



TRIBUNALE DI BOLOGNA
Prima Sezione Penale

ORDINANZA

di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 T.F.U.E.

I. IL PROCEDIMENTO PRINCIPALE

1. Il Tribunale di Bologna deve giudicare della responsabilità penale di un'imputata di origine congolese, chiamata a rispondere del delitto di cui all'art. 12 co. 1 del decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, "T.U.I."*), in concorso con il delitto di possesso di documenti di identificazione falsi di cui all'art. 497 *bis* del codice penale, perché, presentatasi il 27 agosto 2019 alla frontiera aerea di Bologna in arrivo con un volo proveniente da Casablanca, esibiva un falso passaporto senegalese ed accompagnava due bambine di otto e tredici anni, per le quali esibiva due falsi passaporti, così compiendo atti diretti a procurare l'ingresso illegale delle due minori sul territorio italiano.¹

2. Il 28 agosto 2019 l'imputata è stata tratta in arresto e le due bambine, su provvedimento del Tribunale per i minorenni, sono state affidate ad una comunità.

3. All'udienza di convalida del 29 agosto 2019, avanti al Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Bologna, l'imputata ha dichiarato di essere fuggita dalla Repubblica Democratica del Congo per sottrarsi alle minacce di morte rivolte a lei e alla sua famiglia dall'ex compagno, in seguito dell'interruzione della loro relazione. Ha dichiarato altresì che le minori che viaggiavano con lei erano, rispettivamente, la figlia e la nipote (figlia

¹ L'utilizzo di servizi internazionali di trasporto e di documenti contraffatti era stato originariamente addebitato all'imputata a titolo di circostanza aggravante, come previsto dall'art. 12 co. 3 lett. d) del T.U.I. Con ordinanza del 1° dicembre 2020, il Tribunale di Bologna, Prima Sezione Collegiale, ha sollevato questione di legittimità costituzionale rispetto all'aumento di pena originariamente previsto dall'art. 12 co. 3 lett. d) T.U.I. per le ipotesi di utilizzo di servizi internazionali di trasporto o documenti contraffatti o alterati. Con la sentenza n. 63 del 10 marzo 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 co. 3 lett. d), rilevando come il significativo inasprimento della pena ricollegato a tale ipotesi (pari al quintuplo della pena edittale minima e al triplo della pena edittale massima prevista per la fattispecie base di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I.) fosse in contrasto con il principio di proporzionalità sancito agli artt. 3 e 27 della Costituzione Italiana. Il venir meno della norma che prevedeva l'inasprimento di pena in relazione alle condotte contestate comporta che l'imputata sia ora chiamata a rispondere dei fatti addebitateli in forza della fattispecie base di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I.

della sorella deceduta ed a lei affidata), e di averle portate con sé temendo per la loro incolumità.

4. Con ordinanza del 29 agosto 2019, il Giudice per le Indagini Preliminari ha convalidato l'arresto dell'imputata e rigettato la richiesta del Pubblico Ministero di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, per difetto di esigenze cautelari. A seguito di appello del Pubblico Ministero avverso il rigetto di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, il Tribunale della Libertà di Bologna ha confermato l'ordinanza del Giudice per le Indagini Preliminari, non ravvisando elementi per dubitare delle dichiarazioni rese dall'imputata in fase di indagini.

5. Come attestato dalla documentazione acquisita nel corso del processo, il 9 ottobre 2019 l'imputata ha presentato richiesta di protezione internazionale. Il relativo procedimento non risulta ancora concluso.

6. Su disposizione del Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna, e come risulta dalla relazione di consulenza medico-legale versata in atti, è stato accertato tramite comparazione del DNA il rapporto di maternità fra l'imputata ed una delle bambine. Con decreto del Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna del 30 settembre 2021, è stata pertanto ripristinata la responsabilità genitoriale dell'imputata sulla minore.

