



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre Juridique International et Droits de l'Homme
Diretta da Claudio Zanghì, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE
SCIENTIFICA
SIS

Gli Speciali

Luglio 2023

CRISI MIGRATORIE *Nuove sfide per i diritti umani*

www.rivistaoidu.net

Rivista telematica - ISSN 2284-3531

Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Direttori CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI
Gli Speciali
Direttori CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnull – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgorgue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Emmanuel Decaux – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Sergio García Ramírez – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajer Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Béatriz Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile Osservatori: Raffaele Cadin

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: Gabriele Asta – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Cristina Grieco – Luigino Manca – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Luigi Prosperi – Valentina Zambrano

Segreteria: Marco Bolognese – Pierfrancesco Breccia – Alberto Marchese – Luigi Zuccari

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a due *referees*.

CRISI MIGRATORIE

Nuove sfide per i diritti umani

CRISIS MIGRATORIAS

Nuevos desafíos a los derechos humanos

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 3/2023
luglio 2023
ISSN 2284-3531



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre Juridique International et Droits de l'Homme
Diretta da Claudio Zanghi, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE
SCIENTIFICA

INDICE

DAVID CARRIZO AGUADO, <i>Presentación</i>	III
LINA PANELLA, <i>Presentazione</i>	V

SEZIONE PRIMA

Crisi migratorie nella società internazionale contemporanea *Crisis migratorias en la sociedad internacional contemporánea*

CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO, <i>Regulación jurídica de las migraciones en el espacio iberoamericano</i>	2
ANNALISA GERACI, <i>L'OIM e la "policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration": le attività, il supporto dell'organizzazione agli Stati e la protezione dei diritti dei migranti</i>	13
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO, <i>The special regime for border in Ceuta and Melilla: a critical analysis of the regularization of border rejection under international law</i>	27
CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO, <i>Los derechos de las personas migrantes en situación de conflicto armado: ámbitos de protección en el marco del derecho internacional humanitario</i>	48
RABIÁ M'RABET TEMSAMANI, <i>Une réflexion sur la protection des mineurs non accompagnés à la lumière du droit international et du droit européen</i>	66

SEZIONE SECONDA

Cause ed effetti delle crisi migratorie in una prospettiva regionale *Causas y consecuencias de las crisis migratorias: análisis desde una perspectiva regional*

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, <i>Crisis migratoria vs. igualdad de trato: la difícil andadura en el marco euromediterráneo</i>	89
LORENA CALLER TRAMULLAS, <i>El impacto de las políticas migratorias europeas en la criminalización de la inmigración irregular en España</i>	104
MARIA TERESA COLLICA, <i>La tutela penale del migrante nel Mediterraneo e il contrasto alle ONG</i>	120
IRENE MARCHIORO, <i>Riflessioni sull'effettività della tutela dei minori richiedenti asilo negli strumenti rimediali europei a margine della sentenza Darboe e Camara c. Italia</i>	142

ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN - GLORIMAR ALEJANDRA LEÓN SILVA, <i>La respuesta del sistema regional Interamericano de protección de los derechos humanos a los migrantes a raíz del Covid: Relato de un éxito</i>	158
--	-----

SEZIONE TERZA

Stato di accoglienza e Paese terzo sicuro: prospettiva italo-spagnola
Estado de acogida y tercer País seguro: perspectiva italo-española

GIOVANNI CELLAMARE, <i>L'irragionevole leggerezza del concetto di Paese terzo sicuro</i>	177
EMANUELE LA ROSA, <i>“Controllo penale dei flussi migratori” vs. “Protezione dei diritti umani”: il favoreggiamento dell’immigrazione irregolare nel diritto penale italiano</i>	191
FRANCESCO MARTINES, <i>Migranti, procedimento amministrativo e garanzie di partecipazione</i>	211
ALEJANDRO PASTORI FILLOL, <i>La reciente migración venezolana en el Río de la Plata</i>	224
LAURA PERGOLIZZI, <i>Fattore tempo e protezione internazionale: le procedure accelerate</i> ...	237
LORENA SALES PALLARES, <i>La nacionalidad como medida de protección de los menores migrantes</i>	251
FABRIZIO TIGANO, <i>La tutela processuale dell’immigrato</i>	266

SEZIONE QUARTA

L'Europa di fronte alle crisi migratorie
Europa ante las crisis migratorias

BERNARDO CORTESE, <i>Alle frontiere dell'Unione, tra cavalli di frisia e respingimenti a catena: Europa o ...Medusa?</i>	293
JORDI HERRERA BOLANOS, <i>Debilidades del actual sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea</i>	321
M ^a DOLORES ADAM MUÑOZ, <i>Análisis de algunos efectos jurídicos de la poligamia en el sistema español de derecho internacional privado</i>	333
FRANCESCA POLLICINO, <i>EU legal migration policies: the Directive on Students and Researchers and the new Talent Partnership</i>	351
VALENTINA PRUDENTE, <i>Controllo delle frontiere ed espulsione dello straniero in via amministrativa</i>	364
LETIZIA SALVO, <i>Implementation and Limits of Directive 55/2001/EC in favor of Ukrainian displaced persons</i>	386



EMANUELE LA ROSA *

“CONTROLLO PENALE DEI FLUSSI MIGRATORI” VS. “PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI”: IL FAVOREGGIAMENTO DELL’IMMIGRAZIONE IRREGOLARE NEL DIRITTO PENALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *L’incerto confine tra trafficking e smuggling*. – 3. *La criminalizzazione diretta e/o indiretta del c.d. “smuggling umanitario”*. – 4. La sproporzione del trattamento sanzionatorio. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il diritto penale dell’immigrazione offre una rappresentazione emblematica dell’involuzione che sembra caratterizzare il diritto penale (o, forse, sarebbe più corretto dire il diritto punitivo) contemporaneo¹.

Ci si trova di fronte ad una sorta di laboratorio, nel quale si sono sperimentate vere e proprie tecniche di mutazione genetica del tradizionale arsenale garantistico del diritto penale liberale². Tutto ciò legittimato dalla volontà di perseguire una preminente esigenza di respingimento di un (presunto?) nemico esterno.

E qui entra in gioco il paradigma, spesso evocato, del “diritto penale del nemico”.

* Professore associato di Diritto penale – Università degli Studi di Messina.

¹ F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, Torino, 2021; C. CESARI (a cura di), *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci*, Padova, 2022.

² F. FORZATI, *Il diritto 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.*, 27 dicembre 2019, p. 5. In argomento, tra gli altri, L. MASERA, “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*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 28 ss.; G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità tra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 189 ss.; A. CAVALIERE, *Punire per ottenere “sicurezza”: corsi e ricorsi di una illusione repressiva*, in *Leg. pen.*, 20 aprile 2021; G. LOSAPPIO, *Insicurezza marginale e diritto penale dell’immigrazione*, in G. LOSAPPIO (a cura di), *Popolazione migrante*. Atti del convegno multidisciplinare Taranto, 24 maggio 2019, Quaderni del Dipartimento Jonico, 2020 (<https://w3.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali/i-quaderni/quaderni-2020/OKGiuseppeLosappioestrattoQuaderni142020.pdf>).

Perché si può affermare che il diritto penale dell’immigrazione è espressione del paradigma del *Feindstrafrecht*?

Per rispondere a questa domanda, occorre preliminarmente chiarire cosa si intende per “diritto penale del nemico”: un diritto penale “differenziato”, che, da un lato, si caratterizza per una palese contrazione delle fondamentali garanzie sostanziali e processuali, dall’altro, si contraddistingue per l’essere rivolto verso determinati “tipi d’autore”, ritenuti presuntivamente pericolosi³. Tutta la recente legislazione in materia di immigrazione e di rifugiati e richiedenti asilo è affetta da un insuperabile vizio di origine: un coacervo di disposizioni simboliche, utili soltanto a lenire il senso di sgomento generato dall’approdo dello straniero, al punto che «nella loro formulazione le ragioni della paura sono prevalse sulle ragioni della logica, prima ancora che sulle ragioni del diritto»⁴.

Ora, se è vero che uno degli elementi fondamentali che caratterizzano il “diritto penale del nemico” è l’impossibilità di istituire una comunicazione tra lo Stato (e le comunità che esso rappresenta) e l’infrattore/nemico, al punto che le sanzioni previste assumono una funzione di mera esclusione del soggetto dal corpo sociale, è evidente che ciò sembra rinvenirsi nelle sanzioni previste per gli immigrati irregolari (espulsioni, internamenti, limiti di accesso alle pene alternative): misure ispirate a una filosofia “special preventiva”, cioè l’esclusione dal consesso sociale di un elemento non altrimenti assimilabile.

Sono dinamiche in atto da tempo, che la legislazione della fine del secondo decennio del millennio in corso ha solo accentuato fin quasi ad estremizzarle⁵. Dinamiche che interessano tanto le norme incriminatrici in senso stretto, quanto la disciplina amministrativa di contorno: entrambi sono chiaramente ispirati ad una logica di esclusione nella misura in cui cercano di limitare, ostacolare o escludere ogni processo di assimilazione o di integrazione.

