del principio di determinatezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 3530-3544.
- GLONINGER G.M., *From Humanitarian Rescue to Border Security: Managing Migration in the Central Mediterranean*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2019, 459-485.
- GOMBEER K., FINK M., *Non-Governmental Organisations and Search and Rescue at Sea*, in *Maritime Safety and Security Law Journal*, n. 4, 2018, n. 4, 1-25.
- GRADONI L., PASQUET L., *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, 54-55.
- GRASSO G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, 689-728.
- GREEN S.P., *The Conceptual Utility of Malum prohibitum*, in *Dialogue: Canadian Philosophical Review*, n. 1, 2016, 33-43, disponibile anche nella

- traduzione italiana (a cura di A. CORDA), *L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum*, in *Criminalia*, 2016, 15-26.
- GROSSO C.F., *Il requisito della produzione non volontaria del pericolo nello stato di necessità e nella difesa legittima*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. II, 1965, 53 ss.
- GROSSO C.F., voce *Necessità (stato di) (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXVII, Giuffrè, 1977, 882-898.
- GUILD E., *Conclusions: the variable political and legal geography of people smuggling and trafficking in Europe*, in E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 407-414.
- GUILD E., *Assessing Migration Management and the Role of Criminal Law*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Hart, 2021, 9-23.
- HATHAWAY J.C., *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, in *Virginia Journal of International Law*, n. 1, 2008, 1-59.
- HATHAWAY J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, II ed., Cambridge University Press, 2021.
- HÖRNLE T., *Human Trafficking. Human Rights Activism and its Consequences for Criminal Law*, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNSTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Bloomsbury, 2019, 117-136.
- HUYSMANS J., *The European Union and the Securitization of Migration*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 5, 2000, 751-777.
- INSOLERA P., *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *L'Indice penale*, n. 1, 2017, 176-209.
- JACQUELINE H., *Is the International Duty to Rescue Declining before the State Policies of 'Closed Ports'?*, in *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2021, 105-132.
- KRAFFT R., *Passeur*, Libella, 2017 (trad. it. a cura di L. Sarlo, *Passeur*, Keller editore, 2020).
- KUSCHMINDER K., TRIANDAFYLLOIDOU A., *Smuggling, Trafficking, and Extortion: New Conceptual and Policy Challenges on the Libyan Route to Europe*, in *Antipode*, n. 1, 2020, 206-226.
- KYLE D., KOSLOWSKI R., *Introduction*, in IIDD. (eds.), *Global Human*

Smuggling. Comparative perspectives, The Johns Hopkins University Press, 2001, 1-25.

- LA CHIOMA F., *Organizzazioni criminali transnazionali e traffico di migranti. L'esperienza nel Canale di Sicilia*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, 81-114.
- LANDRY R., *The "humanitarian smuggling" of refugees. Criminal offence or moral obligation?*, in *Refugee Study Center, Working paper series n. 119*, Oxford, 2016, 1-32.
- LANZA E., *Diritto penale dell'immigrazione*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, V ed., Maggioli, 2021, 287-349.
- LEGOMSKY S.H., *The USA and the Caribbean Interdiction Programme*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 3-4, 2006, 677-695.
- LEGOMSKY S.H., *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington and Lee Law Review*, 2007, 469-528.
- LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Diritto penale contemporaneo (archivio)*, 22 dicembre 2017, 1-14.
- LEO G., *Art. 47 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 733-763.
- LERNESTEDT C., *What does the Trafficker do Wrong and Towards What or Whom?*, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNESTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Bloomsbury, 2019, 137-158.
- LO MONTE E., *Osservazioni sull'art. 603-bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, 2013, 953-966.
- LOCK T., *Article 17 CFR*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford University Press, 2019, 2149-2152.
- LOCK T., *Article 49 CFR*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU treaties and the Charter of Fundamental rights: a Commentary*, Oxford University Press, 2019, 2231-2234.
- LOCK T., *Article 52 CFR*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford University Press, 2019, 2248-2260.
- MAGRI P., *Art. 645*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo III, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 2759-2762.

- MANACORDA S., *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 1364-1401.
- MANACORDA S., *Il contrasto penalistico della tratta e del traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 1389-1384.
- MANACORDA S., *“Doppia pregiudizialità” e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell’Unione europea nell’era del disincanto*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Giuridica, 2021, 137-180.
- MANDRIOLI D., *La giurisdizione penale extraterritoriale e la convenzione di Palermo: nuove (o antiche?) riflessioni ispirate dalla Corte di cassazione*, in *SIDIBlog*, 31 gennaio 2022.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, 2005.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012.
- MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 2105-2115.
- MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019, 173-407.
- MANGIARCINA A., *Tecniche investigative nel contrasto ai traffici di migranti, stupefacenti e sigarette*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, 115-138.
- MANNOCCHI F., *Io Khaled vendo uomini e sono innocente*, Einaudi, 2019.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2020.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, *Delitti contro la persona*, VIII ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2022.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, 1190-1240.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2001.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Giuffrè, 2023.
- MARLETTA A., *The Commission ‘Guidance’ on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 ottobre 2020.
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, XVI ed. (riveduta da G. SILVESTRI), Giuffrè, 2022.