7. Non è stato possibile verificare tramite il medesimo accertamento medico-legale il rapporto di parentela fra l'imputata e la seconda delle due minori in quanto, il 10 settembre 2019, la bambina si è volontariamente allontanata dalla comunità cui era stata affidata e, da allora, non è più stata rintracciata. Non risulta che, in fase di indagini, la Procura della Repubblica abbia proceduto ad acquisire le dichiarazioni delle due minori in relazione ai fatti per cui si procede. Dalla relazione dei servizi sociali sui colloqui intercorsi con le minori emerge tuttavia la conferma che la seconda bambina fosse effettivamente la nipote dell'imputata e che fosse stata a lei affidata in seguito al decesso della madre.

8. All'udienza dibattimentale del 29 maggio 2023, la difesa dell'imputata ha proposto istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nei termini di cui alla memoria depositata in atti. Il Pubblico Ministero si è rimesso a giustizia. Il Giudice ha riservato la decisione sulla questione all'esito dell'istruttoria dibattimentale.

9. Terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti, il giudice remittente ritiene necessario sospendere il processo e disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("T.F.U.E."), tanto sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 52 par. 1 della Carta in relazione all'art. 12 co. 1 T.U.I., quanto sotto il profilo della validità della normativa

dettata dalla direttiva 2002/90/CE² e dalla decisione quadro 2002/946/GAI³ (congiuntamente, “Facilitators package”), per le ragioni di seguito illustrate.

II. DISPOSIZIONI DI DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA

10. Il Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria (“Protocollo Addizionale”)⁴, ha introdotto a carico degli Stati firmatari, fra cui gli Stati Membri dell’Unione Europea, e la stessa Unione Europea, l’obbligo di incriminazione del cosiddetto “traffico di migranti”, definito all’art. 3(a) del Protocollo Addizionale come la condotta consistente nel *“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”*.

11. Nel 2002 l’Unione Europea ha adottato contestualmente la direttiva 2002/90/CE e la decisione quadro 2002/946/GAI. La direttiva definisce l’area dell’illiceità, dettando la nozione di favoreggiamento dell’ingresso e della permanenza irregolare, ed imponendo agli Stati Membri di prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti dei trasgressori. La decisione quadro completa l’assetto normativo, stabilendo che le sanzioni previste dalla direttiva debbano avere natura necessariamente penale.

12. Più in particolare, l’art. 1 della direttiva 2002/90/CE, sotto la rubrica “comportamenti illeciti”, prevede che:

1. 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.*

² Direttiva 2002/90/EC, del 28 novembre 2002, “Volta a definire il favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali”.

³ Decisione quadro 2002/946/GAI, del 28 novembre 2002, “Relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali”.

⁴ Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, sottoscritto nel corso della Conferenza di Palermo del 12-15 dicembre 2000, entrato in vigore in Italia con la legge 16 marzo 2006, n. 146.

2. 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.

13. L'art. 1 par. 1 della decisione quadro 2002/946/GAI prevede che:

Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti definiti negli articoli 1 e 2 della direttiva 2002/90/CE siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione.

14. L'articolo 6 della stessa decisione quadro così dispone:

L'applicazione della presente decisione quadro non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell'uomo, e in particolare l'osservanza da parte degli Stati membri delle loro obbligazioni internazionali ai sensi degli articoli 31 e 33 della [convenzione relativa allo status dei rifugiati].

III. NORME RILEVANTI DI DIRITTO NAZIONALE

15. La disciplina del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare è dettata, al livello dell'ordinamento italiano, dall'art. 12 T.U.I., che attualmente stabilisce, per quel che qui rileva:

1. 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.

2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 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.

3. 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 sei a sedici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui:

a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;

- b) *la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;*
- c) *la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;*
- d) *il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti;*
- e) *gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti.*

(...)

3-bis. La pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3:

- a) *sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento;*
- b) *sono commessi al fine di trarre profitto, anche indiretto.*

(...)

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 euro 15.493. 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 tre anni.

