

## IL MERITO

---

### Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina - Tutela dei diritti fondamentali

#### La decisione

**Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina - fine umanitario - dolo di profitto - scriminante umanitaria - diritti fondamentali - principio di proporzionalità**

(Art. 12, co.1 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286; Direttiva 2002/90/CE; Decisione quadro 2002/946/GAI; art. 52, par. 1, C.D.F.U.E.)

#### *Questioni pregiudiziali:*

*Se la Carta dei Diritti Fondamentali, e segnatamente il principio di proporzionalità di cui all'art. 52 par. 1, letto congiuntamente al diritto alla libertà personale e al diritto al patrimonio di cui agli artt. 6 e 17, nonché ai diritti alla vita e all'integrità fisica di cui agli artt. 2 e 3, al diritto d'asilo di cui all'art. 18 e al rispetto della vita familiare di cui all'art. 7, osti alle previsioni della Direttiva 2002/90/CE e della Decisione quadro 2002/946/GAI (attuate nell'ordinamento italiano con la disciplina di cui all'art. 12 T.U.I.), nella parte in cui impongono agli Stati Membri l'obbligo di prevedere sanzioni di natura penale a carico di chiunque intenzionalmente favorisca o compia atti diretti a favorire l'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dell'Unione, anche laddove la condotta sia posta in essere senza scopo di lucro, senza prevedere al contempo l'obbligo per gli Stati Membri di escludere la rilevanza penale di condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare finalizzate a prestare assistenza umanitaria allo straniero;*

*Se la Carta dei Diritti Fondamentali, e segnatamente il principio di proporzionalità di cui all'art. 52 par. 1, letto congiuntamente al diritto alla libertà personale e del diritto al patrimonio di cui agli artt. 6 e 17, nonché ai diritti alla vita e all'integrità fisica di cui agli artt. 2 e 3, al diritto d'asilo di cui all'art. 18 e al rispetto della vita familiare di cui all'art. 7, osti alle previsioni della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12 T.U.I., nella parte in cui sanziona la condotta di chi compie atti diretti a procurare l'ingresso illegale di uno straniero nel territorio dello Stato, anche laddove la condotta sia posta in essere senza scopo di lucro, senza escludere al contempo la rilevanza penale di condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare finalizzate a prestare assistenza umanitaria allo straniero.*

TRIBUNALE DI BOLOGNA, Sez. I, 17 luglio 2023, Ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 267 T.F.U.E. - BOLLICI, *Giudice*

## La “criminalizzazione della solidarietà” nella normativa italiana ed europea: criticità e prospettive di riforma per la promozione di un’immigrazione sostenibile

Con l’ordinanza in commento, il Tribunale di Bologna torna nuovamente sulla nota questione della c.d. “criminalizzazione della solidarietà” nei confronti di migranti irregolari e richiedenti asilo.

Il giudice, ravvisando le numerose criticità e gli effetti perversi discendenti dall’attuale normativa europea e italiana incriminante le condotte di favoreggiamento degli ingressi irregolari prestate a fini assistenziali, effettua un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea, chiamandola per la prima volta a pronunciarsi sulla compatibilità – sul piano della validità e dell’interpretazione – tra siffatti obblighi di incriminazione e il principio di proporzionalità di cui all’art. 52, par. 1, C.D.F.U.E.

*The “criminalisation of solidarity” in the Italian and European legislation: critical issues and reform scenarios for the promotion of sustainable immigration*

*With this order the Court of Bologna focuses once again on the well-known issue of the so-called “criminalisation of solidarity” towards irregular migrants and asylum seekers.*

*As the Court noted the criticisms and the adverse effects resulting from the current European and Italian legislation, which criminalises the facilitation of illegal immigration provided for humanitarian purposes, it made a reference for a preliminary ruling to the European Court of Justice, called for the first time to rule on the compatibility – in terms of validity and interpretation – between such obligations of criminalisation and the principle of proportionality laid down in the Article 52, para. 1, European Charter of Fundamental Rights.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. Il fatto e i motivi del rinvio. – 2. Il fondamento normativo della criminalizzazione della solidarietà: il *Facilitators Package* e la sua attuazione nell’ordinamento italiano. – 3. Il giudizio di proporzionalità e la presunta violazione dell’art. 52, par. 1, C.D.F.U.E. – 4. Le conseguenze della criminalizzazione della solidarietà: gli effetti dell’*overdeterrence* nella dottrina del *chilling effect*. – 5. Osservazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

1. *Introduzione. Il fatto e i motivi del rinvio.* Con l’ordinanza in commento, il Tribunale di Bologna ha effettuato un rinvio pregiudiziale, ex art. 267 T.F.U.E., alla Corte di giustizia dell’Unione europea affinché statuisca sulla compatibilità della normativa europea e italiana in materia di incriminazione del favoreggiamento dell’immigrazione clandestina con i criteri di proporzionalità dettati dall’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Nel caso di specie, il giudice remittente era stato chiamato a decidere sulla penale responsabilità di un’imputata di origini congolesi, alla quale era stata contestata la fattispecie di cui all’art. 12, co. 1 T.U. Immigrazione, in concorso con il delitto di possesso di documenti di identificazione falsi, ex art. 497-*bis* c.p.