Il risultato è l’emersione di un vero e proprio “statuto penale differenziato dell’immigrazione”⁶, caratterizzato da un approccio “derogatorio” del sistema delle garanzie

³ Nella vastissima letteratura sul tema, si segnalano, senza pretesa alcuna di esaustività, AA.VV., *Diritto penale del nemico*, fascicolo monografico di *Questione giustizia*, 2006, n. 4; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 735 ss.; M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 470 ss.; A. CAVALIERE, *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 125 ss.

⁴ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove autonomie*, 2013, p. 368. Per descrivere i meccanismi culturali e politici che tendono ad associare l’immigrazione a tutta un’altra serie di fenomeni criminali, fortemente lesivi dell’ordine pubblico e generanti insicurezza sociale (criminalità organizzata, disordine urbano etc.) si è parlato di “tautologia della paura” (espressione coniata da A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 1999, p. 5 ss.

⁵ Sulle derive populistiche e illiberali del diritto penale dell’immigrazione, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 101 ss. Tra i numerosi contributi, A. SPENA, *La Crimmigration e l’espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 495 ss.; A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Diritto penale e processo*, 2017, p. 522 ss.; S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico*, cit., p. 1389 ss.; G.L. GATTA, *La pena nell’era della “Crimmigration”: tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 675 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 25 ss.; A. CAVALIERE, *Punire per ottenere “sicurezza”*, cit., p. 19 ss.; G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Hart Publishing, Oxford, 2021.

⁶ Sul punto, L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 799 ss.; D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, ivi, p. 751; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 5.

(anche procedurali), che si realizza attraverso meccanismi e strategie politico-criminali diverse ma convergenti, riconducibili al fenomeno della c.d. “*Crimmigration*”⁷, cioè della fusione/sovrapposizione tra diritto penale e gestione amministrativa del fenomeno migratorio, i cui tratti essenziali sono: la consistente limitazione della libertà personale del migrante, soprattutto attraverso il ricorso alla detenzione amministrativa; la predisposizione di fattispecie penali a tutela del diritto dell’immigrazione; la previsione di sanzioni o, comunque, di misure amministrative che incidono in senso restrittivo sull’accesso o sulla permanenza dello straniero sul territorio dello Stato in conseguenza della commissione di illeciti penali.

Non sembra azzardato affermare che la *crimmigration* si pone, rispetto al diritto penale del nemico, in un rapporto di genere a specie. Si tratta, infatti, di un sistema teso al controllo sociale e all’esclusione di coloro che, sulla base di scelte politiche, risultano indesiderati.

Non a caso tutto il sistema è orientato verso un obiettivo ben preciso: l’espulsione dello straniero (qualificato come) indesiderabile⁸.

In questo contesto, un profilo che merita particolare attenzione è quello relativo all’analisi delle politiche penali di contrasto al fenomeno del traffico di migranti.

Non vi è dubbio che la repressione del favoreggiamento dell’immigrazione irregolare mediante il ricorso a strumenti penali rappresenti una costante nel panorama delle politiche europee e nazionali destinate alla protezione delle frontiere.

La questione non è tanto discutere dell’opportunità o della necessità di una criminalizzazione di questo fenomeno, quanto esaminare criticamente le modalità concrete di un tale intervento punitivo.

Prendendo specificatamente in esame l’esperienza italiana emerge come il delitto di *Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare* – disciplinato nell’art. 12 T.U. Immigrazione – presenti numerosi profili di criticità, che potrebbero tradursi in altrettante ipotesi di illegittimità costituzionale o di frizione con svariati strumenti normativi sovranazionali.

Naturalmente non sarebbe possibile analizzarli tutti nel breve spazio del presente contributo. Ci si limiterà a segnalarne alcuni tra i più significativi:

- a) il confine incerto che connota nel diritto penale italiano il rapporto tra *trafficking* e *smuggling*;
- b) la possibile criminalizzazione – diretto e/o indiretta – del c.d. “*smuggling* umanitario”;
- c) la sproporzione del trattamento sanzionatorio per il reato di Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare ex art. 12 T.U. Immigrazione.

2. L’incerto confine tra trafficking e smuggling

⁷ L’espressione è stata coniata da J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367 ss.

⁸ A. SPENA, *La crimmigration*, cit., p. 502, osserva come «anziché comprendere l’incremento dei flussi migratori in entrata come fenomeno strutturale, inevitabile, da governare mediante un radicale ripensamento di politiche culturali e sociali e la ricerca di forme di cooperazione internazionale adeguate, lo Stato ha continuato invece a vedervi, in primo piano, una questione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, solo proporzionalmente macroscopica rispetto al passato».

Gran parte delle criticità che caratterizzano il modello italiano di contratto all'immigrazione irregolare ruotano intorno al controverso rapporto tra il delitto di *Favoreggiamento* previsto dall'art. 12 T.U. Immigrazione (*Trafficking*) e quello di *Tratta di esseri umani* ex art. 602 c.p. (*Smuggling*).

Il confine tra le due ipotesi emerge con una certa chiarezza se si prende in esame la Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata all'Assemblea delle Nazioni Unite il 15 novembre 2000 ed entrata in vigore il 29 settembre 2003, ed in particolare i suoi due protocolli addizionali, aventi ad oggetto l'uno il *trafficking in persons* (traffico di esseri umani) e l'altro lo *smuggling of migrants* (contrabbando di migranti)⁹.

Si tratta di una distinzione fondata essenzialmente sul consenso del migrante: il consenso è estorto o viziato, in concreto o in via presuntiva, nel caso di tratta di persone, mentre sussiste pienamente nel caso di traffico di migranti. Non solo: nella definizione di “tratta”, il relativo protocollo attribuisce rilievo centrale ad un elemento assente nella seconda situazione: la posizione di vulnerabilità della vittima. Anzi è proprio questa condizione a privare di qualsiasi valore giuridico il consenso “prestato”¹⁰. Detto in altri termini: il *trafficking* comporta sempre una posizione di subordinazione di un soggetto ad un altro, il quale lo sfrutta nelle forme più varie, ma tutte accomunate dalla loro capacità di incidere sul nucleo intangibile della dignità dell'uomo; lo *smuggling*, invece, essendo volto a tutelare l'interesse statuale alla regolazione degli accessi di stranieri sul proprio territorio, risulta difficilmente riconducibile alle «tradizionali forme di tutela dei diritti della vittima, le quali sono prevalentemente ritagliate su posizioni individuali»¹¹.

Un ulteriore elemento del quale occorre tenere conto è che l'art. 6 del Protocollo sullo *Smuggling* impone agli Stati contraenti di sanzionare penalmente il fenomeno solo se commesso «al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale».

Non solo. Nel *Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions* si legge: «The travaux

⁹ G. MICHELINI, *I protocolli delle Nazioni Unite contro la tratta di persone e contro il traffico di migranti: breve guida ragionata*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2002, 1, p. 41. In argomento, F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani tra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 1763 ss.;

¹⁰ C. STOPPINI, *Tratta, sfruttamento e smuggling: un'ipotesi di finium regundorum a partire da una recente sentenza*, in *Legislazione penale*, 24 gennaio 2019; M.G. GIAMMARINARO, *Il Protocollo sulla tratta di esseri umani*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 424. In argomento, V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione col traffico di migranti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 86 ss., che evidenzia l'opportunità di una visione integrata, che tenga conto tanto della tutela dei diritti umani quanto di logiche più strettamente securitarie. Una lettura parzialmente diversa offre L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016, p. 6, secondo cui a distinguere i due fenomeni sarebbe essenzialmente lo scopo: l'attraversamento delle frontiere, nel caso del *trafficking*, lo sfruttamento finale delle persone vittime di tratta, nelle ipotesi di *smuggling*. In altri termini, nel traffico dei migranti il soggetto criminale svolge una funzione assimilabile a quella di una agenzia che offre un servizio di trasporto disinteressandosi completamente del futuro della persona trasportata; viene così ad instaurarsi un rapporto “commerciale” tra il migrante che chiede un servizio, di norma illegale, ed il criminale che glielo offre dietro adeguato compenso; al contrario, nella tratta degli esseri umani, di norma, non vi è alcuna pattuizione tra criminale e vittima ed il destino della “merce” ha una rilevanza fondamentale per il trafficante, poiché i reali guadagni derivano dal futuro impiego che il criminale farà del “bene” trasportato (prostituzione, lavoro nero, pedopornografia, ecc.).

¹¹ Così, V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 99, secondo cui la mancata previsione espressa di una tutela dei diritti delle vittime «non dipende da una casuale dimenticanza o da una non pienamente maturata riflessione in materia nel corso dei lavori preparatori».

préparatoires should indicate that 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»¹².

Si tratta di due elementi dei quali un legislatore attento dovrebbe tenere in debito conto quando affronta il tema della tipizzazione penale dei due fenomeni.

Nella legislazione italiana, invece, la suddetta distinzione non è così netta. Basti pensare che tra le ipotesi di *Favoreggiamento* aggravato ve ne sono alcune che potrebbero facilmente essere ricondotte alla tipologia criminologica del traffico di esseri umani:

- a) quando 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;
- b) quando la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante;
- c) quando i fatti 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.