16. Si segnala che, prima dell'intervento riformatore della legge n. 50 del 5 maggio 2023, la fattispecie di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I. era punita con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa pari a 15.000 euro per ogni persona di cui sia accertato il favoreggiamento all'ingresso. La previgente pena più mite sarebbe destinata a trovare applicazione nel caso di specie, in ipotesi di sentenza di condanna, in ragione del principio di irretroattività della legge penale sancito all'art. 2 del codice penale.

17. Si evidenzia altresì quale parametro di contesto che, mentre la condotta di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare costituisce nell'ordinamento italiano un delitto, punito con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa di 15.000 euro per ciascuno straniero illegittimamente agevolato, la condotta dello straniero che faccia ingresso

illegale nel territorio dello Stato è punita a titolo di contravvenzione, come previsto dall'art. 10 bis T.U.I., rubricato "*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*", che prevede, nella parte rilevante:

salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

18. Nell'ambito del presente procedimento, l'imputata non è chiamata a rispondere del reato di cui all'art. 10 bis T.U.I. in relazione al proprio ingresso irregolare nel territorio dello Stato italiano.

IV. I PARAMETRI DI LEGITTIMITÀ DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI UE

19. È superfluo ricordare che, dal 2009, ai sensi dell'art. 6, par. 1 T.U.E., la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ("Carta") ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati, e pertanto costituisce parametro di valutazione della legittimità degli atti normativi degli Stati Membri - qualora attuino il diritto dell'Unione, come nel caso di specie - e degli atti di diritto derivato dell'Unione Europea, ivi comprese le direttive e le decisioni quadro.

20. In accoglimento dell'istanza sollevata dalla difesa, e sulla scorta dell'analisi tracciata da persuasiva dottrina,⁵ il giudice remittente dubita che la disciplina di cui all'art. 12 T.U.I., coerente con l'assetto normativo dettato dal *Facilitators Package*, sia conforme ai principi sanciti dalla Carta, in relazione ai limitati profili di seguito evidenziati.

a) La criminalizzazione ex art. 12 co. 1 T.U.I. di condotte di favoreggiamento all'ingresso per scopi di assistenza umanitaria

21. La fattispecie di favoreggiamento all'ingresso dello straniero irregolare prevista al comma 1 dell'art. 12 T.U.I. si presenta quale fattispecie a tutela anticipata e a forma libera, come risulta dalla clausola di chiusura che, dopo l'elencazione di una serie di condotte tipizzate, chiosa estendendo i confini della rilevanza penale fino a ricomprendere "*altri atti diretti a procurar[le] illegalmente l'ingresso*" di stranieri irregolari. La disposizione incriminatrice non prevede il dolo specifico del fine di profitto, che costituisce invece un requisito costitutivo delle fattispecie di favoreggiamento alla permanenza dello straniero irregolare di cui ai commi 5 e 5 bis dello stesso articolo.

⁵ Cfr., ex multis, S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, Diritto Penale Contemporaneo, n. 3/2020, p. 143 e ss.

22. La giurisprudenza della Corte di cassazione conferma che il delitto di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I. *"ha natura di reato di pericolo o a consumazione anticipata, e si perfeziona per il solo fatto che siano compiuti atti diretti a procurare l'ingresso illegale di cittadini extra-UE (diversi, evidentemente, dall'autore della condotta), a prescindere dall'effettività, durata e ragione dell'ingresso medesimo, ancorché funzionale al mero transito verso altre destinazioni"*.⁶

23. Come autorevolmente rilevato dalla Corte costituzionale, la fattispecie di favoreggiamento all'ingresso è pertanto suscettibile di *"assumere le più disparate connotazioni: 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"*.⁷

24. I requisiti costitutivi della causa di giustificazione prevista all'art. 12 co. 2 T.U.I. escludono la possibilità di farne applicazione in relazione al favoreggiamento dell'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dello Stato per fini di assistenza umanitaria. La fattispecie scriminante è infatti limitata alle *"attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti sul territorio dello Stato"*. Il requisito della previa presenza del soggetto favorito sul territorio dello Stato risulta incompatibile, per definizione, con le caratteristiche della condotta di favoreggiamento dell'ingresso sul territorio italiano. Ne consegue che la scriminante di cui all'art. 12 co.2 T.U.I. - riferibile alle sole ipotesi di favoreggiamento al soggiorno, o di favoreggiamento all'espatrio dall'Italia verso altri Stati Membri - sia inapplicabile al caso di specie.