Più precisamente, la donna, arrivata alla frontiera aerea di Bologna in compagnia di due bambine di otto e tredici anni, esibiva per le due minori falsi passaporti, compiendo in tal modo atti diretti a favorirne illegalmente l'ingresso nel territorio italiano<sup>1</sup>.

All'udienza di convalida dell'arresto, la donna dichiarava di essere fuggita dalla Repubblica Democratica del Congo per sottrarsi alle minacce di morte mosse nei confronti suoi e della propria famiglia dall'ex compagno e di aver portato con sé le due minori, rispettivamente sua figlia e nipote, temendo per la loro incolumità. Convalidato l'arresto, rigettando tuttavia al contempo la richiesta di applicazione della custodia cautelare in carcere, il G.i.p. bolognese, al termine dell'istruttoria dibattimentale, ha sospeso il procedimento accogliendo l'istanza di rinvio pregiudiziale avanzata dalla difesa dell'imputata, tanto sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 52, par. 1 C.D.F.U.E. in relazione all'art. 12, co. 1 T.U. Immigrazione, quanto sotto il profilo della validità della corrispondente normativa europea.

È interessante ricordare come sul caso in esame la Corte costituzionale sia già intervenuta con la sentenza n. 63/2022, che ha dichiarato l'incostituzionalità, per eccessiva sproporzione, della pena prevista per le ipotesi aggravate di favoreggiamento dell'ingresso irregolare realizzato mediante documenti contraffatti ovvero mezzi di trasporto internazionale (art. 12, co. 3 lett. d) T.U. Immigrazione)<sup>2</sup>.

La questione posta all'attenzione della Corte di Lussemburgo ha, tuttavia, portata ben diversa, attenendo alle stesse scelte di incriminazione all'origine della disciplina europea e italiana sul favoreggiamento degli ingressi irregolari. Essa, dunque, si candida a rappresentare un nuovo, possibile, capitolo del dibattito europeo sulla protezione delle frontiere mediante lo strumento penale.

## *2. Il fondamento normativo della criminalizzazione della solidarietà: il*

---

<sup>1</sup> Come si dirà oltre, la vicenda in oggetto è la stessa che ha portato alla sentenza della Corte costituzionale n. 63/2022, che ha dichiarato incostituzionali, in quanto sproporzionate per eccesso, le pene previste per le aggravanti del favoreggiamento dell'ingresso irregolare realizzato mediante documenti contraffatti e l'utilizzo di servizi di trasporto internazionale (art. 12, co. 3 lett. d) T.U. Immigrazione). Di conseguenza, a seguito della declaratoria di illegittimità delle due aggravanti, all'imputata è stata contestata unicamente l'ipotesi base di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, ai sensi dell'art. 12, co. 1 T.U. Immigrazione.

<sup>2</sup> Corte cost., 10 marzo 2022, n. 63, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 23 marzo 2022 con nota di 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 un aiuto per finalità solidaristiche*.

*Facilitators Package e la sua attuazione nell'ordinamento italiano.* Per comprendere correttamente le questioni sottese al rinvio pregiudiziale è necessario, innanzitutto, richiamare il quadro normativo oggetto di censura.

Come ricordato dal giudice *a quo*, l'obbligo di incriminazione del traffico di migranti a carico dell'Unione europea e dei suoi Stati membri è stato introdotto, per la prima volta, dal Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata e transnazionale (c.d. Convenzione di Palermo).

Più precisamente, l'art. 3 (a) del Protocollo individua la condotta illecita nel «procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato di cui la stessa non è cittadina o residente permanente».

Il fine di profitto, previsto per sottolineare che l'intenzione degli Stati è di criminalizzare le sole attività finalizzate al conseguimento di un qualsiasi vantaggio economico o materiale, escludendosi così le condotte di quanti offrono supporto ai migranti per ragioni umanitarie o sulla base di stretti vincoli familiari, non richiede una prova puntuale e specifica di quanto è stato effettivamente ottenuto<sup>3</sup>. Al contrario, si ritiene da tempo sufficiente dimostrare che l'agente, nella propria attività favoreggiatrice, abbia approfittato dello stato di bisogno dello straniero, offrendo a costui una qualsiasi forma di aiuto a «condizioni particolarmente onerose ed esorbitanti»<sup>4</sup>.

Un simile approccio, che si fa carico non solo dell'interesse dello Stato al controllo delle proprie frontiere e all'ordinata gestione dei flussi migratori ma, altresì, dei diritti dello straniero, non sembra rinvenirsi nella corrispondente normativa europea di attuazione<sup>5</sup>.

Questa consta, nello specifico, di due strumenti, fra loro complementari (c.d. *Facilitators Package*): la direttiva 2002/90/CE e la decisione quadro 2002/946/GAI.