A onor del vero, la scelta del legislatore italiano di non adottare un approccio strettamente dicotomico - basato sulla diversa posizione dello straniero (autore o vittima del reato) - potrebbe sembrare il risultato di una presa di coscienza dell'osmosi tra i due fenomeni del *Trafficking* e dello *Smuggling*¹³.

In effetti, non si può negare che nella realtà empirica ci si trovi spesso più che di fronte a due fenomeni criminali nettamente distinti, al cospetto di diverse manifestazioni del medesimo fenomeno, che si intrecciano fino ad assumere contorni indistinguibili¹⁴. Basti pensare al caso dei migranti inizialmente favoriti nell'immigrazione clandestina, per poi diventare, una volta giunti a destinazione, oggetto di sfruttamento: coloro che, per sfuggire alla loro condizione di miseria nel Paese di origine, si rivolgono a gruppi che agiscono nell'illegalità per superare le barriere fisiche e giuridiche tra i diversi Stati sono esposti al rischio di rimanere ingabbiati in inganni, soprusi e ricatti che determinano una condizione di sfruttamento.

Si possono, tuttavia, nutrire seri dubbi sulla correttezza di una simile chiave di lettura.

Nelle sue scelte di incriminazione, il legislatore italiano sembra essersi concentrato sul profilo della “violazione oggettiva” delle norme che regolano l'immigrazione regolare, piuttosto che focalizzare la sua attenzione sulla presenza o meno del consenso del migrante o su altre specifiche peculiarità dei due fenomeni presi in considerazione.

¹² Il testo integrale del rapporto è reperibile al seguente url: https://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1e.pdf.

¹³ In effetti, è innegabile che la prassi possa presentare delle zone d'ombra. Basti pensare al caso dei migranti inizialmente favoriti nell'immigrazione clandestina, per poi diventare, una volta giunti a destinazione, oggetto di sfruttamento.

¹⁴ Sul punto, F. SPIEZIA, *La tratta di esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale*, datt. Relazione CSM, Roma, 14 ottobre 2008, p. 2 ss.; N. PARISI, *I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare*, in R. SICURELLA (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino, 2012, p. 89; 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*, Torino, 2015, p. 105; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 104.

La norma incriminatrice del T.U. Immigrazione è costruita in maniera onnicomprensiva e considera favoreggiamento dei migranti anche una condotta posta in essere senza fini di lucro e con finalità solidaristiche o umanitarie: se, infatti, per il reato di *Favoreggiamento della permanenza* dello straniero irregolarmente presente nel territorio italiano è punibile, ai sensi dell'art. 12 commi 5 e 5 *bis*, T.U. Immigrazione, solo se commesso con la finalità «di trarre un ingiusto profitto», per il *Favoreggiamento dell'ingresso* la tipicità non è circoscritta da un analogo dolo specifico¹⁵.

Il mancato riferimento al dolo di ingiusto profitto per il reato di *Favoreggiamento dell'ingresso* è un chiaro riflesso della scelta del legislatore di non costruire le ipotesi normative come disposizioni a tutela dei migranti irregolari, le cui vite vengono deliberatamente messe in pericolo e la cui dignità personale viene offesa da autori generalmente appartenenti ad organizzazioni criminali, che gestiscono il traffico di migranti per finalità di lucro¹⁶. Ciò che rileva non è la tutela *del* migrante, ma la tutela dell'ordine pubblico, della “regolarità dei flussi” *dal* migrante¹⁷. La protezione dei migranti - ammesso che rilevi - resta relegata sullo sfondo. Non a caso, anche le condotte solidaristiche di privati e operatori di ONG possono ritenersi tipiche ai sensi dell'art. 12 T.U. Immigrazione - nonostante si tratti di mettere al sicuro vite umane -, proprio perché «costoro aiutano i migranti a violare le regole in materia di immigrazione e vanno puniti, allo stesso modo di chi aiuta i migranti a scopo di lucro, esponendoli a trattamenti inumani e degradanti e/o mettendone a rischio l'incolumità»¹⁸.

È vero che il legislatore italiano, nell'escludere la necessità che il delitto di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare* sia necessariamente commesso con dolo specifico di profitto sembra porsi in coerenza con le disposizioni della Direttiva 2002/90/CE¹⁹.

Resta comunque il fatto che ci si trova dinnanzi ad una situazione di ambiguità criticabile sotto molteplici punti di vista.

In primo luogo, solleva la questione dell'esistenza di un eventuale concorso apparente di norme piuttosto che di un concorso di reati: in che rapporto si pongono tra di loro il delitto previsto dall'art. 12 T.U. Immigrazione e quello di cui all'art. 602 c.p.? È una questione dibattuta in giurisprudenza. Non sono mancate prese di posizioni che, muovendo da una rigorosa ricostruzione del diverso bene giuridico tutelato dalle due norme incriminatrici, escludono che il rapporto tra le due norme possa presentare anche solo un parziale punto di contatto e consentire un assorbimento nella *Tratta* del delitto di *Favoreggiamento*²⁰. Una posizione largamente condivisibile, ma che nella sua rigidità finisce con negare radicalmente i possibili punti di sovrapposizione fattuale e normativa tra i due fenomeni, che - come detto - sono innegabilmente presenti²¹. In senso diametralmente opposto si pone una più recente

¹⁵ In argomento, L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 231 ss.

¹⁶ Così, A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 2022, 4, p. 64, secondo cui l'equiparazione della solidarietà al traffico di migranti rappresenterebbe una irragionevole violazione dell'art. 3 Cost.

¹⁷ F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI, F. MASTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 136, 140.

¹⁸ A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti*, cit., p. 64.

¹⁹ J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2018, 1, p. 111 ss., osserva come la confusione tra i due reati nasca proprio dal fatto che nel *Favoreggiamento* «il fine di profitto non è stato previsto come elemento della fattispecie, ma è stato relegato a semplice circostanza aggravante». Lo stesso Autore, peraltro, ritiene che il reato di favoreggiamento non trovi alcuna descrizione o regolamentazione a livello internazionale (non sarebbe cioè previsto dalla Convenzione di Palermo), essendo piuttosto una “creazione” di matrice europea, in particolare, della Direttiva 2002/90/CE.

²⁰ Cass. pen. sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561, in *www.onelegale.it*.

²¹ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 106.

decisione della Corte di Cassazione, secondo cui il *Favoreggiamento* deve ritenersi assorbito nella *Tratta*²². In questo modo, però, si fa intendere che un fatto possa “di norma” integrare astrattamente entrambi i delitti; la qual cosa contrasta con l’incompatibilità logica che – per le ragioni sopra esposte – dovrebbe esistere tra i due.

In secondo luogo, la latitudine particolarmente ampia del fatto tipico di “favoreggiamento” ha portato (e porta) all’instaurazione di numerosi procedimenti penali nei confronti di organizzazioni non governative che svolgono attività di ricerca e soccorso in mare. È vero che la giurisprudenza ha escluso la responsabilità penale. Lo ha fatto attraverso un uso sapiente delle cause di giustificazione: esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, stato di necessità²³.

Ma questo confortante risultato non può far dimenticare due cose.

La prima è che i processi contro le ONG - a prescindere dall’esito - si inseriscono in un processo di criminalizzazione “indiretta” che cerca di far apparire i soccorritori come “nemici” davanti all’opinione pubblica²⁴, alimentando una “narrazione” che finisce col criminalizzare ogni forma di soccorso o di aiuto.

Se fino al 2016 il soccorso in mare aveva rappresentato uno dei pochi aspetti del fenomeno migratorio ad essere guardato con un certo favore da parte dell’opinione pubblica²⁵, successivamente il clima è mutato ed è emerso il sistematico accostamento tra soggetti impegnati nel salvataggio e trafficanti di migranti²⁶. Un processo innescato indubbiamente da martellanti campagne politico-mediatiche, ma alimentato anche dalle summenzionate vicende giudiziarie. Poco importa che nessuno di questi procedimenti penali si sia concluso con una condanna degli imputati. Preme sottolineare come, secondo un meccanismo ben noto, il solo fatto che si avvii un procedimento penale a carico degli appartenenti ad una ONG ingenera nell’opinione pubblica una immagine (sia pure solo suggestiva) di colpevolezza, che la successiva assoluzione non è in grado di cancellare.

In secondo luogo, si è assistito a ripetuti tentativi di aggirare i limiti imposti dalla giurisprudenza introducendo un’apposita figura di illecito atta a sanzionare la violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane. È la c.d. “politica dei porti chiusi” cioè della chiara volontà politica di “chiudere le porte” a chiunque tenti di entrare nel territorio italiano, a prescindere dalla sua condizione giuridica (migrante economico, richiedente asilo, bisognoso di protezione umanitaria, minore non accompagnato, ecc...). Una politica che ha

²² Cass. pen., sez. I, 13 agosto 2021, n. 31650, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, p. 203 ss., con nota di A. CAPUTO, *Sul rapporto tra i reati di tratta di persone e di favoreggiamento delle migrazioni illegali*. In argomento, anche per una analisi degli orientamenti giurisprudenziali precedenti rispetta a tale pronuncia, V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 105 ss.