25. In conclusione, l'ampia formulazione della norma incriminatrice, la mancata previsione del requisito del dolo specifico con funzione di selezione delle condotte penalmente rilevanti, unitamente all'inapplicabilità della causa di giustificazione di cui all'art. 12 co. 2 T.U.I., producono il risultato di assoggettare alla sanzione penale (con pena della reclusione da uno a cinque anni) anche la condotta di chi abbia favorito l'ingresso dello straniero irregolare per scopi di assistenza umanitaria, e anche qualora lo straniero si trovi in condizioni di bisogno.

⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. Sez. II, n. 28282 del 27.5.2019, conformemente a Cass., S.U., n. 40982 del 21.6.2018. Si veda, altresì, C.Cost. sent. 63 del 10.3.2022, par. 4.4.

⁷ C.Cost. Ordinanza n. 311 del 21 novembre 2011.

b) La conformità della normativa di diritto interno alle norme di diritto derivato dell'Unione Europea

26. La disciplina italiana del favoreggiamento dell'ingresso di stranieri irregolari risulta conforme, in relazione ai profili sopra considerati, al quadro normativo di diritto derivato dell'Unione Europea, come delineato dalla direttiva 2002/90/CE e dalla decisione quadro 2002/946/GAI.

27. Anche l'assetto normativo del *Facilitators Package*, infatti, non prevede quale elemento costitutivo dell'illecito di favoreggiamento all'ingresso di cui all'art. 1 co. 1 lett. a) della direttiva 2002/90/CE lo scopo di lucro, previsto invece per l'illecito di cui alla lettera b) in relazione alle condotte di assistenza al soggiorno dello straniero irregolare sul territorio dello Stato. Alla mancata previsione dello scopo di lucro per le condotte di favoreggiamento all'ingresso, si aggiunge la mancata previsione di requisiti di tipicità della condotta illecita volti a circoscrivere i confini dell'obbligo di criminalizzazione.

28. Il citato art. 1 par. 2 della direttiva 2002/90/CE, d'altra parte, prevede la mera *facoltà*, e non l'*obbligo*, per gli Stati Membri di escludere la responsabilità penale nei casi in cui il favoreggiamento dell'ingresso irregolare avvenga allo scopo di fornire assistenza umanitaria.

29. La disciplina di diritto derivato dell'Unione Europea è pertanto suscettibile di giustificare la criminalizzazione da parte degli Stati Membri anche di condotte di favoreggiamento all'ingresso dello straniero irregolare determinate da finalità di assistenza umanitaria.

c) Il parametro di legittimità di cui all'art. 52 par. 1 della Carta

30. La previsione di fattispecie penali, per loro natura destinate ad incidere, in caso di applicazione della relativa sanzione, sul diritto alla libertà personale dell'autore dell'illecito, tutelato all'art. 6 della Carta, soggiace ai limiti definiti dall'art. 52 par. 1 della Carta, secondo cui:

eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove sono necessarie e rispondono effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

31. Secondo i principi che si ritiene di poter ricavare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea,⁸ il test di proporzionalità delle norme limitatrici di diritti fondamentali di cui all'art. 52 co. 1 della Carta si articola nella verifica in ordine (i) alla legittimità dell'obiettivo perseguito dal legislatore; (ii) all'idoneità della disciplina a raggiungere l'obiettivo prefissato; (iii) alla necessità della compressione dei diritti fondamentali, intesa come adozione della misura meno afflittiva a parità di efficacia; (iv) alla proporzionalità, ovvero al ragionevole bilanciamento fra i contrapposti interessi.