Ebbene, la prima definisce l'area di illiceità, dettando la nozione di favoreggiamento dell'ingresso e della permanenza irregolari. A tal proposito, l'art. 1 statuisce che la condotta di favoreggiamento sussiste ogniqualvolta qualcuno «aiuti

<sup>3</sup> BALSAMO-MATTARELLA-TARTAGLIA, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata e transnazionale*, Torino, 2020, 207.

<sup>4</sup> Cass., Sez. I, 17 gennaio 2012, n. 5093, Rv. 251855-01.

<sup>5</sup> MINETTI, *The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *Journal Eur. Crim. Law*, 2020, 11, 3, 338.

intenzionalmente» un cittadino extra-Ue «ad entrare, a transitare» ovvero «a soggiornare» nel territorio di uno Stato membro in violazione della corrispondente normativa statale relativa all'ingresso, al transito ovvero alla permanenza nello stesso.

La decisione quadro completa, poi, tale assetto normativo, stabilendo che le sanzioni previste dalla direttiva, di natura necessariamente penale, siano al contempo «effettive, proporzionate e dissuasive»<sup>6</sup>.

Diversa, quindi, la logica sottesa al *Facilitators Package*, ispirato, rispetto alla Convenzione di Palermo, ad un'ottica squisitamente stato-centrica, che considera il fenomeno in esame unicamente dalla prospettiva degli Stati, come violazione del loro interesse a regolare i flussi di stranieri in entrata e in uscita dai loro territori<sup>7</sup>. La logica interventista di un simile assetto normativo emerge, in particolare, dalla relativa valutazione REFIT<sup>8</sup>, che individua i tre principali obiettivi del Pacchetto nella lotta contro le reti dei trafficanti, contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e contro l'immigrazione irregolare *ex se*.

I rilievi appena effettuati valgono altresì per le scelte operate dal legislatore italiano nel trasporre la disciplina comunitaria a livello nazionale.

Infatti, anche l'art. 12, co. 1 T.U. Immigrazione, recependo pressoché integralmente la definizione delle condotte illecite stabilita a livello europeo, omette di prevedere il dolo di profitto con funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti, che è invece requisito delle fattispecie aggravate di cui ai successivi commi 5 e 5-bis. In un'ottica marcatamente preventiva, tale norma prevede una fattispecie a tutela anticipata e a forma libera, che si perfeziona con il mero compimento di atti diretti a procurare l'ingresso illegale in Italia di cittadini

<sup>6</sup> Art. 1, par. 1 Decisione quadro 2002/946/GAI.

<sup>7</sup> SPENA, *L'UE in lotta contro il traffico di migranti: dal Facilitators Package al nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 5 luglio 2021, 2 ss.

<sup>8</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document: 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)*, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), 22 marzo 2017; SPENA, *L'UE in lotta contro il traffico di migranti: dal Facilitators Package al nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, cit., 2 ss.

Acronimo di *REgulatory FITness and performance programme*, REFIT è il programma di controllo sull'adeguatezza e sull'efficacia della regolamentazione della Commissione europea volto a fare in modo che le leggi dell'Unione raggiungano gli obiettivi prefissati ad un costo minimo e a vantaggio dei cittadini e delle imprese. L'attuazione del Programma è garantita da un gruppo di alto livello, che fornisce consulenze alla Commissione su come conseguire gli obiettivi del programma REFIT nell'ottica di una modernizzazione della stessa legislazione europea.

extracomunitari, a prescindere dalla sua effettività<sup>9</sup>.

Di conseguenza, tanto l'ambito di applicazione del *Facilitators Package*, quanto quello dell'art. 12 T.U. Immigrazione, sono suscettibili di attrarre una pluralità di condotte marcate da rilevanti profili di eterogeneità, che spaziano dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, all'illecito commesso *una tantum* da singoli individui o gruppi di individui animati dalle più varie motivazioni, anche solidaristiche, alle attività di *search and rescue* prestate da membri della società civile e dalle organizzazioni umanitarie<sup>10</sup>.

I rischi di una sovracriminalizzazione, tutt'altro che infondati se si guarda al tema, centrale nell'attuale giurisprudenza, della c.d. "criminalizzazione della solidarietà"<sup>11</sup> nei confronti di migranti e richiedenti asilo, non vengono certamente neutralizzati dalla previsione di cui all'art. 1 della direttiva 2002/90/CE, che attribuisce agli Stati membri la facoltà di prevedere cause di non punibilità qualora le condotte di favoreggiamento siano poste in essere per scopi (non meglio precisati) di assistenza umanitaria. E ciò non solo per l'evidente ragione che, essendo questa una mera *facoltà* anziché un *obbligo*, i legislatori nazionali sono del tutto liberi di darvi corso o meno; ma anche – e soprattutto – perché, i pochi Stati membri che si sono dotati di esimenti umanitarie lo hanno fatto introducendo disposizioni assai diverse fra loro, spesso foriere di diffusa incertezza in merito ai confini dell'agire lecito nello svolgimento di attività a favore degli stranieri irregolari<sup>12</sup>.