- MARTINICO G., *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto e società*, 2019, 691-733.
- MARUOTTI R.G., *Le altre modifiche in materia di immigrazione nel segno della "tolleranza zero"*, in S. LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Cedam, 2008, 307-327.
- MASERA L., *Concorso di norme e concorso di reati*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, 2006, 1159-1172.
- MASERA L., *Immigrazione*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, 2008, 3-41.
- MASERA L., *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Il "Pacchetto sicurezza" 2009, Giappichelli, 2009, 27-82.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018.
- MASERA L., *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi*, n. speciale 2/2019, 18-43.
- MASERA L., *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 giugno 2019.
- MASERA L., *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le Ong*, in *Giustizia insieme*, 6 luglio 2019.
- MASERA L., *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La legislazione penale*, 24 luglio 2019, 1-46.
- MASERA L., *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione giustizia*, 20 febbraio 2020.
- MASERA L., *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, in *Sistema penale*, 21 luglio 2020.
- MASERA L., *Immunità della politica e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020.
- MASERA L., *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione giustizia*, 15 giugno 2021.
- MASERA L., *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *La legislazione penale*, 22 aprile 2022, 1-26.
- MASERA L., *La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia*, in *Sistema penale*, 28 luglio 2022.
- MASERA L., *Gli sbarchi selettivi e l'assenza della giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 14 novembre 2022.

- MASERA L., *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema penale*, 13 febbraio 2023.
- MASERA L., *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Questione giustizia*, 3 aprile 2023.
- MASERA L., *Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28 e il problema inedito della qualificazione penalistica dei respingimenti illegittimi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2023, 1-19.
- MASERA L., VIGANÒ F., *Addio articolo 14*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 maggio 2011.
- MASSARO A., *L'immigrazione irregolare via mare e la triade soggettiva "soccorritori-trafficienti-migranti"*, in *Giustizia insieme*, 11 aprile 2019.
- MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bononia University Press, 2020.
- MAZZA G., *Caso «Sea Watch»: la Cassazione sulla non convalida dell'arresto di Carola Rackete in relazione al dovere di soccorso in mare*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1068-1075.
- MAZZA O., VIGANÒ F., *Introduzione*, in IIDD. (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Giappichelli, 2009, VII-XXIV.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2018.
- MEHILLAJ O., *L'immigrazione albanese in Italia. Profili sociologici e politiche di controllo*, in *L'Altro Diritto Rivista*, numero unico 2010.
- MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, 2000.
- MELOSSI D., *Crime, Punishment and Migration*, Sage, 2015.
- MELOSSI D., *The Connections between Migration, Crime and Punishment. Historical and Sociological Questions*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Hart, 2021, 81-99.
- MENGISTE T.A., *Refugee Protections from Below: Smuggling in the Eritrea-Ethiopia Context*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2018, March, 57-76.
- MENTASTI G., *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matamud*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2020, 214-227.
- MENTASTI G., *Migranti e detenzione amministrativa in tempo di Covid-19: i bollettini del garante dei detenuti pubblicati durante l'epidemia*, in *Sistema penale*, 23 giugno 2020.

- MENTASTI G., *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, in *Sistema penale*, 2 ottobre 2020.
- MENTASTI G., *L'ennesimo "Decreto immigrazione-sicurezza" (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al Codice penale e altre novità*, in *Sistema penale*, 23 ottobre 2020.
- MENTASTI G., *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in *Sistema penale*, 15 gennaio 2021.
- MENTASTI G., *The Criminalisation of Migration in Italy: Current Tendencies in the Light of EU Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 4, 2022, 502-525.
- MERENDA I., *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, 2022.
- MICHELETTI D., *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009, 565-589.
- MILITELLO V., *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 86-108.
- MILITELLO V., *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giappichelli, 2018, 31-60.
- MILITELLO V., *I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali. Una introduzione alla ricerca NESMeS*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, 3-29.
- MILITELLO V., SPENA A., *"La cruna dell'ago": il migrante fra mobilità e controllo*, Introduzione a V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, 1-11.
- MINETTI M., *The Facilitators Package, Penal Populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 3, 2020, 335-350.
- MINETTI M., *International Legal Principles, Penal Populism and Criminalisation of 'Unwanted Migration'. An Italian Cautionary Tale*, in *International Community Law Review*, 2022, 358-376.
- MITCHELL G., *The Tunnels: The Untold Story of the Escapes Under the Berlin Wall*, Transworld Publishers, 2016 (trad. it. a cura di L. Fusari, *Berlino, 1962: sotto il Muro*, Utet, 2017).
- MITSILEGAS V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015.
- MITSILEGAS V., *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2019, 68-85.
- MITSILEGAS V., *Extraterritorial immigration control, preventive justice and*