32. Tanto il *Facilitators Package* quanto la normativa interna di cui all'art. 12 T.U.I. risultano funzionali ad assicurare un duplice obiettivo di politica criminale: per un verso, il contrasto al fenomeno del traffico di migranti propriamente detto, nei termini di cui al citato Protocollo Addizionale, ovvero il fenomeno di sfruttamento della condizione dei migranti irregolari per finalità di ingiusto arricchimento, sovente nel contesto di organizzazioni criminali che operano mettendo a repentaglio l'incolumità dei migranti stessi; per altro verso, il contrasto all'immigrazione irregolare al fine di garantire l'ordinato controllo dei flussi migratori.

33. Se ne riceve conferma, quanto alle norme europee, dal punto 2 dei preamboli della direttiva 2002/90/CE e dalla decisione quadro 2002/946/GAI, che all'unisono definiscono l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo come quello di *"adottare misure volte a combattere l'attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tanto correlata all'attraversamento illegale della frontiera in senso stretto, quanto perpetrata allo scopo di alimentare le reti di sfruttamento di esseri umani"*.

34. Sul piano del diritto interno, con le parole della Corte costituzionale:

*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: interesse che questa Corte ha da tempo definito quale «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» (sentenza n. 250 del 2010 e ivi numerosi precedenti in senso conforme), quali, in particolare, gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica».*⁹

35. Evidenzia altresì la Corte costituzionale che, nella disciplina di cui all'art. 12 T.U.I., talune previsioni incriminatrici, o circostanze aggravanti, sono funzionali alla tutela di un

⁸ Si vedano, sul punto, *Afton Chemical*, C-343/09, EU:C:2010:419, punto 45; *Volker und Markus Schecke e Eifert*, EU:C:2010:662, punto 74; *Nelson e a.*, C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, punto 71; *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, punto 50, nonché *Schaible*, C-101/12, EU:C:2013:661, punto 29.

⁹ C.cost. sent. 63 del 10.3.2022, par. 4.2.

bene giuridico ulteriore rispetto all'ordinato dispiegarsi dei flussi migratori, e segnatamente i diritti fondamentali dei migranti vittime delle condotte dei trafficanti. In particolare:

rispetto (...) 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.¹⁰

36. Così ricostruiti gli obiettivi di politica criminale del legislatore italiano ed europeo, si pone il tema se la criminalizzazione delle condotte di favoreggiamento dell'ingresso di stranieri irregolari, nelle ipotesi in cui l'autore delle condotte offra, o agisca allo scopo di offrire, assistenza umanitaria alla persona interessata, sia conforme ai criteri di proporzionalità dettati all'art. 52 par. 1 della Carta.

37. Per la strutturale eterogeneità fra le condotte considerate e quelle di "*smuggling of migrants*" – le une sorrette da scopi solidaristici, le altre da fini di illecito arricchimento – la criminalizzazione di condotte di favoreggiamento all'ingresso per fini di assistenza umanitaria non appare funzionale al perseguimento degli obbiettivi legislativi di contrasto al traffico di migranti, né sotto il profilo dell'*idoneità*, né sotto il profilo *necessità* della fattispecie incriminatrice.

38. Diversamente, non appare discutibile l'astratta idoneità della fattispecie in esame a perseguire gli obiettivi di controllo dei flussi migratori. La generalizzata minaccia della sanzione penale per chi favorisca i contravventori alla normativa in materia di permessi all'ingresso, infatti, può dirsi funzionale al rafforzamento dei relativi precetti amministrativi, secondo la direttrice del "contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale" tracciata all'art. 79 T.F.U.E.

39. La scelta di criminalizzare anche condotte di favoreggiamento all'ingresso sorrette da fini di assistenza umanitaria, tuttavia, induce a dubitare che la norma penale di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I., conforme alla disciplina del *Facilitators package*, soddisfi i criteri di cui all'art. 52 par. 1 della Carta sotto i profili della *necessità* e della *proporzionalità*, ovvero del ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti.