²³ Per una ricostruzione dei diversi procedimenti penali avviati a carico delle ONG e poi archiviati, L. MASERA, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi – Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *Legislazione penale*, 22 aprile 2022, p. 1 ss. In argomento anche, A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1859 ss.;

²⁴ Sul tema sia consentito il rinvio a E. LA ROSA, *Il governo delle politiche migratorie tra criminalizzazione e giustificazione*, in C. CESARI (a cura di), *Stranieri in Italia*, cit., p. 93 ss.

²⁵ Un atteggiamento in evidente controtendenza rispetto a quello riservato ad altri profili legati al fenomeno (la gestione dell’accoglienza, l’asilo politico), associati alla paura, all’intolleranza e allo scontro politico. Osservava P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Questione giustizia on line*, 4 aprile 2017: è come se i volti e le storie delle persone approdate sulle coste italiane si incorniciassero nel quadro della solidarietà e dell’accoglienza, attribuendo al racconto del soccorso in mare «la potenza espressiva per umanizzare il fenomeno delle migrazioni»

²⁶ Per una ricostruzione di questo mutamento negli umori dell’opinione pubblica, L. MASERA, *L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Questione giustizia*, 2018, p. 225 ss.

trovato la sua espressione massima proprio nell’attribuzione al Ministro dell’Interno di un inedito potere di polizia della navigazione: un vero e proprio potere “provvedimentale”, suscettibile di incidere su situazioni concrete ed estraneo alle attività di coordinamento tra autorità italiane ed europee di controllo necessarie per la gestione delle attività di soccorso in mare. Un potere, quello attribuito al Ministero dell’Interno, peraltro, destinato ad interferire, fin quasi a sovrapporsi con quello che l’art. 83 del Codice della navigazione attribuisce al Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti²⁷.

Introdotta per la prima volta con il d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (c.d. Decreto Salvini *bis*), la previsione è stata oggetto di ripetuti interventi correttivi, che hanno interessato tanto i contenuti, quanto la natura giuridica dell’illecito.

Quest’ultimo profilo merita una riflessione più approfondita. Il succedersi degli interventi legislativi è stato caratterizzato da una apparente contraddizione: l’afflittività delle sanzioni è stato sempre inversamente proporzionale al modello punitivo adottato; alla previsione di un illecito amministrativo è corrisposto un apparato sanzionatorio più gravoso per gli operatori delle ONG, mentre l’adozione del tipo “reato” è coinciso con un alleggerimento sostanziale della risposta sanzionatoria.

Quando il legislatore, con il c.d. decreto Salvini-bis del 2019 ha introdotto per la prima volta apposite sanzioni per la violazione del divieto di ingresso e sosta nelle acque territoriali, aveva previsto sanzioni amministrative durissime (sanzione pecuniaria sino a 1 milione di euro e confisca dell’imbarcazione già alla prima violazione). Quando la nuova maggioranza, con il cd. decreto Lamorgese del 2020, ha voluto rendere meno aspro il il trattamento riservato alle ONG, pur non abolendo tout court le sanzioni previste nel 2019, ha sostituito la sanzione amministrativa con quella penale cumulativa della reclusione sino a due anni e della multa da 10.000 a 50.000 euro, senza la previsione di ipotesi speciali di confisca. Nel 2023, quando l’obiettivo del Governo è quello di re-inasprire la reazione punitiva, il delitto viene abrogato, ed al suo posto torna applicabile una sanzione amministrativa (di identico importo della multa che va a sostituire), con confisca amministrativa della nave.

In realtà, la depenalizzazione dell’illecito da parte del c.d. Decreto Piantadosi (d.l. 23 gennaio 2023, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 15)²⁸, lungi dall’esprimere la volontà di riconoscere al fatto un minor disvalore, rappresenta piuttosto un pericoloso esempio di fuga dalla giurisdizione, al cui giudizio ci si intende sottrarre affidando all’autorità amministrativa la potestà sanzionatoria; un tentativo reso più grave dalla circostanza che la magistratura ha già fornito un giudizio chiaro di liceità della pratica dei soccorsi in mare, e perseguire lo stesso da parte del Governo una strategia di criminalizzazione (intesa nel senso lato della *crimmigration*, che comprende anche l’apparato punitivo di natura amministrativa) ha il preciso significato di aggirare le indicazioni provenienti dal sistema giudiziario. La scelta di rinunciare alla sanzione penale è un modo per aggirare il controllo di una giurisprudenza penale che ha ormai a più riprese affermato la

²⁷ L. 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 *Questione giustizia*, 15 giugno 2021, p. 1 ss. In argomento, tra gli altri, A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto*, cit., 3 ss.; S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis: novità e profili critici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2019; E. LA ROSA, *Soccorso in mare e criminalizzazione “diretta” e “indiretta” delle ONG*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, Speciale *Controllo e gestione dei flussi migratori nell’Europa del Sud. Studio comparato dell’esperienza spagnola e italiana* Supplemento al n. 1/2020, p. 365 ss.

²⁸ L. MASERA, *Il d.l. Piantadosi 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.

legittimità dell’operato delle navi umanitarie. L’obiettivo del Governo è chiaro: sottrarre alla magistratura il potere sanzionatorio, ad attribuirlo alla struttura amministrativa del Ministero dell’Interno, che si ritiene evidentemente più sensibile dell’ordine giudiziario alle aspettative della politica. Certo, qualora i prefetti applichino le sanzioni previste dai decreti, le ONG potranno impugnarle davanti all’autorità giudiziaria; ma intanto le sanzioni saranno state applicate e i fermi disposti, e quando poi intervenisse una decisione negativa in sede di impugnazione il risultato comunicativo sarà già stato raggiunto: un atteggiamento che è quasi eufemistico definire “pericoloso”²⁹.

Se dalla forma si passa ai nuovi contenuti dell’illecito, è evidente che si assiste non solo ad un inasprimento delle sanzioni, ma anche ad un aggravio di obblighi e di procedure a carico di quanti sono impegnati in attività di *search and rescue* in mare.³⁰

Basti qui rilevare come il decreto Piantedosi accentui la retorica anti-ONG alimentando un assunto – quello secondo cui la presenza nelle acque del Mediterraneo di ONG in attività di *Search and Rescue* funga da *pull factor* nei confronti dell’immigrazione clandestina e delle attività criminali ad essa collegate – che ha trovato (e trova) ampia risonanza nel dibattito pubblico, ma che risulta smentito da numerose indagini empiriche³¹.

Ma va riconosciuto che anche il precedente decreto Lamorgese, anziché risolvere le ambiguità nell’approccio al tema dell’attività di soccorso, aveva contribuito ad alimentarla ulteriormente.

In questa prospettiva, va letta la previsione del secondo periodo dell’art. 1, comma 2, d.l. n. 130 del 2020 – che il decreto Piantedosi ha oggi trasformato nel comma 2 *bis* della medesima disposizione – il quale, nel sanzionare la violazione del divieto d’ingresso nelle acque territoriali italiane disposta dal Ministro dell’Interno, esclude la possibilità di vietare «operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera 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, 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».

Si tratta di una precisazione che risulta, nello stesso tempo, pleonastica e ambigua.

È pleonastica nella parte in cui non fa altro che richiamare il rispetto di obblighi contenuti in strumenti sovranazionali che, in quanto già ratificati dall’Italia, sono già

²⁹ L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit.

³⁰ Per un esame dettagliato della nuova disciplina, L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit. Sui profili di frizione con il diritto internazionale cui tale disciplina si espone, A. DI FLORIO, *L’influenza del diritto europeo ed internazionale sui diritti fondamentali dei migranti: a proposito del d.l. 1/2023*, in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2023.

³¹ E. CUSUMANO, M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: A Pull Factor of Irregular Migration?* *Migration Policy Centre*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Briefs*, n. 22/2019, p. 1 ss.; C. AMENTA, P. DI BETTA, C. FERRARA, *La crisi dei migranti nel Mediterraneo centrale: le operazioni di Search and Rescue non sono un fattore di attrazione*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, n. 2/2021, p. 16 ss.; C. DEIANA, V. MAHESHRI, G. MASTROBUONI, *Migration at Sea: Unintended Consequences of Search and Rescue Operations*, 23 settembre 2020 (https://www.gla.ac.uk/media/Media_753272_smxx.pdf). Questi studi evidenziano come altri siano i fattori che influenzano il flusso migratorio: le condizioni strutturali dei Paesi di origine, la necessità di fuga da situazioni di disperazione e di ricerca di un futuro migliore. Il tutto facilitato, questo sì, dalla presenza di *network* criminali; ed è verso questi ultimi che deve essere indirizzata l’azione di contrasto.

vincolanti: è evidente che laddove le indicazioni fornite dalle autorità risultassero obiettivamente in contrasto con le fonti sovranazionali menzionate dalla disposizione in esame, ne deriverebbe un difetto di vincolatività al quale conseguirebbe la possibilità di disattenderele senza incorrere in responsabilità penale.