- the rule of law in turbulent times: Lessons from the Anti-Smuggling Crusade*, in S. CARRERA, J.S. VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2019, 290-308.
- MITSILEGAS V., *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"*, Hart, 2021, 25-45.
- MITSILEGAS V., *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal*, n. 4-6, 2022, 1-18.
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 343-374.
- MOCCIA S., *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 921-929.
- MOFFETTE D., AKSIN N., *Fighting Human Smuggling or Criminalising Refugees - Regimes of Justification in and around R v. Appulonappa*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2018, 21-40.
- MONTAGNA N., *Libia-Italia: la rotta del Mediterraneo centrale e l'industria della migrazione*, in M. COLOMBO (a cura di), *CIRMiB MigraREport*, Vita e Pensiero, 2021, 109-122.
- MORENO-LAX V., ALLSOPP J., TSOURDI E., DE BRUYCKER P., *The EU Approach on Migration in the Mediterranean, Study Requested by the LIBE committee* (Parlamento europeo), 2021.
- MORGANTE G., *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Giappichelli, 2002.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in ID. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, V ed., Maggioli, 2021, 161-200.
- MUNARI F., *Migrations by Sea in the Mediterranean: An Improvement of EU Law is Urgently Needed*, in *Ocean Yearbook Online*, n. 1, 2018, 118-158.
- MUSSI F., *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2017, 1-10.
- MUSSO M., voce *Immigrazione*, in *Digesto delle Discipline penali*, Vol. VI, Utet, 1992, 160-172.
- NASCIMBENE B., *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, in *Corriere giuridico*, 2003, 532-540.
- NASCIMBENE B., DI PASCALE A., *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea:*

- norme, evoluzione, significato*, in M. AMBROSINI, M. D'AMICO, E. PERASSI, *Confini, migrazioni e diritti umani*, Milan University Press, 2022, 97-122.
- NATALE A., *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Questione giustizia*, 20 giugno 2019.
- NATALE A., *Il caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice*, in *Questione giustizia*, 23 luglio 2020.
- NICODEMI F., *Il sistema anti-tratta italiano compie venti anni. L'evoluzione delle misure legislative e di assistenza per le vittime e le interconnessioni con il sistema della protezione internazionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 703-728.
- NICODEMI F., *La tutela delle vittime di tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2015, 83-108.
- NICOLÒ G., *Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*, in *Consulta Online-Studi*, n. 3, 2022, 1025-1039.
- ORLANDO S., *Mobilità dei reati nello spazio transfrontaliero e nuovi confini delle norme penali: verso una giurisdizione "a geometrie variabile"?*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giappichelli, 2018, 79-107.
- ORLANDO S., *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 1, 2018, 145-158.
- PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, 1973.
- PAGELLA C., *Sulla rilevanza penale dello sbarco su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali*, in *Sistema penale*, 5 settembre 2022.
- PAGELLA C., *Caso Asso 28: la Corte d'Appello di Napoli conferma la condanna per sbarco arbitrario e abbandono di minori o incapaci sulle coste libiche*, in *Sistema penale*, fasc. n. 5/2023, 199-201.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed. (riveduta e aggiornata da V. MILITELLO, M. PARODI GIUSINO, A. SPENA), Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.
- PALAZZO F., *L'errore sulla legge extrapenale*, Giuffrè, 1974.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 350-384.
- PALAZZO F., *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. "respingimenti" in alto mare)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. III, 2011, Jovene, 1655-1672.