40. La nozione di "attività di assistenza umanitaria", contemplata all'art. 1 par. 2 della direttiva 2002/90/CE quale presupposto della scriminante che gli Stati Membri hanno la

¹⁰ C. Cost. sent. n. 63 del 10.3.2022, par. 4.5.

facoltà di prevedere, non è ulteriormente definita dal legislatore europeo. Il legislatore italiano, nel prevedere la causa di giustificazione per le sole ipotesi di favoreggiamento del soggiorno irregolare di stranieri già presenti sul territorio, tipizza più precisamente la nozione all'art. 12 co. 2 T.U.I. con riferimento alle *“attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno”*. Fra le soluzioni adottate dagli Stati Membri la cui legislazione contempla la scriminante dell'aver agito per scopi di assistenza umanitaria, la Finlandia ritiene scriminate le condotte compiute con finalità umanitaria, o di solidarietà familiare, tenuto conto delle condizioni di sicurezza del Paese di provenienza del migrante;¹¹ in Belgio sono considerate lecite le condotte poste in essere con finalità umanitaria prevalente;¹² in Spagna quelle con finalità umanitaria esclusiva.¹³

41. Senza pretesa del giudice remittente di voler qui identificare il perimetro esterno della più ampia nozione di *“assistenza umanitaria”* di cui all'art. 1 par. 2 della direttiva 2002/90/CE, si intende sottoporre all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in questa sede, la questione della ragionevolezza della mancata previsione della scriminante in relazione ad una circoscritta categoria di ipotesi. In particolare, vengono in rilievo i casi in cui le condotte di facilitazione all'ingresso di stranieri irregolari siano poste in essere con finalità di assistenza umanitaria consistenti nell'agevolare l'interessato nell'esercizio di diritti fondamentali, quali il diritto alla vita e alla incolumità fisica, tutelato agli artt. 2 e 3 della Carta, il diritto d'asilo, tutelato all'art. 18 della Carta, e il diritto al rispetto della vita familiare, tutelato all'art. 7 della Carta.

42. Non appare controvertibile che la tutela di tali diritti fondamentali sia meritevole di ricevere considerazione da parte del legislatore europeo nel bilanciamento sotteso alla definizione della politica comune di immigrazione di cui all'art. 79 T.F.U.E. Come infatti sancito dall'art. 67 T.F.U.E., che detta i principi generali relativi alle materie del Titolo V, *“[l']Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali”*.

43. Lo spettro applicativo indifferenziato della fattispecie di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I., conforme al *Facilitators Package*, non reca tuttavia traccia evidente del bilanciamento condotto dal legislatore fra gli obiettivi di controllo dei flussi e la tutela dei citati diritti

¹¹ Codice penale finlandese, Cap. 17, Sez. 8, par. 2 (traduzione in inglese a cura del Ministero della Giustizia finlandese): *“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”*.

¹² Loi 15 Decembre 1980 - Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Art. 77, par. 2. La disposizione, riferita 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”*.

¹³ Código penal, Art. 318-bis, par. 2. La disposizione, riferita al par. 1 che incrimina le condotte di facilitazione dell'ingresso o del transito, prevede che: *“Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”*.

fondamentali. In mancanza del requisito del fine di profitto, e stante l'inapplicabilità della scriminante dell'assistenza umanitaria, lo spazio applicativo della fattispecie incriminatrice appare allora sproporzionato rispetto allo scopo perseguito dal legislatore, secondo i criteri di cui all'art. 52 par. 1 della Carta, in quanto determina il *non necessario* sacrificio di diritti fondamentali di rango particolarmente elevato a fronte della tutela di un interesse avente carattere strumentale quale il controllo dei flussi migratori.