È ambigua perché il riferimento al Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo, che contiene proprio l'obbligo di incriminazione del traffico di migranti, potrebbe lasciare intendere la possibilità che eventuali irregolarità delle operazioni di soccorso si possano tradurre nella astratta configurabilità del delitto di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*.

Ricapitolando, la scelta di non subordinare la rilevanza penale del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare alla sussistenza del dolo specifico di profitto produce degli effetti a cascata sull'intero sistema del diritto penale dell'immigrazione destinato a metterne a repentaglio la tenuta complessiva. Un dato che emergerà con ancora maggiore evidenza nel proseguo della trattazione.

Pertanto, non è neppure vero che il diritto europeo - a differenza dei Protocolli aggiuntivi alla Convenzione di Palermo - imponga di punire anche il *trafficking* realizzato senza scopo di lucro. L'art. 1, comma 2, della Direttiva 2002/90/CE riconosce la possibilità per gli Stati membri «di non adottare sanzioni in relazione alle condotte di cui al comma 1, lettera a), applicando la legislazione e le prassi nazionali nei casi in cui siano finalizzate a fornire assistenza umanitaria alla persona interessata». Una opportunità che sarebbe stato preferibile sfruttare.

3. La criminalizzazione diretta e/o indiretta del c.d. “smuggling umanitario”

Quanto appena detto risulta direttamente correlato al secondo profilo di criticità menzionato all'inizio del presente contributo.

A rendere possibile l'applicazione di sanzioni punitive anche nei confronti di coloro che prestano aiuto e soccorso ai migranti a fini solidaristici non è solo la mancata inclusione del “fine di profitto” nella struttura del fatto tipico del delitto di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*. A tale esito contribuisce anche la scelta del legislatore italiano di non consentire l'applicazione della c.d. “scriminante umanitaria” al delitto di Favoreggiamento dell'ingresso di migranti irregolari.

Cosa si intende per “scriminante umanitaria”? Si tratta di una particolare causa di giustificazione, prevista dall'art. 12, co. 2, T.U. Immigrazione, in forza della quale «Fermo restando quanto previsto dall'art. 54 c.p. 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»³².

Fin dalla clausola di sussidiarietà espressa posta in esordio della disposizione, emerge il carattere speciale della scriminante rispetto a quella, generale, che disciplina lo “stato di necessità”. Più in particolare ci si trova di fronte ad una ipotesi caratterizzata da un più ampio di una maggiore ampiezza applicativa rispetto alla previsione codicistica: da un lato, non è necessario che la persona alla quale si presta l'aiuto o il soccorso umanitario si trovi in una

³² Sulla natura di causa di giustificazione della previsione, per tutti, A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. IX, Torino, 2012, p. 92.

situazione di pericolo di danno grave alla persona, essendo sufficiente che il migrante versi in «condizioni di bisogno»; dall'altro, «costrizione», «necessità» e «inevitabilità del pericolo», requisiti essenziali richiesti dall'art. 54 c.p. non rientrano tra quelli da cui dipende l'applicabilità della causa di giustificazione speciale.

Rilevante ai sensi dell'art. 12, co. 2, T.U. Immigrazione è il luogo in cui l'aiuto viene prestato: l'espresso riferimento al territorio “italiano” limita l'applicazione della norma all'ipotesi di aiuto al soggiorno e alla permanenza nel territorio dello Stato, escludendo l'ingresso³³.

La questione è la seguente: a dispetto di questo (almeno in apparenza) insormontabile sbarramento testuale, sarebbe comunque possibile applicare la causa di giustificazione di cui qui si discute ai casi di favoreggiamento dell'ingresso? Non mancano in dottrina posizioni propense a fornire una risposta affermativa a tale quesito. E lo fanno attraverso due percorsi ermeneutici alternativi: o facendo ricorso all'analogia *in bonam partem*, o valorizzando l'espressione «comunque presenti nel territorio dello Stato», da interpretare nel senso che per la sussistenza della causa di giustificazione sarebbe sufficiente la presenza dello straniero in territorio italiano, a prescindere dalle concrete modalità del suo arrivo (incluso, quindi, il caso del soccorso in mare)³⁴.

Per quanto animati da un nobile e apprezzabile intento si tratta di operazioni ermeneutiche alquanto “spericolate” e difficilmente sostenibili. Allo stato non pare possibile applicare analogicamente (o con interpretazioni estensive che si pongono al limite dell'analogia) l'ambito di applicazione della causa di giustificazione. Bisogna prendere atto che si tratta di una espressa e consapevole del legislatore³⁵.

La questione è semmai un'altra: può considerarsi una scelta legittima? Di ciò si può discutere.

In genere, per giustificare l'applicazione della “scriminante umanitaria” al favoreggiamento della permanenza e non a quello dell'ingresso si argomenta sulla base della ritenuta diversità oggettiva delle due situazioni, atteso che nel primo caso si tratta di favorire soggetti comunque già presenti del territorio dello Stato (quindi in costanza di una situazione di irregolarità già in atto), mentre nel secondo si tratterebbe di favorire l'instaurarsi di ulteriori situazioni di irregolarità oltre che un aumento del numero di stranieri privi di un valido documento di soggiorno³⁶.

Si tratta di una spiegazione niente affatto convincente: come noto, la *ratio* delle cause di giustificazione risiede in una esigenza di bilanciamento tra beni giuridici in conflitto; un bilanciamento all'esito del quale il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice esce

³³ Non a caso, nella vicenda giudiziaria che interessa l'ex sindaco di Riace Domenico Lucano, il pur ricco elenco dei capi d'imputazione compare il favoreggiamento dell'ingresso, ma non quello del soggiorno (che pure era stato contestato in fase di indagini preliminari). Si tratta, verosimilmente, di una conseguenza dell'implicito riconoscimento dell'applicabilità della “scriminante umanitaria”, attese le finalità solidaristiche che – come riconosciuto anche nella sentenza di condanna – animavano l'agire dell'imputato. In argomento, G. MENTASTI, *Caso Lucano: guida alla lettura del dispositivo della sentenza di primo grado*, in *Sistema penale*, 8 dicembre 2021; A. NATALE, *Alcune riflessioni sparse a partire dalla cd. Vicenda Lucano*, in *Questione giustizia*, 18 ottobre 2021.

³⁴ M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Questione giustizia*, 19 aprile 2018.

³⁵ S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici dell'attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2018, 1, p. 143.

³⁶ È questo l'argomento utilizzato dal *Conseil Constitutionnel* francese nella decisione n. 2018-717/718 QPC, in https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm. Lo ricorda S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling*, cit., p. 164.

soccombente rispetto a quello di cui è portatore nel caso concreto l'autore della condotta tipica. Ora, se si pongono sugli ipotetici bracci di una bilancia, da un lato, il bene giuridico tutelato dalla disciplina penale in materia di immigrazione, e cioè la regolare gestione amministrativa dei flussi migratori, e, dall'altro, quelli che sono gli interessi che entrano in gioco nel momento in cui si tratta di soccorrere un migrante in pericolo, ci si rende conto che non sussiste una reale possibilità di contemperamento tra questi contro interessi.

Alla luce di questa considerazione, l'espressa delimitazione territoriale della scriminante non è criticabile solo da un punto di vista politico criminale in ragione dell'effetto di sostanziale sterilizzazione delle sue potenzialità applicative, ma si espone a possibili tensioni col canone di uguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*³⁷

Atteso che la scriminante è applicabile alle condotte di favoreggiamento della permanenza irregolare in Italia e a quelle di favoreggiamento dell'emigrazione irregolare dall'Italia verso un altro Stato, ma non a quelle di favoreggiamento dell'ingresso verso l'Italia, e considerato che in tutti e tre i casi si tratta di tutelare il bene giuridico dell'ordine pubblico connesso alla corretta gestione dei flussi migratori, una disparità di trattamento dovrebbe essere sorretta da una solida giustificazione. Giustificazione che – come detto – pare difficile da individuare.

Pertanto, un profilo in cui sarebbe auspicabile un intervento, se non del legislatore, almeno della Corte costituzionale, potrebbe essere proprio quello finalizzato ad estendere l'ambito di applicazione della “scriminante umanitaria” anche al Favoreggiamento dell'ingresso.

Non si possono, però, nutrire troppe speranze in merito ad un simile intervento della Corte costituzionale.

È vero, ci sono paesi europei dove questa soluzione è già stata adottata. Si pensi, per esempio, a Finlandia, Spagna e Belgio. È vero che si richiede al soggetto di aver agito per un esclusivo scopo umanitario, ma è comunque un passo avanti rispetto alla situazione italiana. Occorre prendere atto, però, che la maggioranza dei Paesi europei sono allineati con il modello italiano³⁸. Non fa eccezione la Francia. Nel 2018 il *Conseil constitutionnel* ha sì dichiarato la disciplina francese della scriminante umanitaria parzialmente illegittima per contratto con il principio di *fraternité*, però, la declaratoria di illegittimità si riferiva solo alla non applicabilità della causa di giustificazione al caso di c.d. “trasferimenti secondari”, vale a dire le condotte che favoriscono lo spostamento di stranieri già presenti da una parte all'altra

³⁷ Così, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling*, cit., p. 163, secondo cui la Corte costituzionale potrebbe seguire il medesimo percorso argomentativo che l'ha condotta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'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. In quella occasione, I giudici avevano affermato che «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» (Corte cost., 1996, n. 416).