- PALAZZO F., R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giappichelli, 2023.
- PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, 2018.
- PALIERO C.E., “*Minima non curat praetor*”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985.
- PAPANICOLOPULU I., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2017, 1-29.
- PAPANICOLOPULU I., *International law and the protection of people at sea*, Oxford, 2018.
- PAPANICOLOPULU I., *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 507-520.
- PAPANICOLOPULU I., *Duty to rescue and entry into port: the Carola Rackete decision*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2020, 453-458.
- PAPANICOLOPULU I., BAJ G., *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2020, 23-50.
- PAPANICOLOPULU I., LOSI G., *La Sea Watch davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: rapporti tra fonti, rapporti tra Stati e regolazione (indiretta) delle attività di soccorso in mare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2023, 235-254.
- PARISI F., *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete: note a margine*, in *Foro italiano*, n. 5, 2020, 290-315.
- PARISI F., *Vos Thalassa. Viaggio di ritorno verso i campi di tortura libici, atti di resistenza e legittima difesa*, in *Foro italiano online*, 17 settembre 2020.
- PARISI F., *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: la Corte costituzionale dichiara illegittima l'aggravante per chi agevola l'immigrazione utilizzando servizi di trasporto internazionale o documenti falsi*, in *Foro italiano*, n. 9, 2022, 2661-2668.
- PARISI F., *Sul caso Vos Thalassa. La Cassazione afferma la configurabilità della legittima difesa per i migranti soccorsi in mare che si oppongono con violenza allo sbarco in Libia*, in *Foro italiano*, n. 9, 2022, 504-510.
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990.
- PARSI L., VITARELLI F., *Attuazione delle politiche anti-migratorie e crimini contro l'umanità: emergenti parallelismi ed esigenze di coordinamento tra giustizia penale nazionale e internazionale*, in *Sistema penale*, fasc. n. 9/2023, 5-22.
- PASCUAL MATELLÁN L., *La criminalización de la asistencia a los solicitantes*

- de asilo en Hungría (a propósito de la sentencia Comisión/Hungría, C-821/19)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022, 169-187.
- PASQUERO A., *La comunicazione alla Corte Penale Internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2020, 50-79.
- PASTORE M., ZORZELLA N., *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, 2020, 104-132.
- PATANÈ F., BOLHUIS M.P., VAN WIJK J., KREIENSIEK H., *Asylum-Seekers Prosecuted for Human Smuggling: A Case Study of Scafisti in Italy*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2020, 123-152.
- PATARNELLO M., *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Questione giustizia*, 19 aprile 2018.
- PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Diritto penale e processo. Speciale immigrazione*, 2009, 19-33.
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, 1952; ristampa in ID., *Diritto penale*, Vol. I. *Scritti di parte generale*, Giuffrè, 2003, 3-145.
- PEERS S., *Immigration and Asylum*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, II ed., Oxford University Press, 2017, 791-814.
- PEERS S., PRECHAL S., *Art. 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, 2021, 1473-1507.
- PELISSERO M., *Delitti di attentato*, in ID. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato Teorico-Pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2010, 23-52.
- PELISSERO M., *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, 105-118.
- PELISSERO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, 2022, 429-652.
- PERASSI T., *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 1952.
- PERELLI S., *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?*, in *Questione giustizia*, 31 marzo 2018.
- PETERS A., *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, 2016.

- PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Giuffrè, 1993.
- PIRJATANNIEMI E., *Victims of Trafficking in the Migration Discourse. A conceptualization of Particular Vulnerability*, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNSTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Bloomsbury, 2019, 77-97.
- PITEA C., TREVISANUT S., *Posizione sulla bozza di "codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare"*, ASGI, 25 luglio 2017.
- PITEA C., ZIRULIA S., "Friends, not Foes": *qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, 74-86.
- PITEA C., ZIRULIA S., *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 659-687.
- POSCHER R., *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, in E. BILLIS, N. KNUST, J. PETTER RUI (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart, 2021, 49-68.
- PUGIOTTO A., *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 785-810.
- PULITANÒ D., *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, 65-124.
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976.
- PULITANÒ D., *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, 3-51.
- PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Vol. IV, Utet, 1990, 320-331.
- PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123-146.
- PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 2, 2017, 48-60.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, VIII ed., Giappichelli, 2019.
- PULITANÒ D., *Sulle attuali politiche del diritto penale*, in *Sistema penale*, 1° giugno 2023.
- PUNZO V., *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Aspetti criminologici e tendenze evolutive*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, 31-66.

QUATTROCCHI A., *La rilevanza penale del sistema di pagamento "hawala"*

nelle condotte di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, in *Diritto penale contemporaneo (archivio)*, fasc. n. 2/2019, 21-38.