Sotto questo profilo, è emblematico il caso italiano. La c.d. scriminante umanitaria prevista dall'art. 12, co. 2 T.U. Immigrazione trova infatti scarso impiego nella prassi, essendo il suo ambito applicativo limitato alle sole «attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate *in Italia* nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno *comunque presenti* sul territorio dello Stato».

### 3. Il giudizio di proporzionalità e la presunta violazione dell'art. 52, par. 1 C.D.F.U.E. Da quanto appena esposto, è evidente la conformità della

<sup>9</sup> Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. I, 8 aprile 2021, n. 24957, in *Cass. pen.*, 2022, 1, 277; Cass., Sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982, in *Cass. pen.*, 2019, 4, 1454; Corte cost., 10 marzo 2022, n. 63, cit., par. 4.4.

<sup>10</sup> VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 maggio 2018, 112-120; MINETTI, *The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, cit., 339.

<sup>11</sup> Vedi *infra*, par. 4.

<sup>12</sup> ZIRULLA, *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.*, 2020, 3, 145.

disciplina italiana sul favoreggiamento degli ingressi irregolari al quadro normativo di diritto derivato dell'Unione.

Tuttavia, la mancanza di requisiti di tipicità che delimitino gli obblighi di criminalizzazione imposti dalle fattispecie in discorso, peraltro suscettibili, per loro natura, di incidere sui diritti fondamentali dei soggetti migranti, risulta di dubbia compatibilità con i limiti definiti dall'art. 52, par. 1 C.D.F.U.E.

Fedele alla filosofia di una società aperta e pluralista, tale disposizione detta i limiti entro cui la compressione di tali prerogative fondamentali può ritenersi ammissibile<sup>13</sup>. Essa stabilisce, nello specifico, che debba essere la legge a prevedere eventuali restrizioni all'esercizio dei diritti e delle libertà sanciti all'interno della Carta, nel rispetto del loro contenuto essenziale<sup>14</sup> e del principio di proporzionalità, il quale a sua volta contempla la possibilità di apportare le limitazioni sopra menzionate solo se necessarie<sup>15</sup> e rispondenti effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione<sup>16</sup> ovvero all'esigenza di

<sup>13</sup> Sulla disposizione in questione vedi FERRARO-LAZZERINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Mastroianni-Pollicino-Allegrezza-Pappalardo-Razzolini, Milano, 2017, 1058 ss.; CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali... con uno sguardo in avanti*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2021, 1, 19 ss.

<sup>14</sup> Questo requisito, definito da parte della dottrina come «limite dei limiti, è considerato autonomo e ulteriore, come indicato dal dato testuale, rispetto all'imperativo di non eccedere i limiti imposti dal principio di proporzionalità. A prescindere dall'approccio metodologico impiegato per individuare il contenuto essenziale di un dato diritto, la dottrina ritiene che tale precisazione debba essere interpretata nel senso di consentire una limitazione all'esercizio di un diritto fondamentale, ma non una sua integrale soppressione. Per ulteriori approfondimenti CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali... con uno sguardo in avanti*, cit. 42; FERRARO-LAZZERINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Mastroianni-Pollicino-Allegrezza-Pappalardo-Razzolini, cit., 1065.

<sup>15</sup> La Corte di giustizia dell'U.E. ha costantemente affermato che, affinché tale principio possa dirsi rispettato, gli atti delle istituzioni non devono superare «i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla norma di cui trattasi» e che «qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti». Per ulteriori approfondimenti FERRARO-LAZZERINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Mastroianni-Pollicino-Allegrezza-Pappalardo-Razzolini, cit., 1066.

<sup>16</sup> Le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali forniscono dei chiarimenti sulla nozione di interesse generale nella parte in cui affermano che tale nozione comprende sia gli obiettivi citati nell'art. 3 T.U.E., sia gli altri interessi tutelati da disposizioni specifiche dei Trattati, come ad es. l'art 4, par. 1 T.U.E. e gli artt. 35, par. 3, 36 e 346 T.F.U.E. È evidente che si tratta di un'indicazione esemplificativa, non esaustiva degli interessi generali dell'Unione, anche in considerazione del fatto che generalmente tale nozione risulta difficile da definire con precisione, variando nel tempo e a seconda del sistema in cui viene considerata.

proteggere diritti e libertà altrui<sup>17</sup>.

La rilevanza assegnata dalla giurisprudenza al principio (*rectius* giudizio) di proporzionalità imposto dall'art. 52 C.D.F.U.E. è tutt'altro che nuova, attesa la sua «fisiologica coesistenzialità rispetto alla struttura del ragionamento giuridico, in generale, e del ragionamento penalogico, in particolare»<sup>18</sup>. In quest'ultimo ambito, è ormai invalsa anche in dottrina la convinzione che il giudizio in esame non incida solo nella fase edittale di commisurazione della pena, ma, ancor prima, nel momento in cui il legislatore è chiamato ad effettuare precise scelte di politica criminale<sup>19</sup>.

In quest'ultima ipotesi, peraltro ricorrente nella vicenda in commento, il sindacato di proporzionalità si sostanzia in vari ordini di valutazioni.