³⁸ In effetti, la normativa sovranazionale, e segnatamente la Direttiva 2002/90/CE, riconosceva la possibilità (ma non l'obbligo) di prevedere la scriminante umanitaria non soltanto per il favoreggiamento del soggiorno e della permanenza, ma anche per quello dell'ingresso. L'art. 1, co. 2, della direttiva stabilisce, infatti, 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». Il riferimento è a «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».

del territorio francese. Pertanto, anche in Francia, la scriminante rimane inapplicabile al “favoreggiamento dell’ingresso”³⁹.

4. La sproporzione del trattamento sanzionatorio

Esiste, in effetti, un profilo di illegittimità che la Corte Costituzionale italiana ha recentemente riconosciuto. Ma è un profilo che tocca solo tangenzialmente il tema del rapporto tra controllo penale delle politiche migratorie e rispetto dei diritti umani dei migranti.

Si tratta, però, di un altro elemento critico – il terzo, tra quelli segnalati all’inizio – della disciplina italiana in materia di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare. Il riferimento è alla proporzione – o forse sarebbe più corretto parlare di sproporzione – del trattamento sanzionatorio.

Su questa questione si registra una recente presa di posizione della giurisprudenza italiana, e, in particolare, della Corte Costituzionale⁴⁰.

La vicenda da cui ha preso le mosse l’intervento della Consulta vedeva imputata una donna di origine congolese, giunta all’aeroporto di Bologna nel 2019 insieme a due minorenni che riferiva essere la figlia e la nipote. Al varco di frontiera la donna aveva esibito documenti falsi per sé e le minori, ed era stata immediatamente arrestata con l’accusa di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, aggravato dall’utilizzo di un servizio di trasporto internazionale (l’aereo) e di documenti contraffatti (art. 12, commi 1 e 3 lett. d) Testo Unico Immigrazione). Si trattava, quindi, di un caso in cui la condotta non era certamente animata da finalità lucrative, ispirandosi piuttosto ad un obiettivo chiaramente umanitario o solidaristico. Questa premessa rendeva già discutibile – per ragioni ampiamente esposte – l’incriminazione dell’imputata; a maggior ragione se si tiene conto dell’aggravante contestata. Aggravante il cui trattamento sanzionatorio è stato oggetto dell’intervento ablativo della Corte.

In realtà, nell’eccezione di costituzionalità presentata dal difensore dell’imputata erano stati individuati due diversi profili di tensione con i principi costituzionali, solo uno dei quali è giunto all’attenzione dei giudici costituzionali.

³⁹ Conseil Constitutionnel, décision n. 2018-717/718 QPC, cit. In argomento, U.A. GATTI, *La fraternité da valore a principio. Considerazioni sulla sentenza del Conseil constitutionnel francese del 6 luglio 2018*, in *federalismi.it*, 29 ottobre 2018; M. DAICAMPI, *Emersione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *Casi e Questioni – Diritto pubblico comparato europeo on line*, 2018/3; S. BENVENUTI, *Il Conseil constitutionnel cancella il délit de solidarité... o no? L’aiuto all’ingresso, al soggiorno e alla circolazione di stranieri irregolari nel territorio francese in una recente decisione del Conseil constitutionnel*, in *Questione giustizia*, 7 settembre 2018; U. ZINGALES, *Il Conseil Constitutionnel “dà vita” al principio di fraternité*, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 gennaio 2019; C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité à la française?*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2019, 3, p. 169 ss.; A.M. LECIS COCCO ORTU, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un’importante pronuncia sul “reato di solidarietà”*, in *www.diritticomparati.it*, 30 luglio 2018.

⁴⁰ Corte Cost., 8 febbraio 2022, n. 63, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2022, p.1231 ss., con nota di E. CIPANI, *Il sindacato della Corte Costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore, la pena illegale e il principio di offensività: la pronuncia della Corte Costituzionale n. 63 del 2022 e le sue “ricadute” di sistema*, e in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, 793 ss., con nota di A.R. SALERNO, *Il giudizio sulla proporzionalità della pena tra modello triadico e modello diadico*. Per un esame di questa decisione, v. anche A. CIERVO, *L’irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*, in *Osservatorio AIC*, 7 giugno 2022, p. 1 ss., e 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 un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2022.

La prima questione – già evidenziata in dottrina⁴¹ – faceva riferimento al rapporto tra il reato di Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare e quello di “clandestinità”.

Per cogliere il senso di questa potenziale censura bisogna partire dalla constatazione che l’art. 12, comma 1, T.U. Immigrazione configura una ipotesi di tentativo di concorso materiale in un illecito proprio dello straniero. In altri termini, si eleva a fattispecie autonoma la realizzazione di atti idonei a procurare un ingresso irregolare, ovvero la realizzazione di un fatto che se portato a compimento integra gli estremi della contravvenzione di cui all’art. 10-bis T.U. Immigrazione⁴². Sulla base di tali premesse, si lamentava l’irragionevole disparità di trattamento tra l’autore del concorso, punito con la reclusione da uno a cinque anni, e lo straniero favorito, sanzionato con una multa molto più lieve da 5.000 a 10.000 euro (art. 10-bis T.U. imm). Disparità di trattamento ulteriormente acuita per effetto del d.l. 10 marzo 2023, n. 20 (convertito con modificazioni con l. 5 maggio 2023, n. 50) che ha ritoccato verso l’alto la cornice edittale del delitto di *Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare* prevedendo la *reclusione da due a sei anni*⁴³.

I giudici del Tribunale di Bologna hanno però ritenuto non fondata la questione⁴⁴.

Lo hanno fatto, in primo luogo, trincerandosi dietro il tradizionale argomento della discrezionalità del legislatore, che consentirebbe a quest’ultimo, nell’ambito di tutela di un medesimo bene giuridico, di «stabilire condotte punibili, in una scala crescente, a mero titolo di contravvenzione o, invece, a titolo di delitto, come nel caso di specie, attribuendo maggiore rilievo e sanzionando più gravemente talune condotte rispetto ad altre». Non può pertanto essere sindacata o ritenuta irragionevole la scelta di «attribuire maggiore disvalore a condotte poste in essere da soggetti terzi che si accompagnino a quelle degli stranieri diretti interessati, posto che mentre la condotta dei primi non appare in alcun modo giustificata, la condotta di questi ultimi è valutata con maggiore benevolenza, trattandosi di soggetti vulnerabili e talora costretti dalle contingenze a fare ingresso clandestinamente in un Paese diverso da quello di provenienza»⁴⁵.

Per rafforzare le proprie conclusioni, i giudici bolognesi fanno però leva anche su un argomento di carattere sistematico.

Nella legislazione italiana sono presenti ipotesi in cui ad essere incriminate sono condotte di partecipazione materiale o morale rispetto a condotte prive di rilievo penale autonomo. Basti pensare, per esempio, al *Favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione* (art. 3, n. 8, l. n. 75/1958) o all’*Istigazione o aiuto al suicidio* (art. 580 c.p.). Poco importa se la non punibilità dell’autore del fatto principale sia frutto di mera tolleranza giuridica piuttosto che del riconoscimento di un difetto di offensività (o di altro elemento essenziale del reato). In ogni caso, se ne dovrebbe dedurre quanto segue: se legittimamente il legislatore punisce con

⁴¹ S. ZIRULIA, *Non c’è smuggling*, cit., p. 156 ss.

⁴² L’art. 12 sortisce, quindi, un duplice effetto: rendere punibili condotte che altrimenti non lo sarebbero (non essendo configurabile un tentativo di contravvenzione), e, soprattutto, introdurre un trattamento *ad hoc* per chi agevola o tenta di agevolare l’ingresso, decisamente più severo, di quello riservato allo straniero favorito.

⁴³ In argomento, G. MENTASTI, *Un nuovo decreto-legge in materia di immigrazione e un nuovo reato per gli “scafisti”. Il comunicato stampa del Consiglio dei Ministri dopo la riunione a Cutro*, in *Sistema penale*, 10 marzo 2023, e L. MASERA, *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.

⁴⁴ Trib. Bologna, ord. 1 dicembre 2020, in *Sistema penale*, 7 dicembre 2020, con nota di S. ZIRULIA, *Alla Corte Costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell’immigrazione irregolare*.

⁴⁵ Trib. Bologna, ord. 1 dicembre 2020, cit. Sui delicati rapporti tra sindacato di legittimità-proporzionalità della pena e area riservata al legislatore, v. ex multis, D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2017, 2, p. 48 ss.

pene severe l’istigazione o l’agevolazione di condotte addirittura lecite, «a maggior ragione il legislatore può prevedere che la condotta dello straniero favorito integri una contravvenzione e quella del terzo concorrente, invece, un delitto, quando si ritenga che la seconda assuma maggiore disvalore»⁴⁶.

Si tratta però di un argomento niente affatto convincente.