44. Invero, è lo stesso legislatore europeo ad attestare, attraverso i propri atti normativi, che la criminalizzazione del favoreggiamento all'ingresso per scopi di assistenza umanitaria costituisce una misura *non necessaria* al fine di perseguimento degli obiettivi di gestione efficace dei flussi migratori che il legislatore si prefigge. Nel prevedere all'art. 1 par. 2 della direttiva 2002/90/CE la possibilità per gli Stati Membri di introdurre la scriminante dell'assistenza umanitaria, il legislatore europeo conferma infatti che l'introduzione di tale causa di non punibilità, anche eventualmente da parte di tutti gli Stati Membri, non sarebbe di ostacolo al perseguimento degli obiettivi di controllo dei flussi migratori sottesi al *Facilitators Package*. Se il legislatore avesse ritenuto il contrario, non avrebbe logicamente ammesso la possibilità dell'eccezione.

45. Ebbene, se la previsione della scriminante dell'assistenza umanitaria è **compatibile** con gli obiettivi di controllo dei flussi migratori che il legislatore europeo si prefigge, e se la tutela dei diritti fondamentali sottesi alla scriminante, per le premesse di cui sopra, è **meritevole**, la soluzione normativa adottata dal legislatore europeo appare violare i canoni della **ragionevolezza intrinseca**. Il *Facilitators Package* consente infatti il sacrificio di diritti fondamentali meritevoli di tutela in ipotesi in cui tale sacrificio risulta **non necessario** al perseguimento degli obiettivi che il legislatore si propone.

46. Il nodo dell'irragionevolezza intrinseca di tale assetto normativo si riverbera in primo luogo, e con valenza dirimente, sulla legittimità dell'esercizio del potere punitivo rispetto agli *autori delle condotte* di agevolazione all'ingresso irregolare che siano dirette a prestare assistenza umanitaria. Il diritto alla libertà personale degli autori dell'illecito risulta infatti destinato ad essere compresso in ipotesi in cui il ricorso alla sanzione penale non risponde al principio dell'*extrema ratio*.

47. La questione si pone altresì qualora si consideri l'*efficacia general-preventiva* della fattispecie incriminatrice in considerazione. La minaccia della sanzione penale (e, prima ancora, la minaccia dell'instaurazione di un procedimento penale) per qualsiasi ipotesi di favoreggiamento all'ingresso irregolare, in difetto di un'esplicita perimetrazione delle condotte non punibili, appare destinata infatti a disincentivare un'ampia fenomenologia di

condotte funzionali ad assistere lo straniero nell'esercizio dei citati diritti fondamentali.¹⁴ Anche sotto questo profilo, gli effetti di progressiva compressione dello spazio di esercizio di tali diritti derivano da scelte di criminalizzazione non sorrette, per quanto sopra argomentato, dal principio dell'*extrema ratio*.

V. I MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

48. La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I., che il giudice remittente è chiamato ad applicare nell'ambito del presente procedimento, appare, per quanto sopra osservato, conforme al diritto derivato dell'Unione Europea ma di dubbia compatibilità con i prevalenti principi stabiliti dalla Carta.

49. La questione della conformità rispetto al diritto dell'Unione Europea della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I., nei termini prospettati nei paragrafi che precedono, è dirimente nel caso di specie ai fini della decisione sulla responsabilità dell'imputata.

50. Come più sopra illustrato, infatti, è stato accertato nel corso del processo che l'imputata ha fatto ingresso irregolare nel territorio dello Stato, con l'utilizzo di falsi documenti, unitamente a due minori sottoposte alla sua tutela - il che descrive una condotta conforme sul piano obiettivo a quella tipizzata dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12 co. 1 T.U.I. in relazione al favoreggiamento dell'ingresso delle due minori.

51. L'imputata ha allegato nel corso del processo di essere fuggita dal Paese di provenienza per sottrarsi a minacce di morte rivolte nei propri confronti e nei confronti della propria famiglia, e risulta aver presentato domanda di protezione internazionale nelle settimane successive all'ingresso sul territorio nazionale. Le condotte poste in essere dall'imputata appaiono suscettibili di essere qualificate come dirette a finalità di assistenza umanitaria, sotto il profilo del diritto alla vita delle due minori, minacciato nel Paese d'origine; sotto il profilo del diritto d'asilo delle due minori, in relazione alla richiesta di protezione internazionale formulata dall'imputata (esercitante per una delle minori la responsabilità genitoriale, ed essendo l'altra originariamente affidata alla sua tutela); sotto il profilo del diritto alla vita familiare, atteso il rapporto di genitorialità e parentela fra le due minori di cui è stato favorito l'ingresso sul territorio nazionale e l'imputata stessa – per la quale pende l'istanza di protezione internazionale e che non risulta sottoposta a procedimento penale per la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* T.U.I. in relazione al proprio ingresso irregolare in Italia.