Essenziale è, innanzitutto, l'individuazione del fine prefissato dalla norma di condotta dettata dal legislatore, che potrà consistere nel perseguimento sia di un diritto fondamentale sia di un interesse pubblico. Rispetto al quadro normativo oggetto della presente analisi, si è già detto che tanto il *Facilitators Package* quanto la normativa interna di cui all'art. 12 T.U. Immigrazione risultano funzionali ad assicurare un duplice obiettivo di politica criminale: per un verso, il contrasto al fenomeno del traffico di migranti propriamente detto, ovvero il loro sfruttamento per finalità di ingiusto arricchimento; per altro verso, il contrasto all'immigrazione irregolare al fine di garantire l'ordinata gestione dei flussi migratori. Obiettivi, questi, del tutto legittimi, in quanto improntati alla tutela di beni di sicuro rilievo costituzionale, quali, in particolare, la vita e l'incolumità del soggetto migrante, nonché «gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica» dello Stato ospitante<sup>20</sup>.

Questa valutazione preliminare è, a sua volta, funzionale alla successiva verifica in merito all'idoneità e alla necessità dello strumento sanzionatorio prescelto

<sup>17</sup> L'opportunità di garantire diritti e libertà altrui si pone nella prospettiva di garantire un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco. In questo senso, la Corte di Lussemburgo esercita anche una delicata ponderazione di contrapposti diritti e libertà, valutando tutte le circostanze del caso concreto in funzione delle caratteristiche peculiari e *sui generis* dell'Unione, nonché delle finalità che essa persegue. Per ulteriori approfondimenti FERRARO-LAZZERINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Mastroianni-Pollicino-Allegrezza-Pappalardo-Razzolini, cit., 1067.

<sup>18</sup> BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, 6.

<sup>19</sup> RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 122 ss.

<sup>20</sup> Corte cost., 10 marzo 2022, n. 63, cit., par. 4.2.

per il perseguimento del fine legislativo.

Orbene, non sembra discutibile l'idoneità (sia in astratto che in concreto) dell'assetto normativo europeo e italiano a perseguire gli obiettivi di controllo dei flussi migratori. Come evidenziato dallo stesso giudice bolognese, «la generalizzata minaccia della sanzione penale per chi favorisca i contravventori alla normativa in materia di permessi all'ingresso può dirsi funzionale al rafforzamento dei relativi precetti amministrativi, secondo la direttrice del contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale tracciata dall'art. 79 T.F.U.E.»<sup>21</sup>.

Ciò si ripercuote, altresì, sulla verifica in merito alla necessità di ricorrere alla sanzione penale, piuttosto che a diverse misure di natura civile o amministrativa. E ciò non solo per la protezione, di massimo livello, che deve essere assicurata ai beni giuridici, costituzionalmente protetti, sottesi a simili obblighi di incriminazione, ma anche – e soprattutto – perché, a fronte della sempre maggiore raffinatezza impiegata dai trafficanti nel perpetrare simili condotte criminali, la capacità dissuasiva e disincentivante propria dello strumento penale non si rinviene nelle differenti sanzioni civili e amministrative.

Le valutazioni sinora effettuate sono, tuttavia, perlopiù preparatorie per l'ultima, e fondamentale, fase del giudizio di proporzionalità, che richiede uno scrutinio più penetrante da parte del giudice, che si risolve non solo in considerazioni empirico-fattuali legate all'idoneità o alla necessità dei mezzi adottati dal legislatore, ma, più propriamente, in un giudizio assiologico sulla ragionevolezza del sacrificio imposto alle libertà dei singoli in ragione degli obiettivi di tutela raggiungibili per mezzo della fattispecie incriminatrice<sup>22</sup>. Si tratta, in altre parole, di effettuare un giudizio conclusivo di ponderazione fra interessi contrapposti, che tenga conto non solo della generale rilevanza dei due interessi in conflitto, ma anche di quanto essi siano effettivamente lesi o tutelati ovvero di quanto ciò sia probabile con l'applicazione della norma di condotta.

Sotto questo profilo, conviene richiamare quanto detto nel paragrafo precedente in merito alla strutturale eterogeneità fra le condotte rientranti nell'ambito applicativo del *Facilitators Package* e dell'art. 12, co. 1 T.U. Immigrazione. Ebbene, se nelle ipotesi di favoreggiamento coinvolgenti sodalizi internazionali, lo straniero è innanzitutto “vittima” della condotta criminosa perché esposto a pericolo per la propria vita ovvero al rischio di subire trattamenti inumani o

<sup>21</sup> Ord. in nota, par. 38.

<sup>22</sup> RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., 174.

degradanti, nei casi di favoreggiamento “individuale” o “altruistico”, egli è invece in qualche modo beneficiario della condotta illecita, diretta a assicurargli l’esercizio del diritto alla vita, all’asilo, alla vita privata e familiare e di tutte le altre prerogative altrimenti minacciate nel Paese d’origine.