Nelle ipotesi summenzionate – la cui legittimità costituzionale, peraltro, non è affatto pacifica – la rinuncia alla pena per il soggetto aiutato è una conseguenza della condizione di vulnerabilità e/o di sfruttamento in cui si trova.

Il caso dell’immigrazione irregolare è diverso; o almeno lo è per l’approccio scelto dal legislatore italiano per la disciplina penale del fenomeno migratorio.

Se si fosse concepito il diritto penale dell’immigrazione come uno strumento di tutela non solo della regolarità dei flussi migratori, ma anche dei diritti fondamentali dei migranti si sarebbe rinunciato a sanzionare lo straniero per il solo fatto di essere irregolare; a quel punto la previsione di rigoroso apparato repressivo nei confronti di chi favorisce o sfrutta la condizione di clandestinità sarebbe risultata non solo legittima, ma addirittura doverosa.

Nel momento in cui si è deciso di punire il migrante irregolare perché, al pari di chi lo favorisce, ha offeso il bene giuridico del “controllo dei flussi migratori”, la previsione di un trattamento sanzionatorio così diverso per apparire ragionevole dovrebbe trovare una spiegazione plausibile.

Ebbene, una simile giustificazione non si rinviene in un livello quantitativamente o qualitativamente superiore dell’offesa nell’una piuttosto che nell’altra ipotesi. Sarebbe così se il legislatore avesse costruito il fatto tipico dell’art. 12, comma 1, T.U. Immigrazione arricchendolo di elementi in grado di limitarne la portata applicativa alle sole ipotesi di traffico di migranti, poste in essere da chi agisce per scopo di lucro nell’ambito della rete internazionale che gestisce mercato nero delle migrazioni irregolari. Si è però visto come le scelte del legislatore italiano siano andate in una direzione diversa.

Una certa somiglianza si rinviene, semmai, con le previsioni degli artt. 385 (*Evasione*) e 386 (*Procurata evasione*) c.p., rispetto alle quali la previsione di un diverso e più mite trattamento sanzionatorio per l’evaso sarebbe giustificato dal comprensibile anelito alla libertà che anima quest’ultimo. Stesso discorso potrebbe farsi per lo straniero irregolare che viola le frontiere perseguendo una naturale propensione verso il miglioramento delle proprie condizioni di vita. Sennonché, mentre nel primo caso lo scarto sanzionatorio risulta ragionevolmente contenuto – sia per specie che per entità della sanzione – lo stesso non può dirsi riguardo ai rapporti tra artt. 10 *bis* e 12 T.U. Immigrazione, ove si assiste «ad una mutazione del tipo di illecito (da contravvenzione a delitto), accompagnata da un radicale cambio di passo sul fronte sanzionatorio»⁴⁷.

La verità è che quella di criminalizzare il migrante irregolare - scelta che ha resistito ad ogni cambio di governo e ad ogni mutamento del contesto politico - è una scelta ipocrita, che sottende la logica securitaria del populismo penale e del diritto penale del nemico, invece di soddisfare fondamentali criteri politico-criminali, secondo i canoni e i principi del diritto penale liberale.

Da questo punto di vista, la mancata pronuncia della Corte costituzionale può considerarsi, a buon diritto un’occasione persa.

⁴⁶ Trib. Bologna, ord. 1 dicembre 2020, cit.

⁴⁷ S. ZIRULIA, *Non c’è smuggling*, cit., p. 158.

La Corte Costituzionale si è invece potuta pronunciare, accogliendola, su una seconda questione sempre legata al profilo della proporzione del trattamento sanzionatorio, ma riferita però esclusivamente al sistema delle circostanze aggravanti previste dall'art. 12, comma 3, T.U. Immigrazione⁴⁸; in particolare, dichiarando illegittima – per manifesta sproporzione e irragionevolezza della pena⁴⁹ – la lettera d) della disposizione appena citata, limitatamente all'ipotesi in cui gli atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato siano posti in essere utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti. La conseguenza è tali patti confluiscono nell'alveo della fattispecie base prevista dal primo comma.

I giudici non negano che l'utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o comunque illegalmente ottenuti conferisca alla condotta una connotazione di disvalore ulteriore rispetto al fatto base di cui al primo comma; ciò non giustifica, però, «l'entità dello scarto tra la pena prevista per la fattispecie base e quella ora all'esame», oltre che rispetto agli altri reati di falso previsti dal nostro ordinamento: un duplice scarto che produce una «assoluta anomalia intra-sistemica»⁵⁰.

La sproporzione del trattamento sanzionatorio emerge in tutta la sua evidenza dal raffronto con le altre ipotesi contemplate dall'art. 12, comma 3, T.U. Immigrazione ed in particolare quelle previste dalle lettere b), secondo cui 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 e c) per cui la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale.

In questi casi, emerge con chiarezza il carattere pluri-offensivo del fatto legato alla tutela della vita e dell'integrità fisica dei soggetti trasportati. Non altrettanto può dirsi con riferimenti all'ipotesi sottoposta a scrutinio di legittimità costituzionale, atteso che l'impiego dei servizi internazionali di trasporto non pare di per sé idoneo ad offendere alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello pure tutelato dalla fattispecie base - ossia l'ordinata gestione dei flussi migratori: da una parte, tale modalità di ingresso nel territorio dello Stato non ha come obiettivo quello di sottrarre lo straniero ai controlli di polizia (tenuto anche conto degli ordinari e capillari controlli identificativi che ordinariamente e in modo capillare si svolgono comunque quotidianamente in tutti gli aeroporti); dall'altra, tale modalità di ingresso non espone lo straniero a particolari rischi per la propria vita, né sarebbe possibile sostenere che egli venga sottoposto ad un trattamento inumano e degradante prendendo un qualsiasi aereo di linea per entrare in Italia. Al contrario, proprio le modalità per così dire «ordinarie» di viaggio con cui si realizza la condotta di favoreggiamento non appare lesiva

⁴⁸ Sulla natura delle fattispecie previste al terzo comma – se esse cioè debbano essere considerate delle fattispecie autonome di reato *tout court*, ovvero delle mere aggravanti della fattispecie base – si è pronunciata Cass. pen. SS.UU., 11 giugno 2018, n. 40982, in *Giurisprudenza penale*, 26 settembre 2018, che ha stabilito trattarsi pacificamente di circostanze aggravanti del reato base previsto al primo comma dell'art. 12 T.U. Immigrazione. Per un esame della sentenza, F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Diritto penale e processo*, 2019, p. 484 ss., oltre che G. SAVIO, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla qualificazione come circostanze aggravanti delle fattispecie previste dall'art. 12 co. 3 del T.U. Immigrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 dicembre 2018.

⁴⁹ La sentenza si colloca all'interno di quel filone della giurisprudenza costituzionale che, valorizzando il principio di uguaglianza-ragionevolezza e la funzione rieducativa della pena, da tempo anni recupera margini di sindacato sull'esercizio della discrezionalità legislativa in punto di dosimetria sanzionatoria. Sul principio di proporzionalità della pena e sul relativo controllo di costituzionalità, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021; V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 357 ss.

⁵⁰ Corte Cost., 8 febbraio 2022, n. 63, cit.

della vita, né tanto meno della dignità personale, tanto da “meritare” da parte del legislatore in astratto un aggravio sanzionatorio come quello originariamente previsto.

La conclusione dei giudici è avvalorata anche da considerazioni di carattere criminologico. Occorre tenere nettamente distinto il trattamento sanzionatorio di due classi di condotte: da un lato, l'aiuto all'ingresso illegale compiuto per finalità *lato sensu* altruistiche; dall'altro, l'aiuto all'ingresso illegale posto in essere a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati, che traggono ingenti profitti da tale attività e mettono a rischio la vita del migrante (ad esempio utilizzando imbarcazioni in pessime condizioni) o soggetto, a trattamenti inumani e degradanti (migranti che si nascondono in celle frigorifere). Una distinzione cui fa da speculare *pendant* l'eterogenea posizione dello straniero all'interno di queste macro-ipotesi: nella prima, lo straniero è un beneficiario della condotta criminosa, mentre nella seconda lo stesso si atteggia a “vittima” della condotta criminosa, entrando nel fuoco della tutela i suoi interessi personali della vita e dell'incolumità personale.

Si tratta di una distinzione che come si è più volte sottolineato avrebbe dovuto indurre il legislatore ad assimilare queste ultime ipotesi a quelle di *Tratta di persone*. Tuttavia, se - come fa il legislatore italiano - si decide di considerarle come ipotesi di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, la sanzione prevista non può essere la stessa di quella prevista per chi si limita ad aiutare il migrante fornendogli documenti o biglietti di trasporto falsi.

5. Considerazioni conclusive

Il risultato complessivo della disciplina italiana del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare è quello di generare un perverso effetto di inibizione che, al di là dei reali limiti delle incriminazioni, tende a bloccare o comunque a scoraggiare qualsiasi forma di aiuto al migrante; anche quando tale aiuto sia ispirato da elevate finalità umanitarie e solidali.

La conseguenza è il sacrificio di diritti fondamentali e inalienabili delle persone migranti.