- RAMACCIOTTI M., *Sulla utilità di un codice di condotta per le organizzazioni non governative impegnate in attività di search and rescue (SAR)*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 213-222.
- RATCOVICH M., *International Law and the Rescue of Refugees at Sea*, Doctoral thesis in Public International Law, Stockholm University, 2019.
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020.
- RECCHIA N., *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 4, 871-898.
- RICCI C.M., *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the 'Facilitators' Package'*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVUOLA (eds.), *Securitising Asylum Flows Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Brill, 2020, 34-56.
- RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Giuffrè, 2004.
- RISICATO L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, 2019.
- ROBINSON C., *Offshoring and Outsourcing Anti-Smuggling Policy: Capacity Building and the Geopolitics of Migrant Smuggling*, in *Geopolitics*, 18 gennaio 2023.
- RODRIG D., *Solidarity at the Border: How the EU and US Criminalize Aid to Migrants*, in *Berkeley Journal of International Law*, n. 1, 2021, 81-126.
- ROLFI E., *Il Tribunale di Roma, nove anni dopo, sul "naufragio dei bambini": un problematico caso di prescrizione dei reati e di "responsabilità" delle autorità italiane*, in *Sistema penale*, 21 aprile 2023.
- ROMANO M., *Art. 6*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed., Giuffrè, 2004, 121-128.
- ROMANO M., *Art. 47*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed., Giuffrè, 2004, 491-504.
- ROMANO M., *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed., Giuffrè, 2004, 585-615.
- ROMANO M., *Pre-art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, IV ed., Giuffrè, 2012, 136-159.
- ROMANO M., *Art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, IV ed., Giuffrè, 2012, 159-220.
- RONCO M., *Migranti e legittima difesa: c'è un giudice a Palermo!*, in *Centro studi Livatino*, 19 agosto 2020.
- RONCO M., *L'esercizio dei poteri costituzionali in materia di libertà, sicurez-*

- za e giustizia e l'obbligo di lealtà nel rapporto tra gli organi dello Stato, in *Archivio penale*, n. 1, 2020, 1-23.
- ROSSI S., *Il sistema penale della navigazione*, Editoriale scientifica, 2020.
- RUGGIERO C., *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare - Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2020, 185-214.
- SALT J., *Trafficking and Human Smuggling: A European Perspective*, in *International Migration*, n. 3, 2000, 31-56.
- SALT J., STEIN J., *Migration as a Business. The Case of Trafficking*, in *International Migration*, n. 4, 1997, 467-494.
- SANCHEZ G., *Portrait of a Human Smuggler. Race, Class, and Gender among Facilitators of Irregular Migration on the US-Mexico Border*, in M. BOSWORTH, A. PARMAR, Y. VÁZQUEZ (eds.), *Race, Criminal Justice, and Migration Control: Enforcing the Boundaries of Belonging*, Oxford University Press, 2018, 29-42.
- SANTORIELLO C., *Caso Sea Watch ovvero la truffa delle etichette: è «politica» la decisione che non si condivide (o che non si comprende)*, in *Archivio penale*, n. 1, 2020, 1-16.
- SAVINO M., *Immigrazione e sicurezza: due paradigmi*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di): *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, 2015, 60-68.
- SAVINO M., *Riforma o Controriforma? Il "decreto Lamorgese" e la tela di Penelope*, in *ADiM Blog*, 31 gennaio 2021.
- SAVIO G., *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2009, 59-84.
- SAVIO G., *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle "navi quarantena"*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2021, 60-76.
- SAVIO G., *Le procedure amministrative della domanda d'asilo: dall'avvio alla decisione*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, V ed., Maggioli, 2021, 51-64.
- SCHATZ V.J., FATINATO M., *Post-Rescue Innocent Passage by Non-Governmental Search and Rescue Vessels in the Mediterranean*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, n. 4, 2020, 740-771.
- SCHLOENHARDT A., *Smuggling of Migrants and Refugees*, in C. COSTELLO, M. FOSTER J. MCADAM (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, 2021, 535-552.

- SCOLETTA M., *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Giappichelli, 2023.
- SCOVAZZI T., *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, 2014, 212-260.
- SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1987.
- SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, il Mulino, 1990.
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 1193-1200.
- SICCARDI C., *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2022, 74-132.
- SICURELLA R., *Introduzione. Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in ID. (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Giappichelli, 2012, 1-51.
- SICURELLA R., *Art. 49. Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, 972-1001.
- SICURELLA R., *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall'"ossimoro polisenso" al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Giuridica, 2021, 47-66.
- SINISCALCO M., *Locus commissi delicti*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, Giuffrè, 1974, 1051-1060.
- SLACK J., MARTÍNEZ D.E., *What Makes a Good Human Smuggler? The Differences between Satisfaction with and Recommendation of Coyotes on the U.S.-Mexico Border*, in *The Annals of the American Academy*, AAPSS, 676, 2018, March, 152-173.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 1, 2012, 111-122.
- SOTIS C., *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Giuridica, 2021, 23-43.
- SPENA A., *Diritti e responsabilità penale*, Giuffrè, 2008.
- SPENA A., *Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?*, in S. CARRERA, E. GUILD (eds.), *Irregular*

- Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, CEPS-Brussels, 2016, 33-40.
- SPENA A., *La crimmigratione e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2017, 495-514.
- SPENA A., *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Brill, 2018, 5-54.
- SPENA A., *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, 141-163.
- SPENA A., *Smuggling umanitario e scriminati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1859-1907.
- SPENA A., *Smuggled Migrants as Victims? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation*, in S. FORLATI (ed.), *The Palermo Convention at Twenty. The Challenge of Implementation*, Brill, 2021, 43-57.
- SPENA A., *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2022, 238-267.
- STAMBØL E.M., *The Rise of Crimefare Europe: Fighting Migrant Smuggling in West Africa*, in *European Foreign Affairs Review*, n. 3, 2019, 287-307.
- STARITA M., *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, 5-47.
- STARITA M., *Dovere di soccorso in mare, diritto internazionale e cause di esclusione dell'illiceità penale*, in *Annuario ADiM*, 2020, 706-713.
- STEINHILPER E., GRUIJTERS R., *Border Deaths in the Mediterranean: What We Can Learn from the Latest Data*, in *Border Criminologies*, 8 marzo 2017.
- STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, 1981.
- STOYANOVA V., *Populism, Immigration and Liberal Democracies. Inherent Instability or Tipping of the Balance?*, in V. STOYANOVA, S. SMET (eds.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge University Press, 2022, 49-69.
- STUMPF J., *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, 2006, 367-419.
- TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la*

- Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2008, 133-136.
- TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, 2020.
- TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2009, 195-229.
- THORBURN M., *Human Trafficking. Supplying the Market for Human Exploitation*, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNESTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Bloomsbury, 2019, 159-176.
- TOMASI L., *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema penale*, 4 ottobre 2021.
- TOPAK Ö.E., VIVES L., *A comparative analysis of migration control strategies along the Western and Eastern Mediterranean routes: Sovereign interventions through militarization and deportation*, in *Migration Studies*, n. 1, 2020, 66-89.
- TRAPASSO M.T., *Il richiamo giurisprudenziale all'"autoria mediata" in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Archivio Penale*, 2017, 583-602.
- TREVISANUT S., *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 12, 2008, 205-246.
- TREVISANUT S., *The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea*, in *Leiden Journal of International Law*, n. 3, 2014, 661-675.
- TRIANDAFYLLOU A., MAROUKIS T., *Migrant Smuggling. Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Palgrave, 2012.
- TUSSEAU G., *Le Conseil constitutionnel et le "délit de solidarité"*, in *Revue critique de droit international privé*, 2019, 35-64.
- VALENTINI E., *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, II ed., Giappichelli, 2021, 199-312.
- VALENTINI V., *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Criminalia*, 2018, 785-803.
- VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Giappichelli, 2003.
- VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 525-538.
- VALSECCHI A., *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in F. VIGANÒ (a cura di), *Reati contro la persona*, volume del *Trattato teori-*

- co-pratico di diritto penale* (diretto da F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELISSERO), 2022, 313-342.
- VAN LIEMPT I., *A Critical Insight into Europe's Criminalisation of Human Smuggling*, in *European Policy Analysis*, 2016, n. 3, 1-10.
- VARI E., *Italy-Libya Memorandum of Understanding: Italy's International Obligations*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, n. 1, 2020, 105-134.
- VASSALLI G., *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Giuffrè, 1942.
- VASSALLO PALEOLOGO F., *Il nuovo piano SAR nazionale 2020 e i soccorsi in alto mare, tra prassi operative e diritto internazionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2021, n. 3, 316-349.
- VASSALLO PALEOLOGO F., *Approccio Hotspot in Italia ed "habeas corpus" delle persone migranti*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2023.
- VAVOULA N., *Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The Case of Information Systems*, Brill, 2022.
- VENTURI F., *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1 co. 2 del d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2021, 87-110.
- VERMEULEN G., VAN DAMME Y., DE BONDT W., *Perceived involvement of "organised crime" in human trafficking and smuggling*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2010, n. 1, 247-273.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.
- VIGANÒ F., *Vendita di audiocassette abusivamente duplicate e stato di necessità*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 593-599.
- VIGANÒ F., *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2010, 13-36.
- VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Jovene, 2011, 2645-2704.
- VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 2, 2017, 61-66.
- VIGANÒ F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 481-499.
- VIGANÒ F., *Rethinking the Model Offence. From 'Trafficking' to 'Modern Slavery'?*, in R. HAVERKAMP, E. HERLIN-KARNELL, C. LERNSTEDT (eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Bloomsbury, 2019, 239-262.