Nella valutazione in merito alla legittimità di incriminare simili condotte assistenziali si deve, allora, necessariamente allargare lo sguardo ad un fascio di interessi più ampio rispetto a quelli che rilevano nel rapporto fra Stato e autore del reato, dovendosi includere nel giudizio di bilanciamento anche gli effetti collaterali derivanti dalla previsione e applicazione della norma penale oggetto di sindacato. Ebbene, è indubbio che, in ragione dell’estrema latitudine delle condotte incriminate, accompagnata dall’assenza di una scriminante umanitaria applicabile al favoreggiamento altruistico, tanto la normativa europea quanto quella italiana sono in grado di inibire lo svolgimento di attività funzionali alla tutela dei diritti fondamentali di cui gli stranieri sono titolari, a prescindere dal loro *status* regolare o irregolare. Pertanto, l’illegittimità del *Facilitators Package* e dell’art. 12, co. 1 T.U. Immigrazione, *sub specie* di sproporzione dello spettro applicativo della fattispecie rispetto allo scopo perseguito, è stata correttamente individuata dal giudice del rinvio nel sistematico sacrificio imposto a diritti fondamentali di rango così elevato, a fronte della tutela di un interesse di copertura costituzionale ma pur sempre a carattere strumentale, quale l’integrità dei confini territoriali.

4. *Le conseguenze della criminalizzazione della solidarietà: gli effetti dell’overdeterrence nella dottrina del chilling effect.* Come affermato in chiusura al precedente paragrafo, l’irragionevolezza intrinseca di un simile assetto normativo e, soprattutto, l’assenza nel nostro ordinamento di una scriminante effettivamente applicabile alle condotte a sfondo solidaristico, recano con sé rilevanti conseguenze pratiche.

In particolare, le maggiori criticità emergono qualora si consideri l’efficacia general-preventiva delle fattispecie incriminatrici in discorso le quali, in difetto di un’esplicita perimetrazione delle condotte non punibili, appaiono destinate a disincentivare un’ampia fenomenologia di condotte finalizzate ad assistere lo straniero nell’esercizio dei suoi diritti fondamentali.

Lo strumento concettuale che consente di apprezzare i risvolti che reca con sé la minaccia della sanzione penale (e, prima ancora, dell’instaurazione di un procedimento) per qualunque ipotesi di favoreggiamento dell’ingresso

irregolare è rappresentato dalla dottrina del c.d. *chilling effect* (effetto di congelamento)<sup>23</sup>.

Elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti e attualmente in uso da parte di alcune istanze superiori europee<sup>24</sup>, essa studia gli effetti di deterrenza, e in alcuni casi di *overdeterrence*, che la sanzione penale, e ancor prima il rischio di subire un procedimento, possono determinare rispetto allo svolgimento di attività socialmente utili. Un simile effetto, spesso non voluto, è talvolta connesso all'ampia formulazione, ovvero all'indeterminatezza<sup>25</sup>, delle stesse norme incriminatrici, che mancano di selezionare le condotte verso cui si orienta l'intervento punitivo dello Stato.

Ebbene, l'eccessiva ampiezza del tipo criminoso che connota tanto la normativa europea quanto quella italiana, incriminanti l'ingresso e il soggiorno irregolari, hanno finito negli ultimi anni per esercitare un tangibile effetto di *overdeterrence* anche nei confronti di azioni umanitarie, spesso non solo lecite ma, addirittura, doverose ai sensi del diritto internazionale<sup>26</sup>.

Per comprendere l'effettiva portata del fenomeno è, tuttavia, necessario porsi in una prospettiva più ampia.

Il tema è, infatti, quello, più generale, della "criminalizzazione della solidarietà" nei confronti di migranti e richiedenti asilo, ormai al centro di molte politiche nazionali orientate nel senso di porre un freno all'immigrazione irregolare, anche ostacolando comportamenti e iniziative a sfondo – appunto – altruistico. In Italia, la casistica dei soccorsi in mare ad opera delle Organizzazioni non governative, o di altre realtà promananti dalla società civile, è indubbiamente quella che, almeno fino ad ora, ha suscitato maggiori discussioni. E infatti, «i nodi problematici che circondano questi casi rappresentano la quintessenza del conflitto tra ragioni di Stato e ragioni di umanità che attraversa la materia in esame: su un fronte si stagliano i pericoli per la vita connessi all'attraversamento del Mediterraneo a bordo di imbarcazioni di fortuna, nonché l'antico dovere

<sup>23</sup> RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., 2020, 252.

<sup>24</sup> In materia di assistenza ai richiedenti asilo si veda Corte giust. UE, Grande sez., 16 novembre 2021 C-821/19, *Commissione*, par. 98-99, 102-103, 107-108.

<sup>25</sup> Per un rinvio alla letteratura anglosassone sulla differenza tra i concetti di *vagueness* e *overbreadth* si veda RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., 260, n. 23.

<sup>26</sup> COMMISSIONE LIBE PARLAMENTO EUROPEO, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to regular migrants*, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), 28 gennaio 2016, 45 ss.

di soccorrere e condurre in salvo sulla terraferma chiunque si trovi in balia dei flutti; sul fronte opposto si profila l'intramontabile [...] narrazione (smentita dai dati oltre che dalla logica) secondo cui la presenza di natanti pronti a prestare soccorso finisce per incoraggiare le partenze dei migranti, con conseguente necessità di "chiudere i porti" e perseguire penalmente chiunque si faccia promotore di abusivi canali di immigrazione irregolare»<sup>27</sup>.