Lo si è visto con riferimento alle attività di ricerca e soccorso in mare, ove ad entrare in gioco sono addirittura il diritto alla vita e quello all'incolumità individuale. Si tratta, però, solo di uno tra i molti casi che si potrebbero prendere in considerazione.

Si pensi alle ipotesi di favoreggiamento abitativo e di favoreggiamento lavorativo, previste rispettivamente dall'art. 12 comma 5-*bis* T.U. Immigrazione, e dall'art. 22 comma 12 T.U. Immigrazione. A dispetto delle apparenze, tali incriminazioni non prendono di mira forme di sfruttamento economico del migrante.

Quando si minaccia l'applicazione di una sanzione penale nei confronti del «datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso ... ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato», quindi anche di chi offre un lavoro onestamente retribuito, si prescinde da una tutela del migrante dallo sfruttamento delle sue energie lavorative o da trattamenti inumani e degradanti (che costituiscono solo eventuali circostanze aggravanti).

Allo stesso modo, quando si punisce chi «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» non si vuole certo tutelare il migrante nei confronti di chi approfitta della sua condizione di irregolarità e/o di disagio. Vero che la punibilità è

subordinata «al fine di trarre ingiusto profitto», ma quest'ultimo può derivare pure dall'evasione fiscale derivante dalla locazione 'in nero', a fronte della conformità del canone a condizioni di mercato⁵¹.

Si possono dare diverse interpretazioni di questa norma incriminatrice. Ma una cosa è certa: le pene previste sono molto severe (reclusione e confisca dei beni) e hanno l'effetto (ma forse l'obiettivo del legislatore era proprio quello) di disincentivare l'affitto di immobili ai clandestini. Ciò si traduce nella possibile violazione di un diritto fondamentale: il diritto alla casa. È vero: per evitare questo effetto, la giurisprudenza tende a interpretare la norma nel senso di limitarne l'ambito di applicazione ai soli casi in cui l'autore approfitta delle condizioni di bisogno o di vulnerabilità del migrante. Le perplessità però rimangono: è assai probabile che, a fronte di un provvedimento normativo che, sia pure in astratto, minaccia un trattamento sanzionatorio così severo, il *chilling effect* nei confronti del potenziale locatore si produce egualmente, anche a fronte di un ridotto rischio di penalizzazione in concreto⁵².

È evidente lo scopo di questo complesso di norme incriminatrici: fare “terra bruciata” intorno al migrante irregolare, catturando nella rete dell'illegalità tutti, stranieri e cittadini. Il fatto che nei confronti del cittadino che accoglie l'applicazione della pena sia più sporadica non rende la previsione meno odiosa. Si tratta di una ulteriore conferma di quella forza espansiva del paradigma del diritto penale del nemico di cui si è detto all'inizio del presente contributo.

A questo punto, v'è da chiedersi se esista una origine comune per tutte le criticità che si è avuto modo di evidenziare in questo contributo. La risposta sembrerebbe essere affermativa.

Tutto il diritto amministrativo e penale italiano in materia di immigrazione si basa sulla identificazione del “controllo dei flussi migratori” come (malinteso) bene giuridico esclusivo. Ciò implica uno stravolgimento dell'oggetto della tutela rispetto all'ipotesi di aiuto all'immigrazione irregolare. Tutte le norme sono volte a controllare i flussi e non certo - se non in minima parte - a tutelare il patrimonio degli immigrati, in particolare la loro vita, sicurezza, libertà e le loro esigenze abitative e lavorative.

In prospettiva *de iure condendo*, sarebbe auspicabile l'adozione di un modello di intervento penale in grado di distinguere con maggiore nitidezza la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare da quella del traffico di migranti, e quest'ultimo dalla tratta di esseri umani, graduando la rispettiva risposta sanzionatoria in una scala ascendente⁵³.

⁵¹ Lo rileva A. CAVALIERE, *La vita dei migranti*, cit., p. 65, che sottolinea anche l'ipocrisia delle due disposizioni e il loro essere strumento di un'ulteriore esclusione sociale: «in realtà, migliaia di migranti irregolari in Italia dormono in baracche catapecchie od opifici abbandonati, in condizioni igienicosanitarie vergognose, oppure per strada o sotto i ponti, esposti alle intemperie e alle aggressioni notturne. E migliaia di migranti irregolari subiscono uno sfruttamento lavorativo favorito proprio dalla loro condizione di persone 'invisibili', *sans papier*».

⁵² Sul rischio del verificarsi di un effetto di *overdeterrence* nei confronti anche di attività solidaristiche, come conseguenza collaterale delle scelte di incriminazione compiute in materia di immigrazione dal legislatore italiano, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling*, cit., p. 167 ss. Più in generale sul c.d. *chilling effect*, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 251 ss., che sottolinea come «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 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».

⁵³ J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto*, cit., p. 120.

Ad un primo livello si potrebbe immaginare il mantenimento di un reato contravvenzionale, a dolo generico, di *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, ma posto ad esclusiva tutela dell'interesse dello Stato ad una regolare gestione dei flussi migratori e sanzionato con bassi limiti edittali. Il modello contravvenzionale si presenterebbe in linea con il trattamento penale riservato allo straniero irregolare dall'art. 10 *bis* T.U. Immigrazione. La stessa previsione di una ipotesi di favoreggiamento, come quella qui prospettata si spiega con la necessità di assicurare la razionalità dell'intervento penale: sarebbe irragionevole punire il migrante che versa in condizioni di irregolarità e non prevedere una adeguata risposta sanzionatoria – diversa dal mero concorso di persone nel reato – per chi lo ha agevolato il suo ingresso o la sua permanenza nel territorio italiano. in cui È evidente che nell'auspicabile – sebbene, allo stato, poco probabile ipotesi – in cui si dovesse procedere all'abrogazione del reato di immigrazione irregolare potrebbe venire anche la ragion d'essere della speculare ipotesi di favoreggiamento.

Su un livello superiore di gravità si dovrebbe collocare, invece, un autonomo delitto di *Traffico di migranti*, costruito secondo il modello delineato dalla Convenzione di Palermo e dal suo Protocollo addizionale. Si dovrebbe trattare di un illecito posto a presidio non solo dell'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori, ma anche – e soprattutto – dei diritti fondamentali dei migranti, la cui posizione di particolare vulnerabilità è oggetto di potenziale sfruttamento economico da parte dei trafficanti: un reato a dolo specifico di profitto e sanzionato con una pena di livello medio-alto, senz'altro superiore a quanto previsto per gli altri illeciti in tema di immigrazione irregolare⁵⁴.

In breve, sarebbe auspicabile un radicale cambio di prospettiva, che non dimentichi che il migrante anche quando sembra assumere le vesti del mero “oggetto materiale del reato”⁵⁵ è sempre e comunque un essere umano, titolare di diritti fondamentali (diritti umani) che meritano di essere tutelati. Ciò è ancora più vero se si ricorda che – come detto – il migrante è nella maggior parte delle situazioni pur sempre la vittima di una offesa alla sua dignità umana, «seppure in forme diverse e anticipate rispetto a quelle che caratterizzano la situazione della tratta»⁵⁶.

ABSTRACT: “*Criminal control of migratory flows*” vs. “*Protection of human rights*”: the facilitation of illegal immigration in Italian criminal law

⁵⁴ In una prospettiva solo parzialmente coincidente con quella qui condivisa direzione si pone la proposta di diversa regolamentazione giuridico-penale dello *smuggling of migrants*, formulata da P. BRONZO, E. CANNIZZARO, E. CIMIOTTA, M.T. TRAPASSO, U. TRIULZI, *Il traffico di migranti: una proposta normativa*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3456 ss. Il gruppo di lavoro interdisciplinare della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza” si muove essenzialmente lungo due direttrici: la previsione del *Traffico di migranti* come fattispecie autonoma di reato e come crimine internazionale. Nello stesso tempo si propone il mantenimento del *Favoreggiamento dell'immigrazione*, come reato a dolo specifico di profitto, caratterizzato – rispetto alle ipotesi di *Traffico* – dal mancato approfittamento di condizioni di particolare vulnerabilità dei migranti. Nel complesso la proposta si caratterizza per il mantenimento di cornici edittali particolarmente elevate, in considerazione delle finalità comunque lucrative che animano l'autore del reato.

⁵⁵ Per questa qualificazione del migrante all'interno della disciplina dell'art. 12 T.U. Immigrazione, tra gli altri, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 119 ss.; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti*, cit., p. 108.

⁵⁶ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 104.

Immigration criminal law offers an emblematic representation of the involution that seems to characterize contemporary criminal law (or, perhaps, it would be more correct to say punitive law).

The essay analyzes the most problematic profiles of the Italian criminal law on the facilitation of illegal immigration. In particular: the uncertain border that characterizes the relationship between trafficking and smuggling in Italian criminal law; the possible criminalization – direct and/or indirect – of the so-called “humanitarian smuggling”; the disproportion of the sanctioning treatment for the crime of facilitation of illegal immigration, provided for by art. 12 *T.U. Immigrazione*.

In order to correct these critical issues, a radical change of perspective is hoped that shifts attention from the protection of the regulation of migratory flows to the protection of the fundamental rights of migrants.