- VIGANÒ F., *Art. 51*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo I, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 845-880.
- VIGANÒ F., *Art. 52*, E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 881-937.
- VIGANÒ F., *Art. 54*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 1003-1037.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022, 1-19.
- VOZZA D., *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 3, 2015, 16-33.
- WATSON S., *The Criminalisation of Human and Humanitarian Smuggling, in Migration Mobility, & Displacement*, n. 1, 2015, 38-53.
- WEBER L., GREWCOCK M., *Criminalizing people smuggling: Preventing or globalizing harm?*, in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.), *The Routledge Handbook of Transnational Organized Crime*, Routledge, 2012, 379-390.
- WHITEHEAD C., *The Underground Railroad*, Random House USA, 2016 (trad. it. a cura di M. Testa, *La ferrovia sotterranea*, Edizioni SUR, 2017).
- WOLMAN A., *The Role of Departure States in Combating Irregular Emigration in International Law: A Historical Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 1, 2019, 30-54.
- ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., il Mulino, 2019.
- ZIRULIA S., *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Diritto penale contemporaneo (archivio)*, 18 giugno 2019.
- ZIRULIA S., *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 3, 2020, 143-177.
- ZIRULIA S., *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove norme, vecchie politiche criminali*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 567-579.
- ZIRULIA S., *Art. 12 t.u. imm.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo III, V ed., Wolters Kluwer, 2021, 1491-1576.

- ZIRULIA S., *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2022.
- ZORZELLA N., *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *Questione giustizia*, 14 settembre 2023.

INDICE DELLE ABBREVIAZIONI DEI PERIODICI

<i>Altro Diritto Rivista (L')</i>	<i>Al. dir. riv.</i>
<i>American University Law Review</i>	<i>Amer. Univ. L. Rev.</i>
<i>Annals of the American Academy of Political and Social Science (The)</i>	<i>Annals AAPSS</i>
<i>Antipode</i>	<i>Ant.</i>
<i>Anuario Colombiano de Derecho Internacional</i>	<i>ACDI</i>
<i>Archivio penale</i>	<i>Arch. pen.</i>
<i>Berkeley Journal of International Law</i>	<i>Berk. Jour. Int. L.</i>
<i>Canadian Journal of Law and Society</i>	<i>Canad. Jour. L. Soc.</i>
<i>Cassazione Penale</i>	<i>Cass. pen.</i>
<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>	<i>Col. Jour. Trans. L.</i>
<i>Consulta Online-Studi</i>	<i>Cons. Onl. Stud.</i>
<i>Corriere giuridico</i>	<i>Corr. giur.</i>
<i>Criminalia</i>	<i>Crim.</i>
<i>Dialogue: Canadian Philosophical Review</i>	<i>Dial. Canad. Phil. Rev.</i>
<i>Diritti senza confini</i>	<i>Dir. s. conf.</i>
<i>Diritti umani e diritto internazionale</i>	<i>DUDI</i>
<i>Diritto dell'Unione europea (II)</i>	<i>Dir. Un. eur.</i>
<i>Diritto e società</i>	<i>Dir. soc.</i>
<i>Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale</i>	<i>Dir. pen. cont. - Riv. trim.</i>
<i>Diritto penale contemporaneo (archivio)</i>	<i>Dir. pen. cont. (arch.)</i>
<i>Diritto penale e processo</i>	<i>Dir. pen. proc.</i>
<i>Diritto, immigrazione e cittadinanza</i>	<i>Dir. imm. citt.</i>
<i>Eurojus.it Rivista</i>	<i>Euroj. Riv.</i>
<i>European Foreign Affairs Review</i>	<i>Eur. For. Aff. Rev.</i>
<i>European Journal of Criminology</i>	<i>Eur. Jour. Crim.</i>
<i>European Journal of Migration and Law</i>	<i>Eur. Jour. Migr. L.</i>
<i>European Journal on Criminal Policy and Research</i>	<i>Eur. Jour. Cr. Pol. Res.</i>
<i>European Law Journal</i>	<i>Eur. L. Jour.</i>