La giurisprudenza italiana ha finora mostrato di ritenere in ogni caso lecito l'operato dei soccorritori, facendo perlopiù ricorso all'operatività di cause di giustificazione<sup>28</sup>.

Ciononostante, gli effetti che la minaccia dell'intervento penale reca con sé sono quantomai tangibili, posto che simili epiloghi assolutori non bastano certamente a cancellare dalla coscienza collettiva i numerosi costi, economici e personali, sostenuti per affrontare i continui processi, i lunghi periodi di sequestro cui sono sottoposte le navi, i danni reputazionali derivanti dall'equiparazione della propria attività sociale ad un'odiosa forma di attività criminale. In questo senso, è inevitabile che quest'opera di criminalizzazione si ripercuota anzitutto sui diritti fondamentali degli stessi migranti, la cui vita e integrità personale sono messi in pericolo dalla possibile, conseguente, astensione di quegli attori della società civile che pur si adopererebbero per sottrarli a simili reti

<sup>27</sup> ZIRULLA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., 147.

<sup>28</sup> Per assolvere da penale responsabilità i soccorritori, la giurisprudenza ha fatto tradizionalmente ricorso alla fattispecie dello stato di necessità, ex art. 54 c.p. (Trib. Palermo, sez. G.i.p.-G.u.p., 7 settembre 2016, n. 4114, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 25 settembre 2017; Trib. Ragusa, Ufficio G.i.p., Decreto di rigetto di sequestro preventivo, 16 aprile 2018, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 19 aprile 2018 con nota di PATANARELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*), anche se recentemente si è fatta strada la possibilità di ricorrere alle fattispecie della difesa legittima, ex art. 52 c.p. (si veda, per tutti, Trib. Trapani, Ufficio G.i.p., 23 maggio 2019, n. 4095, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24 giugno 2019, con nota di MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia*) ovvero quella dell'adempimento di un dovere imposto da norma giuridica di rango internazionale, ex art. 51 c.p. (Trib. Agrigento, Ufficio G.i.p., ord. 2 luglio 2019, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 luglio 2019 con nota di ZIRULLA, *L'ordinanza del G.i.p. di Agrigento sul caso Sea Watch*), dando così per scontata la sussistenza degli elementi soggettivi e oggettivi del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Diversamente, parte della dottrina sostiene che, procedendo ad una corretta interpretazione delle fonti internazionali applicabili alla materia dei soccorsi in mare, la sussistenza del reato in parola dovrebbe essere esclusa a monte, proprio sul terreno della tipicità, facendo leva sul difetto del presupposto di illiceità speciale ("illegalmente") che contribuisce, seppur implicitamente, a definirla. In quest'ultimo senso vedi SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 1903-1904; BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 maggio 2018, 138-139.

criminali. Ma non solo: ad essere limitata è anche l'autodeterminazione dei consociati, unitamente al loro diritto al libero sviluppo della personalità, essendo spinti dalla disciplina normativa ad astenersi da comportamenti leciti e, addirittura, socialmente apprezzabili.

5. *Osservazioni conclusive e prospettive de iure condendo.* In attesa che i giudici di Lussemburgo si pronuncino sulle questioni ad essi sottoposte, non resta che riflettere sui possibili correttivi da apportare al quadro normativo sopra descritto.

A livello teorico, gli spunti più interessanti provengono dagli stessi studiosi del *chilling effect*<sup>29</sup>. Ad avviso di questi, l'intervento riformatore dovrebbe orientarsi nel senso di distinguere nettamente, sul piano normativo, le condotte lecite da quelle penalmente rilevanti. Una simile distinzione dovrebbe essere percepibile già nell'immediatezza del fatto, in quanto la primaria rilevanza degli interessi che vengono in gioco in questa sede non ammettono zone grigie di accertamento *ex post* della legalità, necessitando al contrario di fattispecie incriminatrici chiare non solo per il giudice ma anche per gli organi inquirenti, anche se ciò dovesse tradursi in un vuoto di tutela per talune ipotesi caratterizzate da un minimo disvalore sociale.

In questa prospettiva, il rimedio ad una tale ampiezza della *littera legis* è stato da tempo individuato nello stabilire, a carico degli Stati membri che ancora non vi hanno provveduto, un *obbligo* – anziché una mera facoltà – di ricorrere ad una esplicita causa di non punibilità, priva dei limiti apposti all'attuale scriminante umanitaria di cui all'art. 12, co. 2, T.U. Immigrazione, ovvero nella valorizzazione del requisito dell'ingiusto profitto previsto dalla Convenzione di Palermo.

Sul primo versante, si guardi alle esperienze di alcuni ordinamenti europei che hanno adottato scriminanti dagli ambiti applicativi molto ampi, estendibili anche a condotte di aiuto all'ingresso irregolare prestate a "fini umanitari" senza alcuna limitazione territoriale<sup>30</sup>. Tuttavia, altra parte della dottrina, sul rilievo che dell'espressione "ragioni umanitarie" non vi è alcuna definizione positiva,

<sup>29</sup> RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., 302 ss.