¹⁴ Sul cosiddetto "*chilling effect*", in materia di assistenza ai richiedenti asilo, Grande Sezione, Commissione c. Ungheria, 16 novembre 2021, C-821/19, par. 98-99, 102-103, 107-108.

52. Qualora venisse accertato all'esito del processo – sulla base dell'istruttoria fino ad ora condotta, o in ragione di ulteriori prove di cui il giudice remittente potrebbe disporre l'acquisizione in forza dell'art. 507 del codice di procedura penale¹⁵ – che la condotta oggetto del giudizio sia stata posta in essere al fine di prestare assistenza umanitaria alle due minori, non potrebbe comunque escludersi su queste basi la responsabilità penale dell'imputata. La disciplina di cui all'art. 12 T.U.I. non prevede infatti una corrispondente causa di esclusione della punibilità. Per le ragioni articolate nei paragrafi che precedono, appare al giudice remittente che tale assetto normativo contrasti il principio di proporzionalità di cui all'art. 52 co. 1 della Carta, sotto il profilo della necessità della compressione dei richiamati diritti fondamentali, e del ragionevole bilanciamento fra i contrapposti interessi meritevoli di tutela.

53. La conformità della normativa di diritto interno al diritto derivato dell'Unione, e segnatamente all'assetto normativo dettato dalla direttiva 2002/90/CE e dalla decisione quadro 2002/946/GAI, suggeriscono l'inopportunità per il giudice remittente di disapplicare la norma di diritto interno in ragione del ritenuto contrasto con l'art. 52 par. 1 della Carta. Appare invece necessario sospendere il procedimento e disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., tanto sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 52 par. 1 della Carta in relazione all'art. 12 co. 1 T.U.I., quanto sotto il profilo della validità della normativa dettata dal *Facilitators Package*.

54. L'imputata non è attualmente sottoposta a misure restrittive della libertà personale in relazione al presente procedimento. Si sottopone tuttavia all'attenzione della Corte l'opportunità di trattare la causa con il procedimento accelerato di cui all'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte. La causa solleva infatti questioni interpretative e di validità suscettibili di produrre conseguenze immediate rispetto ai processi penali pendenti, in relazione a casi simili, tanto nell'ordinamento italiano quanto negli ordinamenti degli altri Stati Membri. È ragionevole ritenere che, tanto nell'ordinamento italiano quanto negli ordinamenti degli altri Stati Membri, vi siano casi assimilabili a quello per cui si procede in cui gli imputati, attinti da misure cautelari o già giudicati con sentenza definitiva, siano sottoposti a misure restrittive della libertà personale in ragione dell'applicazione della stessa norma incriminatrice, o di norme incriminatrici analoghe, a quella rilevante nell'ambito del presente procedimento.

¹⁵ L'art. 507 del codice di procedura penale italiano prevede che, nel dibattimento penale, “*terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova*”.

P.Q.M.

SOSPENDE il procedimento;

RINVIA sulla base dell'art. 267 par. 1 lett. b) T.F.U.E. alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affinché voglia decidere sulle seguenti questioni pregiudiziali:

1. 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;
2. 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 previsione 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.

CHIEDE che la causa venga trattata con il procedimento accelerato di cui agli artt. 105 e ss. del Regolamento di procedura della Corte.

Manda alla Cancelleria per la trasmissione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della presente ordinanza e degli atti del procedimento.

Bologna, 17 luglio 2023

Il Giudice
Valeria Bolici