<i>European Policy Analysis</i>	<i>Eur. Pol. Analys.</i>
<i>Federalismi</i>	<i>Feder.</i>
<i>Foro italiano</i>	<i>Foro it.</i>
<i>Foro italiano online</i>	<i>Foro it. onl.</i>
<i>Forum di Quaderni Costituzionali</i>	<i>Forum Quad. cost.</i>
<i>Geopolitics</i>	<i>Geop.</i>
<i>German Law Journal</i>	<i>Germ. L. Jour.</i>
<i>Giurisprudenza costituzionale</i>	<i>Giur. cost.</i>
<i>Giustizia insieme</i>	<i>Giust. ins.</i>
<i>Giustizia penale (La)</i>	<i>Giust. pen.</i>
<i>Guida al diritto</i>	<i>Guid. dir.</i>
<i>Hastings International and Comparative Law Review</i>	<i>Hast. Int. Comp. L. R.</i>
<i>Human Rights Quarterly</i>	<i>Hum. R. Quar.</i>
<i>Indice penale (L')</i>	<i>Ind. pen.</i>
<i>International Community Law Review</i>	<i>Int. Comm. L. Rev.</i>
<i>International Journal of Marine and Coastal Law</i>	<i>Int. Jour. Mar. Coast. L.</i>
<i>International Journal of Migration, Health and Social Care</i>	<i>Int. Jour. Migr. Heal. Soc. Care</i>
<i>International Journal of Refugee Law</i>	<i>Int. Jour. Ref. L.</i>
<i>International Migration</i>	<i>Int. Migr.</i>
<i>Italian Yearbook of International Law Online (The)</i>	<i>It. Year. Int. Law Onl.</i>
<i>Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law</i>	<i>Jour. Const. Th. Phil. L.</i>
<i>Journal of Common Market Studies</i>	<i>Jour. Comm. Mar. Stud.</i>
<i>Journal of Criminal Law (The)</i>	<i>Jour. Cr. L.</i>
<i>Journal of International Migration and Integration</i>	<i>Jour. Int. Migr. Integr.</i>
<i>Legislazione penale (La)</i>	<i>Leg. pen.</i>
<i>Leiden Journal of International Law</i>	<i>Leid. Jour. Int. L.</i>
<i>Maritime Safety and Security Law Journal</i>	<i>Mar. Saf. Sec. L. Jour.</i>
<i>Materiali per una storia della cultura giuridica</i>	<i>Mat. stor. cult. giur.</i>
<i>Max Planck Yearbook of United Nations Law</i>	<i>Max P. Year. U.N. L.</i>
<i>Migration Mobility, & Displacement</i>	<i>Migr. Mob. Displ.</i>
<i>Migration Studies</i>	<i>Migr. Stud.</i>
<i>New Journal of European Criminal Law</i>	<i>N. Jour. Eur. Cr. L.</i>
<i>New Perspectives on Turkey</i>	<i>N. Persp. Turk.</i>
<i>Ocean Yearbook Online</i>	<i>Oc. Year. Onl.</i>
<i>Osservatorio AIC</i>	<i>Oss. AIC</i>
<i>Osservatorio sulle fonti</i>	<i>Oss. fon.</i>

<i>Quaderni costituzionali</i>	<i>Quad. cost.</i>
<i>Quaderni di SIDIBlog</i>	<i>Quad. SIDIBlog</i>
<i>Questione giustizia</i>	<i>Quest. giust.</i>
<i>Refugee Survey Quarterly</i>	<i>Ref. Surv. Quar.</i>
<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>	<i>Rev. Der. Com. Eur.</i>
<i>Revue critique de droit international privé</i>	<i>Rev. crit. dr. int. priv.</i>
<i>Revue française de droit constitutionnel</i>	<i>Rev. fran. dr. const.</i>
<i>Revue internationale de droit pénal</i>	<i>Rev. int. droit pén.</i>
<i>Rivista AIC</i>	<i>Riv. AIC</i>
<i>Rivista di diritto internazionale</i>	<i>Riv. dir. int.</i>
<i>Rivista italiana di diritto e procedura penale</i>	<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>
<i>Rivista penale</i>	<i>Riv. pen.</i>
<i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i>	<i>Riv. trim. dir. pub.</i>
<i>Sistema penale</i>	<i>Sist. pen.</i>
<i>Studi sulla questione criminale</i>	<i>Stud. crim.</i>
<i>Virginia Journal of International Law</i>	<i>Vir. Jour. Int. L.</i>
<i>Washington and Lee Law Review</i>	<i>Wash. Lee L. Rev.</i>

Finito di stampare nel mese di ottobre 2023
nella LegoDigit s.r.l. – Via Galileo Galilei, 15/1
38015 Lavis (TN)

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes, M. Pelissero,
C. Piergallini, L. Riscato, A. Vallini, F. Viganò

Volumi pubblicati

Sezione Monografie

1. GIUSEPPE PUGLISI, *La clausola di Norimberga. Origine, struttura e significato dell'art. 7.2 C.E.D.U.*, 2021, pp. XIV-226.
2. DAVIDE BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, 2021, pp. XIV-434.
3. NICOLÒ AMORE, *Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, 2022, pp. XVIII-286.
4. ALESSANDRA SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, 2022, pp. XVIII-430.
5. MARCO COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, 2022, pp. XVI-448.
6. ANNA COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, 2022, pp. XIV-434.
7. ENRICO AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, 2022, pp. XIV-274.
8. GIUSEPPE TOSCANO, *Post crimen patratum. Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso*, 2022, pp. XX-508.
9. ANDREA FRANCESCO TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, 2022, pp. XVI-416.
10. EMMANUELE PENCO, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, 2023, pp. XVI-560.
11. MASSIMILIANO LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, 2023, pp. XII-324.

12. STEFANO ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra protezione delle frontiere e tutela dei diritti fondamentali*, 2023, pp. XVIII-462.