<sup>30</sup> Ci si riferisce, in particolare, agli ordinamenti belga, spagnolo e finlandese, i quali rispettivamente considerano lecite le condotte poste in essere con finalità umanitaria «prevalente», con finalità umanitaria «esclusiva» ovvero tutte le condotte compiute «con finalità umanitaria o per solidarietà familiare».

onde evitare possibili arbitri da parte degli organi giudicanti, ritiene preferibile riformulare la causa di esclusione della responsabilità «in causa di esclusione della colpevolezza assimilabile ad una forma di stato di necessità dai confini più ampi»<sup>31</sup>, senza, ad esempio, la necessità di richiedere che l'azione di salvataggio sia l'unico modo di evitare il pericolo<sup>32</sup>.

Quanto all'opportunità o meno di inserire il fine di profitto tra gli elementi costitutivi dell'illecito, analogamente a quanto fatto nella Convenzione di Palermo, la Commissione europea ha da tempo espresso le proprie perplessità dinanzi a una simile soluzione. Secondo Bruxelles, aggiungendo il fine di profitto si finirebbe per nuocere alla celerità e all'efficienza delle indagini, essendo spesso impossibile tracciare i flussi di denaro tra gli stranieri e i trafficanti.

A una simile osservazione si può, tuttavia, agevolmente replicare.

Innanzitutto, la dimostrazione del dolo specifico non richiede, come già detto, l'individuazione del flusso di denaro, ben potendo ciò essere dimostrato *aliunde*.

In secondo luogo, proprio la conduzione delle indagini con il metodo *follow the money*, diretto a colpire i fenomeni di criminalità organizzata nelle ingenti fonti di ricchezza progressivamente accumulate e nella loro forza finanziaria, è stata autorevolmente indicata come una delle tecniche più importanti per colpire e smantellare le organizzazioni dedite al traffico di esseri umani<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, cit., 120.

<sup>32</sup> *Ibid.*, l'Autore ritiene che una simile soluzione renderebbe i confini della norma più chiari e la sua applicazione più agevole, poiché si farebbe ricorso a categorie ed istituti di diritto penale già noti nella prassi. Contro questa impostazione DI MARTINO, *Supporto organizzato e supporto individuale a migranti non autorizzati. Incrocio pericoloso tra favoreggiamento della migrazione, associazione per delinquere, non punibilità "umanitaria"*, in [www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it](http://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it), 25 luglio 2023, 13 ss., ritiene che l'assenza di una definizione legalmente posta dell'espressione "assistenza umanitaria" o "fine umanitario" non sia di ostacolo alla previsione di scriminanti umanitarie di tenore analogo a quelle già in vigore nelle esperienze europee sopra menzionate. E ciò perché questa tipologia di condotte può essere, ad avviso dell'Autore, individuata anche mediante il ricorso ad un criterio "suppletivo", diverso da quello definitorio. Ebbene, secondo l'Autore, «in tanto ha un significato dichiarare che quelle attività non costituiscono reato, in quanto il legislatore consideri che si tratti di quelle stesse attività che, in assenza dello scopo "umanitario", sarebbero per l'appunto punibili, evidentemente in quanto suscumbili in una delle condotte vietate dal sistema d'incriminazione di riferimento: dunque promuovere, dirigere, organizzare, finanziare, effettuare il trasporto di stranieri; compiere altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso».

<sup>33</sup> UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The Concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*, in [www.unodc.org](http://www.unodc.org), 26 maggio 2017.

Sulle attuali strategie di contrasto alla dimensione economica della criminalità organizzata, BALSAMO, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di*

Tuttavia, attualmente non sembrano provenire concrete iniziative da parte della Commissione europea, la quale si limita a *raccomandare* agli Stati membri di dotarsi di efficaci scriminanti umanitarie, proponendosi genericamente di discutere in futuro su eventuali (ma non meglio precisate) modifiche volte a modernizzare il *Facilitators Package*<sup>34</sup>.

In questo scenario, la strada giurisdizionale è stata, quindi, da alcuni<sup>35</sup> ragionevolmente definita come quella che offre maggiori possibilità di ottenere almeno la correzione delle più macroscopiche lacune e contraddizioni insite nella legislazione vigente, senza entrare nel merito delle scelte operate dal legislatore ma semplicemente riconducendo l'esercizio della discrezionalità legislativa nei binari della ragionevolezza e del rispetto dei diritti fondamentali<sup>36</sup>.

MARIA FIORE ANGORI

---

Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 novembre 2020.

<sup>34</sup> Comunicazione della Commissione del 27 maggio 2017, *EE Action Plan against migrant smuggling (2015-2020)*, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), 27 maggio 2015.

<sup>35</sup> ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., 171.

<sup>36</sup> SAVINO, *Immigrazione e sicurezza: due paradigmi*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di Militello-Spena, Torino, 2015, 64.